

REVISTA
TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

TJMS

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Ano 36 - n. 198
Outubro a Dezembro de 2015



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul

Revista Trimestral de Jurisprudência

Ano 36 - n. 198 - Outubro-Dezembro de 2015

EXPEDIENTE

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Ano 36, n. 198

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. 198 (2016)- . - Campo Grande:
Tribunal de Justiça, 2016 - .

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

Des^a. 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

Des^a Maria Isabel de Matos Rocha

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Des. Eduardo Machado Rocha

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)

Dr. Geraldo de Almeida Santiago (Juiz designado)

SUMÁRIO

Doutrina

APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO – CPC 2015

David de Oliveira Gomes Filho 007

Jurisprudência Cível..... 028

Jurisprudência Criminal..... 419

Índice Onomástico

Jurisprudência Cível..... 701

Jurisprudência Criminal 704

Índice de Assuntos

Jurisprudência Cível..... 707

Jurisprudência Criminal 712

REVISTA
TRIMESTRAL DE
JURISPRUDÊNCIA

TJMS

DOCTRINA



Aplicação da lei no tempo – CPC 2015

*David de Oliveira Gomes Filho*¹

Resumo: A partir da preocupação com a fase de transição entre o Código de Processo Civil anterior e o novo, que estará em vigor a partir do mês de março de 2016, este artigo aborda as regras de direito intertemporal aplicadas ao Direito Processual Civil. Iniciou-se o trabalho oferecendo uma noção doutrinária mais abrangente e histórica, que formou a base do pensamento atual. Em seguida, o raciocínio foi desenvolvido com atenção à legislação brasileira e termina com aplicações práticas na contagem de prazos e na avaliação procedimental de recursos. Com isto, o profissional do Direito terá um apoio para o seu trabalho interpretativo justamente no momento em que a existência de duas leis (a antiga e a nova) irá influir significativamente na tramitação dos milhões de processos em andamento. Verá o leitor que existe um regime jurídico de adequação entre o velho e o novo códigos e que a fase de transição poderá ser superada sem surpresas desagradáveis, desde que se tome conhecimento das regras de direito intertemporal aplicadas no processo civil.

Palavras-chave: Direito Processual Civil – Processo Civil – Novo Código – Direito Intertemporal – Direito Transitório.

Resumo: *The concern about the transitional phase from the former Civil Procedure Code and the new one originated this article that addresses the rules of intertemporal law applied to Civil Procedural Law, which will be effective as of March 2016. The article starts by presenting a more comprehensive and historical doctrinaire notion that formed the basis of current thought. Next, it focuses on the Brazilian legislation and ends with practical applications in the deadlines and with the procedural evaluation of resources. With this, the legal professional will have support for his interpretative work at a time when 2 laws (the old and the new one) will have a significant influence on the millions of ongoing processes. The reader will notice there is a judicial regime of adaptation between the old and the new code and that the transitional phase can be overcome without unpleasant surprises as long as the professional is aware of the intertemporal law rules applied to civil procedures.*

Keywords: *Civil Procedural Law - Civil Procedure - New Code - Intertemporal Law – Transitory Law.*

Sumário: 1. Introdução. 2. Fundamentos teóricos. 3. No Brasil. 4. Direito Adquirido Processual. 5. Aplicação prática. 6. Considerações finais. 6. Referências. 6.1 Referências complementares.

1 INTRODUÇÃO

Foi sancionada a Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, instituindo o Novo Código de Processo Civil que entrará em vigor “*após decorrido 1 (um) ano da data de sua publicação oficial*”, nos exatos termos do que dispõe o art. 1.045. Serão muitas as alterações no modo pelo qual o processo acontece na atualidade e muitas bastante significativas, sem qualquer referencial no atual Código de Processo Civil, a exemplo do que regula o art. 219, ao modificar a forma de se contar prazos, ou o título II do livro III do CPC, ao tratar dos recursos em geral.²

¹ Juiz de Direito da 2ª Vara de Direitos Difusos Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande, Mato Grosso do Sul. Pós-graduando em Processo Civil pela PUC-RJ.

² BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Planalto**, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Publicado no Diário Oficial da União de 17.3.2015.

Com isto, ao lado da euforia, da ansiedade, da apreensão, da curiosidade que tais novidades geram no aplicador do Direito, muitas dúvidas se somam e, no campo da intertemporalidade da aplicação do Novo Código, algumas perguntas serão as primeiras a exigir uma resposta.

Qual é exatamente a data em que a vigência desta norma passará a interferir no processo como um todo, 16 de março de 2016, 17 de março de 2016, 18 de março de 2016? O Novo Código retroage? Quando o Antigo Código deixa de vigorar? É possível que ambos os códigos, o novo e o velho, coexistam? Os prazos em curso respeitam à lei nova ou à velha? Os recursos interpostos sob a égide da lei antiga e que não atendam aos requisitos da lei nova deverão ser conhecidos? Em que circunstâncias irá se aplicar uma ou outra regra? Existe um regime jurídico de adequação entre o novo e o velho código?

A estas dúvidas é que se destina o presente trabalho, certo de que não será possível, em uma monografia, discorrer sobre todas as possíveis respostas. Sabemos que os questionamentos são infinitamente maiores do que os poucos enumerados acima. A bem da verdade, mesmo que todas as respostas fossem utopicamente encontradas, novas perguntas viriam.

Nossa intenção, portanto, é passear ligeiramente pelos fundamentos teóricos da aplicação das leis no tempo, fechando o foco paulatinamente pelo Direito Brasileiro, pela aplicação das leis processuais no tempo, até iluminarmos umas poucas questões relacionadas a prazos e recursos no exato momento da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil.

Esta é nossa pretensiosa missão, a de lançar alguma luz sobre alguns pontos de obscuridade, ao menos àqueles que, preocupados com o conteúdo das respectivas mudanças, ainda não tiveram tempo de refletir sobre quando, exatamente, deverão aplicá-las.

2 FUNDAMENTOS TEÓRICOS

É preciso, antes de mais nada, registrar o posicionamento teórico de dois doutrinadores que influenciaram significativamente o pensamento do Direito Intertemporal. Na verdade, são vários estudiosos de destaque, mas as posições de Carlos Francesco Gabba (*Teoria della Retroattività delle Leggi*, 1868) e de Paul Roubier (*Les Conflits de Lois dans le Temps*, 1933), lançaram luz para um tema que, até então, era objeto de estudos que tiveram menor impacto social³.

O cenário em que seus trabalhos foram publicados caracterizava-se por uma tendência de irretroatividade absoluta da lei ou, pelo menos, por uma visão muito rígida do tema. O vácuo legislativo, neste particular, abriu espaço para o preenchimento doutrinário e ambos cumpriram bem seu papel assumindo a posição de referência.

Esta ressalva inicial se faz necessária para que se possa compreender o raciocínio dos principais pensadores do Direito Transitório⁴ na sua pureza, sem buscar uma correspondência legislativa neste primeiro momento. É a partir destas primeiras reflexões em profundidade que a doutrina se desenvolveu, influenciando a legislação criada a partir dali. Os estudiosos do Direito Intertemporal no Brasil não

3 GABBA, C.F. *Teoria della Retroattività delle Leggi*. v. I. Pisa: Tipografia Nistri, 1868. p.190. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=r8U_AAAAcAAJ&pg=PA17&hl=pt-BR&source=gsbs_toc_r&cad=3#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 12 out. 2015.

ROUBIER, Paul. *Les Conflits de Lois Dans Le Temps*. Paris: Librairie Du Recueil Sirey, 1933, p.726. (“[...] Jugement est voies de recours. - 1. La loi qui règle les formes et les effets du jugement est la loi du jour du jugement”).

4 Embora haja alguns aspectos distintivos entre o chamado direito transitório e o direito intertemporal, segundo os quais, este último traria consigo uma preocupação maior da interligação do direito com os fatos ou com as situações jurídicas, e aquele primeiro, num plano mais abstrato, preocupa-se com as normas de transição ou de adaptação genericamente consideradas, para este trabalho serão considerados como sinônimos, pois a diferença entre ambas as terminações é mínima e o excesso de rigor terminológico, neste caso, não facilitaria a apreensão do raciocínio, mas, pelo contrário, poderia confundir.

Apenas para constar, vale o registro de que alguns autores estudam, sob o nome direito transitório, as leis transitórias, como o faz Wilson de Souza Campos Batalha (Direito Intertemporal).

descuidam destas raízes fincadas no passado próximo, pois, nada obstante às críticas que sempre surgem, elas dão sustentação teórica àquilo que se compreende como o correto neste tema nos dias de hoje.

Desde que se decidiu positivar o Direito, sempre ocorreram alterações legislativas pela sociedade com o passar dos tempos e, nestas alterações, as substituições de preceitos antigos por outros tidos por mais modernos tiveram por fundamento a ideia de que os novos regramentos seriam melhores do que os antigos. Por isto, eram trocados.

O curioso é que a noção de correção, ou de justiça, ou de adequação da norma, está atrelada aos valores sociais que preponderam em determinado momento da história e que são, naturalmente, voláteis. Ficam à mercê do caminhar social, do rumo dado a este deslocamento por força dos ventos do tempo e da sociologia. Aquilo que antes era importante, hoje não é mais. Aquilo que hoje é relevante, antes era indiferente. Uma lei, portanto, que tem por natureza ser estática, imutável em nome da segurança jurídica, acaba mantendo esta característica pelo tempo correspondente às mudanças sociais. Plagiando Vinícius de Moraes, ela é eterna enquanto dura.

Aliás, abrindo-se um parêntese, pode-se dizer que o pensamento acima é o fio da meada para se iniciar a compreensão da teoria tridimensional do direito (ano: 1968), do jusfilósofo Miguel Realle⁵, ao dividir o Direito em três aspectos: fato, valor e norma. Naturalmente que sua teoria aborda a interpretação do Direito enquanto imutável formalmente, mas sujeito dos reflexos sociais (uma lei e suas várias interpretações ao longo do tempo). Já a intertemporalidade das leis analisa o aparente conflito de leis que se sucedem (duas ou mais leis regulando a mesma matéria, mas em tempos diferentes).

Em ambas as situações, os valores sociais são o móvel da mudança; no primeiro caso, a mudança de interpretação da lei e, no segundo, a mudança da própria lei. É o ponto de encontro dos dois temas. Realçamos, porém, que tais observações constam aqui mais por curiosidade, nem tanto por sua importância para o presente estudo. O que merece relevância para este trabalho, neste parágrafo, é o fato de que a vida social é dinâmica e cobra mudanças, de tempos em tempos, ou na interpretação da lei ou na própria legislação. A mudança legislativa, entretanto, gera no estudioso do Direito uma preocupação bastante evidente pela segurança jurídica, pois há fatos que se iniciam na vigência da lei antiga e se completam na vigência da lei nova. Fechamos o parêntese.

A certeza de que a legislação não consegue abarcar todas as hipóteses da vida real, que existe uma espécie de “evolução” legislativa e a busca por esta segurança jurídica foram os pontos de partida dos estudos de Gabba e de Roubier.

Com esta preocupação de preservar a segurança jurídica durante as alterações legislativas, e sabendo que o ordenamento jurídico italiano não admitia a retroação da lei a fatos surgidos antes dela, mas que situações de exceção havia, o italiano Carlos Francesco Gabba passou a defender que a “justiça” inspiradora das mudanças sempre foi a mesma que fundamentou a existência das instituições que estão sendo mudadas. Desta forma, as situações ocorridas no passado, sob a égide de determinada lei, não poderiam ser alteradas pela lei nova “apenas se” tais situações representassem um direito já incorporado ao patrimônio da pessoa⁶. Em outras palavras, se o direito em questão já tivesse sido adquirido, não poderia ser afetado pela nova lei.

A noção de direito adquirido, na obra de Gabba, é a de direito existente, pertencente, mas ainda não exercido. É aquele direito surgido sob o império da lei antiga e que se tornou imediatamente parte do patrimônio da pessoa, ainda que a ocasião de exercitá-lo apenas aconteça sob o império da lei nova. Nas suas palavras:

5 REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**: situação atual. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

6 GABBA, C.F. **Teoria della Retroattività delle Leggi**. Op.cit.

[...] *na teoria da retroatividade, a expressão direito adquirido não se prende ao seu significado mais geral, que compreenderia também o direito consumado, mas significa propriamente e somente aquele direito que foi adquirido, mas não estão consumados* (tradução nossa)⁷.

O direito adquirido, portanto, passou a ser o limite da eficácia da lei nova aos fatos ainda em curso. Nas suas exatas palavras: *“a razão e o verdadeiro limite da retroatividade das leis consistem unicamente no respeito ao direito adquirido”* (tradução nossa)⁸.

Assim, seria “injusto” retroagir a lei para relações jurídicas já alcançadas pelo direito adquirido, mas seria “justa” a retroação na ausência destes direitos adquiridos.

Com esta solução, estariam atendidas as hipóteses de maior preocupação diante da existência de lei nova incidindo sobre fatos em curso, o da necessidade de retroação da norma em casos específicos.

Estabelecendo-se esta ideia, o jurista italiano passou a esmiuçar a noção de direito adquirido, adequando-a da melhor forma possível aos vários ramos do Direito, e chegou a caracterizá-lo como sendo aquele direito que atendesse a duas premissas: – advir de uma lei; e – integrar o patrimônio de uma pessoa.

Sua definição literal foi a seguinte:

[...] *É direito adquirido todo direito que: a) é consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo em que o fato foi realizado, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes do surgimento de uma lei nova sobre o mesmo; e que b) nos termos da lei, sob o império da qual se deu o fato de que se originou, tenha entrado imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem a adquiriu* (tradução nossa)⁹.

Durante muito tempo, a teoria clássica do direito adquirido influenciou fortemente os estudos, a aplicação e a formação do direito, como também foi alvo de críticas¹⁰. A mais consistente delas, entretanto, veio em 1929, pelo jurista francês Paul Roubier, que expôs sua teoria com grande erudição e com grande poder de influência na obra *Les Conflits de Lois dans le Temps*¹¹.

Ele passa a defender que não pode existir uma regra única para definir a aplicação da lei no tempo, pois ocasiões exigirão que a lei antiga continue a governar os efeitos que se verificaram sob a influência da lei nova e, em outros momentos, os efeitos das situações jurídicas ocorridas sob o império da lei antiga, mas que se manifestam apenas na presença da lei nova, serão por esta regidos.

O direito adquirido deixa, então, de ser a fronteira para a aplicação da lei nova, mas, sim, a exata noção do que é retroatividade e do que não é, pois a lei nova terá sempre efeito imediato e nunca será retroativa. O autor refuta a tese de retroatividade implícita, somente a lei poderia fazê-lo expressamente, de modo que a regra era a vigência imediata. Assim, afirma que é preciso observar a situação jurídica que se apresenta, para que se saiba se a lei veio antes ou depois daquela situação.¹²

7 “[...] nella teoria della retroattività l’ espressione diritti acquisiti non si prende nel suo significato più generale, che comprenderebbe anche i diritti consumati, ma significa propriamente e soltanto quei diritti che furono acquistati, ma non sono ancora stati effettuati o consumati” (GABBA, C.F. **Teoria della Retroattività delle Leggi**. Op. cit., p. 190).

8 “[...] la ragione e il vero limite della retroattività delle leggi consistono unicamente nel rispetto dei diritti acquisiti”. (GABBA, C.F. **Teoria della Retroattività delle Leggi**. Op. cit., p. 120).

9 “[...] È diritto acquisito ogni diritto, che a) è conseguenza di un fatto idoneo a produrlo in virtù della legge del tempo in cui il fatto venne compiuto, benché l’occasione di farlo valere non si sia presentata prima dell’ attuazione di una legge nuova intorno al medesimo, e che b) a termini della legge, sotto l’impero della quale accadde il fatto da cui trae origine, entrò immediatamente a far parte del patrimonio di chi lo ha acquistato”. (GABBA, C.F. **Teoria della Retroattività delle Leggi**. Op. cit., p. 191).

10 Cite-se, dentre os críticos, o italiano Giampietro P. Chironi, o alemão Friedrich Affolter, ou os franceses Julien Bonnacase, Léon Duguit, dentre outros.

11 ROUBIER, Paul. **Les Conflits de Lois Dans Le Temps**. Op. cit.

12 ROUBIER, Paul. **Les Conflits de Lois Dans Le Temps**. Op. cit.

Dito de outra forma: a) se a lei nova se projeta para fatos passados, ela terá efeitos retroativos; b) se a lei nova se projeta para fatos presentes e futuros, ela será irretroativa; c) se a lei nova se projeta a fatos pendentes, ou seja, em curso, iniciados no passado, mas ainda não concluídos integralmente, será preciso separar as partes fáticas já ocorridas, que ficarão sob o regulamento da lei velha, e as que irão acontecer, que ficarão sob o regulamento da lei nova.

A identificação das diferentes partes dos fatos pendentes, é feita por Roubier através da análise da situação jurídica quanto aos elementos de sua composição, assim considerados, a constituição ou a extinção de determinadas relações e seus efeitos. Também é analisada a natureza da relação jurídica, conforme predomine a subjetividade dos interesses ou a objetividade destes interesses a respeito da tal situação.

Assim, conforme a teoria objetiva de Roubier, é preciso observar as situações jurídicas sob a perspectiva de sua constituição ou de sua extinção, a que chamou de “perspectiva dinâmica”, ou sob a perspectiva da produção dos seus efeitos, a que chamou de “perspectiva estática”¹³.

Entenda-se constituição ou extinção de direitos, os seus requisitos de validade, que atos ou fatos jurídicos são necessários acontecer para que se constitua ou para que se extinga uma “situação jurídica”.

Assentadas estas noções, afirmava que uma lei nova destinada a definir os elementos de constituição ou extinção de direitos (perspectiva dinâmica) não poderia retroagir, pois alcançaria situações jurídicas passadas. No entanto, não seria considerado retroatividade da lei se esta lei nova se destinasse a regular apenas os efeitos presentes e futuros de uma determinada situação jurídica passada (perspectiva estática), pois estes efeitos, que se protraíssem no tempo, estariam ocorrendo sob a égide da lei nova, que possui, como defende o doutrinador francês, efeitos imediatos. Desta forma, a anterioridade da causa seria irrelevante para a incidência imediata da lei nova aos efeitos ocorridos apenas neste segundo momento.

Num segundo aspecto, Paul Roubier esclarece que é preciso observar se em determinada situação jurídica prevalece o interesse individual ou se prevalece o interesse público. Conforme este critério, as situações jurídicas seriam subjetivas ou objetivas.

As primeiras (subjetivas) seriam aquelas que criariam direitos individuais, fosse por ato voluntário ou em decorrência da lei. As segundas (objetivas) seriam aquelas situações que criariam deveres, estes decorrentes da ordem pública.

No primeiro caso, quando se percebe o predomínio da vontade ou do interesse individual, como ocorre nos contratos, a lei antiga ganha um fôlego e se projeta para o futuro, regulando não apenas a formação e a extinção da situação jurídica ocorrida na sua vigência (perspectiva dinâmica), mas também os efeitos daquela situação jurídica que venham a se manifestar somente no império da lei nova (perspectiva estática). Seria uma espécie de sobrevida da lei velha em deferência ao indivíduo que, no exercício da autonomia de sua vontade, confiou na lei vigente e participou de determinada relação jurídica que não poderia ser afetada por lei posterior, mesmo que seus efeitos somente viessem a ocorrer neste segundo momento. Haveria, aqui, ultra-atividade da lei antiga.

Rubens Limongi França transcreve uma breve passagem do livro *Les Conflits de Lois Dans le Temps*, em que o autor explica:

[...] o contrato pelo qual os interessados realizam esta escolha constitui um ato de previsão; os contratantes que, por esse meio, conjugam os seus interesses, sabem aquilo que podem esperar do conjunto de cláusulas expressas do ato, ou ainda da lei. É evidente que esta escolha seria inútil, se uma lei nova, modificando as disposições do regime em vigor no tempo em que o contrato foi lavrado, viesse trazer um desarranjo nas suas previsões.

13 Id.

Um contrato constitui um bloco de cláusulas indivisíveis que se não pode apreciar senão à luz da legislação sob a qual foi entabulado. É por esta razão que, em matéria de contratos, o princípio da não retroatividade cede lugar a um princípio mais amplo de proteção, o princípio da sobrevivência da lei antiga¹⁴.

No segundo caso, a situação jurídica objetiva se apresentaria como sendo aquela em que o interesse público predomina e, então, não haveria a exceção da ultra-atividade da lei, ou seja, os efeitos das situações jurídicas anteriores que viessem a surgir apenas agora na vigência da nova lei, a ela estariam submetidos.

Numa apertada síntese e para uma genérica, mas suficiente noção, a teoria objetiva de Paul Roubier se resumiria à análise destas “situações jurídicas”, sob a premissa de que até pode haver, em casos específicos, ultra-atividade da lei antiga, mas de qualquer modo não é admitida a retroatividade presumida da lei nova, cujos efeitos são sempre e apenas imediatos ou futuros.

A partir destas duas noções, a doutrina brasileira frutificou e, apesar de outros grandes estudiosos e de excelentes outros trabalhos, Rubens Limongi França se destacou.

Este notável autor, com a pretensão de apenas reunir e de sistematizar subsídios para uma doutrina brasileira de direito intertemporal a ser construída, nas suas palavras, por aqueles que o sucederam, acabou ele mesmo lançando o melhor trabalho científico sobre o Direito Intertemporal Brasileiro.

Limongi faz um retrospecto histórico mundial sobre os melhores estudos na área, realçando as diversas posições no tempo e no espaço. O direito antigo, o direito oriental, o direito clássico, as fases pré-científica e científica dos estudos e da aplicação das normas no tempo, pavimentam o caminho que leva o leitor até as conclusões do autor sobre o enfoque mais adequado do direito intertemporal no território brasileiro, refletido à luz da legislação e da tradição brasileiras.

Tendo em mente a existência de norma inserida na Constituição Federal garantindo-se a irretroatividade da lei em relação ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito, como ainda, tendo em conta a norma de caráter infraconstitucional (Lei de Introdução ao Código Civil, hoje chamada de Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro) que dispõe, numa simbiose de teses, que o direito adquirido deve ser preservado e que a lei possui efeito imediato, Rubens Limongi França desenvolve a ideia de que:

[...] o Direito Adquirido é o limite normal do efeito imediato; noutras palavras, as novas leis, ainda quando não expressas, se aplicam às partes posteriores dos facta pendentia, ressalvado o Direito Adquirido. Já com relação à retroatividade, ela nunca existe, a não ser quando expressa; mas ainda quando tal se dá, resta como limite o Direito Adquirido”¹⁵.

Com estas ligeiras considerações, é possível ter claros os fundamentos mais básicos do direito intertemporal e, a partir desta noção, focarmos a atenção para o novo Código de Processo Civil de 2015¹⁶, que foi pródigo em regras para a aplicação da nova lei aos processos pendentes, mas que, eventualmente, pode exigir do intérprete que encontre soluções fora do texto legal.

De mais a mais, é inquestionável a influência das teorias resumidas aqui na construção legislativa brasileira.

14 ROUBIER, Paul. Les Conflits de Lois Dans Le Temps apud FRANÇA, R. Limongi. **Direito Intertemporal Brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 181.

15 FRANÇA, R. Limongi. **Direito Intertemporal Brasileiro**. Op. cit., p. 424.

16 BRASIL. **Código de Processo Civil**. Op. cit.

3 NO BRASIL

“Art. 11. É vedado aos Estados, como à União: 3º) prescrever leis retroativas”.
(CF – 1891)¹⁷.

A realidade brasileira se mostrou um pouco diversa da realidade vivida por Gabba e por Roubier, pois a Constituição Federal Brasileira, talvez por inspiração na obra do primeiro teórico, previu no art. 5º inciso XXXVI que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”¹⁸.

A Lei de Introdução ao Direito (antiga Lei de Introdução ao Código Civil), talvez inspirada em ambos os teóricos, previu no art. 6º que:

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.¹⁹

Destes dispositivos, percebe-se, com facilidade, que a lei dispõe para o futuro e não para o passado. A regra de sua aplicação é a irretroatividade e a exceção é a da retroatividade, mas, neste caso, mesmo assim, devendo ser expressa no respectivo texto legal e respeitados os limites do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito.

É oportuno registrar que as definições para as três hipóteses (direito adquirido, coisa julgada e ato jurídico perfeito) é dada pela própria lei de introdução ao direito (art. 6º acima transcrito). Neste particular, nos parece que apenas a menção ao direito adquirido seria suficiente, pois a coisa julgada e o ato jurídico perfeito são causas geradoras do direito adquirido e, uma vez configuradas, lá também estará o direito adquirido.

Embora a lei tenha definido o que seja direito adquirido, Rubens Limongi França propõe uma definição própria que, ao seu ver, atenderia melhor o sentido do termo, sem as redundâncias que o texto legal teria. Afirma o autor que:

Direito Adquirido, em suma, para o Legislador, é aquele que o seu titular pode exercer.

O exercício por meio de outrem não é matéria fundamental do conceito, porque, em princípio, é evidente que os direitos exercidos por representantes, são como se fossem pelo próprio titular.

Por outro lado, a extensão do conceito aos direitos a termo e aos condicionais, constitui um problema que não é conceitual, mas de interpretação do alcance do conceito²⁰.

17 BRASIL. **Constituição** (1891). Publicado no Diário Oficial da União de 24.2.1891.

18 BRASIL. **Constituição** (1988). Brasília: Senado Federal, 1988.

19 BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União de 9.9.1942, retificado em 8.10.1942 e retificado em 17.6.1943. Rio de Janeiro, 1942.

20 FRANÇA, R. Limongi. **Direito Intertemporal Brasileiro**. Op. Cit. p. 427 e p. 432.

E conclui o doutrinador:

À face de quanto vai exposto a respeito da matéria, pedimos vênia para ponderar que o conceito de Direito Adquirido pode ser o seguinte: É a consequência de uma lei, por via direta ou por intermédio de fato idôneo; consequência que, tendo passado a integrar o patrimônio material ou moral do sujeito, não se fez valer antes da vigência de lei nova sobre o mesmo objeto (grifos nossos)²¹.

A principal consequência desta previsão constitucional acerca da proteção ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito é que o legislador ordinário está impedido de legislar retroativamente para ferir as hipóteses mencionadas no texto constitucional. Somente pode fazer leis com intenção retroativa se o texto não ferir o direito adquirido no seu conceito mais amplo.

Nos países em que a irretroatividade da lei decorre de textos infraconstitucionais, os limites à retroatividade destinam-se aos aplicadores da lei e são os magistrados os principais alvos desta limitação interpretativa. Nestes casos, nada impede que exceções à irretroatividade aconteçam em novas leis, mas quando a regra se insere no texto constitucional, como acontece no Brasil, historicamente, diga-se de passagem, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada são inatingíveis, inclusive pela atividade legislativa.

No Brasil, portanto, existe amparo constitucional para a irretroatividade presumida da lei e um limite claro, no direito adquirido, na coisa julgada e no ato jurídico perfeito para a retroatividade da lei, quando expressa no seu texto. Tudo fruto da preocupação maior com a segurança jurídica, com a preservação da confiança de todos na vigência da lei. É uma garantia àqueles que obtiveram algum direito ou entabularam alguma relação obrigacional sob a vigência de determinada norma, de que será ela a regular aquela situação jurídica, mesmo que a evolução legislativa modifique futuramente os regramentos sobre a matéria.

Não descuidando deste aspecto e, ao contrário do que aconteceu com o Código de Processo Civil anterior, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe vários dispositivos acerca da incidência da lei no tempo, estabelecendo, no art. 1046 *caput*, a regra geral da aplicação imediata da lei aos processos pendentes e pontuando aqui e ali os momentos de ultra-atividade do código anterior para casos específicos. O art. 14 do mesmo código também trata do tema²².

Não se previu a retroatividade da lei processual civil, de modo que ela tem efeitos imediatos. Segue-se a regra de que a lei foi feita para regular fatos presentes e futuros, mas não para fatos passados. Em consequência, pode-se afirmar que a lei processual nova tem eficácia, nos processos em curso, no ponto em que os encontrar, dali para frente, não prejudicando os atos já praticados e os direitos adquiridos provenientes destes atos passados.

Uma pergunta fica, como identificar o direito adquirido processual?

4 DIREITO ADQUIRIDO PROCESSUAL

“Daqui a poucos meses fará meio século que ensino direito e não sei até hoje o que seja direito adquirido” (Duguit)²³.

A lei processual, assim como os fatos da vida, é complexa e em algumas situações abriga normas de caráter material²⁴ e, em outras, gera, sem a menor dúvida, direitos adquiridos processuais. Antes, porém,

²¹ Id.

²² BRASIL. *Código de Processo Civil*. Op. Cit.

²³ DUGUIT, Léon. *Leçons de droit public general 1926*, p. 308, apud PIRES, Maria Coeli Simões Pires. *Direito Adquirido e Ordem Pública: Segurança Jurídica e Transformação Democrática*. Belo Horizonte: Editora e Livraria Del Rey, 2005. p.236.

²⁴ Por exemplo: - obrigação de indenizar por danos causados pelo cumprimento de uma medida cautelar que foi, posteriormente, revogada; - obrigação de pagar as verbas sucumbenciais; a graduação de créditos em processo de concurso de credores.

de detalhá-los, nos parece conveniente que se faça uma ligeira abordagem sobre as estruturas do processo civil brasileiro.

Todos sabemos que a resolução dos conflitos é um desejo individual daqueles que vivenciam a angústia e a insatisfação de estar inserido numa situação de disputa por direitos, mas é, também, objeto de interesse de toda a coletividade que envolve estas pessoas em conflito. O Estado, para manter sua organização, precisa garantir a pacificação social, de modo que não pode ficar à distância, apenas observando as consequências das disputas entre os indivíduos, pois, neste caso, a regra mais elementar da natureza se faria valer e o mais forte venceria, mesmo que com ele não estivesse a razão. É do interesse social, portanto, que a resolução dos conflitos se dê com imparcialidade, de forma ordenada e com respeito à legislação existente. Assim, a lei processual traz em si o interesse público e, havendo este interesse público, ela é impositiva, cogente, ela se mostra como reguladora de matéria de “ordem pública”, com o interesse estatal se sobressaindo ao interesse individual.

A Constituição Federal Brasileira reservou para o Estado o poder jurisdicional e previu dezenas de princípios de inspiração e de limitação da construção legislativa, valendo citar, dentre eles, os seguintes:

[...]

art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação²⁵.

Do exposto, não há dúvidas de que a jurisdição é exercida pelo Estado e a lei processual civil pavimenta a forma pela qual esta jurisdição é entregue aos litigantes, orientando-os a seguirem aquilo que a própria Constituição Federal chama de devido processo legal.

²⁵ BRASIL. Constituição (1988). Op. cit.

Na obra coordenada pelo professor Luiz Rodrigues Wambier, intitulada *Curso Avançado de Processo Civil*, é oferecida uma boa noção do que seja o devido processo legal. Consta o seguinte:

Isso quer dizer que toda e qualquer consequência processual que as partes possam sofrer, tanto na esfera da liberdade pessoal quanto no âmbito de seu patrimônio, deve necessariamente decorrer de decisão prolatada num processo que tenha tramitado de conformidade com antecedente previsão legal. O devido processo legal significa o processo cujo procedimento e cujas consequências tenham sido previstas na lei²⁶.

Este devido processo legal se materializa pelo respeito às regras processuais previstas na lei, sob a coordenação do Estado-juiz, numa sequência ordenada de atos que se sucedem até que a solução da demanda seja entregue aos litigantes. Se estabelece, então, uma relação entre as partes e o juiz, em que direitos e deveres temperam o caminhar do procedimento, compondo uma sequência complexa de atos processuais. A complexidade na formação do processo faz com que o tempo consumido do início ao fim do processo alcance dias (em raríssimas vezes), meses e anos (na maioria das vezes), e é aqui, no fator “tempo”, aliado ao fator “complexidade”, que a aplicação da lei nova acrescenta mais dificuldade ao processo, exigindo do aplicador do Direito atenção e conhecimentos redobrados.

Esta sequência de atos que compõem o processo como um todo, para fins de aplicação da lei no tempo, exigiu que a doutrina classificasse o processo e, assim, surgiram três teses: – a da unidade processual; – a das fases processuais; e – a do isolamento dos atos processuais.

A teoria da unidade processual compreende o processo como um aglomerado de atos inseparáveis uns dos outros, unidos pelo mesmo objetivo e interdependentes entre si. Uma vez iniciado o processo sob a égide de determinada lei, não se concebe que outra vinda posteriormente modifique o encadeamento e a natureza dos atos a serem praticados, pois são uma unidade e, como tal, são regidos por uma única lei, ou a antiga ou a nova, se tiver efeitos retroativos. Nesta teoria, o processo não pode ser regulado por leis sucessivas dispendo sobre o mesmo procedimento.

Na teoria das fases processuais, divide-se o processo em fases autônomas, cada qual correspondendo a um conjunto de atos inseparáveis. Assim, as fases processuais teriam a característica da unidade e não seriam atingidas pela lei nova, mas encerrada aquela fase não haveria impedimento para as novas normatizações que o tempo apresentasse. Se imaginássemos que as fases se desdobrassem em postulatória, probatória, decisória e recursal, sobrevindo uma lei nova, ela somente estaria em condições de disciplinar as fases ainda não ocorridas e as demais, pendentes de conclusão, continuariam sendo regidas pela lei anterior.

A teoria do isolamento dos atos processuais prega que a unidade do processo não prejudica a autonomia dos atos processuais, pois aquela unidade se justifica unicamente pelo fim a que se destina o processo, qual seja, a entrega do provimento jurisdicional. Desta forma, cada ato praticado deve ser visto isoladamente e, desde que se respeitem os direitos e deveres decorrentes de cada um deles, a lei nova pode disciplinar os atos subsequentes, mesmo que a fase não se tenha encerrado, mas não incidirá sobre o ato que já foi praticado ou sobre seus efeitos, mesmo que eles se manifestem apenas na vigência da lei nova, pois os efeitos são parte indissociável do ato.

Moacyr Amaral Santos, citado em obra de Guilherme Rizzo Amaral, define a teoria do isolamento dos atos processuais da seguinte forma:

²⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 73. v. 1.

*Segundo esse sistema, a lei nova, encontrando um processo em desenvolvimento, respeita a eficácia dos atos processuais já realizados e disciplina o processo a partir da sua vigência. Por outras palavras, a lei respeita os atos processuais realizados, bem como seus efeitos, e se aplica aos que houverem de realizar-se*²⁷.

Ronaldo Cramer, em obra coordenada por Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas, observa, com propriedade, que: *“Para uma melhor compreensão, diga-se que essa teoria, ao resguardar o ato processual praticado, visa a proteger o direito processual (ou a situação processual de vantagem) que dele resulta para uma das partes”*²⁸.

No Brasil adota-se a terceira teoria (teoria do isolamento dos atos processuais) e o novo Código de Processo Civil, a exemplo dos anteriores, fez constar, expressamente, no *caput* do art. 1.046, que: *“Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973”*²⁹.

Não fosse o bastante, consta, ainda, do art. 14 a seguinte norma:

*Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.*³⁰

Diante do exposto, é importante saber identificar quais são os atos processuais e quais são seus efeitos naturais, é preciso saber quais direitos nascem de determinado ato praticado, pois estes, uma vez incorporados ao patrimônio jurídico da parte, não podem ser desfeitos pela lei nova.

A classificação minuciosa dos atos processuais, com todo o detalhamento de suas características, não será feita neste trabalho porque este conhecimento não chegaria a influenciar significativamente os objetivos pretendidos neste estudo. São várias as concepções doutrinárias a respeito, e a escolha de uma delas acaba por excluir as outras, que não são necessariamente erradas, mas apenas trazem pontos de vista diferentes. O importante, aqui, é ter ao menos uma noção do que seja o ato processual e, numa visão pessoal, a doutrina objetiva e lúcida de Fredie Didier Jr. serve satisfatoriamente para transmitir esta ideia na medida necessária. Diz ele: *“[...] ato processual é todo aquele comportamento humano volitivo que, considerado pelo Direito como relevante para o processo, está apto a produzir efeitos jurídicos na relação jurídica processual”*³¹.

Note-se que o comportamento humano, ou seja, do autor, do réu, do promotor de justiça, dos peritos, dos oficiais de justiça, do escrivão, do juiz, enfim, de seres humanos (sim os juízes também somos humanos), relevantes ao processo e em condições de produzir efeitos naquela relação jurídica processual, é ato processual.

O ato processual pode gerar direitos subjetivos de natureza procedimental ou material. É, aliás, o que diz o artigo 158 do Código de 1973 e o art. 200 do Código de Processo Civil de 2015³² ao tratar dos

27 SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v 1, apud AMARAL, Guilherme Rizzo. **Estudos de Direito Intertemporal e Processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 20.

28 CRAMER, Ronaldo. **Comentários aos artigos 1.045 a 1.051, 1.053 a 1.066 e 1.068**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 2360.

29 BRASIL. **Código de Processo Civil**. 2015. Op. cit.

30 Id.

31 DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 14. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012. p. 280. v. 1.

32 CPC 1973 - Art. 158. Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais. (BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei n. 5.869 de 11 janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União de 17.1.1973. Brasília: Senado Federal, 1973).

CPC 2015 – Art. 200. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais. (BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União de 17.3.2015. Brasília: Senado Federal, 2015).

atos da parte. Veja-se, por exemplo, que a juntada de documentos comprovando determinado fato gera aos demais sujeitos do processo o direito de sobre eles se manifestar. Uma decisão que conceda ou negue um pedido de antecipação da tutela jurisdicional, gera ao prejudicado o direito de recorrer. A redefinição dos ônus da prova gera o direito a uma das partes de não precisar demonstrar determinado fato, porque cabe à outra. A juntada de um mandado de citação, inicia a contagem do prazo para a resposta estabelecendo um limite temporal para o exercício de um direito. Enfim, atos praticados dentro do processo, quando amparados pela lei (objetivamente considerada), geram consequências, produzem efeitos e, quando estes efeitos ingressam no domínio daquele que os recebe, não é mais possível ignorá-los, pois o direito existe, ele foi adquirido, é um direito adquirido processual.

É importante lembrar que não se adquirem direitos quanto à forma em curso e, sim, como já foi dito, apenas se adquire o direito que é um mero desdobramento dos atos já praticados sob a égide da lei antiga. Tem-se a prerrogativa de continuar o processo, mas não de continuá-lo sob determinada forma processual já ultrapassada pela lei nova, como se se adotasse a teoria da unidade processual, isto não!

Inclui-se, também, nesta visão dos “atos processuais” a inação da parte, porque este silêncio, esta inércia, também gera efeitos no processo. O silêncio da parte quando deva se manifestar, por exemplo, gera a preclusão e, sendo para responder a ação, gera a revelia.

Egas Dirceu Moniz de Aragão, a propósito, já dizia que:

À lei não interessa, ademais, se a inatividade em que a parte se deixe ficar resulta de uma deliberação da vontade ou se é fruto de mero acidente indesejado. Somente no primeiro caso é que seria possível harmonizar a omissão de ato com o teor do dispositivo comentado, identificando-se na inércia voluntária um modo de manifestar a vontade. Não bastaria, porém, isolar esse aspecto do problema, pois todos os casos de inatividade podem conduzir ao mesmo efeito: modificar ou extinguir direitos processuais, sem que se deva ter em conta provirem, ou não, de real manifestação de vontade³³.

Os direitos adquiridos processuais correspondem, portanto, àquelas consequências possíveis, decorrentes de determinada norma jurídica, capazes de influir no processo e que, embora já integrante do patrimônio de uma das partes, ainda não foi exercida.

Com efeito, não se adquire direitos contra a lei, como também não se adquire direitos na pendência de requisito que deva existir para se completá-los. Carlos Maximiliano, já alertava em 1946, que:

Quem entra no uso de um interesse ou prerrogativa sem o preenchimento das condições estabelecidas pelas regras positivas em vigor, não pode alegar direito adquirido. O ilícito, o ilegal, o inconstitucional não gera direitos. Não há direito contra o Direito.³⁴

Uma dica prática valiosa é a seguinte: devemos seguir três passos, respondendo a três questionamentos. O primeiro passo é focar na existência objetiva (ou seja, em tese) do direito processual que se pense ter adquirido sob a égide da lei antiga. Pergunta-se: – O direito abstratamente considerado existe?

Se a resposta for positiva, passa-se ao segundo passo. É preciso procurar o ato processual que fez incidir a norma abstratamente considerada no caso concreto e verificar se ele está completo. Pergunta-se: – O ato foi praticado em todos os termos necessários para a sua existência?

Sendo positiva a resposta, ingressamos no terceiro e último passo. É preciso verificar o momento em que este ato completou o último elemento de sua formação. Pergunta-se: – Este momento de formação do ato coincide com a vigência da lei que se deseja aplicar?

33 ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 22-23. v. II.

34 MAXIMILIANO, Carlos. **Direito Intertemporal**. São Paulo: Freitas Bastos, 1946. p. 48.

A resposta positiva às três indagações revela um direito adquirido processual sob a égide da lei antiga e, portanto, protegido contra a irretroatividade da lei nova.

Ilustrando o raciocínio acima, pensemos no seguinte exemplo: uma decisão interlocutória foi prolatada no dia 15 de março de 2016. O prejudicado está no dia 19 de março de 2016 e deseja interpor o recurso de agravo retido nos autos, conforme lhe facultam os arts. 522 e art. 523 do Código de Processo Civil de 1973. O Código de Processo Civil de 2015³⁵, que entra em vigor em 18 de março de 2016 (um ano após a publicação, que ocorreu em 17 de março de 2015 – art. 1.045), não abriga o recurso de agravo retido nos autos. O prazo está em curso, na vigência do Código Novo. Que norma deve-se usar?

Primeira pergunta: O direito abstratamente considerado existe?

Resposta: Sim, está previsto nos arts. 522 e 523 do Código de Processo Civil de 1973.³⁶

Segunda pergunta: O ato foi praticado em todos os termos necessários para a sua existência?

Resposta: Sim, a decisão foi prolatada, assinada pelo juiz e está disponível para conhecimento dos interessados dentro do processo.

Terceira pergunta: Este momento de formação do ato coincide com a vigência da lei que se deseja aplicar?

Resposta: Sim, a decisão foi prolatada em 15 de março de 2016 e os arts. 522 e 523 do Código de Processo Civil de 1973 ainda estavam em vigor nesta época.

Conclusão: Mesmo interpondo o recurso no dia 19 de março de 2016, ele deverá ser conhecido, pois o recorrente adquiriu o direito ao recurso quando ainda vigia a lei anterior e somente o exerceu agora, na vigência da lei nova.

5 APLICAÇÃO PRÁTICA

“De rigor, toda nova lei tem vocação de disciplinar o presente, não o passado”.
(Teresa Wambier)³⁷.

Foram reunidas, até aqui, algumas considerações importantes para, então, apreciarmos, com maior subsídio teórico, a legislação processual civil no que diz respeito à aplicação da lei no tempo.

O Código de Processo Civil de 2015, como já foi dito, traz uma grande preocupação em assegurar o máximo de detalhes possível sobre sua aplicação no tempo. Ele é rico em regras de direito intertemporal e muitas das dúvidas usualmente ocorrentes têm sua resposta no art. 1046 e seguintes.

São muitas as novidades procedimentais que o novo código traz e a análise do aspecto intertemporal de todas as hipóteses lá previstas implicaria no alargamento deste trabalho para bem além daquele programado, fugindo do objetivo inicial de realizar um estudo sobre as bases da aplicação da lei processual no tempo.

Assim, que fique o registro de que os subitens que virão não esgotam todas as novidades que o Código de Processo Civil de 2015 previu, mas, sim, ilustram, de modo exemplificativo, a prática da teoria a que nos propomos a pensar.

35 BRASIL. *Código de Processo Civil*. 2015. Op. cit.

36 BRASIL. *Código de Processo Civil*. 1973. Op. cit.

37 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*: Artigo por Artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 73.

Como referido na Introdução deste trabalho, o Código de Processo Civil de 2015 corresponde à Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Esta lei foi publicada em 17 de março de 2015 e previu, no seu art. 1045, que entrará em vigor após um ano da publicação oficial.³⁸

A contagem do prazo de um ano se dá no mesmo dia e mês do ano seguinte, pela aplicação do art. 1º da Lei n. 810/1949. Ao menos este é o magistério de Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha e Ravi Peixoto, publicado no artigo “Sobre o Início da Vigência do CPC/2015”³⁹. Veja-se:

É importante destacar: 1 ano, e não 365 dias. O art. 1º da Lei 810/1949 destaca que ‘*Considera-se ano o período de doze meses contado do dia do início ao dia e mês correspondentes do ano seguinte*’. Portanto, a contagem de prazo fixado em 1 ano leva em conta um período de 12 meses e findará no mesmo dia do mesmo mês do ano seguinte.

Em razão disso, o prazo de vacância do CPC/2015 teve início no dia 17 de março de 2015, data da publicação, e, contado um ano a partir daquele momento, com a inclusão do último dia do prazo, tem-se o fim do prazo no dia 17 de março de 2016. Como o § 1º do art. 8º da LC 95/1998 determina que o texto normativo entra em vigor no dia subsequente à consumação integral do prazo de vacância, o CPC/2015 entra em vigor no dia 18 de março de 2016 (Nesse sentido: CRAMER, Ronaldo. Comentários ao art. 1045. DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015, p. 2357.

Com efeito, o Novo Código entra em vigor no dia 18/03/2016, ou seja, “após decorrido 1 (um) ano da data de sua publicação oficial” (art. 1.045, CPC/2015).

Esta será, portanto, a data considerada no desenvolvimento dos raciocínios que seguem.

5.1 Prazos

“Prazo processual, uma vez começado, não mais é suscetível de ser aumentado, nem diminuído, sem retroatividade condenável” (Carlos Maximiliano)⁴⁰.

Houve uma significativa alteração na contagem dos prazos no Código de Processo Civil de 2015. Enquanto as regras anteriores mandavam contar os prazos em dias corridos, a nova determina que a contagem aconteça apenas nos dias úteis. É o que diz o art. 219 do Novo Código: “Art. 219. Na contagem do prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão apenas os dias úteis. Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se somente aos prazos processuais”⁴¹.

O Código de 1973 previa o oposto, a contagem de prazo contínuo. Veja-se: “Art. 178. O prazo, estabelecido pela lei ou pelo juiz, é contínuo, não se interrompendo nos feriados”⁴².

Esta alteração alcançará a grande maioria dos atos praticados no processo, pois a contagem de prazos é a base de todo o processo. Para quase tudo o que se faz no processo existem prazos e consequências pelo seu descumprimento, constituindo ou extinguindo direitos. A alteração feita no processo pela incidência do art. 219 do Código de Processo Civil de 2015 será impactante não apenas pelo conteúdo, mas pelo volume de atos que a ela se submeterão.

38 BRASIL. Código de Processo Civil. 2015. Op. cit.

39 DIDIER JR., Fredie et al. *Sobre o Início da Vigência do CPC/2015*. Disponível em: www.portalprocessual.com/sobre-o-inicio-da-vigencia-cpc2015. Acesso em: 09 out. 2015, às 16:22 h.

40 MAXIMILIANO, Carlos. *Direito Intertemporal*. Op.cit., p. 272.

41 BRASIL. Código de Processo Civil. 2015. Op. cit.

42 BRASIL. Código de Processo Civil. 1973. Op. cit.

No dia 18 de março de 2016, milhões de prazos processuais estarão em curso nos processos brasileiros. Como contá-los? Eis a questão!

É preciso pensar pelo menos em três hipóteses fáticas, quais sejam, o prazo iniciado e terminado sob a regência da lei velha, o prazo iniciado e terminado sob a regência da lei nova e o prazo iniciado sob a regência da lei velha e terminado sob a regência da lei nova.

A primeira hipótese, na qual o prazo já foi contado e se expirou antes da vigência da lei nova não gera muita dificuldade de compreensão. Nos parece evidente que o prazo iniciado e esgotado sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 não sofre influência do Código de Processo Civil de 2015, porque não há retroatividade da lei processual civil. Os efeitos decorrentes daquele prazo já aconteceram, já se materializaram numa consequência que integrou o patrimônio jurídico de uma das partes.

Não podemos nos esquecer que a relação entre parte autora e parte ré no processo civil, de regra, compõe uma relação de antagonismo, onde o prejuízo de uma representa o benefício de outra. Se o prazo correu em branco acabou, não há mais o que se falar sobre a incidência das novas regras para fatos concluídos anteriormente a 18 de março de 2016.

A segunda hipótese, de prazo iniciado e terminado sob a regência da lei nova merece o mesmo raciocínio acima, lembrando apenas que agora é sob o império do Código de Processo Civil de 2015 que os prazos serão contados. Assim, na regra geral, não há dificuldades de compreensão, pois a ideia é limpa, é fácil de assimilar.

A complexidade aumenta apenas quando pensamos na hipótese de ultratividade da lei velha, ou seja, aquela sobrevida que o Código de 1973 ganhou para regular os processos de procedimento sumário em curso e aos procedimentos especiais em curso, que foram revogados pelo Código de Processo Civil de 2015. Esta faculdade de se continuar procedimentos extintos pela lei nova já era defendida pela doutrina anteriormente. Carlos Maximiliano afirmava que:

Não há direito adquirido a proceder, quando os atos processuais dizem respeito a meras faculdades de agir (por exemplo, sequestro provisional; purga de hipoteca); porém aqueles atos, uma vez iniciados, prosseguem, mau grado lei posterior contrária: firma-se o direito de agir em determinado sentido, com o primeiro ato processual empreendido.

Se os preceitos vigentes não reconhecem uma espécie de processo até então admitida, prossegue a mesma, nos casos em que haja dado entrada em juízo a respectiva inicial⁴³.

Agora, o §1º do art. 1.046 do CPC/2015 prevê esta possibilidade, afastando qualquer dúvida a respeito. Sua redação é a seguinte:

Art. 1046 (...)

§ 1º As disposições da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, relativas ao procedimento sumário e aos procedimentos especiais que forem revogadas aplicar-se-ão às ações propostas e não sentenciadas até o início da vigência deste Código.⁴⁴

Nestes casos podem haver dúvidas quanto à forma de contagem dos prazos, pois foi prevista aos processos em curso no dia 18/03/2016 que o Código anterior regularia o procedimento, já que inexistente no novo regime jurídico. Fica a pergunta: Nos procedimentos de que trata o art. 1.046, § 1º, a contagem dos prazos iniciados após a entrada em vigor do novo CPC, seria contínua como prevê o CPC/1973 ou em dias úteis, como prevê o CPC/2015?

43 MAXIMILIANO, Carlos. *Direito Intertemporal*. Op.cit., p. 267.

44 BRASIL. *Código de Processo Civil*. 2015. Op. cit.

A resposta correta é em dias úteis, nos exatos termos do que dispõe o Código de Processo Civil de 2015, pois a alteração feita na contagem de prazos alcança todos os prazos que se iniciem no decorrer de sua vigência.

Note-se que a regra da contagem dos prazos está na parte geral do Código, aplicando-se sempre que não exista regra específica em contrário. A ultratividade do Código de Processo Civil de 1973 alcançou apenas os procedimentos especiais revogados naquilo que eles têm de especiais e não há, nos respectivos capítulos especiais, regra de contagem de prazo diferenciada, o que há são prazos diferentes, mas não uma forma de contá-los diferentemente do usual. Com efeito, no procedimento sumário, por exemplo, que esteja em curso em 18 de março de 2016, os prazos para recorrer de decisões prolatadas a partir desta data serão contados em dias úteis, obedecendo-se a regra do Novo Código de Processo Civil. Já os demais passos procedimentais que caracterizam o procedimento sumário ou determinado procedimento especial, estes sim deverão respeito aos preceitos do CPC/1973. Naquilo que o extinto procedimento especial tem de especial, aplica-se a lei de sua origem; naquilo que o procedimento especial tem de comum, aplica-se a lei nova.

Pensemos, agora, na terceira hipótese, em que o prazo inicie sob a regência da lei velha e termine sob a regência da lei nova. Aqui estará a grande maioria dos casos. Se, no dia 18 de março de 2016, o prazo estiver em curso, ele continuará sendo contado conforme as regras que incidiram até ali, ou seja, sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973. Isto ocorre porque a contagem do prazo é um mero efeito da decisão que o determinou e, portanto, a tentativa de impor a contagem diferente, prevista apenas na lei nova, implicaria em atribuir a esta última lei um efeito retroativo que ela não tem e em total desacordo com a noção de direito adquirido e de ato jurídico perfeito.

Aliás, isto é o que também afirma Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery: “Ainda que a lei processual tenha vigência imediata, não pode prejudicar o ato jurídico processual perfeito nem o direito adquirido (CF 5º XXXVI)”⁴⁵.

Vale o registro de que, na excelente obra de Galeno Lacerda, intitulada *O Novo Direito Processual Civil e os Feitos Pendentes*⁴⁶, defendia-se algo diferente, com a divisão dos prazos em dilatados e reduzidos. Naquela época e para aquele autor, “em regra, os prazos alongados contam-se desde logo, aproveitando-se o lapso já decorrido sob a lei antiga” e “para os prazos diminuídos é inversa (a regra) da vigente para os dilatados”. Suas palavras são as seguintes:

*A regra para os prazos diminuídos é inversa da vigente para os dilatados. Nestes, como vimos, soma-se o período da lei antiga ao saldo, ampliado, pela lei nova. Quando se trata de redução, porém, não se podem misturar períodos regidos por leis diferentes: ou se conta o prazo, todo ele, pela lei antiga, ou todo, pela regra nova, a partir, porém, da vigência desta*⁴⁷.

Em que pese a grande admiração pela obra de doutrinador tão bem-conceituado, nos parece que a fórmula apresentada não encontraria espaço nos tempos atuais sem críticas bastante assertivas. Tenha-se aqui sua posição como uma curiosidade, um conflito de interpretações no tempo, para ousarmos fazer um pequeno trocadilho.

É preciso lembrar sempre de identificar claramente qual é a fonte do direito em curso, qual é o ato aquisitivo, isto é, o ato que originou o efeito que se reclama respeito. O prazo é um direito e ele decorre, em regra, de um ato decisório que determina a cientificação da pessoa que deve praticar determinada conduta⁴⁸, seja pela citação, pela intimação, pela carga, vista ou conclusão dos autos. Se a fonte deste direito remonta ao período de regência da lei antiga, é ela que deverá regular sua contagem e não a lei nova. Não é possível

45 NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 2235.

46 LACERDA, Galeno. *O Novo Direito Processual Civil e os Feitos Pendentes*. São Paulo: Forense, 1974. p. 91-102.

47 LACERDA, Galeno. *O Novo Direito Processual Civil e os Feitos Pendentes*. Op. cit., p.100.

48 Agir, omitir-se, manifestar-se ou silenciar-se.

misturar prazos, somá-los ou compensar o que já correu com aquele que a nova norma prevê. O prazo sempre atenderá apenas a um regramento, ou ao antigo ou ao novo, nunca a ambos.

O raciocínio aqui desenvolvido se estende também às outras mudanças na fórmula de contagem dos prazos, pois além da contagem em dias úteis, o Novo Código previu algumas variadas modificações nos artigos 213, 214, 215, 216, 218, 220, 221, 222, 224, 226, 227, 228, 229, 230 e 231 do Código de Processo Civil de 2015. Aliás, a ausência de contagem em dobro na hipótese de vários réus, com advogados diferentes, quando o processo for eletrônico consta deste art. 229 que dispõe o seguinte:

Art. 229. Os litisconsortes que tiverem diferentes procuradores, de escritórios de advocacia distintos, terão prazos contados em dobro para todas as suas manifestações, em qualquer juízo ou tribunal, independentemente de requerimento.

§ 1º Cessa a contagem do prazo em dobro se, havendo apenas 2 (dois) réus, é oferecida defesa por apenas um deles.

§ 2º Não se aplica o disposto no caput aos processos em autos eletrônicos⁴⁹.

Em todas as mudanças na fórmula de contagem dos prazos que estejam em curso, valerá a regra da lei antiga.

5.2 Recursos

“Julgamento e seus recursos: A lei que rege as formas e os efeitos de um julgamento é a lei do dia do julgamento” (tradução nossa) (Paul Roubier)⁵⁰.

Outra questão de grande volume que haverá diz respeito aos recursos pendentes de julgamento na data de entrada em vigor do novo código e, também, as decisões, sentenças e acórdãos com prazo em curso nesta mesma data.

Sabemos que o Novo Código trouxe alterações significativas na parte que regula os recursos. O agravo passou a ter 15 dias de prazo para sua interposição, enquanto que, antes, o prazo era de 10 dias (art. 1003, § 5º e art. 1070 do CPC/2015). As regras de deserção foram flexibilizadas, concedendo-se uma segunda chance ao advogado “esquecido” ou desatento, antes de declará-la (art. 1007, § 2º e 7º). Nos autos eletrônicos, é dispensado o recolhimento dos valores cobrados pelo porte de remessa e de retorno do processo (art. 1007, § 3º). Não há mais agravo retido (art. 1015), no entanto, não há preclusão dos temas a ele correspondente que poderão ser alegados em sede de preliminar de apelação (art. 1009, § 1º). O juízo de admissibilidade do recurso passa a ser feito pelo próprio Tribunal (art. 1010, § 3º), o que se mostrará bastante impactante nos tribunais superiores e estimulante àqueles advogados que não se aventuravam nesta esfera. O relator deverá oportunizar um momento para o recorrente esclarecer ou complementar a instrução do recurso em vias de ser reconhecido como inadmissível (art. 932, parágrafo único). Foi prevista a possibilidade de sustentação oral à distância, por videoconferência (art. 937, § 4º). Os embargos infringentes foram substituídos pelo prolongamento do julgamento, ou seja, quando a decisão sobre o recurso de apelação não for unânime, o julgamento continuará com a coleta dos votos dos outros julgadores que compõem o colegiado (art. 942). Os artigos 1.032, 1.033 e 1034 do CPC/2015 atribuem aos Tribunais Superiores o ônus de determinar a complementação das razões recursais e encaminhar os recursos que lhes foram dirigidos por engano do advogado ao respectivo tribunal (STF ou STJ).⁵¹

49 BRASIL. *Código de Processo Civil*. 2015. Op. cit.

50 “[...] Jugement est voies de recours. - 1. La loi qui règle les formes et les effets du jugement est la loi du jour du jugement”. (ROUBIER, Paul. *Les Conflits de Lois Dans Le Temps*. Op. cit., p.726).

51 BRASIL. *Código de Processo Civil*. 2015. Op. cit.

São muitas as alterações e as menções acima foram apenas exemplificativas, não alcançando a totalidade das novidades que o Código de Processo Civil de 2015 oferece na parte dos recursos.

A pergunta que fica é: – Quando aplicaremos a nova lei aos recursos pendentes de julgamento ou com prazo correndo para sua interposição?

A primeira coisa a fazer é procurar o ato aquisitivo do direito que se reclama, ou seja, qual foi o último ato praticado, para que se identifiquem os respectivos efeitos e a lei vigente. A data da decisão, da sentença ou do acórdão define qual lei irá regular o cabimento do respectivo recurso. Para sermos mais precisos, é a data de sua disponibilização no processo, seja físico ou eletrônico, é a data da sua existência.

Exemplificando, em julgamento ocorrido antes de 18/03/2016 é possível pensar no cabimento de embargos infringentes, desde que atendidos os requisitos previstos no CPC/1973 para a sua admissibilidade. Já se o julgamento não unânime aconteceu em 18/03/2016 ou depois, estes embargos infringentes não existem mais e o procedimento da apelação decidida por maioria deverá obedecer aos critérios do CPC/2015. Assim, a existência formal da decisão (em sentido amplo) gera o direito adquirido a determinado recurso e define, por consequência, o regime jurídico que regulamentará este recurso. Não é a data da publicação desta decisão, pois com a publicação apenas se dá ciência da existência do ato que a antecede e é lá, a partir daquele ato, que nasce o direito de recorrer no tempo e sob as condições que a respectiva lei prevê.

Lembre-se de que o Brasil adota a teoria do isolamento dos atos processuais. Não se pode pensar na “fase recursal” inteira protegida por determinada regulação normativa, salvo se o direito a este recurso já integrou o patrimônio jurídico da parte e a nova regulação não o prevê. Aí, sim, é preciso recorrer a todos os comandos do recurso previsto na lei anterior. A questão dos embargos infringentes, que foi abolido do CPC/2015, é bastante ilustrativa neste caso. Supondo que o direito ao recurso foi adquirido antes da vigência do Código de Processo Civil de 2015, evidentemente que o prazo de sua interposição e a forma do julgamento, com atenção a determinada composição do Tribunal, serão regulados pela única legislação existente a respeito, que é a velha. Assim, na hipótese de um julgamento não unânime de apelação em 17/03/2016 ou antes, a interposição do recurso e o julgamento dos embargos infringentes necessariamente deverão ocorrer conforme os preceitos da lei anterior na sua integralidade, que ganha uma sobrevida.

No caso do agravo de instrumento, ambas as leis, nova e velha, preveem-no, mas os requisitos e condições diferem em parte. O CPC/2015 trouxe um rol taxativo de decisões agraváveis e previu um prazo de 15 dias para sua interposição. O CPC/1973, mais aberto, previu o recurso contra decisões interlocutórias no prazo de 10 dias. Assim, a data da decisão recorrível definirá sob qual império o recurso de agravo se dará.

O mesmo raciocínio vale para o agravo retido nos autos. Se este agravo já existe antes de 18/03/2016, ele deverá ser conhecido pelo Tribunal, ainda que o recurso de apelação em que se pediu seu julgamento seja interposto apenas na vigência da lei nova. Por via de consequência, a preclusão consumada na vigência da lei anterior, pela ausência do agravo retido no momento próprio, não se desfaz pelo ingresso da lei nova, que prevê, no art. 1009, § 1º, esta possibilidade. Em outras palavras, se a parte deixou de interpor agravo retido na vigência da lei anterior, ela está impedida de requerer o conhecimento da matéria em sede de preliminar de apelação interposta na vigência da lei nova, porque não se aplica ao caso a regra do art. 1009, § 1º do Código de Processo Civil de 2015.

A análise de viabilidade dos recursos especiais e extraordinários não é diferente do que até aqui foi exposto, ou seja, a regra vigente na data do acórdão recorrido definirá até quando o filtro exercido pela presidência/vice-presidência dos Tribunais ocorrerá (art. 542, § 1º do CPC/1973). Se o acórdão recorrido

corresponde a julgamento realizado sob a égide da lei velha, é o Código de Processo Civil de 1973 que regulamentará a interposição e a análise dos requisitos de admissibilidade dos recursos. Se o acórdão recorrido corresponde a julgamento realizado sob a égide da lei nova, é o Código de Processo Civil de 2015 que deverá ser observado.

As regras de deserção e de recolhimento do porte de remessa e de retorno do processo eletrônico são ditadas pela regra vigente na data da decisão que possibilitou a interposição do recurso, ou seja, antes ou depois de 18/03/2016.

É importante destacar, mesmo que repetindo, que devemos isolar os atos e buscar os seus efeitos. Destaque-se, novamente, que é errado pensar em fase recursal, pois a teoria das fases processuais foi excluída do sistema processual brasileiro, conforme claramente prevê o art. 14 e o art. 1.046 do CPC/2015.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, ao comentarem a aplicação da lei no tempo em relação aos recursos, oferecem o seguinte raciocínio:

A lei processual tem vigência imediata e se aplica aos processos pendentes, mas rege sempre para o futuro... Os atos processuais já praticados sob a égide da lei antiga caracterizam-se como atos jurídicos processuais perfeitos, estando protegidos pela garantia constitucional da CF 5º XXXVI, não podendo ser atingidos pela lei nova.

7. Lei processual sobre recursos. *No que tange aos recursos, é preciso particularizar-se a regra do comentário anterior. Duas são as situações para a lei nova processual em matéria de recursos: a) rege o cabimento e a admissibilidade do recurso a lei vigente à época da prolação da decisão da qual se pretende recorrer; b) rege o procedimento do recurso a lei vigente à época da efetiva interposição do recurso. Neste sentido: Nery. Recursos, n.3.7, p. 470; Stein-Jonas-Schlosser. Kommentar, v.7, t. II, coment. n. 2, 4, b ao § 1º da EGZPO, p. 584; Rosenberg-Schwab-Gottwald. ZPR, § 6º, I, p. 30; Chiovenda. Intituzioni, v. I, n. 27, p. 86; Gabba. Retroattività, v. 4, pp. 539/541; Roubier. Conflits, v. 2, n. 144, pp. 728/730; Roubier. Droit transitoire, n. 105, pp. 563/565, Valladão. Coment., n. 24, p. 89 et seq.; Pimentel. Causas pendentes, p. 24; Lacerda. Feitos pendentes, pp. 68/69; Rosas. Direito intertemporal processual (RT 559 [1982], n. 5, p. 11); Maximiliano. Dir. Intertemporal, n. 238, pp. 278/279⁵².*

É possível dizer, portanto, que a data da decisão, ou da sentença ou do acórdão define as regras de cabimento do recurso, mas o procedimento dele reger-se-á conforme a lei que vigorar na data de sua interposição.

Já que estamos tratando do tempo, que fique o registro do pensamento lapidar feito em 1946, aproximados 70 anos atrás, de Carlos Maximiliano e que se aplica como uma luva à situação que hoje vivenciamos:

Os postulados imperantes na data da Sentença resolvem sobre a sua impugnabilidade, os remédios contra o julgado, a admissibilidade de qualquer recurso; porquanto isto tudo constitui direito adquirido processual; não se usa um novo, nem elimina um velho. Nem sequer se impõem requisitos estabelecidos por norma hodierna que mantenha recurso admitido pela anterior. Entretanto, o processo, até mesmo de recurso já interposto, a forma dos atos respectivos, obedece à lei atual, salvo se esta não cura do remédio judiciário adotado de acordo com a precedente, ou claramente o repele.

Os preceitos dominantes no dia da Sentença indicam em que consiste o recurso, isto é, por que fundamentos se possa impugnar o veredictum (...)

52 NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Op. cit., p. 2235.

A norma imperante ao tempo da Sentença, Decreto ou Despacho estabelece o prazo para recorrer de qualquer destas decisões, o ponto de partida e a duração do mesmo. A lei nova não pode modificar o termo já começado, para o alongar ou abreviar: há direito adquirido desde o dia em que o veredictum foi proferido”⁵³.

Compartilhamos integralmente deste posicionamento.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

“Mude suas opiniões, mantenha seus princípios. Troque suas folhas, mantenha suas raízes” (Vitor Hugo)⁵⁴.

Ultrapassados todos os títulos desta monografia, podemos afirmar com toda a certeza de que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe várias normas de direito intertemporal, revelando o capricho e a preocupação em dissipar a maior parte das dúvidas quanto à aplicação da lei no tempo.

Observamos, também, neste Código, a existência de ultratividade da norma anterior em casos específicos.

Apesar do grande esforço do legislador, é verdade que alguns pontos obscuros ficaram para solução do intérprete que, atento aos dispositivos constitucionais, à regra da Lei de Introdução do Direito Brasileiro, e à melhor doutrina, não terá grandes dificuldades em aplicar a norma adequadamente.

Conforme visto neste trabalho, a lei processual projeta-se para o presente e para o futuro, mas sempre respeitando o direito adquirido processual. Assim, aquela situação jurídica ocorrida ainda sob o império da lei revogada, que tenha completado todos os atos de sua formação e em condições de refletir um direito processual a uma das partes, estabiliza-se e respeita, também nos seus efeitos, a lei anterior. Mesmo que estes efeitos venham a ocorrer no império da lei nova, é à lei antiga que deverá respeito.

A lei da formação do ato, que aqui chamamos de ato aquisitivo, rege os efeitos desta situação jurídica, pouco importando existir ou não nova regulamentação dispondo diversamente.

É o respeito ao direito adquirido processual. É o respeito à segurança que a lei deve proporcionar nas relações jurídicas processuais. É o respeito ao jurisdicionado que quer e deve saber que a lei observada no momento da prática de determinado ato irá reger seus interesses dentro do processo, mesmo que outra diferente venha depois.

Com estas considerações, pensamos que a transição entre o Código de Processo Civil de 1973 e o Código de Processo Civil de 2015 se fará sem grandes dificuldades, ao menos na compreensão de qual será a lei de regência em cada situação jurídica processual.

6 REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Estudos de direito intertemporal e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 20.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Comentários ao código de processo civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 22-23. v. 2.

⁵³ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito Intertemporal**. Op.cit., p. 278-279.

⁵⁴ HUGO, Victor. **Œuvres complètes**. Le Club français du livre, 1850. v. 7.

BRASIL. Constituição (1891). **Planalto**, Brasília, DF. Publicado no Diário Oficial da União de 24.2.1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>.

BRASIL. **Constituição** (1988). Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 1942. Retificado em 8.10.1942 e retificado em 17.6.1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>.

BRASIL. Lei n. 5.869 de 11 janeiro de 1973. **Planalto**, Brasília, DF. Publicado no Diário Oficial da União de 17.1.1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>.

BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Planalto**, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>.

CRAMER, Ronaldo. Comentários aos artigos 1.045 a 1.051, 1.053 a 1.066 e 1.068. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 2360.

DIDIER, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 280. v. 1.

DIDIER JR., Fredie et al. **Sobre o início da vigência do CPC/2015**. Disponível em: <www.portalprocessual.com/sobre-o-inicio-da-vigencia-cpc2015>. Acesso em: 09 out. 2015.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Direito intertemporal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 181.

GABBA, Carlo Francesco. **Teoria della Retroattività delle Leggi**. Pisa: Tipografia Nistri, 1868. v. 1. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=r8U_AAAcAAJ&pg=PA17&hl=pt-BR&source=gbs_toc_r&cad=3#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 12 out. 2015.

HUGO, Victor. **Œuvres complètes**. [S.l.]: Le Club français du livre, 1850. v. 7.

LACERDA, Galeno. **O novo direito processual civil e os feitos pendentes**. São Paulo: Forense, 1974. p. 91-102.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito intertemporal**. São Paulo: Freitas Bastos, 1946. p. 48.

NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 2235.

PIRES, Maria Coeli Simões. **Direito adquirido e ordem pública: segurança jurídica e transformação democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.236.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito: situação atual**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROUBIER, Paul. **Les Conflits de Lois Dans Le Temps**. Paris: Librairie Du Recueil Sirey, 1933. p. 726.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 73. v. 1.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. al. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 73.

6.1 Referências complementares

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao código de processo civil**. 10. ed. São Paulo: Forense, 1998. v. 1.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Novo código de processo civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GABA, Carlos Francesco. **Teoria della retroattività delle leggi**. Pisa: Tipografia Nistri, 1868.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. 9. ed. [S.l.]: Freitas Bastos, 2000. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme et al. **Manual do processo de conhecimento**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Método, 2013.

PIRES, Maria Coeli Simões. **Direito adquirido e ordem pública segurança jurídica e transformação democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 2. ed. São Paulo: Forense, 1990.

SOARES, André Mattos. **Aspectos atuais e polêmicos do direito intertemporal no processo civil**. São Paulo: Juruá, 2012.

REVISTA
TRIMESTRAL DE
JURISPRUDÊNCIA

TJMS

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL



4ª Câmara Cível
Apelação n. 0800673-73.2012.8.12.0019 – Ponta Porã
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

EMENTA – APELAÇÃO – PREVIDENCIÁRIO – APOSENTADORIA POR IDADE – CUMULAÇÃO POSSÍVEL DA SEGUNDA APOSENTADORIA – REQUISITOS PREENCHIDOS – RECURSO IMPROVIDO.

Somente é devida a concessão de dupla aposentadoria quando preenchidos os requisitos exigidos legalmente para cada regime (Regime Geral da Previdência Social e Estatutário), sendo vedada a contagem do mesmo tempo de serviço para mais de um sistema.

Não merece guarida a tese do apelante no sentido de ser inconciliável a concessão de dois benefícios, uma vez que restou comprovado o direito da apelada em obter uma segunda jubilação de aposentadoria por idade, com base naquele período a partir da sua efetivação como funcionária pública municipal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso e, em sede de reexame necessário, manter a sentença, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 14 de outubro de 2015.

Des. Amaury da Silva Kuklinski – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Previporã – Instituto de Previdência Social dos Servidores Municipais de Ponta Porã-MS interpõe recurso de apelação em face da sentença proferida pelo juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Ponta Porã, nos autos n. 0800673-73.2012.8.12.0019, que julgou procedente o pedido formulado na inicial, para condenar o ora apelante a implementar o benefício da aposentadoria por idade em favor de Antonia Alves Aleixo, bem como a efetuar o pagamento dos valores vencidos, retroativos a data do pedido administrativo (maio/2009), devendo ocorrer o pagamento dessas parcelas em quota única, as quais deverão ser corrigidas com base no IPCA, desde o seu vencimento e juros de mora, desde a citação, calculados na forma da nova redação dada ao artigo 1º-F, da Lei 9.494/2009.

O apelante informa que a apelada não faz jus à aposentadoria por idade pleiteada, pois já recebe outro benefício idêntico junto ao Regime Geral da Previdência Social, em decorrência de determinação judicial proferida na esfera federal (autos n. 2008.60.05.002124-0), onde já contou com o tempo de serviço prestado para o município de Ponta Porã. Discorre acerca da aplicação da lei no caso da concessão do benefício pelo INSS, afirmando que é vedado o acúmulo de benefícios.

Ao final, requer a reforma da sentença, para julgar totalmente improcedente a pretensão, em razão da utilização de tempo pertencente a municipalidade (12/05/85 a 31/03/92 e 01/01/95 a 31/12/97), para concessão de benefício previdenciário de aposentadoria por idade junto ao INSS.

A apelada apresentou contrarrazões (fls. 132/136), requerendo a manutenção da sentença de primeiro grau.

Insta salientar que trata-se também de reexame necessário.

VOTO

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

Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação interposto por Previporã – Instituto de Previdência Social dos Servidores Municipais de Ponta Porã-MS interpõe recurso de apelação em face da sentença proferida pelo juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Ponta Porã, nos autos n. 0800673-73.2012.8.12.0019, que julgou procedente o pedido formulado na inicial, para condenar o ora apelante a implementar o benefício da em favor de Antonia Alves Aleixo, bem como a efetuar o pagamento dos valores vencidos, retroativos a data do pedido administrativo (maio/2009), devendo ocorrer o pagamento dessas parcelas em quota única, as quais deverão ser corrigidas com base no IPCA, desde o seu vencimento e juros de mora, desde a citação, calculados na forma da nova redação dada ao artigo 1º-F, da Lei 9.494/2009.

O apelante informa que a apelada não faz jus à aposentadoria por idade pleiteada, pois já recebe outro benefício idêntico junto ao Regime Geral da Previdência Social, em decorrência de determinação judicial proferida na esfera federal (autos n. 2008.60.05.002124-0), onde já contou com o tempo de serviço prestado para o município de Ponta Porã. Discorre acerca da aplicação da lei no caso da concessão do benefício pelo INSS, afirmando que é vedado o acúmulo de benefícios.

Ao final, requer a reforma da sentença, para julgar totalmente improcedente a pretensão, em razão da utilização de tempo pertencente a municipalidade (12/05/85 a 31/03/92 e 01/01/95 a 31/12/97), para concessão de benefício previdenciário de aposentadoria por idade junto ao INSS.

A apelada apresentou contrarrazões (fls. 132/136), requerendo a manutenção da sentença de primeiro grau.

Passo a decidir.

Perlustrando os autos, percebe-se que a apelada utilizou para o primeiro jubilado o tempo inserido na CTPS, que comprovou o período de 06 anos, 08 meses e 20 dias, bem como o período em que trabalhou para a Prefeitura de Aral Moreira/MS, que computou 06 anos, 09 meses e 09 dias, o qual foi necessário para o preenchimento da carência legal de 165 contribuições mensais (art. 142, da Lei 8.213/91) para se implementar a aposentadoria pelo regime geral do INSS.

Desta feita, infere-se a independência dos fatos, sendo que a concessão do primeiro benefício não interfere na concessão de aposentadoria pelo regime previdenciário próprio, utilizando-se do tempo de serviço laborado para o município de Ponta Porã.

Consoante Lei Complementar Municipal nº 027/2006, que instituiu Estatuto dos Servidores Público Municipais de Ponta Porã, corroborada com a Lei Complementar Municipal nº 028/2006, que dispõe sobre o Plano de Cargos e Remuneração da Prefeitura Municipal de Ponta Porã - PCR-PORÃ, a aposentadoria por idade será concedida ao segurado que demonstrar a idade mínima de 60 anos para mulher e o mínimo de 10 anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo em que se dará a aposentadoria.

Com efeito, a prova juntada aos autos dá conta de demonstrar tais requisitos elencados no estatuto do servidor público municipal, conforme se atesta dos documentos juntados às f. 09/41.

Ademais, não merece guarida a tese do apelante no sentido de ser inconciliável a concessão de dois benefícios, uma vez que restou comprovado o direito da apelada em obter uma segunda jubilação de aposentadoria por idade, com base naquele período a partir da sua efetivação como funcionária pública municipal.

Insta colacionar julgados do STJ, o qual firmou o entendimento de ser possível a dupla aposentadoria, a partir do cumprimento de todos os requisitos para a concessão de ambos os benefícios:

PREVIDENCIÁRIO – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – SEGURADO APOSENTADO EM REGIME PRÓPRIO DE SERVIDOR PÚBLICO COM CONTAGEM RECÍPROCA – PERMANÊNCIA DE VÍNCULO COM O REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL – CONCESSÃO DE NOVA APOSENTADORIA – POSSIBILIDADE QUANDO OS REQUISITOS SÃO CUMPRIDOS – DECISÃO MANTIDA. 1. De acordo com o entendimento de ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, a concessão de aposentadoria pelo Regime Geral da Previdência Social a segurado aposentado em regime próprio não ofende o disposto nos arts. 96 e 98 da Lei nº 8.213/191, se o autor permaneceu vinculado ao RGPS e cumpriu os requisitos para nova aposentadoria, excluído o tempo de serviço utilizado para a primeira jubilação. 2. Ademais, o Decreto nº 3.048/199 permite a expedição de certidão de tempo de contribuição para período fracionado (art. 130, § 10). As vedações nele previstas dizem respeito ao duplo cômputo do tempo de serviço exercido simultaneamente na atividade privada e pública e daquele outrora utilizado para a concessão de aposentadoria (art. 130, § 12 e 13), circunstâncias não verificadas no caso concreto. 3. Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp 924423/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 15/04/2008, DJe 19/05/2008). (grifo nosso)

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO NÃO CONFIGURADA – EX-FERROVIÁRIO – DUPLA APOSENTADORIA – INDEVIDA – REQUISITOS LEGAIS EXIGIDOS PARA CADA REGIME NÃO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – PREENCHIDOS – REEXAME DE PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 7/STJ. 1. Não configura violação ao art. 548 do CPC, por alegada ausência de fundamentação do julgado, quando este adota como razão de decidir argumentos tidos por inexatos pelo recorrente, cabendo a ele valer-se do recurso próprio a fim de discutir a regularidade da premissa questionada. 2. Somente é devida a concessão de dupla aposentadoria quando preenchidos os requisitos exigidos legalmente para cada regime (Regime Geral da Previdência Social e Estatutário), sendo vedada a contagem do mesmo tempo de serviço para mais de um sistema. 3. A teor da Súmula 7/STJ não cabe a este Tribunal Superior a apreciação do juízo realizado pelo órgão de origem que concluiu, com base nas provas carreadas aos autos, que não foram atendidos os pressupostos exigidos para aposentadoria em cada regime. 4. Recurso Especial improvido. (REsp 956.094/GO, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 30/08/2007, DJ 17/09/2007, p. 354). (grifo nosso)

Outrossim, impende transcrever o que o art. 96, II da Lei nº 8213/91 prescreve:

Art. 96. O tempo de contribuição ou de serviço de que trata esta Seção será contado de acordo com a legislação pertinente, observadas as normas seguintes:

(...)

III - não será contado por um sistema o tempo de serviço utilizado para concessão de aposentadoria pelo outro.

Neste sentido, eis o precedente do STJ, *in verbis*:

PREVIDENCIÁRIO – FERROVIÁRIO – DUPLA APOSENTADORIA – EXIGÊNCIAS LEGAIS. A dupla aposentadoria importa a satisfação das condições de cada sistema, vedada a contagem de tempo de serviço que serviu de base em um, no outro sistema. Incidência da Súmula 371/STF. Recurso conhecido e provido.” (5ª Turma, REsp 83248/PB, rel. Min. Gilson Dipp, DJU 14/12/98, p. 265)

Destarte, andou bem o magistrado *a quo* ao conceder a aposentadoria pelo órgão previdenciário municipal, pois restou sobejamente demonstrado o preenchimento dos requisitos legais ensejadores da mencionada aposentadoria.

Assim, em sede de reexame necessário, ratifico a r. sentença de f. 113/118.

Ante o exposto, conheço do presente recurso de apelação, e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso e, 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, 14 de outubro de 2015.

3ª Seção Cível**Mandado de Segurança n. 1413705-85.2014.8.12.0000 – Campo Grande****Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski**

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA – REPUBLICAÇÃO DO GABARITO DEFINITIVO – AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO EDITAL – ILEGALIDADE – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E VINCULAÇÃO AO EDITAL – CONCESSÃO DA SEGURANÇA.

Tem legitimidade para figurar como autoridade coatora, a autoridade responsável pela realização do concurso público que possui poder para corrigir eventuais ilegalidades.

A administração pública poderia alterar assertiva divulgada no gabarito preliminar, mas não no definitivo, devendo a autotutela ser aplicada com observância dos princípios da razoabilidade, da segurança jurídica e da vinculação ao edital, vedada a violação às regras postas no edital, alterando-o após publicado o resultado definitivo, incorrendo em ilegalidade passível de controle judicial, devendo a questão alterada ser anulada.

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 as preliminares e, no mérito, por maioria, conceder a segurança, nos termos do voto do relator. Decisão contra o parecer.

Campo Grande, 19 de outubro de 2015.

Des. Amaury da Silva Kuklinski – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Klinsman Martins Hernandes impetra mandado de segurança com pedido de liminar contra ato praticado pelo Diretor do Departamento Estadual de Trânsito do Estado de Mato Grosso do Sul, Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública de Mato Grosso do Sul e Secretário de Estado de Administração de Mato Grosso do Sul, alegando que realizou prova objetiva do Concurso Público de Provas e Títulos para ingresso no quadro permanente de pessoal do Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul - DETRAN/MS, para o cargo de assistente de vistoria e identificação veicular no dia 21/09/2014, classificando-se com o mínimo exigido no edital, no total de 35 pontos, mas após a publicação do gabarito definitivo, nova publicação alterou esse gabarito, retificando os pontos do impetrante para 34 pontos.

Sustenta que nem pôde recorrer, em razão do edital vedar a interposição de recurso contra o gabarito definitivo, e que deveriam as autoridades coatoras tão somente ter anulado a questão de n. 4 de língua portuguesa ou, alternativamente, aberto novo prazo para a interposição de recurso administrativo, esclarecendo que sequer recurso foi interposto contra o gabarito preliminar com relação a essa questão.

Embora tenha pedido providências à Corregedoria, não obteve resposta.

Requer o afastamento da correção unilateral feita três dias após a divulgação do gabarito definitivo, contra o qual não cabia recurso, ou, que seja oportunizada sua interposição, ou ainda, alternativamente, a anulação da questão n. 4, de língua portuguesa.

Com a inicial, vieram os documentos de f. 11/83.

Em plantão, a liminar foi indeferida (fls. 88/90).

Embora, num primeiro momento, o feito tenha sido extinto sem resolução de mérito (fls. 93/97), por meio da decisão de fls. 122/124, o pedido de reconsideração do autor foi recebido como agravo regimental, e exercido o juízo de retratação, haja vista a existência de precedentes que autorizam a emenda à inicial do mandado de segurança, pois isso não significa que a prova não é pré-constituída, dando-se seguimento ao *mandamus*, promovendo o autor a juntada dos documentos de fls. 100/109.

O diretor-presidente do Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul – DETRAN/MS prestou informações às fls. 135/139, alegando, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva, apontando como legítima a comissão organizadora do certame, órgão vinculado à Secretaria de Estado de Administração, requerendo a extinção do presente.

O Estado de Mato Grosso do Sul, presta informações pelos Secretários de Estado de Administração e de Justiça e Segurança Pública, às fls. 140/156, alegando, preliminarmente, a decadência do direito de ação, por entender que a insurgência é contra o edital n. 1/2014 – SAD/SEJUSP/DETRAN/MS, publicado em 09/04/2014, enquanto o *mandamus* foi ajuizado em 31/10/2014, após o prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias, portanto.

No mérito, defende a denegação da ordem, por entender estar prevista a possibilidade de modificação do gabarito preliminar, no edital, bem como de não caber recurso contra o gabarito definitivo. E ainda, ser defeso ao Poder Judiciário, anular questão de concurso público, pois além de ferir a independência entre os Poderes, sua atuação deve se limitar ao exame da legalidade das normas editalícias e dos atos praticados na realização do certame.

Em parecer de fls. 222/232, opina o Ministério Público pela denegação da segurança, ante a inexistência de violação a direito líquido e certo, pelas mesmas razões apresentadas nas informações, e pugna pelo afastamento da preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelo diretor-presidente do Detran/MS.

VOTO (EM 21/09/2015)

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

O impetrante defende a manutenção do primeiro gabarito definitivo publicado (que lhe beneficiava) ou, alternativamente, a anulação do edital de republicação do gabarito definitivo, que alterou a resposta da questão n. 4, da prova objetiva do Concurso Público de Provas para Provimento de cargo efetivo do quadro de pessoal do Detran/MS.

Preliminar de ilegitimidade passiva do diretor-presidente do Detran/MS

Com fundamento no item 16.8 do edital, abaixo transcrito (em destaque), afasto a preliminar de ilegitimidade passiva.

16.8 - Os casos omissos serão resolvidos pela Secretária de Estado de Administração e pelo Diretor-Presidente do Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul, observadas as normas legais e regulamentares aplicáveis à espécie.

Mérito

O mérito deste *mandamus* não é a correção ou não da questão alterada por meio da publicação de um segundo gabarito definitivo, mas a própria publicação desse segundo gabarito definitivo (e não preliminar), por violação expressa das disposições editalícias, tendo em vista que as regras pertinentes ao concurso devem estar fixadas no edital, de fiel observância, porquanto a ele estão adstritos a Administração Pública e os concorrentes aos cargos públicos.

De imediato, esclareça-se que faz confusão as informações prestadas pela administração pública (fls. 140/156), pois o ato reputado ilegal foi a publicação de um segundo gabarito definitivo, publicado no DOE/MS n. 8.780, de 16/10/2014, contrariando/violando os termos do Edital n. 1/2014, na medida em que o impetrante não se insurge contra esse edital (originário do certame), nem contra o gabarito preliminar, como disse em informações a administração pública (fl. 148), e sim contra a sua evidente violação, ocorrida quando da publicação de um segundo gabarito definitivo.

Por tal motivo não ocorreu a decadência.

É caso para concessão da segurança, haja vista que de fato, da leitura dos itens 9.13 e 9.14, *in fine*, do edital (fls. 30/31), têm-se que a alteração de assertiva realmente poderia ocorrer unilateralmente pela Comissão Organizadora, mas somente quando da publicação do gabarito oficial preliminar, contra o qual ainda cabia recurso, e não do gabarito definitivo. Ou seja, após a divulgação do gabarito oficial preliminar poderia ocorrer alteração da assertiva divulgada, mediante análise técnica, ou por erro de digitação, o que vale dizer, independentemente de algum candidato haver interposto recurso contra a questão (isso é irrelevante).

Eis os itens, com nossos destaques:

9.13 - Do Gabarito Oficial preliminar da Prova Escrita Objetiva:

9.13.1 - O Gabarito Oficial Preliminar da Prova Escrita Objetiva será divulgado por edital das Secretarias de Estado de Administração e de Justiça e Segurança Pública no Diário Oficial do Estado, no endereço www.imprensaoficial.ms.gov.br e disponibilizados, via Internet, no site www.concurso.ms.gov.br.

9.13.1.1 - Após a publicação do Gabarito Oficial Preliminar da Prova Escrita Objetiva os candidatos poderão interpor recurso quanto à opção correta da questão constante no Gabarito Oficial Preliminar, dirigido ao Presidente da Comissão Organizadora do Concurso Público de Provas e Títulos - SAD/DETRAN/2014, no prazo de 2 (dois) dias úteis a contar da data de sua publicação, através do sistema de interposição de recurso, disponível no site www.concurso.ms.gov.br; acessando a área do candidato.

9.13.1.2 - Os recursos interpostos contra o Gabarito Oficial Preliminar da Prova Escrita Objetiva deverão ser efetivados por questão e instruídos com as razões que justifiquem a revisão, sob pena de não conhecimento.

9.13.1.3 - Após o término do prazo o candidato receberá um e-mail com a confirmação do recebimento do recurso interposto contra o Gabarito Oficial Preliminar da Prova Escrita Objetiva.

9.13.1.4 - O recurso deverá ser instruído com as razões que justifiquem a revisão, sob pena de não conhecimento.

9.13.1.5 - Poderá ocorrer alteração da assertiva divulgada no Gabarito Oficial preliminar da Prova Escrita Objetiva, mediante análise técnica, realizada pela Comissão Organizadora do Concurso Público, ou por erro de digitação.

9.13.2 - Julgados os recursos referentes ao Gabarito Oficial Preliminar da Prova Escrita Objetiva, os resultados serão divulgados no Diário Oficial do Estado - DOE, no endereço www.imprensaoficial.ms.gov.br e disponibilizados, via Internet, no site www.concurso.ms.gov.br.

9.14 - Do Gabarito Oficial Definitivo da Prova Escrita Objetiva:

9.14.1 - As Secretarias de Estado de Administração e de Justiça e Segurança Pública divulgarão, por edital, o Gabarito Oficial Definitivo da Prova Escrita Objetiva no Diário Oficial do Estado, no endereço www.imprensaoficial.ms.gov.br e disponibilizados, via Internet, no site www.concurso.ms.gov.br.

9.14.2 - A relação dos candidatos aprovados na Prova Escrita Objetiva será divulgada por edital próprio no Diário Oficial do Estado, através do endereço www.imprensaoficial.ms.gov.br e disponibilizado, via Internet, no site www.concurso.ms.gov.br, contendo a pontuação obtida em cada Prova pelos candidatos, por ordem alfabética e por cargo.

9.14.3 - O candidato que não atender os critérios de avaliação estabelecidos no item 8.6 será considerado reprovado e estará automaticamente eliminado do Concurso Público de Provas e Títulos - SAD/DETRAN/2014, para todos os efeitos.

9.14.4 - Não serão aceitos recursos contra o Gabarito Oficial Definitivo.

Destaque-se que a possibilidade de alteração unilateral prevista no item 9.13.1.5, está inserida no tópico 9.13, que diz respeito ao gabarito oficial preliminar. Não se refere ao gabarito oficial definitivo.

O mesmo entendimento se extrai da leitura ao item 16.7 do edital (f. 42), que deixa claro que poderia haver alterações, atualizações, ou acréscimos, no próprio edital, enquanto não consumada a providência ou o evento que lhes dissesse respeito:

16.7 - As normas estabelecidas neste edital poderão sofrer eventuais alterações, atualizações ou acréscimos, enquanto não consumada a providência ou o evento que lhes disser respeito, circunstância esta que será divulgada em edital a ser publicado no Diário Oficial do Estado - DOE, no endereço www.imprensaoficial.ms.gov.br e disponibilizado, via internet, no site www.concurso.ms.gov.br.

Logo, com fundamento no que está expresso no instrumento de orientação do certame (“*enquanto não consumada a providência ou o evento que lhes disser respeito*”), não poderia a administração pública alterar o gabarito definitivo, após a publicação desse mesmo gabarito (já) definitivo, haja vista que a oportunidade para fazê-lo era por ocasião do gabarito preliminar, conforme estabelecido no edital: “*Poderá ocorrer alteração da assertiva divulgada no Gabarito Oficial preliminar da Prova Escrita Objetiva, mediante análise técnica, realizada pela Comissão Organizadora do Concurso Público, ou por erro de digitação*”.

Ora, uma vez consumada a publicação do gabarito oficial definitivo, para o qual não havia qualquer previsão de alteração, consumou-se essa providência, e por consequência, não havia possibilidade alguma de sua alteração, o que aliás, sequer é usual nos concursos públicos, salvo com previsão expressa, o que não ocorreu no presente caso.

Como se constata, não havia previsão de possibilidade de alteração do gabarito oficial definitivo, por iniciativa da banca examinadora, no sentido de corrigir questões componentes das provas, atribuindo-se

a pontuação aos candidatos que anotaram a alternativa correta, de acordo com essa alteração determinada pela banca examinadora.

A administração pública, ao contrário do que afirma em suas informações, violou o princípio da legalidade, da vinculação ao edital e da segurança jurídica, ao descumprir regra editalícia norteadora do certame, cujo controle é justamente passível de, e cabível, ao Poder Judiciário.

Tal atitude é reprimível pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, veja-se o seguinte julgado do TRF da 1ª Região, com grifos nossos:

ADMINISTRATIVO – CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE VAGAS AO CARGO DE AUDITOR-FISCAL DA RECEITA FEDERAL – LITISPENDENCIA AFASTADA – ALTERAÇÃO DO GABARITO DO CONCURSO ATRAVÉS DA ANULAÇÃO DO EDITAL ESAF 07/2006 GERANDO A ALTERAÇÃO DO RESULTADO PUBLICADO COMO DEFINITIVO – VIOLAÇÃO DAS REGRAS EDITALÍCIAS – OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E AOS LIMITES DE ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO – POSSIBILIDADE DE REVISÃO PELO JUDICIÁRIO. (...) 2. Não cabe ao Judiciário reexaminar questões de prova de concurso e os critérios utilizados na atribuição de notas. O juiz não pode se transformar em examinador de todo o concurso público que é impugnado na via judicial.

Coisa bem diversa é a possibilidade de correção de vícios de natureza formal, como contagem equivocada de pontos (erro aritmético), ausência de correção de quesitos, inclusão na prova de matéria não prevista no edital, desobediência à ordem de classificação do edital e violação a regras do edital. 3. A alteração do gabarito, de ofício, e após exaurido o prazo recursal de impugnação do resultado pelos candidatos, implica violação ao procedimento traçado no edital do certame, pois após a publicação do resultado definitivo da primeira fase, não há previsão de sua revisão pela banca da forma como ocorrido através da anulação do Edital ESAF 07/2006. Se o resultado é “definitivo”, pressupõe-se que possua mínima estabilidade contra eventuais alterações supervenientes. 4. A ESAF não poderia,sponte propria e após o exaurimento do prazo recursal, alterar o resultado já publicado das provas de primeira etapa do concurso público para preenchimento de cargos de Auditor Fiscal da Receita Federal. O ato em apreço se afastou do princípio da segurança jurídica e dos limites legais de atuação da Administração, do que decorre a possibilidade de apreciação de sua impugnação pelo Poder Judiciário, sem prejuízo do princípio da separação harmônica dos poderes da república. 5. Apelação provida em parte para afastar os efeitos anulatórios do Edital ESAF 07/2006 e considerar válido o resultado definitivo divulgado pelo Edital 02/2006 do concurso público para Auditor-Fiscal da Receita Federal, assegurando o direito da apelante de participar da segunda etapa do certame.(TRF-1 - AC: 4690 DF 2006.34.00.004690-9, Rel. Des. Federal Selene Maria de Almeida, Quinta Turma, Julgamento: 17/12/2012, e-DJF1 p.176 de 22/01/2013) grifei.

Isso porque, a partir do momento em que é divulgado o resultado definitivo de determinada fase, como o próprio nome já diz, tal resultado tem caráter permanente, não devendo mais ser alterado, pelo menos pela administração.

Todas as alterações devem ser feitas antes dessa divulgação oficial, naquela oportunidade em que os recursos foram analisados, as teses avaliadas, e chegou-se a um resultado e conclusão final.

Da leitura do item 9.13.1.5, que permitia a alteração unilateral do gabarito preliminar, entende-se que mesmo questões que não fossem objeto de recurso, poderiam ter seu resultado alterado, mas desde que

publicado outro gabarito preliminar, o que garantiria a interposição de recursos, garantindo o atendimento aos princípios do contraditório e ampla defesa.

Em que pese haver o poder de autotutela, não poderá a administração violar regras editalícias nem tampouco princípios como o da razoabilidade e segurança jurídica.

De modo que deve haver um limite a um novo exercício da autotutela administrativa, já exercida quando do julgamento dos recursos administrativos, sob pena de violação ao princípio da segurança jurídica, proteção à confiança, boa-fé, moralidade, e até mesmo vinculação ao instrumento convocatório.

Como se vê da leitura ao edital que regeu o concurso em debate, não havia previsão de publicação de novo gabarito definitivo, o que aliás, é vedado, na maioria dos editais de concursos.

Ademais, no direito brasileiro não se admite o *venire contra factum proprium*, ou seja, não pode a Administração, simplesmente adotar um comportamento totalmente contraditório, publicando em momento posterior a um gabarito definitivo, um novo gabarito (dito) definitivo.

Nesse sentido:

MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA – RESERVA PERCENTUAL DE CARGOS E EMPREGOS PÚBLICOS (CF, ART. 37, VIII) – CANDIDATO CLASSIFICADO EM PRIMEIRO LUGAR PARA AS VAGAS VINCULADAS A ESSA ESPECÍFICA CLÁUSULA DE RESERVA CONSTITUCIONAL – ESTABELECIMENTO, PELO EDITAL E PELA LEGISLAÇÃO PERTINENTE, DE PARÂMETROS A SEREM RESPEITADOS PELO PODER PÚBLICO (LEI Nº 8.112/90, ART. 5º, § 2º, E DECRETO Nº 3.298/99, ART. 37, §§ 1º E 2º) – DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO – A QUESTÃO DA VINCULAÇÃO JURÍDICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AO EDITAL – PRECEDENTES – CLÁUSULA GERAL QUE CONSAGRA A PROIBIÇÃO DO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO – INCIDÊNCIA DESSA CLÁUSULA (“NEMO POTEST VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM”) NAS RELAÇÕES JURÍDICAS, INCLUSIVE NAS DE DIREITO PÚBLICO QUE SE ESTABELECEM ENTRE OS ADMINISTRADOS E O PODER PÚBLICO – PRETENSÃO MANDAMENTAL QUE SE AJUSTA À DIRETRIZ JURISPRUDENCIAL FIRMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – MANDADO DE SEGURANÇA DEFERIDO – INTERPOSIÇÃO DE RECURSO DE AGRAVO – RECURSO IMPRÓVIDO. (AG.REG. No MS 31.695/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 10/04/2015)

Oportuno, transcrever o seguinte trecho do julgado acima, da lavra do Senhor Ministro Celso de Mello:

Cumpre registrar, ante a inquestionável procedência de suas observações, o seguinte fragmento constante do voto que o eminente Ministro Ayres Britto proferiu no julgamento que venho de referir: “Um edital, uma vez publicado – norma regente, interna, da competição, na linguagem de Hely Lopes Meireles –, gera expectativas nos administrados; expectativas essas que não de ser honradas pela administração pública. Ela também está vinculada aos termos do edital que redigiu e publicou.”

(...)

Cabe enfatizar, de outro lado, que o ato questionado na presente causa introduziu, no âmbito das relações de direito administrativo entre o Poder Público e os candidatos inscritos no concurso, um fator de instabilidade e de incerteza, frustrando, de maneira indevida, legítimas aspirações do ora recorrido, especialmente se se considerar a cláusula geral do “nemo potest venire contra factum proprium”, que, além de consagrar a proibição do comportamento contraditório, traduz consequência derivada dos princípios da confiança

e da boa-fé objetiva, que visam obstar, nas relações jurídicas, práticas incoerentes por parte daqueles que incutem, em outrem, em razão de conduta por eles concretizada (no caso, o Poder Público), expectativas legítimas que, no entanto, vêm a ser posteriormente frustradas em função de uma inesperada mudança de atitude conflitante com a conduta inicial (Anderson Schreiber, “A Proibição de Comportamento Contraditório, Tutela da Confiança e Venire Contra Factum Proprium”, p. 212, item 5, 2ª ed., 2007, Renovar; Lucio Picanço Facci, “A Proibição do Comportamento Contraditório no Âmbito da Administração Pública: A Tutela da Confiança nas Relações Jurídico-Administrativas”, “in” Revista da EMERJ, vol. 14, n. 53, p. 197/229, 2011; Judith Martins-Costa, “A Ilícitude Derivada do Exercício do Comportamento Contraditório de Um Direito: o Renascer do Venire Contra Factum Proprium”, “in” Revista Forense, vol. 376/109-129, 2004; Alexandre Santos de Aragão, “Curso de Direito Administrativo”, p. 65/69, item IV.6, 2012, Forense; Alejandro Borda, “La Teoría de Los Actos Propios”, p. 136/138, 2ª ed., 1992, Abeledo Perrot; Héctor A. Amaral, “La Doctrina de Los Propios Actos de La Administración Pública”, p. 133/138, 1988, Depalma, v.g.).

Saliente-se que isso não foi alvo de apuração no procedimento preparatório n. 108/2014, promovido pelo Ministério Público (fls. 238/245), que restringiu-se às reclamações sobre questões das disciplinas cobradas na prova, corrigidas, supostamente, equivocadamente, visando a anulação. E, igualmente, não foi apurada a violação, de ofício, pelo Ministério Público.

Nesse contexto, verifica-se que a alteração do gabarito após a divulgação do resultado definitivo gera instabilidade aos concursos e insegurança aos participantes, pois a alteração interfere diretamente na esfera jurídica dos candidatos, que, devido à ofensa aos princípios da segurança jurídica e vinculação ao edital, deparam-se com alterações na classificação que já estava consolidada.

Por todo o exposto, tendo o ato da administração violado as disposições do próprio edital condutor do certame, ao republicar o gabarito oficial definitivo, alterando a assertiva da questão n. 4, óbvio que incorreu em violação a direito líquido e certo, já consumado com a primeira publicação, que estava totalmente de acordo com as regras do edital.

Ocorre que, anular a segunda publicação e manter a primeira, também violará direitos daqueles que de igual forma também foram beneficiados com a segunda alteração, ainda que ilegal.

De modo que a melhor solução para o caso é determinar a anulação da questão n. 4, dado o total tumulto instituído pela comissão organizadora, que pelo visto, sequer tem certeza de qual é a resposta correta à indigitada questão.

Assim, rejeito a preliminar e, contra o parecer, concedo segurança pretendida, para o fim de declarar a nulidade da questão n. 4, do concurso n. 1/2014-SAD/Sejusp/Detran/MS.

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues (2º Vogal)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Klinsman Martins Hernandez, de n. 1413705-85.2014.8.12.0000, de ato reputado ilegal praticado pelos Secretários de Estado de Administração e de Justiça e Segurança Pública de Mato Grosso do Sul, bem como do Diretor-presidente do Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul.

Inicialmente cumpre observar que acompanho o i. relator quanto a preliminar de ilegitimidade passiva do Diretor-presidente do Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul e de decadência.

A matéria veiculada na segurança refere-se a questão de número 04, em que se pugna pela sua anulação em função de nova publicação após a divulgação do gabarito, em que teria ocorrido a alteração do seu resultado necessário efetuar as seguintes considerações.

Primeiramente, transcrevo a seguinte passagem do voto do i. relator:

“(...) Por todo o exposto, tendo o ato da administração violado as disposições do próprio edital condutor do certame, ao republicar o gabarito oficial definitivo, alterando a assertiva da questão n. 4, óbvio que incorreu em violação a direito líquido e certo, já consumado com a primeira publicação, que estava totalmente de acordo com as regras do edital. (...)”

Dentro deste contexto, a republicação do gabarito definitivo, constante das p. 100 e 105, ocorridas respectivamente nas datas de 13/10/2014 e 16/10/2014, com intervalo de 03 (três) dias, no meu sentir não reúne o condição de anular a assertiva.

Isto porque, como é cediço, a Administração pode rever e anular os seus próprios atos, no exercício da autotutela dos princípios norteadores encartados no artigo 37 da Constituição Federal (Súmulas 346 e 473 do STF).

Assim, uma vez constatado erro na divulgação do gabarito do concurso público impõe-se a aplicação do verbete da Súmula 473, do Colendo Supremo Tribunal Federal, que assegura à administração pública o poder de anular seus próprios atos, de ofício, quando eivados de ilegalidade, sem a necessidade de instauração do procedimento administrativo próprio (Precedentes: REsp 239.303/BA, DJ 15.05.2000; REsp 243.971/BA, DJ 29.05.2000; RMS 7.688/RS, DJ 30.06.1997).

Até porque, embora não conste expressamente no edital esta possibilidade de republicar o Gabarito Oficial Definitivo da Prova Escrita Objetiva, mas tão somente da preliminar, certo é que tal comando é dispensável na medida em que a manutenção da alternativa equivocada influirá na classificação dos candidatos, e conseqüentemente na conclusão do certame, tornando apto, ou não, determinado candidato.

Logo, não vislumbro qualquer insegurança jurídica na adequação, pelo contrário está sim a administração fazendo prevalecer a verdade real, que no caso, decorre da imprescindível realização de nova publicação para preservar os direitos de todos os concorrentes, fazendo prevalecer a resposta efetivamente correta.

Ademais, como bem salientado pela I. Procuradora de Justiça *“compulsando as regras editatícias, verifica-se que a comissão organizadora do certame poderá alterar assertiva divulgada no gabarito oficial da prova objetiva, por erro de digitação, após análise técnica, daí porque não se vislumbra a ilegalidade apontada pelo impetrante.”*. Ou seja, a situação posta, em função do curto lapso de tempo decorrido entre uma publicação e outra caracteriza-se plenamente como mero erro no momento da divulgação, sendo dever da administração a sua correção.

Deste modo, compreendo como correta a possibilidade de republicação, mesmo do gabarito definitivo.

O Sr. Des. Nélio Stábile (4º Vogal)

Acompanho o voto do 2º Vogal.

Conclusão de julgamento adiada para a próxima sessão em face do pedido de vista formulado pelo 1º vogal, após, por unanimidade, rejeitarem as preliminares e, no mérito, o relator conceder a segurança e o 2º e o 4º vogal a denegarem. Ausente, por férias, o des. Eduardo Machado Rocha. (sut. oral.)

VOTO (EM 19/10/2015)

O Sr. Juiz Geraldo de Almeida Santiago (1º Vogal)

Está em julgamento o mandado de segurança impetrado por Klinsman Martins Hernandes contra ato praticado pelo Presidente do Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul e pelos Secretários de Estado de Administração e de Justiça e Segurança Pública.

O impetrante pede a declaração de ilegalidade da questão 4, da prova objetiva do concurso para o cargo de assistente de vistoria e identificação veicular do Departamento Estadual de Trânsito – Detran/MS, regido pelo edital n.º 01/2014, bem como a sua convocação para as próximas etapas do concurso.

O ilustre relator, Desembargador Amaury da Silva Kuklinski, concedeu a segurança pretendida. Mas, além de declarar a nulidade da questão número 4, estendeu os efeitos desta decisão para todos os candidatos do concurso.

Pedi vista dos autos com intuito de analisá-los melhor e peço vênias para divergir do relator, específica e tão somente, em relação à extensão dos efeitos da nulidade da questão 4 (quatro) para todos os candidatos do concurso.

O mandado de segurança, individual ou coletivo, é ação de natureza constitucional e é impetrado 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 das atribuições do poder público (art. 5º, inciso LXIX, da CF).

Cuida-se de mandado de segurança individual, impetrado apenas por Klinsman Martins Hernandes, motivo pelo qual, os efeitos desta decisão são *inter partes*, ou seja, não alcançam pessoas que não participaram do processo.

Logo, é evidente que o ilustre relator se equivocou ao estender os efeitos da nulidade da questão para todos os candidatos, mesmo que seu intuito seja fazer justiça e tentar corrigir o tumulto causado pela comissão organizadora do concurso.

Logo, a decisão mais consentânea, haja vista as peculiaridades do caso concreto, é considerar nula a questão 4 somente em relação ao impetrante, Klinsman Martins Hernandes. Quanto aos demais candidatos, o segundo gabarito publicado pelas autoridades impetradas continua válido e eficaz.

Posto isso, voto no sentido de manter os efeitos da nulidade da questão 4 apenas em relação ao impetrante. No mais, acompanho o relator.

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha (3º Vogal)

Klinsman Martins Hernandes impetrou mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato praticado pelo Secretário de Estado de Administração, Secretário de Justiça e Segurança Pública e Diretor-Presidente do Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul (Detran/MS).

Inicialmente deixo consignado que acompanho os demais pares no tocante a rejeição das preliminares.

No que concerne ao mérito, tenho que a ordem deve ser concedida.

É cediço que a Administração Pública está vinculada às disposições editalícias (princípio da vinculação ao edital) que, diga-se de passagem, é a lei do certame, de modo que deve se ater rigorosamente aos requisitos nele insertos, sob pena de violação ao princípio da legalidade.

Assim já decidi esta Corte:

“EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – PROVA DE TÍTULOS – TÍTULOS DESCONSIDERADOS PELA COMISSÃO ORGANIZADORA – INOBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS DISPOSTOS NO EDITAL QUE REGE O CERTAME – PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – SEGURANÇA DENEGADA

(...) Em sede de concurso público deve ser observado o princípio da vinculação ao edital, valendo lembrar que este ato normativo (o edital), o qual disciplina todo o processamento do certame, “é a lei interna do concurso”, de modo que ele vincula tanto a Administração Pública quanto os candidatos, dele não podendo se afastar, salvo na hipótese de violar preceitos legais ou constitucionais.” (Mandado de Segurança - Nº 4007411-65.2013.8.12.0000, Des. Paschoal Carmello Leandro, 1ª Seção Cível, j., 4 de novembro de 2013)

No caso presente, denota-se que o edital previu no item 9.13.1.5 que o gabarito preliminar da prova objetiva seria divulgado por edital, nele podendo conter alteração da assertiva, mediante análise técnica, realizada pela Comissão Organizadora do Concurso Público ou por erro de digitação.

Quanto ao gabarito oficial definitivo, o item 9.14 previu também que seria divulgado por edital, não fazendo nenhuma menção de que poderia ocorrer a sua republicação por incorreções, e por consequência, alteração das assertivas.

No caso dos autos, denota-se que a administração, na data de 13 de outubro de 2014, através do Diário Oficial, publicou o gabarito oficial definitivo da prova escrita objetiva, constando como assertiva correta para a questão n. 4 a letra E, razão pela qual, o impetrante obteve 35 pontos. (f. 100 e seguintes)

Contudo, posteriormente, isto é, após três dias, o ente estatal republicou o edital definitivo, alterando a assertiva da questão n. 4 para a letra B, o que fez com o impetrante obtivesse 34 pontos, e assim, restando desclassificado para a próxima fase do certame. (f. 105 e seguintes)

Como bem fundamentou o relator:

“Logo, com fundamento no que está expresso no instrumento de orientação do certame (“enquanto não consumada a providência ou o evento que lhes disser respeito”), não poderia a Administração Pública alterar o gabarito definitivo, após a publicação desse mesmo gabarito (já) definitivo, haja vista que a oportunidade para fazê-lo era por ocasião do gabarito preliminar, conforme estabelecido no edital: “Poderá ocorrer alteração da assertiva divulgada no Gabarito Oficial Preliminar da Prova Escrita Objetiva, mediante análise técnica, realizada pela Comissão Organizadora do Concurso Público, ou por erro de digitação”., Ora, uma vez consumada a publicação do gabarito oficial definitivo, para o qual não havia qualquer previsão de alteração, consumou-se essa providência, e por consequência, não havia possibilidade alguma de sua alteração, o que aliás, sequer é usual nos concursos públicos, salvo com previsão expressa, o que não ocorreu no presente caso. Como se constata, não havia previsão de possibilidade de alteração do gabarito oficial definitivo, por iniciativa da banca examinadora, no sentido de corrigir questões componentes das provas, atribuindo-se a pontuação aos candidatos que anotaram a alternativa correta, de acordo com essa alteração determinada pela banca examinadora.

A Administração Pública, ao contrário do que afirma em suas informações, violou o princípio da legalidade, da vinculação ao edital e da segurança jurídica, ao descumprir regra editalícia norteadora do certame, cujo controle é justamente passível de, e cabível, ao Poder Judiciário.”

Logo, diante da ausência de previsão editalícia, não poderia a administração republicar um gabarito já definitivo alterando as assertivas, sob pena de violação ao princípio da vinculação ao edital, que é a lei interna do certame.

Dessa feita, a concessão da ordem é medida que se impõe.

Deixo consignado, que a anulação da questão n. 4 deve beneficiar somente o impetrante, tendo em vista tratar-se de mandado de segurança individual, onde a sentença faz coisa julgada somente às partes, não podendo beneficiar terceiro estranho à relação jurídica.

Nesse sentido:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – COISA JULGADA – EFEITO INTER-PARTES – COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL PARA APRECIAR MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DE SEUS ÓRGÃOS FRACIONÁRIOS.

1. “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros” (art. 472, primeira parte, do CPC) (...)” (STJ - AgRg no RMS: 45323 CE 2014/0078316-9, Relator: Ministro Benedito Gonçalves, Data de Julgamento: 09/09/2014, T1 - Primeira Turma, Data de Publicação: DJe 16/09/2014) – destaquei

Ante o exposto, acompanho o e. relator para conceder a segurança, ficando consignado que a anulação da questão n. 4 deve beneficiar somente o impetrante.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram as preliminares e, no mérito, por maioria, concederam a segurança, nos termos do voto do relator. decisão contra o parecer.

Presidência da Exma. Sra. Des^a. 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, Juiz Geraldo de Almeida Santiago, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Eduardo Machado Rocha e Des. Nélio Stábile.

Campo Grande, 19 de outubro de 2015.

3ª Seção Cível
Ação Rescisória n. 4008382-50.2013.8.12.0000 – Campo Grande
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

EMENTA – AÇÃO RESCISÓRIA – BUSCA E APREENSÃO – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – VENDA IMEDIATA DO BEM – DOCUMENTO NOVO – PEDIDO DE RESCISÃO DO CONTRATO E MULTA PREVISTA NO § 6º, ART. 3º DO DECRETO-LEI N. 911/69 – SENTENÇA CORRETA – AÇÃO IMPROCEDENTE.

O requisito necessário à procedência da ação de busca e apreensão é apenas a comprovação da mora. Assim, em caso de ação de busca e apreensão, a concessão da liminar e a consequente procedência da ação dependem da comprovação da inadimplência do devedor, que decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento.

A impossibilidade da mencionada restituição em caso da prática de ato supostamente ilícito por parte da requerida, não teria o condão de ensejar, *de per se*, uma possível improcedência da ação de busca e apreensão.

A alienação do bem, mesmo que indevidamente, não enseja necessariamente a improcedência da ação de busca e apreensão, pois, se restar claramente configurada a mora, a procedência do pedido é o corolário legal imposto ao caso.

Tem-se que as consequências advindas da alienação do veículo, ocorridas após a sentença, devem ser discutidas em ação própria.

Sentença correta. Improcedência da ação rescisória.

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, julgar improcedente a ação rescisória, nos termos do voto do relator, vencido o 3º Vogal. Decisão com o parecer. Ausente, por férias, o Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 21 de setembro de 2015.

Des. Amaury da Silva Kuklinski – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Abelair Moura da Silva Hagiki, com espeque no artigo 485, inciso VI (documento novo), do Código de Processo Civil, ajuíza a presente ação rescisória em desfavor de Aymoré Crédito, Financiamento e Investimento S/A, a fim de que seja rescindida a sentença, proferida na ação de busca e apreensão nº 0813625-41.2012.8.12.001 que a ora requerida ajuizou contra a ora autora, que homologou o reconhecimento jurídico do pedido, diante da purgação da mora, e, de consequência, julgou extinto o feito, com resolução do mérito, nos termos do artigo 269, I, do CPC.

Narra, em síntese, que: a) a instituição financeira ora requerida ajuizou a mencionada ação de busca e apreensão em face da ora autora, tendo como objeto o bem dado em garantia para contrato de financiamento entabulado entre as partes; b) tal bem foi apreendido em 26.9.2012, porém, no dia seguinte purgou a mora, requerendo a restituição desse bem; c) na data de 03.10.2012, a ora requerida foi intimada para se manifestar sobre o depósito efetivado, no entanto, ficou-se silente; d) depois de depositar em juízo mais uma prestação do contrato, foi prolatada, em 17.10.2012, a sentença, reconhecendo a purgação da mora e determinando a restituição do veículo à ora autora; e) após isso, ficou sabendo, por meio da oficial de justiça encarregada de cumprir o mandado de restituição do bem, que tal veículo havia sido removido desta comarca em 06.10.2012 e vendido pela instituição financeira em 01.10.2012, pelo valor de R\$ 17.400,00, conforme comprovada a Nota Fiscal do Leiloeiro de f. 84; f) o juízo *a quo* foi informado dessa venda e a ora autora requereu o levantamento do valor depositado a título de purgação da mora, da quantia referente à prestação seguinte e ainda do valor referente à multa de 50% do valor originalmente contratado, de acordo com o artigo 3º, § 6º, do Decreto-Lei nº 91/69, em razão de a venda ter sido precipitada; g) depois de juntar dois laudos descritivos que dispusessem sobre o valor de mercado do bem à época em que foi proferida a sentença, o juízo *a quo* decidiu sobre os pedidos do item anterior, para indeferir a aplicação da multa de 50%, pois o feito foi julgado procedente; para fixar o valor do bem em R\$ 22.000,00, valor esse que deveria ser restituído à ora autora; e para manter o contrato firmado entre as partes.

Irresignada com as soluções propostas pelo juízo *a quo*, a ora autora propõe esta ação, alegando que a mencionada nota fiscal do leiloeiro (f. 84), a qual comprova a venda extrajudicial do bem pela instituição financeira em 11.10.2012, é documento novo apto a rescindir a sentença, pois, quando da prolação da sentença (17.10.2012), não havia notícia nos autos sobre essa venda, fato que modificaria o resultado da ação, ou seja, se no momento em que a sentença foi proferida o juízo de 1ª instância já tivesse notícia da venda antecipada do bem objeto da lide, o pedido da instituição financeira não seria julgado procedente.

Aduz também que, se o pronunciamento não seria favorável à instituição financeira, mas sim em favor da consumidora (ora autora), se mostra possível a aplicação da multa prevista no artigo 3º, § 6º, do Dec. Lei nº 91/69.

Sustenta ainda que, além dessa multa, o contrato deveria ser declarado rescindido, em face da venda extrajudicial do bem, de modo que a solução financeira do contrato deveria ser a remessa dos autos à fase de cumprimento de sentença, determinando-se que nela seja considerado o valor do bem pelo seu valor real e não pelo que alcançou no leilão.

Requer o recebimento desta rescisória; a concessão dos benefícios da justiça gratuita; e, ao final, a procedência do pedido, a fim de que seja rescindida a sentença da ação de busca e apreensão nº 0813625-41.2012.8.12.0001 e seja, em substituição, proferido novo julgamento para: I) julgar improcedente o pedido da referida ação; II) rescindir o contrato de financiamento objeto da ação; III) condenar a ora requerida ao pagamento da multa de 50% do valor originalmente contratado, de acordo com o artigo 3º, § 6º, do Decreto-Lei nº 91/69; IV) condenar a ora requerida por litigância de má-fé, no importe de 1% do valor da causa; V) remeter as partes para a fase de cumprimento de sentença.

A requerida apresentou contestação às f. 113/130. Argumentou, em síntese: I) que a aplicação da multa apenas gerará um enriquecimento ilícito da parte; II) que o magistrado deve reduzir seu *quantum* quando este se mostrar exagerado; III) que a venda extrajudicial do bem foi regular, pois o próprio Decreto-Lei autoriza-a; que não houve litigância de má-fé, pois não houve descumprimento de ordem judicial, nem venda precipitada do bem móvel.

Por fim, questiona a utilização da Tabela FIPE para a avaliação do veículo, uma vez que o mesmo apresentava diversas avarias.

Parecer ministerial às f. 133/144.

VOTO

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

Abelair Moura da Silva Hagiki, com espeque no artigo 485, inciso VI (documento novo), do Código de Processo Civil, ajuíza a presente ação rescisória em desfavor de Aymoré Crédito, Financiamento e Investimento S/A, a fim de que seja rescindida a sentença, proferida na ação de busca e apreensão nº 0813625-41.2012.8.12.001 que a ora requerida ajuizou contra a ora autora, que homologou o reconhecimento jurídico do pedido, diante da purgação da mora, e, de consequência, julgou extinto o feito, com resolução do mérito, nos termos do artigo 269, I, do CPC.

Narra, em síntese, que: a) a instituição financeira ora requerida ajuizou a mencionada ação de busca e apreensão em face da ora autora, tendo como objeto o bem dado em garantia para contrato de financiamento entabulado entre as partes; b) tal bem foi apreendido em 26.9.2012, porém, no dia seguinte purgou a mora, requerendo a restituição desse bem; c) na data de 03.10.2012, a ora requerida foi intimada para se manifestar sobre o depósito efetivado, no entanto, quedou-se silente; d) depois de depositar em juízo mais uma prestação do contrato, foi prolatada, em 17.10.2012, a sentença, reconhecendo a purgação da mora e determinando a restituição do veículo à ora autora; e) após isso, ficou sabendo, por meio da oficial de justiça encarregada de cumprir o mandado de restituição do bem, que tal veículo havia sido removido desta comarca em 06.10.2012 e vendido pela instituição financeira em 11.10.2012, pelo valor de R\$ 17.400,00, conforme comprovada a Nota Fiscal do Leiloeiro de f. 84; f) o juízo *a quo* foi informado dessa venda e a ora autora requereu o levantamento do valor depositado a título de purgação da mora, da quantia referente à prestação seguinte e ainda do valor referente à multa de 50% do valor originalmente contratado, de acordo com o artigo 3º, § 6º, do Decreto-Lei nº 911/69, em razão de a venda ter sido precipitada; g) depois de juntar dois laudos descritivos que dispusessem sobre o valor de mercado do bem à época em que foi proferida a sentença, o juízo *a quo* decidiu sobre os pedidos do item anterior, para indeferir a aplicação da multa de 50%, pois o feito foi julgado procedente; para fixar o valor do bem em R\$ 22.000,00, valor esse que deveria ser restituído à ora autora; e para manter o contrato firmado entre as partes.

Irresignada com as soluções propostas pelo juízo *a quo*, a ora autora propõe esta ação, alegando que a mencionada nota fiscal do leiloeiro (f. 84), a qual comprova a venda extrajudicial do bem pela instituição financeira em 11.10.2012, é documento novo apto a rescindir a sentença, pois, quando da prolação da sentença (17.10.2012), não havia notícia nos autos sobre essa venda, fato que modificaria o resultado da ação, ou seja, se no momento em que a sentença foi proferida o juízo de 1ª instância já tivesse notícia da venda antecipada do bem objeto da lide, o pedido da instituição financeira não seria julgado procedente.

Aduz também que, se o pronunciamento não seria favorável à instituição financeira, mas sim em favor da consumidora (ora autora), se mostra possível a aplicação da multa prevista no artigo 3º, § 6º, do Dec. Lei nº 911/69.

Sustenta ainda que, além dessa multa, o contrato deveria ser declarado rescindido, em face da venda extrajudicial do bem, de modo que a solução financeira do contrato deveria ser a remessa dos autos à fase de cumprimento de sentença, determinando-se que nela seja considerado o valor do bem pelo seu valor real e não pelo que alcançou no leilão.

Requer o recebimento desta rescisória; a concessão dos benefícios da justiça gratuita; e, ao final, a procedência do pedido, a fim de que seja rescindida a sentença da ação de busca e apreensão nº 0813625-41.2012.8.12.0001 e seja, em substituição, proferido novo julgamento para: I) julgar improcedente o pedido da referida ação; II) rescindir o contrato de financiamento objeto da ação; III) condenar a ora requerida ao pagamento da multa de 50% do valor originalmente contratado, de acordo com o artigo 3º, § 6º, do Decreto-Lei nº 911/69; IV) condenar a ora requerida por litigância de má-fé, no importe de 1% do valor da causa; V) remeter as partes para a fase de cumprimento de sentença.

A requerida apresentou contestação às f. 113/130. Argumentou, em síntese: I) que a aplicação da multa apenas gerará um enriquecimento ilícito da parte; II) que o magistrado deve reduzir seu *quantum* quando este se mostrar exagerado; III) que a venda extrajudicial do bem foi regular, pois o próprio Decreto-Lei autoriza-a; que não houve litigância de má-fé, pois não houve descumprimento de ordem judicial, nem venda precipitada do bem móvel.

Por fim, questiona a utilização da Tabela FIPE para a avaliação do veículo, uma vez que o mesmo apresentava diversas avarias.

Parecer ministerial às f. 133/144.

É o relatório. Passo a decidir.

Inicialmente, para uma análise mais acurada do caso em epígrafe, insta transcrever o art. 485, VII do Código de Processo Civil:

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

(...)

VII – depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável. (grifei)

Infere-se dos autos que, em 17/10/2012, fora proferida a sentença, que homologou o reconhecimento jurídico do pedido da ação de busca e apreensão, em virtude da purgação da mora.

Tal fato deu ensejo à determinação da restituição do bem móvel descrito na exordial da já mencionada ação de busca e apreensão n. 0813625-41.2012.8.12.0001.

Entrementes, narram os autos que, no dia 23/10/12, o Oficial de Justiça informou acerca da impossibilidade de cumprimento da ordem em tela, uma vez que o veículo já não mais estava em poder da requerida, pois já havia efetuado a venda do bem no dia 11/10/2012, ou seja, poucos dias após ter sido devidamente intimada (03/10/2012) acerca da regular purgação da mora.

Com efeito, ao prolatar a r. sentença ora objurgada, a juíza não tinha conhecimento acerca da venda extrajudicial do veículo, sendo que tal fato impossibilitaria sua restituição e, por conseguinte, a continuidade do contrato de alienação fiduciária. Desta feita, de posse do documento apresentado judicialmente após a sentença, a requerente pugna por sua rescisão para que, reconhecendo-se a irregularidade da venda extrajudicial do bem discutido na ação de busca e apreensão, seja julgado improcedente o pedido inicial e, como corolário, aplique-se à requerida a multa prevista no §6º do art. 3º do Decreto-Lei 911/96.

Entretanto, da análise dos dispositivos insertos no artigo 3º do Decreto-Lei 911/69, vislumbra-se que o requisito necessário à procedência da ação de busca e apreensão é apenas a comprovação da mora. Assim, em caso de ação de busca e apreensão, a concessão da liminar e a consequente procedência da ação dependem da comprovação da inadimplência do devedor, que decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento.

Desta forma, a procedência da ação no que tange à mora permanecerá, mesmo que a juíza tivesse conhecimento acerca da alienação do bem, não alterando assim o deslinde final.

Este procedimento está previsto no artigo 3.º do Decreto-Lei n. 911/69:

Art. 3º O proprietário fiduciário ou credor poderá, desde que comprovada a mora, na forma estabelecida pelo § 2º do art. 2º, ou o inadimplemento, requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, podendo ser apreciada em plantão judiciário.

§ 1º Cinco dias após executada a liminar mencionada no caput, consolidar-se-ão a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário, cabendo às repartições competentes, quando for o caso, expedir novo certificado de registro de propriedade em nome do credor, ou de terceiro por ele indicado, livre do ônus da propriedade fiduciária.

§ 2º No prazo do § 1º, o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus. (grifei)

Assim, tem-se que a restituição do bem ao devedor fiduciante é uma consequência lógica do pagamento da mora.

Entretanto, a impossibilidade da mencionada restituição em caso da prática de ato supostamente ilícito por parte da requerida, não teria o condão de ensejar, de per si, uma possível improcedência da ação de busca e apreensão.

A sobredita impossibilidade de restituição do bem poderia ocasionar outras consequências a serem apuradas em sede de ação própria, acaso tal impossibilidade fosse averiguada somente posteriormente à prolação da sentença, como ocorreu *in casu*.

Nesta esteira, eis as seguintes ementas:

AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO DE BEM ALIENADO FIDUCIARIAMENTE – DEVEDOR EM MORA – BEM APREENDIDO PELO CREDOR – POSSIBILIDADE DE VENDA IMEDIATA DO VEÍCULO – AÇÃO ANULATÓRIA, COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO, AJUIZADA PELO FIDUCIANTE – PROCESSAMENTO AUTÔNOMO, SEM INTERFERIR NA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – SENTENÇA CORRETA, ORA CONFIRMADA. Recurso desprovido. (TJ-SP - APL: 918601257209826 SP 9186012-57.209.8.26.00, Relator: Edgard Rosa, Data de Julgamento: 27/10/2011, 36ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 28/10/2011)

AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO DE BEM ALIENADO FIDUCIARIAMENTE – DEVEDORA EM MORA – BEM APREENDIDO, MAS DEPOSITADO EM PODER DA DEVEDORA FIDUCIANTE – AGRAVO RETIDO DESPROVIDO, PORQUE O PREPARO FOI REALIZADO DE MODO CORRETO, CONFORME CERTIFICADO NOS AUTOS – AÇÃO DE REVISÃO DO CONTRATO EM CURSO – INEXISTÊNCIA DE CONEXÃO OU DE RELAÇÃO DE PREJUDICIALIDADE COM A AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – CONSTITUCIONALIDADE DA APREENSÃO E VENDA DO BEM – DANOS EVENTUALMENTE CAUSADOS QUE PODEM SER REPARADOS EM AÇÃO PRÓPRIA – AÇÃO PROCEDENTE, DEVENDO O BEM SER ENTREGUE PARA O CREDOR. - Agravo retido desprovido; apelação provida. (APL 15352068260382 SP 0015-35.206.8.26.0382, relator: Edgar Rosa, Julgamento: 15/16/2011, 30ª Câmara de Direito Privado)

A partir daí, depreende-se que a alienação do bem, mesmo que indevidamente, não enseja necessariamente a improcedência da ação, pois, se restar claramente configurada a mora, a procedência do pedido é o corolário legal imposto ao caso.

Assim, a informação concernente à alienação do bem não ensejaria a alteração do posicionamento inicial, de tal sorte que não merece guarida o entendimento esposado na exordial da presente ação rescisória, uma vez que a informação inserta no documento novo apresentado não se mostra hábil, *de per si*, a assegurar pronunciamento favorável ao pedido contido no presente feito.

Com efeito, se o pedido da ação de busca e apreensão fora julgado procedente, a multa requerida afigura-se desarrazoada, uma vez que a mesma só é aplicável em caso de não acolhimento do pedido, conforme o § 6º do artigo 3.º do Decreto-Lei 911/69, *in verbis*:

§ 6º Na sentença que decretar a improcedência da ação de busca e apreensão, o juiz condenará o credor fiduciário ao pagamento de multa, em favor do devedor fiduciante, equivalente a cinquenta por cento do valor originalmente financiado, devidamente atualizado, caso o bem já tenha sido alienado. (grifei)

Insta salientar que as consequências advindas da alienação do veículo, ocorridas após a sentença, devem ser discutidas em ação própria.

Destarte, mantida a procedência do pedido inicial contido na ação de busca e apreensão, os pedidos esposados na presente ação rescisória, por ora, não merecem procedência.

Ante o exposto, julgo improcedente o pedido contido na presente ação rescisória ajuizada por Abelair Moura da Silva Hagiki em face de Aymoré – Crédito, Financiamento e Investimento S/A, mantendo-se incólume a sentença proferida na Ação de Busca e Apreensão n. 0813625-41.2012.8.12.0001.

O Sr. Juiz. Geraldo de Almeida Santiago (Revisor)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues (1º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Nélcio Stábile (3º Vogal)

Peço vênias ao eminente relator para divergir de seu voto, porque o que se busca é a rescisão da ação de busca e apreensão. O autor da ação pagou o débito, quitando o contrato, mas a financiadora ainda assim retirou o veículo e realizou o leilão daquele.

O documento novo existente nos autos é a nota fiscal de venda do veículo, ocorrida posteriormente à sentença; primeiro que a financiadora não poderia retirar o veículo; a sentença já estava prolatada e não poderia ter deixado de levar em conta a purgação da mora e a quitação do débito.

Voto pela procedência da ação porque efetivamente houve prejuízo ao direito do requerente.

Lembro que, em sendo rescindida a sentença da ação de busca e apreensão, o correto seria o retorno do veículo à propriedade do requerente por ser medida legal. Leiloado o veículo, há necessidade de prosseguimento da ação de busca e apreensão, convertendo-se aquela em perdas e danos, razão da procedência da ação rescisória.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, julgaram improcedente a ação rescisória, nos termos do voto do relator, vencido o 3º vogal. Decisão com o parecer. ausente, por férias, o des. eduardo machado rocha.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Amaury da Silva Kuklinski, Juiz Geraldo de Almeida Santiago, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. Nélio Stábile.

Campo Grande, 21 de setembro de 2015.

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0800019-25.2013.8.12.0028 – Bonito
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – LICENÇA MATERNIDADE – CONTRATO TEMPORÁRIO – PROFESSORA – GRAVIDEZ DURANTE A CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA – PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO REJEITADA – SERVIDORA SEGUE REGIME ESTATUTÁRIO PRÓPRIO – COMPROVADO CONHECIMENTO DO MUNICÍPIO SOBRE A GRAVIDEZ – DESNECESSIDADE DE PRÉVIA COMUNICAÇÃO DO ESTADO DE GRAVIDEZ AO ÓRGÃO PÚBLICO – PROTEÇÃO À MATERNIDADE E AO NASCITURO – ART 7º XVIII DA CF – ESTABILIDADE PROVISÓRIA ASSEGURADO AO SERVIDOR POR TEMPO DETERMINADO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO

Preliminarmente, no caso em que o servidor público municipal é regido por regime estatutário próprio aplica-se o prazo de cinco anos para prescrever o direito de propor a ação, não podendo ser aplicada a prescrição bienal.

Se o município não tomar ciência do estado de gravidez de servidora pública antes do ajuizamento da ação, o direito não é prejudicado, uma vez que cabe a Administração Pública certificar-se da situação médica individual dos servidores temporários, antes de promover a dispensa.

O direito a estabilidade provisória é concedido a qualquer trabalhadora, já que o seu intuito é dar proteção social não só a maternidade, como ao próprio nascituro, sendo inadmissível qualquer distinção em razão da natureza do contrato de trabalho, em respeito ao princípio da isonomia.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar a preliminar, negar provimento ao recurso e, em sede de reexame necessário, manter a sentença, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 18 de novembro de 2015.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Município de Bonito interpõe recurso de apelação e o Juiz da 1º Vara da comarca de Bonito submete ao reexame necessário a sentença (fls. 83-90), proferida nos autos de ação de cobrança, movida por Valdilene Maria Grassi, que julgou parcialmente procedentes os pedidos contidos na inicial, para o fim de reconhecer o direito de estabilidade provisória, decorrente da gestação do filho da autora. Condenou o apelante ao pagamento das diferenças salariais, vencidas e não pagas, da data da rescisão do contrato até 150 dias após o parto, período que corresponde a estabilidade provisória acima concedida, bem como ao pagamento dos honorários advocatícios, fixados em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais).

O apelante, em suas razões recursais (fls. 107-120), alega, preliminarmente, que a demanda está prescrita, uma vez que a apelada ingressou com a ação no dia 10/01/2013, sendo que a rescisão contratual se deu em 12/12/2008, deste modo, passaram-se mais de quatro anos até a distribuição da ação. Salaria que o município não tinha conhecimento do estado gravídico da apelada, sabendo tão somente através da ação judicial, sem ter sido comunicado sobre a gravidez, sendo assim, houve omissão em comunicar o fato, apenas com a criança quase completando cinco anos, caracterizando-se ação de má-fé.

A apelada, em suas contrarrazões recursais (fls. 125-133), afirma que o prazo prescricional que se aplica é de cinco anos, assim, a rescisão contratual se deu em 12/12/2008 e a ação foi protocolada em 10/01/2013, sendo o prazo inferior a cinco anos. Acrescenta que o ente municipal tinha conhecimento da gravidez da autora, bem como efetuou pagamento do salário maternidade a um dos contratos de trabalho. Ressalta que o direito a estabilidade provisória é concedido a qualquer trabalhadora, sendo inadmissível qualquer distinção em razão da natureza do contrato de trabalho.

VOTO

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

Município de Bonito interpõe recurso de apelação e o Juiz da 1ª Vara da Comarca de Bonito submete ao reexame necessário a sentença (fls. 83-90), proferida nos autos de ação de cobrança, movida por Valdilene Maria Grassi, que julgou parcialmente procedentes os pedidos contidos na inicial, para o fim de reconhecer o direito de estabilidade provisória, decorrente da gestação do filho da autora. Condenou o apelante ao pagamento das diferenças salariais, vencidas e não pagas, da data da rescisão do contrato até 150 dias após o parto, período que corresponde a estabilidade provisória concedida, bem como ao pagamento dos honorários advocatícios, fixados em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais).

O apelante, em suas razões recursais (fls. 107-120), alega, preliminarmente, que a demanda está prescrita, uma vez que a apelada ingressou com a ação no dia 10/01/2013, sendo que a rescisão contratual se deu em 12/12/2008, deste modo, passaram-se mais de quatro anos até a distribuição da ação. Salaria que o município não tinha conhecimento do estado gravídico da apelada, sabendo tão somente através da ação judicial, sem ter sido comunicado sobre a gravidez, sendo assim, houve omissão em comunicar o fato, apenas com a criança quase completando cinco anos, caracterizando-se ação de má-fé.

A apelada, em suas contrarrazões recursais (fls. 125-133), afirma que o prazo prescricional que se aplica é de cinco anos, assim, a rescisão contratual se deu em 12/12/2008 e a ação foi protocolada em 10/01/2013, sendo o prazo inferior a cinco anos. Acrescenta que o ente municipal tinha conhecimento da gravidez da autora, bem como efetuou pagamento do salário maternidade a um dos contratos de trabalho. Ressalta que o direito a estabilidade provisória é concedido a qualquer trabalhadora, sendo inadmissível qualquer distinção em razão da natureza do contrato de trabalho.

Trata-se de ação de cobrança, movida por Valdilene Maria Grassi, contra o município de Bonito, ao argumento de que foi contratada, temporariamente, em dois períodos, para exercer o cargo de Professora Nível V, Classe A, Referência 27, com carga de 22 horas semanais (por período), na rede municipal de ensino.

Assevera que em março de 2008, ficou grávida, sendo que seu filho V. G. N., nasceu no dia 03/12/2008. Não obstante sua gravidez, quando ainda em vigor a contratação (desde fevereiro de 2008), o município deixou de conceder o seu direito à estabilidade provisória, com relação ao contrato de matrícula n. 1367-2, num verdadeiro contrassenso, haja vista concedida a estabilidade com relação ao contrato de matrícula n. 1367-1.

A sentença de primeiro grau julgou parcialmente procedentes os pedidos contidos na inicial, a fim de reconhecer o direito de estabilidade, provisória, decorrente da gestação de seu filho V.G.N. Condenou o apelante ao pagamento das diferenças salariais, vencidas e não pagas, da data da rescisão do contrato até 120 dias após o parto, período que corresponde a estabilidade provisória concedida.

Ainda, condenou ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais). Entretanto, deixou de condenar o município ao pagamento das custas processuais, nos termos do art. 24, I, da Lei Estadual 3.779/09.

1) Da preliminar de prescrição.

O apelante alega que o empregado contratado pelo município pelo regime celetista está sob a proteção da legislação trabalhista, assim, deve-se aplicar a prescrição bienal, conforme estabelece o art. 7º, XXIX, da Constituição Federal.

No entanto, entendo que a preliminar não deve ser acolhida, uma vez a prescrição bienal não se estende as pretensões formuladas pelos servidores públicos municipais regidos por regime estatutário próprio, como é o caso da apelada, a qual submete-se ao Regime Jurídico Único dos Servidores Civil do Município de Bonito.

Deste modo, a rescisão contratual se deu em 12 de dezembro de 2008, sendo a ação protocolada em 10 de janeiro de 2013, restando evidente que foi respeitado o prazo de cinco anos para propor a ação.

Assim, rejeito a preliminar de prescrição suscitada pelo município de Bonito.

2) Do mérito

Os objetos do recurso são: a omissão em comunicar o fato ao tempo da contratação, tomando o apelante conhecimento por meio da ação judicial e o contrato de trabalho ser por tempo determinado, o que não confere estabilidade à gestante por cinco meses, uma vez que o termo do contrato já era conhecido e esperado.

Com relação a falta de conhecimento da gravidez por parte do apelante, o município efetuou o pagamento do salário maternidade referente a um dos contratos de trabalho de matrícula n. 1367-1 e deixou de conceder o direito à estabilidade provisória do contrato de matrícula n. 1367-2, restando demonstrando que encontrava-se ciente da gestação da apelada.

Ainda, o magistrado de primeiro grau ressalta que caso o município não tivesse tomado ciência do estado da servidora pública antes do ajuizamento da ação, esta não teria o seu direito prejudicado, já que cabe a administração pública certificar-se da situação médica individual de seus servidores, antes de promover a dispensa, o que, pelo o que se observa, não ocorreu (fls. 89-90).

A licença-maternidade é um direito social assegurado no art. 7º, XVII, da Constituição Federal, *in verbis*:

“Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I- relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

(...)

XVIII licença à gestante, sem prejuízo do emprego e salário, com duração de cento e vinte dias.”

O entendimento do Supremo Tribunal Federal é pelo reconhecimento do direito das gestantes à estabilidade funcional provisória prevista no artigo 10, inciso II, “b”, do ADCT, sejam elas servidoras

públicas ou trabalhadoras sob a égide de qualquer outro regime jurídico. Há, dessa forma, patente proteção do estado de gravidez enquanto garantia social.

A título ilustrativo, o voto do Ministro Eros Grau no RE 600057 AgR, ocorrido em 29/09/2009, com publicação do acórdão na data de 23/10/2009:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO – SERVIDORAS PÚBLICAS EMPREGADAS GESTANTES – LICENÇA-MATERNIDADE – ESTABILIDADE PROVISÓRIA – ART. 7º, XVIII, DA CONSTITUIÇÃO. ART. 10, II, “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, XVIII, da Constituição do Brasil e do art. 10, II, “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.”

Também não destoa desse entendimento o posicionamento do Ministro Celso de Mello no julgamento RE 634093 AgR realizado no dia 22/11/2011 com publicação do acórdão no dia 07/12/2011:

“SERVIDORA PÚBLICA GESTANTE OCUPANTE DE CARGO EM COMISSÃO ESTABILIDADE PROVISÓRIA (ADCT/88, ART. 10, II, “b”) – CONVENÇÃO OIT Nº 103/1952 – INCORPORAÇÃO FORMAL AO ORDENAMENTO POSITIVO BRASILEIRO (DECRETO Nº 58.821/66) – PROTEÇÃO À MATERNIDADE E AO NASCITURO – DESNECESSIDADE DE PRÉVIA COMUNICAÇÃO DO ESTADO DE GRAVIDEZ AO ÓRGÃO PÚBLICO COMPETENTE – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. – O acesso da servidora pública e da trabalhadora gestantes à estabilidade provisória, que se qualifica como inderrogável garantia social de índole constitucional, supõe a mera confirmação objetiva do estado fisiológico de gravidez, independentemente, quanto a este, de sua prévia comunicação ao órgão estatal competente ou, quando for o caso, ao empregador. Doutrina. Precedentes. - As gestantes - quer se trate de servidoras públicas, quer se cuide de trabalhadoras, qualquer que seja o regime jurídico a elas aplicável, não importando se de caráter administrativo ou de natureza contratual (CLT), mesmo aquelas ocupantes de cargo em comissão ou exercentes de função de confiança ou, ainda, as contratadas por prazo determinado, inclusive na hipótese prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição, ou admitidas a título precário – têm direito público subjetivo à estabilidade provisória, desde a confirmação do estado fisiológico de gravidez até cinco (5) meses após o parto (ADCT, art. 10, II, “b”), e, também, à licença-maternidade de 120 dias (CF, art. 7º, XVIII, c/c o art. 39, § 3º), sendo-lhes preservada, em consequência, nesse período, a integridade do vínculo jurídico que as une à Administração Pública ou ao empregador, sem prejuízo da integral percepção do estipêndio funcional ou da remuneração laboral. Doutrina. Precedentes. Convenção OIT nº 103/1952. - Se sobrevier, no entanto, em referido período, dispensa arbitrária ou sem justa causa de que resulte a extinção do vínculo jurídico- administrativo ou da relação contratual da gestante (servidora pública ou trabalhadora), assistir-lhe-á o direito a uma indenização correspondente aos valores que receberia até cinco (5) meses após o parto, caso incorresse tal dispensa. Precedentes.”

Na mesma linha, decisões deste Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul:

“ADMINISTRATIVO – PROFESSORA – CONTRATO TEMPORÁRIO – GRAVIDEZ DURANTE A CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA – DIREITO À LICENÇA-MATERNIDADE – FÉRIAS + 1/3 E 13º SALÁRIO – PROPORCIONAIS – CABÍVEIS – ART. 7º, XVIII, 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. A inobservância de tal direito, enseja o pagamento de indenização equivalente à remuneração que faria jus, acrescida das férias proporcionais, terço constitucional de férias e décimo terceiro proporcional a este período, descontados os valores eventualmente, já pagos. (Apelação n. 0800395-06.2012.8.12.0041 – Ribas do Rio Pardo, Relator – Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson, 3ª Câmara Cível, j. 30.07.2013).”

“AÇÃO DECLARATÓRIA - LICENÇA MATERNIDADE - SERVIDORA TEMPORÁRIA - ART. 7º, XVIII, DA CF - ART. 10, II, “B” DO ADCT - ESTABILIDADE PROVISÓRIA ASSEGURADA - SENTENÇA REFORMADA - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 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. (Relator(a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues; Comarca: Ribas do Rio Pardo; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data do julgamento: 14/10/2014; Data de registro: 23/10/2014).”

Deste modo, diferente do alegado pelo apelante, o direito a estabilidade provisória é concedido a qualquer trabalhadora, uma vez que o seu intuito é dar proteção social não só a maternidade, como ao próprio nascituro, sendo inadmissível qualquer distinção em razão da natureza da relação jurídica, como no caso, o trabalho temporário, em respeito ao princípio da isonomia.

Dispositivo

Ante ao exposto, rejeito a preliminar de prescrição suscitada pelo Município de Bonito, e, no mérito, nego provimento ao Recurso de Apelação interposto pelo município de Bonito, bem como ao reexame necessário, a fim de manter a sentença por seus próprios fundamentos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar, negaram provimento ao recurso e, 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. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Dorival Renato Pavan e Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Campo Grande, 18 de novembro de 2015.

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0801216-74.2011.8.12.0031 - Caarapó
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – DÍVIDA CONTRAÍDA POR UM DOS CONVIVENTES – MEAÇÃO – BENEFÍCIO DA UNIDADE FAMILIAR – ÔNUS DA PROVA – PRECEDENTES – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

É responsabilidade da embargante o ônus de comprovar que a dívida contraída pelo marido não se reverteu em proveito da família, pois existe uma presunção no sentido de que as dívidas contraídas por um dos cônjuges, na constância do casamento, culminam em proveito econômico ao outro, sendo que aquele interessado na exclusão de sua meação deverá comprovar que não foi beneficiado.

Ficam mantidos os honorários advocatícios quando fixados em respeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e ainda, às normas previstas no artigo 20 e seus parágrafos, do CPC.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 2 de dezembro de 2015.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Maria da Silva Pires interpõe recurso de apelação, inconformada com a sentença (fls. 81/84) proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Caarapó, em embargos de terceiro, que julgou improcedente o pedido formulado, devendo a penhora feita nos autos de cumprimento de sentença ser mantida e condenou a embargante ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais).

A apelante, em suas razões recursais (fls. 97/109), alega, em síntese, que “*por força do Estatuto da Mulher Casada, art. 3º, reforçado pela norma do artigo 226, §5º, da vigente Constituição Federal, a meação da mulher não responde pelos títulos de dívida de qualquer natureza firmados apenas pelo marido. (...)*” (fls. 104)

Assevera “*para que haja responsabilidade de ambos os cônjuges, por dívidas, faz-se necessária a prova de terem revertido, parcial ou totalmente, em benefício do outro e, no caso em comento, tal não aconteceu, (...)*” (fls. 107)

E ainda, que “*como a penhora ocorreu em processo de cumprimento de sentença em acordo judicial, do qual a embargante não participou, sua meação não pode ser alcançada pela constrição judicial.*” (fls. 107)

Aduz, também, que os honorários advocatícios foram fixados de maneira exacerbada, devendo ser reduzido o montante estabelecido na sentença.

A apelada, em suas contrarrazões recursais (fls. 113/116), pugna pelo improvimento do recurso.

VOTO

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

Maria da Silva Pires interpõe recurso de apelação, inconformada com a sentença (fls. 81/84) proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Caarapó, em embargos de terceiro, que julgou improcedente o pedido formulado, determinou a manutenção da penhora feita nos autos de cumprimento de sentença, condenou a embargante ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais).

A apelante, em suas razões recursais (fls. 97/109), alega, em síntese, que *“por força do ‘Estatuto da Mulher Casada, art. 3º, reforçado pela norma do artigo 226, §5º, da vigente Constituição Federal, a meação da mulher não responde pelos títulos de dívida de qualquer natureza firmados apenas pelo marido. (...)”* (fls. 104)

Assevera *“para que haja responsabilidade de ambos os cônjuges, por dívidas, faz-se necessária a prova de terem revertido, parcial ou totalmente, em benefício do outro e, no caso em comento, tal não aconteceu, (...)”* (fls. 107)

E ainda, que *“como a penhora ocorreu em processo de cumprimento de sentença em acordo judicial, do qual a embargante não participou, sua meação não pode ser alcançada pela constrição judicial.”* (fls. 107)

Aduz, também, que os honorários advocatícios foram fixados de maneira exacerbada, devendo ser reduzido o montante estabelecido na sentença.

A apelada, em suas contrarrazões recursais (fls. 113/116), pugna pelo improvimento do recurso.

Consta dos autos que Maria da Silva Pires opôs Embargos de Terceiro em face de Unipetro Distribuidora de petróleo Ltda, *“objetivando excluir a sua meação da penhora que recai em bens comuns com seu marido Antonio de Souza Pires nos autos de cumprimento de sentença nº 0001773-31.2010.8.12.0031.”*

O pedido formulado nos embargos de terceiros foi julgado improcedente tendo o magistrado mantido a penhora feita nos autos de cumprimento de sentença, motivo pelo qual foi interposto o presente recurso.

Inicialmente, como sabido, *“os embargos de terceiro são “o remédio processual outorgado a terceiro para livrar da apreensão judicial os bens dos quais é senhor e possuidor, ou só possuidor. A existência de um remédio denominado embargos de terceiro se constitui em meio específico para separar bens que não se sujeitam à constrição judicial, em dado processo, dos que a ela se sujeitam.”*¹

É o que prevê o artigo 1.046, do CPC, segundo o qual *“Quem, não sendo parte no processo, sofrer turbacão ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, sequestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer que lhe sejam mantidos ou restituídos por meio de embargos.”*

O §3º do referido dispositivo legal também considera terceiro *“o cônjuge quando defende a posse de bens dotais, próprios, reservados ou de sua meação.”*

1 ALVIM, Arruda *et al.* *Comentários ao Código de Processo Civil*. Editora G/Z. 2012. p. 1522.

Todavia, segundo o entendimento do STJ “*A mulher casada responde com sua meação, pela dívida contraída exclusivamente pelo marido, desde que em benefício da família. - Compete ao cônjuge do executado, para excluir da penhora a meação, provar que a dívida não foi contraída em benefício da família.*” (AgR-AgR-AG n. 594.642/MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 08.05.2006). (...)” (AgRg no Ag 1239052/SE, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 17/08/2010, DJe 06/09/2010)

Assim, é pacífica a jurisprudência no sentido de que o ônus da prova acerca da alegação de que a dívida não foi feita em proveito da família recai sobre o cônjuge que defende a meação. A propósito:

“*RECURSO ESPECIAL. UNIÃO ESTÁVEL. EXECUÇÃO. PENHORA. DÍVIDA CONTRAÍDA POR UM DOS CONVIVENTES. MEAÇÃO. BENEFÍCIO DA UNIDADE FAMILIAR. ÔNUS DA PROVA. PRECEDENTES. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. É do convivente meeiro o ônus da prova de que a dívida contraída não beneficiou a família. Precedentes. 2. Recurso conhecido e provido.*” (REsp n. 348.428/RJ, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJU de 26.11.2007)

“*EXECUÇÃO – PENHORA – MEAÇÃO DA MULHER – DÍVIDA CONTRAÍDA PELO MARIDO – BENEFÍCIO DA FAMÍLIA – ÔNUS DA PROVA. - A mulher casada responde com sua meação, pela dívida contraída exclusivamente pelo marido, desde que em benefício da família. - Compete ao cônjuge do executado, para excluir da penhora a meação, provar que a dívida não foi contraída em benefício da família.*” (AgR-AgR-AG n. 594.642/MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 08.05.2006).

Frise-se, é responsabilidade da embargante o ônus de comprovar que a dívida contraída pelo marido não se reverteu em proveito da família, pois existe uma presunção no sentido de que as dívidas contraídas por um dos cônjuges, na constância do casamento, culminam em proveito econômico ao outro, sendo que o interessado na exclusão de sua meação deverá comprovar que não foi beneficiado.

Nesse sentido:

“*(...) É presumível que os dois contratos de empréstimos contraídos por um dos cônjuges, na constância do matrimônio, foram firmados em benefício da entidade familiar, revertendo-se em proveito do casal e dos filhos, com fulcro na premissa de que durante o enlace matrimonial há o dever da mútua assistência, bem como no princípio da solidariedade, à luz do que dispõe o art. 1.565 do CC.*” (Apelação – n. 0003210-74.2009.8.12.0021. Relator(a): Des. Marco André Nogueira Hanson; Comarca: Três Lagoas; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data do julgamento: 05/03/2013; Data de registro: 13/03/2013).

“*APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – ESPÓLIO – MEAÇÃO – DÍVIDA CONTRAÍDA PELO MARIDO INVENTARIANTE – ÔNUS DA PROVA – PRESUNÇÃO DE QUE A DÍVIDA FOI CONTRAÍDA EM BENEFÍCIO DA FAMÍLIA – RECURSO PROVIDO.*” (0000699-26.2007.8.12.0037. Relator(a): Des. Joenildo de Sousa Chaves; Comarca: Itaporã; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; Data do julgamento: 14/12/2010; Data de registro: 20/01/2011).

Ademais, é do casal as responsabilidades pelos encargos da família, a teor do disposto no 1.565 do CC, *in verbis*:

Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

Neste sentido, mais uma vez pertinentes os ensinamentos doutrinários de Maria Berenice Dias:

Em se tratando de dívida de qualquer natureza assumida por um dos cônjuges, cabe ao outro a prova da ausência de benefício, pois é do casal a responsabilidade pelos

encargos da família (CC 1.565) e presume-se que as dívidas são contraídas para tal fim. (in Manual de Direito das Famílias. 5ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pág. 214).

Portanto, como acertadamente consignou o magistrado de primeiro grau, “É certo que o §3º do artigo 1.046 do CPC prevê a possibilidade de o cônjuge defender a sua meação por meio de embargos de terceiro, contido, o entendimento jurisprudencial predominante é de que as dívidas contraídas pelo marido presumivelmente, visam ao benefício do casal, cabendo ao outro cônjuge, ao opor embargos de terceiros, demonstrar cabalmente que o débito não foi revertido em proveito da família.” (fls. 82)

Na presente situação, em que pesem os argumentos contidos no presente recurso, a apelante não se desincumbiu do ônus que lhe competia, ou seja, de que a dívida contraída pelo cônjuge não foi utilizada em benefício da família. Assim, “como a embargada não produziu qualquer prova de que a dívida não foi contraída em favor da entidade familiar. Reitere-se que o embargado não está obrigado a comprovar que a dívida foi revertida em proveito da família do executado, (...) não tendo a embargante produzido prova satisfatória em contrário, sendo o casamento celebrado em comunhão universal, a integralidade do patrimônio do casal respondia pelas dívidas comuns assumidas em benefício da família.” (fls. 84)

A apelante também pretende a redução do valor estabelecido a título de honorários advocatícios, qual seja, R\$ 1.500,00.

Contudo não há qualquer alteração a ser feita no que concerne ao valor dos honorários advocatícios, pois estabelecidos dentro dos parâmetros estabelecidos no artigo 20, §§ 3º e 4º, do CPC.

Verifica-se que as verbas de sucumbência foram pautadas pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo a remunerar adequadamente o trabalho do advogado, sem deixar de considerar as peculiaridades do caso concreto.

Essa é a orientação do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“(...) A razoabilidade, aliada aos princípios da equidade e proporcionalidade, deve pautar o arbitramento dos honorários. A verba honorária deve representar um quantum que valora a dignidade do trabalho do advogado e não locupletamento ilícito. (...) (AgRg no REsp 977.181/SP, relatado por este Magistrado, Segunda Turma, julgado em 19.2.2008, DJ 7.3.2008, p. 1)”. (STJ - AgRg no REsp 1114508/PR, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, j. 25.08.2009, DJe 16.09.2009).

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – OMISSÃO – INEXISTÊNCIA – EFEITOS INFRINGENTES – IMPOSSIBILIDADE – (EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – HONORÁRIOS – RECURSO ESPECIAL – REVISÃO – NOVA AFERIÇÃO NO ÂMBITO DO STJ – MINORAÇÃO – POSSIBILIDADE, SEM INFRINGÊNCIA DA SÚMULA 07/STJ). (...) É certo que o princípio da causalidade impera para o sucumbente quanto ao ônus dos honorários, mas a equidade sobrepesa para a “justiça do caso concreto”, respeitando-se sempre a proporcionalidade, a razoabilidade e o Direito, sob pena de se tangenciar um enriquecimento sem causa. (...)” (STJ - EDcl no AgRg no Ag 1017350/RS, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 04.08.2009, DJe 02.09.2009).

Pelo acima narrado, deve ser mantida a sentença de primeiro grau que estabeleceu a título de honorários advocatícios em R\$ 1.500,00 em prol do patrono da parte apelada. Lembrando, por fim, que a recorrente é beneficiária da gratuidade processual, nos termos da decisão de fls. 91.

Em face do exposto, nego provimento ao Recurso de Apelação interposto por Maria da Silva Pires, mantendo inalterada a sentença de primeira instância que julgou improcedentes os presentes embargos de terceiro e condenou a apelante ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, estes estabelecidos em R\$ 1.500,00.

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. 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. Amaury da Silva Kuklinski e Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Campo Grande, 02 de dezembro de 2015.

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0803801-03.2013.8.12.0008 – Corumbá
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – INTERNAÇÃO EM UNIDADE HOSPITALAR PARA REALIZAÇÃO E PARTO CIRÚRGICO – DESPESAS NÃO COBERTAS PLANO DE SAÚDE – PERÍODO DE CARÊNCIA – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE O PROCEDIMENTO TENHA SE REALIZADO POR URGÊNCIA/ EMERGÊNCIA – OBRIGAÇÃO DA PACIENTE EM ARCAR COM OS CUSTOS DA INTERNAÇÃO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Não tendo a paciente comprovado que o parto cirúrgico a que foi submetida se deu em caráter emergencial, não há obrigação de o plano de saúde ao qual encontra-se vinculada arcar com as despesas médico/hospitalares, enquanto durar o período de carência da cobertura.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 28 de outubro de 2015.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Helen Janaína da Silva interpõe recurso de apelação, inconformada com a sentença (fls. 192/196) proferida pelo Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Corumbá, nos autos da ação de cobrança movida pela Associação Beneficente de Corumbá em desfavor da apelante e de Unimed de Corumbá – Cooperativa de Trabalho Médico, que julgou procedente o pedido para condenar a recorrente “ao pagamento da quantia de R\$ 2.248,94 (dois mil duzentos e quarenta e oito reais e noventa e quatro centavos), acrescidos de correção monetária pelo IGPM a partir da data do ajuizamento da ação e de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação.”

O apelante, em suas razões recursais (fls. 199/207), alega, em síntese, que, em 25/03/2013, teve de ser submetida a parto pélvico de urgência, como consta na guia de internação e demais documentos juntados aos autos, motivo pelo qual o plano de saúde deve arcar com os custos do procedimento, ainda que estivesse em período de carência até 28/07/2013.

Requer, ao final, seja julgado improcedente o pedido de ressarcimento formulado em seu desfavor.

A apelada, apesar de devidamente intimada, não apresentou contrarrazões recursais (fls. 210).

VOTO

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

Helen Janaína da Silva interpõe recurso de apelação, inconformada com a sentença (fls. 192/196) proferida pelo Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Corumbá, nos autos da ação de cobrança movida pela Associação Beneficente de Corumbá em desfavor da apelante e de Unimed de Corumbá – Cooperativa de Trabalho Médico, que julgou procedente o pedido para condenar a recorrente “*ao pagamento da quantia de R\$ 2.248,94 (dois mil duzentos e quarenta e oito reais e noventa e quatro centavos), acrescidos de correção monetária pelo IGPM a partir da data do ajuizamento da ação e de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação.*”

A apelante, em suas razões recursais (fls. 199/207), alega, em síntese, que, em 25/03/2013, teve de ser submetida a parto pélvico de urgência, como consta na guia de internação e demais documentos juntados aos autos, motivo pelo qual o plano de saúde deve arcar com os custos do procedimento, ainda que estivesse em período de carência até 28/07/2013.

Requer, ao final, seja julgado improcedente o pedido de ressarcimento formulado em seu desfavor.

A apelada, apesar de devidamente intimada, não apresentou contrarrazões recursais (fls. 210).

Consta dos autos que a Associação Beneficente de Corumbá ingressou com a presente demanda em desfavor de Helen Janína da Silva e de Unimed Corumbá – Cooperativa de Trabalho Médico alegando, segundo o relatório da sentença, que “*que recebeu em internação a ré Helen, aderente do plano de saúde Unidade Empresarial, no dia 25.3.2013 para procedimento cirúrgico de parto cesariano de urgência, cujo atendimento não possuía carência, por se tratar de ‘urgência e emergência’.* Informou que, diante da urgência apresentada pela paciente, não foi possível aguardar a autorização da Unimed para realizar os procedimentos, sob pena de se colocar em risco a vida da paciente e do bebê. Após realizada a internação e a cirurgia, obteve a negativa do plano de saúde, informando que o plano de Helen tinha carência até 28.7.2013 para atendimento, recusando-se a pagar por eles. Por outro lado, a ré Helen também se negou a efetuar o pagamento das despesas do hospital, sob o argumento de que possui plano de saúde e que, portanto, é a cooperativa a devedora. Assim, não podendo ficar a mercê da discussão da cobertura ou não do plano de saúde dos réus, busca receber o valor dos custos com a internação e procedimento cirúrgico, no importe de R\$ 2.248,94, de forma solidária.” (fls. 193)

Os pedidos iniciais foram julgados procedentes nos seguintes termos:

“*III – Dispositivo: Em face do exposto, resolvo o mérito da causa e julgo procedente o pedido para condenar a ré Helen Janaína da Silva ao pagamento da quantia de R\$ 2.248,94 (dois mil duzentos e quarenta e oito reais e noventa e quatro centavos), acrescidos de correção monetária pelo IGPM a partir da data do ajuizamento da ação e de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação. Condeno a ré Helen ao pagamento das custas, despesas processuais, bem como honorários advocatícios em favor do patrono da parte autora, os quais, atento às diretrizes no art. 20 § 3º do CPC, arbitro em 20% do valor da condenação. Condiciono a exigibilidade das verbas sucumbenciais à verificação da hipótese do art. 12 da Lei 1.060/50. Por outro lado, julgo improcedente o pedido de condenação da ré Unimed, condenando a autora ao pagamento das custas e despesas processuais que eventualmente esta tenha desembolsado, bem como o pagamento dos honorários advocatícios, os quais, também em observância às mesmas diretrizes citadas acima, e pela simetria, fixo em R\$ 500,00 (quinhentos reais). (...).*” (fls. 196)

Diante disso, foi interposto o presente recurso tendo a apelante sustentado ser obrigação do plano de saúde arcar com as despesas médicas/hospitalares, ainda que vigente o período de carência, pois teve de ser submetida a parto de emergência, conforme comprova a documentação contida nos autos.

Razão não lhe assiste.

Como se observa *in caso*, a apelante deu entrada na associação beneficente de Corumbá, em 25/03/2013, com 38 semanas de gestação, sendo submetida a parto cirúrgico cesariano. Entretanto, o plano de saúde não autorizou o pagamento das despesas médico hospitalares em razão de a conveniada ainda estar no período de carência, que teria vigência até 28/07/2013.

A apelante, por seu turno, também se recusou a arcar com tais custos, sob a justificativa de ser filiada à Unimed Corumbá, que seria a responsável pelo pagamento de tais gastos e considerando o fato de o parto ter sido de urgência/emergência.

Importante frisar que, nos termos do entendimento jurisprudencial deste Tribunal, não existem dúvidas no sentido de que *“Embora o período de carência seja previsto na Lei 9.656/98, esta também traz quais são os casos de cobertura obrigatória no art. 35-C, de modo que o prazo de carência legalmente previsto para o atendimento dos casos de emergência é de 24 (vinte e quatro) horas - art. 12, V, “c”. (...)”* (Relator(a): Des. Wilson Bertelli; Comarca: Três Lagoas; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data do julgamento: 15/07/2014; Data de registro: 08/08/2014).

Ocorre, entretanto, que na presente situação não ficou demonstrada a alegação da recorrente de que o procedimento cirúrgico a que foi submetida era, realmente, de urgência/emergência.

Apesar de na guia de internação (item 22) o hospital ter indicado que o caráter da internação era nesse sentido, ou seja, emergencial, (fls. 17), por outro lado, os demais documentos, nos quais constam as anotações médicas e da enfermagem, nada existe nesse sentido, pelo contrário, ficou atestado o bom estado de saúde da paciente antes do parto, inexistindo qualquer anotação que o mesmo tenha se realizado em razão de complicações na gestação e haver riscos à gestante e ao bebê.

Também, deve-se considerar que a apelante estava na 38ª semana de gestação, o que foi por ela própria confirmado (fls. 205), período que, conforme informações contidas no site da ANS¹ é considerado parte a termo, não havendo razão para se afastar o período de carência, mormente ante a falta de comprovação da situação de emergência.

Como ressaltou o magistrado de primeira instância *“a ré Helen deixou de comprovar satisfatoriamente que seu caso se enquadraria como de urgência, uma vez que não trouxe provas, quer documentais, quer orais, da imprescindibilidade do parto naquele momento. Aliás, a prova dos autos conduz a outra conclusão: o documento de f. 19, consistente no relatório de enfermagem, relata que no dia 23 de maio, quando nasceu o filho da ré, que ela deu entrada na unidade ‘lúcida, orientada, afébril, comunicativa, deambulando’ queixando-se apenas de dor no baixo ventre, dor essa que não se pode precisar se natural dos trabalhos de parto ou se extraordinária. Outrossim, não há nos autos qualquer documento que indique alguma intercorrência durante a cesariana ou no pós operatório.”* (fls. 195)

A propósito, o entendimento jurisprudencial:

“RECURSO INOMINADO – PLANO DE SAÚDE – PARTO – NEGATIVA

¹ <http://www.ans.gov.br/a-ans/sala-de-noticias-ans/a-ans/1478-dia-das-maes>.

DE COBERTURA SOB A ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE CARÊNCIA – CESÁREA REALIZADA COM 37 SEMANAS DE GESTAÇÃO – URGÊNCIA E EMERGÊNCIA NÃO COMPROVADOS – PERÍODO GESTACIONAL QUE SE ENQUADRA COMO PARTO A TERMO – CARÊNCIA NÃO CUMPRIDA – NEGATIVA CORRETA – DANO MORAL NÃO CONFIGURADO – SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS – RECURSO DESPROVIDO. 1. Da análise dos autos, afere-se que no prontuário hospitalar consta que a reclamante deu entrada em trabalho de parto com 37 semanas, sem qualquer informação que sugira estar ela em situação de urgência ou emergência e, tampouco, consta nos autos qualquer nota de parto prematuro. 2. Em que pese a reclamante ter trazido aos autos exames que demonstram que ela estaria com 36 semanas na semana do parto, tais exames não afastam que ela tivesse completado 37 semanas ainda antes do parto. Veja-se que dita prova era de fácil produção pela reclamante, que poderia ter juntado aos autos a carteirinha de gestante. 3. Então, para todos os fins, deve-se considerar que ela estava de 37 semanas, período que, conforme ofício que consta dos autos e informação do site da ANS (<http://www.ans.gov.br/a-ans/sala-de-noticias-ans/a-ans/1478-dia-das-maes>), é considerado parto a termo, não havendo qualquer razão para se afastar a carência de 300 dias. Veja-se que a carência exigida é legal, com previsão no art. 12, V, a, da lei 9656/98. 4. Inexistindo negativa indevida, não há que se falar no pagamento de qualquer indenização a título de danos morais, esta Turma Recursal resolve, por unanimidade de votos, ficando vencido o relator originário, conhecer e negar provimento ao recurso que voltou pelo provimento parcial do recurs (TJPR - 2ª Turma Recursal - 0015654-76.2014.8.16.0014/0 - Londrina - Rel.: Marco Vinicius Schiebel - Rel.Desig. p/o Acórdão: Manuela Tallão Benke - J. 26.06.2015)” (TJ-PR – RI: 001565476201481600140 PR 0015654-76.2014.8.16.0014/0 (Acórdão), Relator: Manuela Tallão Benke, Data de Julgamento: 26/06/2015, 2ª Turma Recursal, Data de Publicação: 29/06/2015)

Ademais, apesar de a apelante sustentar que o médico responsável pelo seu atendimento apresentou rigorosa justificativa para a realização do parto de urgência/emergência, não é isso que se verifica no documento de fls. 16 (relatório cirúrgico), mesmo porque, não se mostra possível a compreensão do que nele vem escrito.

Assim, não estando comprovada a situação emergencial, a própria recorrente deve arcar com os custos de sua internação, pois como acima referido, legal a previsão de período de carência nos contratos de plano de saúde, tendo-se *in casu*, sido respeitada a legislação regente da matéria².

Em face do exposto, nego provimento ao recurso de apelação interposto por Helen Janaína da Silva, mantendo inalterada a sentença de primeira instância, que julgou procedente o pedido para condenar a recorrente “ao pagamento da quantia de R\$ 2.248,94 (dois mil duzentos e quarenta e oito reais e noventa e quatro centavos), acrescidos de correção monetária pelo IGPM a partir da data do ajuizamento da ação e de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação.”

2 Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas: (...) V - quando fixar períodos de carência: a) prazo máximo de trezentos dias para partos a termo; b) prazo máximo de cento e oitenta dias para os demais casos; c) prazo máximo de vinte e quatro horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência; VI - reembolso, em todos os tipos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nos limites das obrigações contratuais, das despesas efetuadas pelo beneficiário com assistência à saúde, em casos de urgência ou emergência, quando não for possível a utilização dos serviços próprios, contratados, credenciados ou referenciados pelas operadoras, de acordo com a relação de preços de serviços médicos e hospitalares praticados pelo respectivo produto, pagáveis no prazo máximo de trinta dias após a entrega da documentação adequada;

(...)
Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos: (...) II - de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional;

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. 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. Amaury da Silva Kuklinski.

Campo Grande, 28 de outubro de 2015.

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0107839-96.2008.8.12.0001 – Campo Grande
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – TERCEIRO PREJUDICADO – INCLUSÃO NO POLO PASSIVO DA AÇÃO – SUCESSÃO EMPRESARIAL – NÃO CONFIGURAÇÃO – CONTRATO DE LOCAÇÃO – AUSÊNCIA DE AQUISIÇÃO DO FUNDO DE COMÉRCIO – INAPLICABILIDADE DO ART. 133 DO CTN – ILEGITIMIDADE PASSIVA RECONHECIDA – DEVER DA FAZENDA PÚBLICA AO RESSARCIMENTO DA DESPESAS À PARTE VENCEDORA – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO IMPROVIDO.

Não restando comprovada a sucessão empresarial, configurada pela alienação do fundo de comércio ou do estabelecimento comercial, deve ser reconhecida a ilegitimidade passiva da apelada. Ademais, a mera presunção de sucessão empresarial, desacompanhada de provas idôneas, não autoriza a responsabilização da empresa tida por sucessora.

O Código Tributário Nacional prevê como condição para a sucessão tributária a aquisição do fundo de comércio, situação contrária dos autos, tendo em vista que na locação não há transferência de propriedade, mas o gozo do bem mediante certa retribuição, consoante artigo 565 do Código Civil.

Quanto à condenação do Estado pelo pagamento das despesas suportadas pelo apelado, não há nenhuma impropriedade na sentença, posto que a alegada prerrogativa quanto às isenções das custas é diferente da obrigação da Fazenda Pública quanto ao ressarcimento das despesas processuais pela parte vencedora.

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, 17 de novembro de 2015.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Estado de Mato Grosso do Sul apela da sentença que, nos autos dos embargos à execução opostos por Boi Verde Alimentos Ltda., reconheceu a ilegitimidade da embargante para figurar no polo passivo da execução fiscal, por não estar configurada a sucessão comercial e, assim como determinou a sua exclusão.

Assenta que a apelada possui a qualidade de responsável tributário por ter sucedido a devedora principal, pois o fato de duas ou mais pessoas jurídicas compartilharem instalações, funcionários e bens, desempenhando a mesma atividade comercial, é um forte indício de que se trata de uma única empresa, assim, como não há separação entre as empresas, a apelada deve responder pela dívida em que figura como devedora principal o Frigorífico Luz da Manhã Ltda.

Destaca ser desnecessário qualquer ato dotado de formalidade informando a transferência do fundo de comércio, bastando a existência de liame entre a atividade da empresa que anteriormente ocupava o ponto, ainda que sob outra razão e sob gerência de pessoas diversas do quadro societário.

Ademais, ressalta que a partir do momento em que a empresa devedora original não mais desempenha o comércio de carne e de subprodutos bovinos decorrente de abate, e a empresa sucessora instala-se no mesmo local, utilizando-se das mesmas máquinas e equipamentos para a exploração do mesmo ramo comercial, resta demonstrado a sucessão tributária.

Alternativamente, aduz que sua condenação pelo pagamento das custas é indevido, uma vez que é ente público e possui prerrogativa que o isenta desta obrigação.

Finaliza prequestionando todos os dispositivos constitucionais e legais aduzidos no apelo, no mais, pediu o provimento do recurso para que seja reconhecida a legitimidade da empresa Boi Verde Alimentos Ltda., em razão de restar configurada a sucessão comercial, nos termos do artigo 133 do Código Tributário Nacional.

Resposta às fls. 512-522.

VOTO

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

Depreende-se dos autos que o Estado de Mato Grosso do Sul manejou execução fiscal em desfavor do Frigorífico Luz da Manhã Ltda. objetivando o adimplemento da quantia de R\$ 15.004,22 (quinze mil, quatro reais e vinte e dois centavos), ante o não pagamento de tributos estaduais.

Boi Verde Alimentos Ltda. foi chamado ao processo pela responsabilidade solidária do débito, em razão de ter adquirido o fundo de comércio do executado, nos termos do artigo 130 do Código Tributário Nacional.

Diante disso, Boi Verde Alimentos Ltda. opôs embargos à execução alegando, em suma, a nulidade das CDA's e a ausência dos requisitos para a configuração da sucessão empresarial.

O magistrado de piso reconheceu a ilegitimidade do embargante, bem como determinou a sua exclusão deste do polo passivo da execução fiscal n. 0021625-10.2005.8.12.0001.

Na sequência, o Estado de Mato Grosso do Sul interpôs o presente recurso, contudo, sem razão.

A questão dos autos é verificar se ocorreu ou não a sucessão empresarial entre as empresas Frigorífico Luz da Manhã Ltda., executada originalmente, e a Boi Verde Alimentos Ltda., embargante.

Há duas modalidades de responsabilidade tributária, por substituição ou transferência, esta última abrange os casos de sucessão, solidariedade e responsabilidade de terceiros.

Concernente à responsabilidade por sucessão de pessoas jurídicas, o artigo 132 do Código Tributário Nacional, dispõe que a pessoa jurídica que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra, ou em outra, é responsável pelos tributos devidos até a data do ato pelas pessoas jurídicas fusionadas, transformadas ou incorporadas, de fato, a sucessão empresarial implica na sucessão tributária.

O artigo 133¹ cuida da sucessão pela aquisição de fundo de comércio ou de estabelecimento comercial, industrial, em que há alienação de bens materiais ou imateriais, melhor dizendo, não há falar na alienação da própria empresa, apenas da universalidade de bens. Neste caso, a obrigação não é por todos os tributos, mas sim, por aqueles relativos ao estabelecimento adquirido até a data do ato.

Nessa perspectiva, a sucessão empresarial pode ser evidenciada através de prova indireta, independentemente de formalização, admitindo-se sua presunção quando os elementos indiquem a aquisição do fundo de comércio e o prosseguimento na exploração da mesma atividade econômica, no mesmo endereço, com o mesmo objeto social, atingindo, inclusive, a mesma clientela já consolidada pela empresa sucedida.

Do acervo probatório dos autos, entendo que não restou comprovada a sucessão empresarial, porque apesar da empresa Boi Verde Alimentos Ltda. desenvolver a mesma atividade econômica da empresa Frigorífico Luz da Manhã Ltda., não houve a aquisição do fundo de comércio, uma vez que foi realizado um contrato de locação (fls. 45-53) para que fosse utilizada toda a estrutura básica de funcionamento de um frigorífico.

Com efeito, também não há prova direta (contrato de trespasse) e nem indiciária/indireta da ocorrência desta sucessão empresarial, não tendo o apelante logrado demonstrar qualquer vinculação jurídica da empresa apelada com a dívida que lastreia a ação executiva.

Aliás, o Código Tributário Nacional prevê como condição para a sucessão tributária a aquisição do fundo de comércio, situação contrária dos autos, tendo em vista que na locação não há transferência de propriedade, mas o gozo do bem mediante certa retribuição, consoante artigo 565 do Código Civil.

Logo, têm-se por evidente que a “sucessão empresarial”, a qual pressupõe a aquisição do estabelecimento comercial, fundo de comércio, bens corpóreos e incorpóreos da outra empresa, não ocorreu no caso presente, até porque impossível, diante do contrato de arrendamento firmado pelas empresas com a empresa proprietária do imóvel (complexo industrial).

Assim sendo, ausentes provas idôneas que demonstrem a sucessão empresarial, consubstanciada pela alienação do fundo de comércio ou do estabelecimento comercial, não há como responsabilizar o apelado pelos débitos devidos pela executada original.

Adotando esta linha de raciocínio é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

TRIBUTÁRIO – RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SUCESSÃO POR AQUISIÇÃO DE ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL OU FUNDO DE COMÉRCIO – ART. 109 DO CTN – LOCAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE. 1. A responsabilidade do art. 133 do CTN ocorre pela aquisição do fundo de comércio ou estabelecimento, ou seja, pressupõe a aquisição da propriedade com todos os poderes inerentes ao domínio, o que não se caracteriza pela celebração de contrato de locação, ainda que mantida a mesma atividade exercida pelo locador. Precedente: REsp 108.873/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Segunda Turma, julgado em 04/03/1999, DJ 12/04/1999 p. 111. 2. O Direito tributário utiliza-se dos institutos, conceitos e formas de Direito privado tal qual utilizados nos ramos jurídicos específicos, sendo-lhe vedado modificar-lhes o conteúdo, sentido e alcance. 3. Recurso especial não provido. (STJ - REsp: 1140655 PR 2009/0094447-0, Relator: Ministra Eliana Calmon, Data de Julgamento: 17/12/2009, T2 - Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 19/02/2010) (g.n.)

A propósito, julgados deste Tribunal de Justiça:

¹ 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.

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – CHEQUES DEVOLVIDOS – SUCESSÃO EMPRESARIAL – RESPONSABILIDADE – MERA PRESUNÇÃO DE ALIENAÇÃO DO FUNDO DE COMÉRCIO OU ESTABELECIMENTO NÃO AUTORIZA A RESPONSABILIZAÇÃO DA APELANTE – ÔNUS DA PROVA – ART. 333, II DO CPC – RECURSO PROVIDO. No caso em tela, não restou comprovada a sucessão empresarial, configurada pela alienação do fundo de comércio ou do estabelecimento, principalmente por ter se estabelecido a apelante em endereço diverso das empresas requeridas. A mera presunção de sucessão empresarial, desacompanhada de provas idôneas, não autoriza a responsabilização da empresa tida por sucessora. (TJ/MS. Segunda Turma Cível. N. 2011.007603-4/0000-00. Des. Paulo Alfeu Puccinelli. DJ. 31.05.2011).

Conclui-se, portanto, que inexistindo demonstração de que ocorreu a alegada sucessão empresarial, mediante a transferência do fundo de comércio ou do estabelecimento comercial, de modo a imputar a responsabilidade tributária, nos termos do artigo 133 do Código Tributário Nacional, não há como prosperar a pretensão recursal.

Quanto à condenação do Estado pelo pagamento das despesas suportadas pela apelada, não há nenhuma impropriedade na sentença, posto que a alegada prerrogativa quanto às isenções das custas é diferente da obrigação do Estado quanto ao ressarcimento das despesas processuais pela parte vencedora.

A Lei de Execução Fiscal (n. 6.830/80) tanto quanto a Lei n. 3.779/09 que trata das custas judiciais do Estado de Mato Grosso do Sul, dispõem, respectivamente, nos artigos 39 e 24, que a Fazenda Pública está isenta do pagamento das custas, todavia, em ambas leis também está disposto que a isenção não abrange o reembolso à parte vencedora das despesas que foram suportadas, vejamos:

Art. 39 - A Fazenda Pública não está sujeita ao pagamento de custas e emolumentos. A prática dos atos judiciais de seu interesse independe de preparo ou de prévio depósito.

Parágrafo Único - Se vencida, a Fazenda Pública ressarcirá o valor das despesas feitas pela parte contrária.

[...]

Art. 24. São isentos do recolhimento da taxa judiciária: I - a União, os Estados, os Municípios e respectivas autarquias e fundações; (...)

§ 1º A isenção prevista no inciso I deste artigo não dispensa o reembolso à parte vencedora das custas que efetivamente tiver suportado e nem se aplica ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). (g.n.)

Pelo exposto, a condenação do Estado imposta pelo magistrado singular é cabível, uma vez que a prerrogativa é somente quanto à isenção do pagamento das custas.

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

Isto 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. Sérgio Fernandes Martins

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

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

Campo Grande, 17 de novembro de 2015.

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0804813-02.2015.8.12.0002 – Dourados
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL – *SITE* DE COMÉRCIO ESTRANGEIRO – OBRIGAÇÃO DE INFORMAR SOBRE OS TRIBUTOS INCIDENTES NO PRODUTO – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL – NÃO APLICAÇÃO DO CDC – IMPOSTO SOBRE TRIBUTAÇÃO – COMPETÊNCIA DA UNIÃO – ÔNUS SUPOSTADO PELO CONTRIBUINTE – MULTA FIXADA PELO PROCON – INDEVIDA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

É responsabilidade do contribuinte comprador o pagamento pelo imposto sobre importação, visto que se trata de imposto direto, ou seja, quando o ônus econômico será suportado pelo próprio contribuinte.

A afirmação do município de que o Código de Defesa do Consumidor impõe ao fornecedor o dever de apresentar informações adequadas ao consumidor (art. 6º, III, CDC) não se aplica no caso, isso porque o *site online* de vendas é estrangeiro e, portanto, as negociações realizadas não são regidas pela norma brasileira.

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, 1 de dezembro de 2015.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Município de Dourados apela da sentença que, nos autos da ação anulatória de débito fiscal manejada por Moip Pagamentos S/A, julgou procedentes os pedidos da inicial para declarar ilegal a decisão proferida no processo administrativo n. 0112-000.272-3, que fixou multa, por estar eivada de ilegalidade e, por conseguinte, declarou a nulidade e inexigibilidade da sanção.

A princípio, sustenta que muito diferentemente do que alegou a demandante, a decisão foi devidamente sancionada pelo Procon de Dourados, por sua responsabilidade solidária quanto à prática infringente de ofertar produto sem assegurar informações corretas, claras e precisas sobre o preço, de modo que, na decisão administrativa que lhe aplicou multa, foram devidamente evidenciados os motivos pelos quais ela foi corretamente penalizada.

Ressalta que a obrigação imposta ao fornecedor de informar adequadamente sobre o preço do produto engloba também a responsabilidade em descrever os tributos incidentes sobre o referido bem. E, mesmo que exista a presunção legal de que o consumidor (na qualidade de contribuinte) deve conhecer os

tributos incidentes sobre os produtos por ele adquiridos, isso não exclui o dever de informação atribuído ao fornecedor no que é pertinente a especificação sobre todos os itens que compõe o preço da mercadoria, tais como frete, encargos financeiros e, inclusive, tributos incidentes.

Alega, ainda, que a multa aplicada pelo Procon de Dourados é razoável e proporcional, visto que respeitou os critérios legais previstos no artigo 57 da Lei n. 8.078/90.

Por fim, requer o provimento do apelo.

Resposta às fls. 185-194

VOTO

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

Consta dos autos que Claudia Oliveira de Deus Galvão instaurou processo administrativo no Procon de Dourados contra a empresa Moip Pagamentos S/A, pois realizou em 2011 a compra de dois aparelhos celulares pelo *site* estrangeiro de compras online www.mptudo.com.br, sendo que o pagamento seria intermediado pela Moip Pagamento S/A., contudo, em razão do seu desconhecimento quanto à tributação dos produtos pela Receita Federal, requereu o estorno do valor pago, bem como o cancelamento da compra e dos lançamentos em seu cartão de crédito.

O Procon de Dourados decidiu pela procedência da reclamação, condenando a empresa Moip ao pagamento de multa no importe de R\$ 4.250,00 (quatro mil, duzentos e cinquenta reais) por sua responsabilidade solidária, diante da ausência de informações pelo *site* de vendas.

Na presente ação, o magistrado singular julgou procedente a pretensão inicial para declarar a inexigibilidade e nulidade da sanção pecuniária, condenando o Município de Dourados aos pagamento das custas e honorários.

Sem razão o apelante. Explico.

A princípio, sobre a competência do Procon/MS quanto aplicação de sanções, esclarece o artigo 5º do Decreto Federal n. 2.181/97 que “*Qualquer entidade ou órgão da Administração Pública, federal, estadual e municipal, destinado à defesa dos interesses e direitos do consumidor, tem, no âmbito de suas respectivas competências, atribuição para apurar e punir infrações a este Decreto e à legislação das relações de consumo.*”

Desta feita, sendo o Procon – Superintendência para Orientação e Defesa do Consumidor – órgão da Secretaria de Estado de Trabalho, Assistência Social e Economia Solidária de defesa do consumidor no âmbito deste ente federativo, evidente sua competência ante a expressa previsão legal.

Por oportuno, entendimento da Corte Superior:

PROCESSUAL CIVIL – CONSUMIDOR – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – MULTA APLICADA PELO PROCON – COMPETÊNCIA DO PROCON. 1. O entendimento do Tribunal de origem, de que o Procon não possui competência para aplicar multa em decorrência do não atendimento de reclamação individual, não está em conformidade com a orientação do STJ. 2. A sanção administrativa prevista no art. 57 do Código de Defesa do Consumidor funda-se no Poder de Polícia - atividade administrativa de ordenação - que o Procon detém para cominar multas relacionadas à transgressão dos preceitos da Lei 8.078/1990, independentemente de a reclamação ser realizada por um único consumidor, por dez, cem ou milhares de consumidores. 3. O CDC não traz distinção

quanto a isso, descabendo ao Poder Judiciário fazê-lo. Do contrário, o microsistema de defesa do consumidor seria o único a impedir o sancionamento administrativo por infração individual, de modo a legitimá-lo somente quando houver lesão coletiva. [...] (REsp 1523117/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 21/05/2015, DJe 04/08/2015) (g.n.)

Pois bem. A controvérsia dos autos é saber se é dever do fornecedor estrangeiro informar sobre a cobrança de imposto incidente em produto importado.

A Constituição da República no artigo 153, I, estabelece ser da competência da União instituir impostos sobre a importação de produtos estrangeiros, também conhecida como tarifa aduaneira.

A Lei n. 6.759/09 que regulamenta a administração das atividades aduaneiras, e a fiscalização, o controle e a tributação das operações de comércio exterior, em seu artigo 72 dispõe que “*O fato gerador do imposto de importação é a entrada de mercadoria estrangeira no território aduaneiro*”.

Quanto aos sujeitos passivos, a lei citada dispõe no artigo 104 quem são os contribuintes: *i)* o importador, assim considerada qualquer pessoa que promova a entrada de mercadoria estrangeira no território aduaneiro; *ii)* o destinatário de remessa postal internacional indicado pelo respectivo remetente; e *iii)* o adquirente de mercadoria entrepostada. Portanto, é responsabilidade do contribuinte comprador o pagamento pelo imposto sobre importação, visto que se trata de imposto direto, ou seja, quando o ônus econômico será suportado pelo próprio contribuinte.

Nas palavras de Eduardo Sabbag (2001, p; 409), imposto direito é conceituado como “*é aquele que não repercute, uma vez que a carga econômica é suportada pelo contribuinte, ou seja, por aquele que deu ensejo ao fato impositivo (exemplos: IR, IPTU, IPVA, ITBI, ITCMD etc.)*”.¹

Nessa perspectiva, a afirmação do município de que o Código de Defesa do Consumidor impõe ao fornecedor o dever de apresentar informações adequadas ao consumidor (art. 6º, III, CDC) não se aplica no caso, isso porque o *site* online de vendas é estrangeiro e, portanto, as negociações realizadas não são regidas pela norma brasileira.

Aliás, segundo o Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação, os *sites* estrangeiros de venda online não são obrigados a informar a tributação brasileira, posto que não há legislação internacional a respeito, pois o contribuinte tem a obrigação legal de conhecer da lei. Se o *site* presta essa informação, é por voluntarismo e não por dever legal (G1/Globo.com).²

Não fosse esse o óbice, também não há como imputar responsabilidade à apelada, pois no *site* www.mptudo.com, na seção de “Perguntas Frequentes” esclarecia que os produtos estavam sujeitos à tributação (fls. 59), vejamos:

“5. Terei que pagar algo além do preço do produto, como taxas alfandegárias ou frete?”

Como já mencionado anteriormente, toda importação é passível de cobrança de impostos e caso haja tributação, esta será de responsabilidade do cliente. Nos casos de produtos não retirados devido à cobrança de taxa alfandegária, não efetuaremos a devolução do pagamento em hipótese alguma; o cliente é o único responsável por essa despesa.

Há casos em que as encomendas não sofrem taxaço, contudo, não sabemos por quais motivos esta situação ocorre.

1 Sabbag, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

2 Disponível em: <<http://g1.globo.com/especiais/virada-de-ano-2010-2011/noticia/2010/11/evite-problemas-na-hora-de-comprar-importados-pela-internet-g1-da-dicas.html>>. Acesso em: outubro de 2015.

[...]

7. Posso recusar o recebimento do meu produto caso ele seja taxado?

Não. No website, diversas vezes, explicamos que este tipo de transação se trata de uma importação e, como tal, está sujeita à cobrança de impostos a critério dos fiscos federais e estaduais. [...]” (g.n.)

Pelo exposto, a penalidade atribuída à apelada é inadequada, visto que restou demonstrado que no *site* de compras havia informações quanto à possível tributação no produto, ainda que não fosse, o código consumerista não possui aplicação nas negociações com empresas estrangeiras, no mais, porque é encargo do contribuinte comprador o pagamento pelo imposto sobre importação.

Isto 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. Sérgio Fernandes Martins

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

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

Campo Grande, 01 de dezembro de 2015.

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0829639-32.2014.8.12.0001 – Campo Grande
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – AFASTADA – FRAUDE À EXECUÇÃO – AUSÊNCIA DE AVERBAÇÃO NO REGISTRO DO IMÓVEL SOBRE A PENDÊNCIA DE AÇÃO JUDICIAL ENVOLVENDO O BEM – MÁ-FÉ NÃO COMPROVADA – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

Conquanto o apelante afirme de forma sucinta o cabimento dos embargos de terceiro, é certo que ao especificar quais os motivos do seu inconformismo, apresenta-se suficiente para conhecimento do recurso, por preencher os requisitos do artigo 514, II¹, do Código de Processo Civil, de modo que não ocorre a indigitada ofensa ao princípio da dialeticidade.

A comprovação do *consilium fraudis* em relação àqueles que não integram a lide executiva impõe a averbação na matrícula do imóvel quanto à pendência de ação judicial que recai sobre o bem ou provas contundentes da ciência da litigiosidade.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 24 de novembro de 2015.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Vilson Flávio Fink recorre da sentença proferida nos embargos de terceiro opostos em desfavor do Espólio de Ivairto Antonio da Costa e Marleide Araújo da Costa, em que se julgou extinta a ação sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

Afirma ser possível a oposição dos embargos de terceiro, diante do reconhecimento da fraude à execução declarada no cumprimento de sentença proposto pelos ora recorridos.

Relata que adquiriu o imóvel por meio de escritura pública de compra e venda a qual foi devidamente registrada, sendo que não foi averbada na matrícula a execução ajuizada pelos apelados nem mesmo o compromisso de compra e venda firmado por eles contra a empresa ZW Engenharia Ltda.

¹ Art. 514 do CPC: “A apelação, interposta por petição dirigida ao juiz, conterà:

(...)

II – os fundamentos de fato e de direito”.

Diz que arguiu como defesa a usucapião constitucional, mas essa matéria não foi analisada pelo juiz *a quo* e também juntou jurisprudência demonstrando a possibilidade de alegação da usucapião como matéria de defesa.

Em contrarrazões os recorridos arguem ofensa ao princípio da dialeticidade, diante da falta de ataque aos fundamentos da sentença e no mérito são pelo improvimento do recurso.

VOTO (17.11.2015)

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

I - Da preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade

Examinando as razões deduzidas no presente recurso, conquanto o apelante afirme de forma sucinta o cabimento dos embargos de terceiro, é certo que especifica quais os motivos do seu inconformismo, o que é suficiente para conhecer do recurso, por preencher os requisitos do artigo 514, II², do Código de Processo Civil, de modo que não ocorre a indigitada ofensa ao princípio da dialeticidade.

Rejeito, portanto, a preliminar.

II. Mérito

A magistrada de primeiro grau arguiu preliminar de ilegitimidade ativa do ora recorrente por entender não ser possível a oposição de embargos de terceiro quando o embargante adquirir o imóvel em litígio, por se apresentar como parte na demanda, sobretudo quando ficar caracterizada a fraude à execução.

Neste caso, antes de analisar a legitimidade ou não do recorrente para a oposição dos embargos de terceiro, faz-se necessário apreciar a existência ou não de má-fé por parte do adquirente do imóvel.

Verifica-se, que em 26.4.2002 os ora recorridos ajuizaram ação de execução de obrigação de fazer em face da empresa ZW-Engenharia Ltda a fim de determinar à executada que outorgasse escritura definitiva do apartamento 33, bloco 2 e vaga de garagem do Conjunto Residencial Mares do Sul, nesta Capital objeto de contrato de promessa de compra e venda firmado entre as partes em 21.7.1995, a qual foi julgada procedente.

Ocorre que ao expedir ofício ao cartório para o cumprimento da sentença, este informou que havia registro de alienação do imóvel a terceira pessoa (ora recorrente). Inconformados, os exequentes requereram a declaração de fraude à execução e a ineficácia da alienação do imóvel.

Houve o reconhecimento da fraude à execução e a consequente declaração de ineficácia da compra e venda do imóvel em relação aos autores e exequentes, aqui recorridos, (f.252-255 da ação de execução).

Para caracterizar a fraude à execução faz-se necessária a presença dos requisitos descritos no art. 593 do CPC:

*“Art. 593. Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens:
I- quando sobre eles pender ação fundada em direito real;
II- quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência;
III- nos demais casos expressos em lei.”*

² Art. 514 do CPC: “A apelação, interposta por petição dirigida ao juiz, conterá:
(...)

II – os fundamentos de fato e de direito”.

Resta saber, portanto, se o embargante tinha conhecimento ou não da litigiosidade do imóvel quando adquiriu o bem.

No caso, os próprios embargados informaram na inicial da execução que não efetivaram o registro na matrícula do imóvel o contrato de promessa de compra e venda firmado com a construtora.

Assim, ainda que o recorrente, terceiro adquirente, tenha feito pesquisa no cartório sobre o imóvel, não teria como saber da aquisição pelos recorridos, os quais mesmo com o ajuizamento da ação de execução, não providenciaram a averbação na matrícula.

Dessa forma, ainda que o apelante não tenha feito pesquisa com a busca de certidões cíveis a respeito da solvabilidade da empresa alienante do imóvel é certo que esse fato, por si, não caracteriza a má-fé do adquirente, sobretudo aqui, onde a empresa construtora responde por inúmeras ações judiciais (f. 237-423), o que dificulta ao leigo na área jurídica saber qual ação se refere ao imóvel negociado.

Outrossim, ao contrário da boa-fé, a má-fé não se presume, por isso, diante de todas as evidências acima descritas não se pode falar em fraude à execução por parte do embargante, diante da dificuldade em saber da litigiosidade que pendia sobre o imóvel por ele adquirido.

Sobre o assunto, Fredie Didier Júnior³ esclarece:

“Ao menos em relação à aquisição de imóvel litigioso, é preciso proteger a boa-fé do terceiro, se a pendência da ‘ação real imobiliária’ não tiver sido averbada na matrícula do imóvel, como determina o art. 167, I, n. 21, da lei 6.015/1973. Nesse caso, não parece ser possível a extensão da coisa julgada ao terceiro (CPC, art. 42, § 3.º; CPC, art. 592, I), que, diante de um registro imobiliário em que não há notícia da pendência de ação real, não pode ser surpreendido, sob pena de ser ignorada a necessária proteção da confiança no comércio jurídico. O direito material, a quem cabe reger a hipótese, parece exigir, para a incidência do § 3.º do art. 42 do CPC (e do inciso I do art. 593, que expressamente cuida da pendência de uma ação real), o conhecimento pelo terceiro adquirente da litispendência...”

Com efeito, para comprovação do *consilium fraudis* em relação àqueles que não integram a lide executiva é necessária a averbação na matrícula do imóvel da pendência de ação judicial que recai sobre o bem ou haver provas contundentes da ciência da litigiosidade, o que não é o caso *sub examine*.

A jurisprudência também é nesse sentido:

“PROCESSUAL CIVIL – EXECUÇÃO – ÔNUS HIPOTECÁRIO – PEDIDO DE PREFERÊNCIA – PENHORA NÃO REGISTRADA – ALEGAÇÃO DE FRAUDE À EXECUÇÃO – INEXISTÊNCIA DE INSCRIÇÃO DA PENHORA – BOA-FÉ PRESUMIDA DO CREDOR HIPOTECÁRIO – VIOLAÇÃO DOS ARTS. 167, 169 E 240 DA LEI N. 6.015/73 E 711 DO CPC – HIPÓTESE ANTERIOR À LEI N. 8.953/94 – SÚMULA N. 375/STJ.

1. A Lei dos Registros Públicos, em seus arts. 167, 169 e 240, determina que seja feito o registro (atualmente, averbação) da penhora de imóvel no registro público competente, para que ela tenha eficácia erga omnes.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que, mesmo antes das alterações introduzidas pela Lei n. 8.953/94, ante a ausência do registro da penhora, a decretação da fraude à execução depende da prova de má-fé do terceiro, na hipótese, do credor hipotecário. Tema que foi consolidado com a edição da Súmula n. 375/STJ.

3 DIDIER, Fredie Jr. *et al.* **Curso de Direito Processual Civil: Execução**. 2009, p. 307-308. v. 5.

3. *Recurso especial conhecido e provido.*” (REsp 316.242/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 10/08/2010, DJe 26/10/2010)

“EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – EMBARGOS DE TERCEIRO – ALEGAÇÕES DE AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DO IMÓVEL, DO ROL DE TESTEMUNHAS NA INICIAL E DE PROVA DA POSSE – INOVAÇÃO RECURSAL – AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL QUANTO À PREJUDICIAL DE MÉRITO DE PRESCRIÇÃO – NULIDADE DA SENTENÇA – OFENSA À COISA JULGADA – ILEGITIMIDADE ATIVA – INTEMPESTIVIDADE EMBARGOS DE TERCEIRO – FRAUDE À EXECUÇÃO.

01. *As teses apresentadas somente em recurso de apelação não podem ser conhecidas, por importar ofensa ao princípio da estabilização da demanda e indevida supressão de instância.*

02. *Não se verifica o interesse recursal quando o provimento do recurso não puder modificar para melhor a situação daquele que o interpôs.*

03. *Não é nula a sentença que atende aos requisitos dispostos no artigo 458 do Código de Processo Civil.*

04. *Verifica-se ofensa à coisa julgada quando houver identidade das partes, da causa de pedir e do pedido, ou, ainda, na hipótese de dois processos instaurados com o fim de produzir o mesmo resultado prático, o que não se verifica no caso.*

05. *É parte legítima para propor embargos de terceiro quem não é parte do processo principal e tenha a qualidade de senhor e possuidor, ou apenas possuidor, do bem apreendido judicialmente, nos termos do artigo 1.046, § 1º, do Código de Processo Civil.*

06. *Tempestivos os embargos de terceiros, ante a ausência de arrematação, adjudicação ou remissão nos autos de execução, conforme o disposto no artigo 1048 do Código de Processo Civil.*

07. *A fraude à execução é reconhecida quando há registro da penhora do bem alienado nos autos ou quando há má-fé do terceiro adquirente, conforme Súmula n. 375 do Superior Tribunal de Justiça. Ausentes esses requisitos, inviável o acolhimento da tese de fraude à execução. Recurso parcialmente conhecido e, na parte conhecida, não provido.”* (Relator: Des. Wilson Bertelli; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data do julgamento: 31/03/2015; Data de registro: 31/03/2015).

Conclui-se, portanto, que ao se afastar a má-fé do recorrente, terceiro adquirente do imóvel, reconhece-se, por conseguinte, a sua legitimidade para opor os embargos de terceiro.

Posto isso, rejeito a preliminar e dou provimento ao recurso para reformar a sentença e declarar a inexistência de fraude à execução, com a consequente desconstituição do registro de ineficácia da aquisição do imóvel pelo ora recorrente, determinando a expedição de ofício ao Titular do Cartório da 3.ª CRI do 5.º Ofício desta Capital para proceder ao cancelamento da referida averbação. Inverte-se o ônus da sucumbência

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (Revisor)

Acompanho o voto do relator.

Conclusão de julgamento adiada para a próxima sessão, em razão do pedido de vista do vogal (Des. Sérgio), após por unanimidade terem rejeitado a preliminar e, no mérito, o relator e a revisora terem dado provimento ao recurso.

VOTO (24.11.2015)

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Vogal)

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Wilson Flávio Fink contra a sentença que extinguiu sem resolução do mérito a ação de embargos de terceiro opostos por espólio de Ivairto Antonio da Costa e outro.

Verifica-se dos autos que o ora apelante afirma ser possível a oposição de embargos de terceiro, isto porque houve reconhecimento de fraude à execução no cumprimento de sentença proposto pelos ora recorridos.

O relator, Desembargador Divoncir Schreiner Maran, e a revisora, Desembargadora Tânia Garcia de Freitas Borges, deram provimento ao recurso.

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

O recurso merece provimento.

Extraí-se dos autos que houve o reconhecimento de fraude à execução e, por consequência, foi declarada a ineficácia da compra e venda do imóvel em relação aos autores e exequentes, ora recorridos (fls. 252-255 dos autos da execução).

Ocorre que é necessário perquirir se o recorrente tinha ou não conhecimento de que o imóvel em questão era objeto de litígio quando adquiriu-o.

No caso dos autos, como pontuou o relator do presente recurso, os próprios embargados informaram na inicial da execução que não efetivaram o registro na matrícula do imóvel do contrato de promessa de compra e venda firmado com a construtora.

Nesse norte, ainda que o apelante, terceiro adquirente, tenha feito pesquisa no cartório sobre o imóvel, não teria como saber da aquisição pelos ora apelados, os quais mesmo com o ajuizamento da ação de execução, não providenciaram a devida averbação na matrícula.

Veja-se, a propósito, trecho do voto do condutor:

(...) Dessa forma, ainda que o apelante não tenha feito pesquisa com a busca de certidões cíveis a respeito da solvabilidade da empresa alienante do imóvel é certo que esse fato, por si, não caracteriza a má-fé do adquirente, sobretudo aqui, onde a empresa construtora responde por inúmeras ações judiciais (fls. 237-423), o que dificulta ao leigo na área jurídica saber qual ação se refere ao imóvel negociado.

(...)

Conclui-se, portanto, que ao se afastar a má-fé do recorrente, terceiro adquirente do imóvel, reconhece-se, por conseguinte, a sua legitimidade para opor os embargos de terceiro.

Ante o exposto, acompanho o relator e dou provimento ao recurso para afastar o reconhecimento da fraude à execução.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar e deram 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^a. Tânia Garcia de Freitas Borges e Des. Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 24 de novembro de 2015.

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0802591-77.2014.8.12.0008 - Corumbá
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – DECISÃO QUE MANTEVE A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – CONFIGURAÇÃO DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DO ARTIGO 50 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO – COMPROVAÇÃO DE ABUSO DA PERSONALIDADE POR DESVIO DE FINALIDADE OU CONFUSÃO PATRIMONIAL – FALTA DE PAGAMENTO DA OBRIGAÇÃO EXEQUENDA – RECURSO IMPROVIDO.

Para fins de aplicação do artigo 50 do Código Civil de 2002 e à vista dos fatos concretamente demonstrados, se a sociedade deixa de operar regularmente, deixando de existir de fato sem que tenha havido a regular liquidação de todas as suas obrigações, sendo sucedida por outra empresa que atua no mesmo ramo e endereço, é possível redirecionar a execução para os sócios, desconsiderando-se a realidade técnica existente, que é a ficção criada através da pessoa jurídica.

DUPLICATA MERCANTIL SEM ACEITE – COMPROVANTE DE ENTREGA DA MERCADORIA – PROTESTO – TÍTULO HÁBIL A APARELHAR A EXECUÇÃO – ART. 15, § 2º, LEI nº 5.474 /68 – RECURSO IMPROVIDO.

Segundo o artigo 15, inciso II, “a” e “b” da Lei n.º 5.474/68, dois são os requisitos exigidos no caso de duplicata mercantil sem aceite: protesto e prova da entrega da mercadoria ou da prestação de serviços.

Comprovada nos autos a entrega das mercadorias pela emitente da cártula e, por lado, os títulos apresentados não são hábeis a aparelhar a execução.

Recurso conhecido, mas improvido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 25 de novembro de 2015.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Comércio de Cereais Panoff Ltda., devidamente qualificada, interpõe apelação cível (fls. 94/112) em face de Casa do Uniforme Ltda., insurgindo-se contra a sentença de fls. 84/91 do douto juízo da 3ª Vara

Cível da comarca de Corumbá, MS, Dr. Daniel Scaramella Moreira, que julgou improcedente o pedido contido nos embargos à execução opostos pela apelante em demanda executiva movida pela apelada.

Sustenta a recorrente que não é cabível a desconsideração de sua personalidade jurídica, uma vez que não há nos autos qualquer prova do abuso de direito supostamente cometido pelos sócios, sendo que o simples inadimplemento de obrigações não configura motivo para a desconsideração.

Aduz que o deferimento do pedido está condicionado à prova de que os sócios agiram com o desvio de finalidade ou de que houve confusão patrimonial entre os bens destes e os da empresa.

Defende a inexistência de título executivo, uma vez que os requisitos legais da duplicata estão taxativamente enumerados na lei e não foram observados, porquanto ausente o número da fatura, emitidas em branco - ou seja, sem a expressão à ordem do seu sacador - e sem aceite do comprador.

Afirma que, embora ausente o aceite, o embargado ardilosamente utiliza-se do protesto por indicação, indicando nos protestos de f. 13 a 15, no campo “esp.Do título/doc.Dívida”, que se refere a duplicata mercantil.

Salienta que a duplicata, por não ter sido enviada não pode ser considerada como duplicata mercantil, não podendo, por essa razão, ser protestada, pois lhe falta certeza e exigibilidade.

Acrescenta que as duplicatas foram protestadas em prazo muito superior ao legal, sendo que a inicial executiva não traz qualquer comprovante de notificação de tais protestos, o que reforça a ausência de força executiva dos títulos que embasam a execução.

Alega que as assinaturas constantes nos supostos comprovantes de recebimento são completamente insuficientes para evidenciar a entrega das mercadorias, pois não pertencem a pessoa do seu quadro funcional.

Ressalta que a duplicata sem aceite necessita de comprovante de recebimento das mercadorias para instruir o processo de execução.

Pede a redução do *quantum* fixado a título de honorários advocatícios, tendo em vista a complexidade da causa.

Regularmente intimada, a apelada não apresentou contrarrazões.

VOTO

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

Comércio de Cereais Panoff Ltda., devidamente qualificada, interpõe apelação cível (fls. 94/112) em face de Casa do Uniforme Ltda., insurgindo-se contra a sentença de fls. 84/91 do douto juízo da 3ª Vara Cível da comarca de Corumbá, MS, Dr. Daniel Scaramella Moreira, que julgou improcedente o pedido contido nos embargos à execução opostos pela apelante em demanda executiva movida pela apelada.

A recorrente devolve ao Tribunal de Justiça a questão afeta à desconsideração da sua personalidade jurídica, determinada pelo douto juízo, e defende a inexistência de título hábil a embasar a execução.

Passo à análise do recurso.

I. Da desconsideração da personalidade jurídica

É de se ver que o douto juízo, às fls. 82/86 dos autos da execução, determinou a inclusão de empresa sucessora da apelante no pólo passivo da demanda, bem como a citação dos sócios da empresa para responderem pela dívida exequenda.

A referida decisão foi proferida no seguinte sentido:

Na petição de fls. 65/68 o credor formulou pedido de desconsideração de personalidade jurídica da executada e direcionamento da cobrança contra os responsáveis legais indicados às fls. 67/68.

Tal medida, embora excepcional, deve ser concretizada nos autos porque está patente o abuso de direito cometido pelos sócios ou administradores da devedora, caracterizado pelo desvio da finalidade e confusão patrimonial diante de informações de encerramento irregular das atividades sem o devido pagamento dos débitos pendentes e contraídos enquanto em funcionamento.

As ilações acima são bastantes para aplicar o art. 50 do CC e concluir que a execução em apreço seja redirecionada contra os verdadeiros responsáveis legais da pessoa jurídica demandada, conforme precedentes jurisprudenciais. (TJRS. Agravo de instrumento nº 70029609286, rel. Des. Leo Lima, julgado em 15.07.09).

Por conseguinte, determino ao cartório inclua Marcos Antonio Loureiro Panovitch, Samia Omar Panovitch, Márcia Augusta Loureiro Panovitch (fls. 67/68) no polo passivo da presente demanda.

A referida decisão foi questionada nos embargos à execução e mantida pelo nobre julgador de primeiro grau.

Irresignada, a apelante alega que não é cabível a desconsideração de sua personalidade jurídica, uma vez que não há nos autos qualquer prova do abuso de direito supostamente cometido pelos sócios, sendo que o simples inadimplemento de obrigações não configura motivo para a desconsideração.

Aduz que o deferimento do pedido está condicionado à prova de que os sócios agiram com o desvio de finalidade ou de que houve confusão patrimonial entre os bens destes e os da empresa.

Tenho que o recurso não merece provimento quanto a este ponto.

A presente demanda executiva foi ajuizada pela Casa do Uniforme Ltda. em face da apelante, objetivando a cobrança de débito extraído de duas duplicadas, no valor total de R\$ 23.071,60.

A executada, ora apelante, foi devidamente citada e efetuada a penhora de um terreno registrado em seu nome, avaliado em R\$ 100.000,00, conforme se observa das fls. 49/53 dos autos da execução. Porém, o Cartório se negou a promover a averbação da penhora, alegando que pesa, sobre o mesmo imóvel, penhora da Fazenda Nacional que o torna indisponível, nos termos do parágrafo 1º do artigo 53 da LEF.

A exequente-apelada pediu, então, a desconsideração da personalidade jurídica da executada, tendo em vista que no endereço em que funcionava a sua sede, funciona outra empresa que tem o mesmo objeto social, sendo comprovado que o sócio da executada foi citada no referido endereço, no qual, supostamente, não mais funcionaria.

Sobreveio a decisão acima citada motivada na confusão patrimonial e fechamento irregular da empresa que denotaria a razão para a desconsideração requerida pela exequente.

O artigo 50 do Código Civil estabelece as regras concernentes à desconsideração da personalidade jurídica, pleiteada no caso presente, conforme se infere da transcrição abaixo.

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

De acordo com a redação do precitado dispositivo legal conclui-se que, para que ocorra a autorização da desconsideração da personalidade jurídica de uma empresa, necessário se faz a confluência dos requisitos estabelecidos pela lei, quais sejam, o abuso da personalidade caracterizado pelo desvio de finalidade ou a confusão patrimonial, não podendo ser aplicada a desconsideração tão somente nos casos de sua insolvência ou ausência de bens penhoráveis.

A necessidade de incentivar o desenvolvimento de atividades econômicas produtivas, conseqüentemente aumentar a arrecadação de tributos, produzindo empregos e incrementando o desenvolvimento econômico e social das comunidades, fez surgir o instituto da pessoa jurídica, em que a criação de um ente autônomo, com obrigações e direitos próprios e distintos da dos seus membros conseguiu implementar a segurança necessária para que cada vez mais pessoas se aventurassem na atividade econômica e comercial.

Impende ainda destacar que é cediço que o ordenamento jurídico brasileiro adota como regra a Teoria Maior da Desconsideração da Personalidade Jurídica e, por exceção, a Teoria Menor, assim o primeiro ponto de relevo que denota destacar é a distinção entre as citadas teorias.

Os professores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald assim explicam a Teoria Maior¹:

“Propugna que somente poderá o juiz, episodicamente, no caso concreto, ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica como forma de combate a fraudes e abusos praticados através dela. (...) Subdivide-se a teoria maior em teoria maior objetiva e teoria maior subjetiva, a depender da exigência, ou não, do elemento anímico para a desconsideração. De qualquer sorte, a teoria maior exigirá, sempre, o atendimento dos requisitos legais”

E sobre a Teoria Menor²:

“Trata como desconsideração da personalidade jurídica toda e qualquer hipótese de comprometimento do patrimônio do sócio por obrigação da empresa. Centra o seu cerne no simples prejuízo do credor para afastar a autonomia patrimonial”.

É de se concluir, portanto, pelos conceitos expostos, que a Teoria Maior da Desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não autoriza que a desconsideração da personalidade possa ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente, exigindo-se para sua configuração, além da prova de insolvência, a demonstração de desvio de finalidade ou da confusão patrimonial.

Por outras palavras, não basta que a Pessoa Jurídica esteja insolvente e, portanto, impossibilitada financeiramente de cumprir com suas obrigações perante seus credores. Devem coexistir os dois requisitos

¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil**: Teoria Geral. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 313.

² *Op. cit.* p. 212.

previstos na lei de regência, a saber, o elemento *subjetivo* consistente no desvio de finalidade da empresa ou o *elemento objetivo*, confusão patrimonial.

Ou seja, deve o credor evidenciar ou uma ou outra das situações.

No caso presente, indubitável que *não existem bens penhoráveis, mormente* porque o embargante não apresentou bens passíveis de penhora e não defendeu a sua solvência, defendendo apenas a inexistência de abuso ou desvio de finalidade da empresa.

A meu modo de ver está-se diante de hipótese em que a exceção se aplica à regra e o pedido de descon sideração da personalidade jurídica da empresa devedora deve ser aqui deferido.

Não é necessário que o credor passe por todo um calvário se já revelado, de forma muito clara e suficiente, que a empresa devedora não tem bens penhoráveis e, outrossim, enquadra-se pelo menos na dicção da lei (admitindo-se o deferimento da pretensão da credora) de que há um desvio de finalidade da empresa, que, ao que parece, não costuma honrar com os seus compromissos financeiros.

Ora, a empresa, em primeiro lugar, não foi dissolvida de forma regular. Ao menos não existe notícias de que teria promovido sua resolução pela via prevista no artigo 1107 a 1109 do Código Civil, o que significa, assim, que não podendo ser localizada, está em situação completamente irregular, eis que, embora *extinta de fato*, não está *extinta de direito*, para o que haveria necessidade de previamente liquidar todo o seu passivo, fato aqui não ocorrido.

Há, na realidade, uma denominada dissolução irregular da empresa devedora a qual, para todos os fins e efeitos de direito – em especial porque não cumpriu a obrigação aqui agora exequenda, tampouco ofereceu bens à penhora, e muito menos indicou bens de sua propriedade que pudessem ser objeto de penhora, para plena garantia do juízo – deve ser havida como dissolvida irregularmente e, assim, em estado de insolvência presumido, sem necessidade de pedido de quebra como premissa para tal presunção, como já decidiu o STJ no julgamento do AGRG no AGRG no AG nº 690633/RS, Rel. Min. Luiz Fux *DJ* de 29-5-2006, p. 165, permitindo o redirecionamento da empresa para seus sócios (no caso se tratava de execução fiscal).

Outrossim, o que se observa é que a empresa executada foi sucedida pela empresa Quadri Comércio de Alimentos Ltda., operando no mesmo ramo de atuação e no mesmo endereço em que funcionava a executada, o que denota manobra dos sócios para não cumprir com as obrigações firmadas pela empresa, conforme entendeu o nobre julgador de primeiro grau ao determinar também a citação da referida empresa sucessora, *verbis*:

Na espécie, a sucessão de pessoas jurídicas no mesmo empreendimento econômico deve ser aferida pelas circunstâncias concretas presentes entre Comércio de Cereais Panoff Ltda. e Quadri Comércio de Alimentos Ltda., tais como continuidade de idêntica atividade empresarial, mesmo local de atividades, mesmo

grupo econômico, confusão patrimonial, proveito de estoque e trabalhadores, fato este notório em Corumbá / MS.

Aliás, quanto à força laboral empregada, impende destacar o exposto reconhecimento pela executada e o Supermercado Quadri, em audiência na Vara do Trabalho de Corumbá nos autos 0000179-60.2013.5.21.0041, ocorrida sob os crivos do contraditório e ampla defesa, de ter havido “(...) sucessão de empregadores do primeiro (Panoff) pelo segundo reclamado (Quadri)”.

Não é demasiado repetir que o Supermercado Quadri está instalado no mesmo endereço comercial e atua no mesmo ramo de comércio da executada Panoff, daí ser forçoso reconhecer que ocorreu cessão de direitos e obrigações.

(...)

Por derradeiro, dada a notoriedade desses fatos, o próprio advogado da executada, por ocasião da audiência ocorrida neste juízo da 3ª Vara Cível, nos autos 0802773-34.2012.8-12.0008, afirmou que as compras efetuadas mediante cartão de crédito nas dependências da Quadri são disponibilizadas até hoje ao Comércio de Cereais Panoff Ltda.

Nesse contexto probatório, diante da confusão de bens patrimoniais societários, razões sociais diversas estabelecidas no mesmo endereço com prática de idêntica atividade econômica, determino a inclusão da Quadri Comércio de Alimentos Ltda (CNPJ 08.274.399/0001-00), no polo passivo da demanda.

A agravada deveria praticar seus negócios jurídicos dentro da estrita legalidade, jamais sendo-lhe permitido deixar de pagar suas obrigações e não deixar bens suficientes para tal fim, como é a hipótese presente. Parece-me claro que o juiz, em caso assim, deve adotar conduta que coíba a fraude contra os diversos credores – em especial daquele que reclama em juízo – praticada pelos sócios da empresa, que agem em nome daquela, ocultando seu patrimônio, com possibilidade de benefício indevido dos sócios, que se locupletam às suas custas e fogem das obrigações porque supostamente seus bens pessoais estariam fora do âmbito de incidência das obrigações assumidas pela pessoa jurídica.

Quando se constata que a empresa, na realidade, serviu de *manto diáfano* para que os sócios pudessem se locupletar, não deixando bens da sociedade para pagamento de seus credores, ou os ocultando, ou não os indicando, como tiveram a oportunidade de aqui também indicar tais bens, o juiz deve aplicar o disposto no artigo 50 do Código Civil, sob pena de tornar letra morta aquele dispositivo, que seria, assim, de difícil aplicação ou até mesmo, se rigor excessivo existir, inaplicável, impossibilitando que o credor possa receber do real causador do prejuízo, o seu crédito, legitimado em juízo.

Se o cumprimento de todas as obrigações, civis, comerciais, trabalhistas e fiscais, devem ser exercidas anteriormente pela empresa antes de sua regular dissolução, e se isso não ocorre, sem registro da dissolução perante a Junta Comercial, Receita Federal, Estado e Município, caracteriza-se o abuso da personalidade jurídica da pessoa jurídica, caracterizando o *desvio de personalidade*, com aptidão para acolhimento da pretensão formulada pela apelada.

Evidentemente que essa não é a *mens legis*, nem mesmo foi pelo legislador querido. Lembre-se que a pessoa jurídica é uma ficção jurídica, criada para certos fins, em especial para o desenvolvimento e fomento mercantil e do comércio. Quando esse fim é desviado, pela atuação desidiosa dos seus dirigentes.

Ou, como bem pontua Silvio de Salvo Venosa³:

“Sob determinadas condições não é possível manter a clássica distinção entre pessoa jurídica e pessoa natural. Há situações de fraude nas quais proteger a pessoa jurídica sob o seu manto técnico leva a profundas distorções e iniquidades”.

Essas distorções têm de ser aferidas, a meu modo de ver, caso a caso. Pessoa jurídica para pessoa jurídica. Umhas distintas, sempre, das outras, por todos os motivos imagináveis. Quando presente o núcleo comum, todavia, do abuso da personalidade jurídica, caracterizado como tal pelo desvio de finalidade ou, como diz ainda a lei, pela confusão patrimonial, a medida restritiva prevista no artigo 50 do CC de 2002, é de rigor, sob pena de, protegendo-se a pessoa jurídica sob o seu manto técnico, levar-se a profundas distorções e iniquidades, como é o caso presente.

³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil Interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, p. 63.

Na mesma obra antes citada, à pág. 64, Sílvio de Salvo Venosa completa o seu pensamento, que bem se amolda à espécie dos autos, ao afirmar:

“Rubens Requião (1977, V. 2, P. 61), um dos introdutores do tema entre nós, assim se expressa:

“todos percebem que a personalidade jurídica pode vir a ser usada como anteparo de fraude, sobretudo para contornar proibições estatutárias do exercício do comércio ou outras vedações legais”. Surge, então, o que o direito anglo-saxão denomina disregard of legal entity, teoria da desestimação da pessoa jurídica, ou então, despersonalização da pessoa jurídica.

Assim, quando a pessoa jurídica, ou melhor, a personalidade jurídica for utilizada para fugir de suas finalidade, para lesar terceiros, deve ser desconsiderada, isto é, não deve ser levada em conta a personalidade técnica, não deve ser tomada em consideração sua existência, decidindo o julgador como se o ato ou negócio houvesse sido praticado pela pessoa natural (ou outra pessoa jurídica).

Na realidade, nessas hipóteses, a pessoa natural procura um escudo de legitimidade na realidade técnica da pessoa jurídica, mas o ato é fraudulento e ilegítimo.

Imputa-se responsabilidade aos sócios e membros integrantes da pessoa jurídica que procuraram burlar a lei ou lesar terceiros, mediante confusão de patrimônio e outras fraudes. Não se trata de considerar sistematicamente nula ou destruir a pessoa jurídica, mas, em caso específico e determinado, não a levar em consideração. Tal não implica, como regra geral, negar validade à existência da pessoa jurídica.

A modalidade de fraude é múltipla, sendo impossível sua enumeração apriorística. Dependerá do exame do caso concreto.”

O que o novo instituto procurou fazer, assim, foi aplicar o princípio da equidade, da boa-fé nas relações negociais, presentes em outros dispositivos do CC de 2002 como, por exemplo, seu artigo 422. Para evitar a burla, a fraude, os atos de má-fé, que são características daquele que deixa de pagar no tempo, modo e forma devidos, deve-se permitir que os bens pessoais dos sócios sejam atingidos, muitas vezes adquiridos eles próprios com produto dos lucros da sociedade comercial e em detrimento da pessoa jurídica.

Se isto não for verdade, se a pessoa jurídica tiver bens, se tiver condições de honrar o débito objeto de execução, que os sócios, então, indiquem esses bens e através deles se obtenha a liquidação da execução. Se não o fizerem, seus bens deverão compor o acervo patrimonial apto a suportar o procedimento executivo, porque o direito moderno não mais compactua com os atos de malversação da pessoa jurídica em detrimento de terceiros, principalmente dos credores que legitimamente constituíram seu crédito, legitimamente celebraram negócio jurídico com a devedora, acreditaram na sua aptidão de satisfação da obrigação e na boa-fé que permeia as relações comerciais, mas viram, ao final, frustradas suas expectativas por falta de pagamento do débito, sem qualquer tipo ou espécie de satisfação por parte da devedora. Para isso, diz ainda Sílvio Venosa (ob. cit., p. 65), *nem sempre se deverá avaliar com maior profundidade a existência de dolo ou culpa. A despersonalização é aplicação de princípio de equidade trazida modernamente pela lei.”*

A Ministra Nancy Andrighi exarou acórdão que conforta todo o pensamento aqui desenvolvido, ao referendar a decretação da quebra da personalidade jurídica da empresa, quando pontificou em bem lançado acórdão:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. 3. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INATIVIDADE. AUSÊNCIA DE BENS PENHORÁVEIS. VIABILIDADE. ARTIGOS ANALISADOS: 50 DO CC/02 E 592, II, DO CPC.

1. Ação de cobrança fundada em contrato de corretagem, ajuizada em 25.09.1998, da qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 21.03.2012.

2. Cinge-se a controvérsia a definir se é legal a decretação da desconsideração da personalidade jurídica de empresa, motivada pela inatividade da sociedade empresária, somada à ausência de bens sujeitos à penhora.

3. A desconsideração da personalidade jurídica é admitida em situações excepcionais, devendo as instâncias ordinárias, fundamentadamente, concluir pela ocorrência do desvio de sua finalidade ou confusão patrimonial desta com a de seus sócios, requisitos objetivos sem os quais a medida torna-se incabível.

4. Se o Tribunal de origem conclui, a partir da análise das provas constantes dos autos, pela existência de abuso da personalidade jurídica, mormente em virtude do encerramento irregular - tendo em vista que a empresa paralisou suas atividades, sem comunicação aos órgãos competentes e sem deixar bens passíveis de penhora -, é possível a decretação da desconsideração da personalidade jurídica.

5. Recurso especial não provido. (REsp 1346464/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 01/10/2013, DJe 28/10/2013)

Logo, a sentença deve ser mantida.

II. Da exequibilidade do título executivo

É de se ver que os títulos que embasam a execução estão consubstanciados em duas duplicatas que totalizam o valor de R\$ 23.071,60 fls. 10/11 dos autos da execução.

Com efeito, a duplicata, por ser um título de crédito causal, somente pode ser emitida com base em relação negocial apta a sustentar a sua emissão, que pode ser tanto a compra/venda mercantil quanto a prestação de serviços.

No caso dos autos, a relação comercial está vinculada à venda de roupas/uniformes e, conforme se pode observar nos documentos de fls. 10/11 dos autos da execução, trata-se de duplicatas “sem aceite”, pelo o que se invoca a aplicação do art. 15, II, “a” e “b” da Lei n.º 5.474/68, *verbis*:

“Art 15 - A cobrança judicial de duplicata ou triplicata será efetuada de conformidade com o processo aplicável aos títulos executivos extrajudiciais, de que cogita o Livro II do Código de Processo Civil, quando se tratar: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6458.htm - art15

I - de duplicata ou triplicata aceita, protestada ou não;

II - de duplicata ou triplicata não aceita, contanto que, cumulativamente: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6458.htm - art15

a) haja sido protestada;

b) esteja acompanhada de documento hábil comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria; (...).”Do conjunto probatório dos autos, especialmente dos documentos

anexados às fls. 9/21 (execução), verifica-se que a execução se encontra devidamente aparelhada pelo protesto das duplicatas e os respectivos comprovantes de entregas das mercadorias, com o devido timbre de identificação da empresa devedora, sendo, portanto, título hábil a embasar a execução, nos moldes da referida disposição legal.

Frisa-se que os citados documentos dão conta de comprovar o recebimento, no endereço do devedor, das mercadorias relacionadas nas duplicatas, constando, inclusive, como bem observado pelo nobre julgador *a quo*, com o timbre da empresa, ao passo que esta, ao rebater essa circunstância, se limita a meras alegações, sem nada apresentar para desconstituir essa conclusão.

Nesse sentido, o seguinte precedente deste Tribunal:

“EMENTA- APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - (...) DUPLICATA SEM ACEITE - NOTAS FISCAIS E COMPROVANTES DE ENTREGA DAS MERCADORIAS - VÍNCULO CONTRATUAL COMPROVADO - ASSINATURA APOSTAS NOS CANHOTOS DAS NOTAS FISCAIS - PROVA NÃO DESCONSTITUÍDA - DANOS MORAIS - INEXISTENTE - PROTESTO DEVIDO - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO. (...)”

É válida a cobrança de duplicata desprovida de aceite quando acompanhada de protesto e documento hábil comprobatório da entrega da mercadoria, nos termos do art. 15, II, da Lei n. 5.474/68.

Demonstrado nos autos que houve a entrega das mercadorias no endereço do comprador, através de assinaturas apostas nos canhotos das notas fiscais de compra da mercadorias, não há que se questionar a existência do negócio jurídico entabulado entre as partes.

Cabe ao comprador o ônus de desconstituir a higidez das assinaturas lançadas nos canhotos das notas fiscais, comprovando o recebimento da mercadoria.” (TJMS. Apelação 0001869-98.2010.8.12.0046. Des. Rubens Bergonzi Bossay. j: 20 de novembro de 2012)

Na jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça também há precedentes nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DUPLICATA. PROTESTO. REMESSA AO DEVEDOR. AUSÊNCIA. ACEITE. MERCADORIAS. COMPROVANTE. ENTREGA. PRESUNÇÃO. EXECUTIVIDADE. NÃO PROVIMENTO.

1. É, em regra, necessária a prova da remessa da duplicata para aceite, injustificadamente retida pelo devedor, para o protesto por indicação. Precedentes.

2. Caso em que, à míngua da remessa do título, a execução veio acompanhada do comprovante de entrega das mercadorias, além do protesto por indicação, e o devedor não logra provar as alegações de pagamento parcial, excesso de execução ou vícios do produto, ao contrário disso, recebendo-os sem oposição, como consignou o Tribunal a quo no exame da prova coligida aos autos, é de ser mantido o acórdão recorrido que rejeita os embargos do devedor.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STJ. AgRg no REsp 1063377 / PR. Ministra Maria Isabel Gallotti. j: 02/05/2013)

É de se ver, outrossim, que nos instrumentos de protesto foi certificado pelo Cartório que o devedor foi devidamente intimado por carta registrada e não apresentou resposta (fls. 14/15).

Posto isso, evidenciada a relação negocial de compra/venda entabulada entre as partes, consubstanciada nas notas apresentadas nos autos, devidamente acompanhadas dos respectivos protestos e comprovantes da entrega das mercadorias, é indubitoso que devem ser rejeitados os embargos à execução, de modo que mantenho integralmente a sentença.

III. Ante o exposto, conheço da presente apelação interposta pela Comércio de Cereais Panoff Ltda. e lhe nego provimento, mantendo inalterada a r. Sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Campo Grande, 25 de novembro de 2015.

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0805707-52.2014.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – CANCELAMENTO DE VIAGEM POR FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE A EMPRESA QUE VENDE O PACOTE E A COMPANHIA AÉREA – DANOS MATERIAIS E MORAIS CONFIGURADOS – MANUTENÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – SENTENÇA MANTIDA.

A empresa vendedora de pacote turístico, assim como a companhia aérea, são prestadoras dos serviços turísticos que integram os pacotes que comercializam, independentemente de ser desta última, a responsabilidade final ou intermediária, por eventuais prejuízos decorrentes do insucesso da empreitada. Respondem solidariamente tanto a empresa aérea contratada quanto aquela que oferece e vende o pacote, pelos danos experimentados pelo consumidor que contrata o pacote turístico e o vê posteriormente cancelado.

Inteligência do parágrafo único do art. 7º do Código de Defesa do Consumidor.

O inadimplemento da agência de turismo, que cancela o pacote turístico oferecido e já pago pelo consumidor, certamente frustra as expectativas daquele que ansiava pela realização da viagem, decorrente da privação do lazer e entretenimento cultural, bem como do descanso proporcionado pelas férias, acarretando, assim, abalo psicológico que, por óbvio, há de ser moralmente indenizado.

No que toca ao *quantum* indenizatório há de ser fixado segundo o arbítrio do magistrado, observadas a posição social do ofendido, a capacidade econômica do causador e a extensão da dor sofrida, sob pena de propiciar o locupletamento indevido da vítima.

Recurso conhecido e improvido, com integral manutenção da sentença.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 18 de novembro de 2015.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Decolar.com, devidamente qualificada, interpõe apelação cível (fls. 168/186) em face de Alessandra Aparecida Tiburtino de Souza e Renee Elias do Nascimento, insurgindo-se contra a sentença de fls. 154/165 do douto juízo da 3ª Vara Cível da comarca de Três Lagoas, MS, Dr. Renato Antonio de Liberali, que julgou parcialmente procedente os pedidos formulados pelos apelados em ação de indenização por danos materiais e morais, resolvendo a demanda da seguinte forma:

“para condenar a requerida Decolar.com ao pagamento de danos morais, que fixo em R\$ 10.000,00, para cada um dos requerentes, sendo que serão atualizados monetariamente pelo IGPM-FGV desde o arbitramento até a data do efetivo pagamento, e juros de mora de 1% ao mês, à partir da citação (já que se trata de responsabilidade contratual);

Condeno a requerida ainda ao pagamento de danos materiais, no valor de R\$ 647,26, bem como, ao reembolso da quantia relativa ao pacote de viagens adquirido pelos Requerentes, no valor total de R\$ 3.794,00, ambos a partir do desembolso até a data do efetivo pagamento, corrigidos monetariamente pelo IGPM-FGV e juros de 1% à partir da citação.

Por consequência, julgo o feito com resolução de mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC.

Condeno a Requerida ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios ao patrono da Requerente, estes últimos arbitrados em 20% do valor da condenação, com fulcro no art. 20, §3º, do CPC. “

A apelante relata que os apelados alegam na inicial que adquiriram pacote de viagem incluindo passagens aéreas e hospedagem no importe de R\$ 3.794,00 (três mil setecentos e noventa e quatro reais), através do site da Decolar.com, ora Recorrente, sendo que realizarem o *ckeck-in* receberam a informação de que seus nomes não constavam na lista de passageiros, de modo que pela a requerente passou mal no aeroporto e desistiu da viagem.

Afirma que os autores intentam com a presente demanda a sua condenação ao pagamento de indenização por danos materiais de R\$ 958,85 e danos morais de R\$ 30.000,00, o que foi concedido parcialmente pelo nobre julgador de primeiro grau.

Defende a sua ilegitimidade passiva, uma vez que é empresa que atua no ramo de intermediação e por meio de seu site na internet possibilita a aproximação entre clientes e fornecedores de produtos ou serviços (companhias aéreas, hotéis, locadoras de veículos, etc.), de sorte que a sua atividade empresarial configura uma nova modalidade de contrato geral de corretagem.

Sustenta que não exerce qualquer ato de gerência sobre as cobranças das passagens aéreas, as quais são realizadas exclusivamente pelas Companhias Aéreas, sendo que a sua relação jurídico-negocial com os autores encerrou-se quando da efetivação da compra do serviço oferecido pela Companhia Aérea.

Salienta que o STJ tem se posicionado no sentido de que falta legitimidade à agência de turismo quanto à fatos decorrentes de operações de voo da Companhia Aérea.

Afirma que é evidente que os fatos alegados pelos autores são de competência e funcionalidade da Companhia Aérea, pois não tem a apelante não tem competência para alteração e reacomodação em voos quando ocorre o cancelamento e alteração arbitrária da Companhia.

Ressalta que os Recorridos estavam ciente que em casos de cancelamento/alteração e/ou atrasos de voo, são de exclusiva responsabilidade da Companhia Aérea, notadamente porque a mesma é quem opera as aeronaves, tal informação resta clara no Termo anuído pela Recorrida no momento da compra, e conforme pode se observar abaixo transcrito, há exclusão de responsabilidade da Recorrente em casos de atrasos de voos (Capítulo V, cláusula 5.3).

Sucessivamente, defende a ausência de razoabilidade do valor arbitrado a título de indenização por danos morais.

Pede a reforma da sentença.

Os apelados apresentaram contrarrazões às fls. 195/202.

VOTO

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

I. Extraí-se dos autos que Alessandra Aparecida Tiburtino de Souza e Renee Elias do Nascimento ajuizaram ação de indenização por danos materiais e morais em face da empresa Decolar.Com Ltda., tendo em vista o ato ilícito assim descrito na inicial:

1. A Requerente comprou um pacote de viagem no website da Requerida (decolar.com1) para desfrutar as suas férias escolares, junto as férias laborais do Requerente, na temporada de neve em Santiago no Chile;

2. A compra foi realizada no mês de maio/2014, pois desta forma foi possível programar as férias juntos;

3. Pelo pacote de viagem foi pago a quantia de R\$ 3.794,00 (três mil setecentos e noventa e quatro reais), no qual daria o direito a uma passagem de ida e volta partindo de São Paulo-SP no dia 26/07/2014 e o retorno no dia 02/08/2014, com estadia de 7 (sete) noites no Hotel Gen;

4. A frustração começou quinze dias antes da viagem, pois a ré/apelante entrou em contato com os autores informando que o dia do seu voo seria mudado, de modo que os autores ficaram aguardando a resposta da apelante que, faltando apenas dois dias para a viagem, informou por telefone que o voo tinha sido alterado para o dia 27/07/2014;

5. Na sexta-feira às 12:00 h quando o Requerente abriu sua caixa de e-mail estava lá outra modificação no cronograma, pois havia a confirmação de que o voo seria no dia 26/07/2014 (sábado) as 7h00min (horário de SP), saindo do aeroporto de Guarulhos/SP, horário totalmente adverso do contratado como podemos notar pelo voucher aéreo juntado aos autos, que o voo deveria sair as 14:55, dando assim tempo para uma viagem tranquila até Guarulhos/SP;

6. Relatam os autores que pegaram as pressas toda a bagagem e já foram obrigados a sair de viagem sem os cuidados devidos para Guarulhos/SP, pois é necessário que se chegue 2 horas antes para fazer o check-in em viagens internacionais, e tiveram assim que viajar a noite inteira e amanhecer no aeroporto;

7. Chegando ao aeroporto foram até o guichê da Skyline linhas Aéreas para fazer o check-in e despachar a bagagem e chegando lá foram informados pelo atendente que o nome deles não constava na lista de embarque.

Conforme relatado, o douto juízo de primeiro grau julgou parcialmente procedente o pedido, condenando a ré/apelante ao pagamento de indenização por danos materiais e morais, ainda que em valor inferior ao requerido.

Em suas razões recursais, a ré devolveu a este Tribunal de Justiça as questões afetas à sua ilegitimidade passiva e ausência de responsabilidade quanto aos atos afetos ao cancelamento das passagens, bem como requereu, sucessivamente, a minoração do valor fixado a título de danos morais.

Passo à análise do recurso.

II. Da Responsabilidade da empresa ré pelos danos materiais e morais causados aos autores

O cerne da questão a ser apreciada por este Colegiado consiste em averiguar a responsabilidade da Decolar.com frente às alterações e cancelamento da viagem contratada pelos apelados, de modo que descabe a análise fática da questão, que não foi objeto de recurso por nenhuma das partes.

A solução deste apelo é relativamente simples, já que a relação estabelecida entre as partes é submetida às normas do Código de Defesa do Consumidor, de modo que é solidariamente responsável a agência de turismo causadora do prejuízo, nos termos dos arts. 7º, 14 e 25, §1º, todos do CDC.

No que se refere à alegação de ilegitimidade da apelante, tenho que muito bem analisou a questão o juízo *a quo*, pelo que peço vênha para transcrever os fundamentos da sentença, como forma de complementar o voto:

Pela análise dos autos e documentos trazidos, é Incontroverso que as partes contrataram um pacote de viagens (fls. 38/41), mas não puderam embarcar diante da desídia da parte requerida.

Por outro lado, a parte requerida afirma que não teria responsabilidade sobre os fatos narrados na inicial, pois atuaria tão

somente como intermediadora de serviços turísticos entre fornecedor (empresa aérea e hotéis) e consumidor. Contudo, tal argumento não merece prosperar, vez que a requerida atua, também, como fornecedora de serviços.

Nesse sentido tem decidido o TJSP:

Processo Civil. Ilegitimidade passiva. Inocorrência. A Corré Decolar.com (empresa intermediadora) integra a cadeia de consumo. Responsabilidade solidária. Art. 7º, parágrafo único, do CDC. Preliminar rejeitada. Responsabilidade Civil. Contrato de transporte aéreo. Voo com destino a Shanghai (China), com conexão no México. Impossibilidade de embarque por não ter o Autor providenciado visto de conexão. Responsabilidade objetiva da empresa que vendeu as passagens e da transportadora. Admissibilidade. Aplicação do CDC, em detrimento à Convenção de Varsóvia ou de Montreal, quanto às hipóteses de responsabilidade e ao quantum indenizatório Inversão do ônus da prova Cabimento - Art. 6º. VIII, do CDC - Inobservância do dever de informação. Inteligência do art. 14, do CDC.

Cabia às fornecedoras do serviço esclarecerem ao consumidor sobre a necessidade de se providenciar o visto de conexão. Admissibilidade. Danos morais. Ocorrência - Prova Desnecessidade. Basta a prova do fato que gerou a dor. Fixação em R\$ 11.433,15. Admissibilidade. Recursos desprovidos. (TJSP Ap. Cível nº. 0057064-74.2009.8.26.0576. 20ª. Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Álvaro Torres Júnior. Unânime. Julgado em 17.02.2014)

(...) ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE – INOCORRÊNCIA CORRE “DECOLAR. COM LTDA” QUE CONTA COM PLENA LEGITIMIDADE PARA COMPOR O POLO PASSIVO DA DEMANDA - RELAÇÃO DE CONSUMO CONFIGURADA - INCONFORMADA QUE COMPÕE A CADEIA DE CONSUMO

CONTRATADA PELO AUTOR – RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA - ATRASO DO VOO QUE RESULTOU INCONTROVERSO NOS AUTOS - DANOS MORAIS CONFIGURADOS (...) (TJSP Ap. Cível nº. 0003468-85.2011.8.26.0066. 16ª. Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Simões de Vergueiro. Unânime. Julgado em 30.07.2013)

Assim, deve ser aplicado ao presente caso o Código de Defesa do Consumidor, extraindo-se da leitura do art. 3º e § 2º, a seguinte conclusão:

Art. 3º 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.

[...] § 2º 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.

Nesse passo, considerando o contrato firmado diretamente entre as partes (fl.38/41), há de se reconhecer que a relação existente entre elas é de consumo e, evidentemente, responderá a requerida perante o consumidor por eventuais falhas na prestação do serviço, advindos desta relação.

E, em se tratando de uma relação de consumo entre as partes, a responsabilidade decorrente da conduta da requerida será objetiva, ou seja, independentemente de culpa ou dolo, conforme prevê o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, in verbis:

O fornecedor de serviços responde, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre a fruição e riscos.

Em resumo, existindo o serviço e o nexo de causalidade entre o fato e o dano ocorrido, presume-se a culpa do fornecedor do serviço, a quem compete, para eximir-se da obrigação de indenizar; comprovar, ser for o caso, a existência de caso fortuito ou força maior.

Com efeito, a parte requerida não demonstrou nenhuma das excludentes de ilicitude, limitando-se a afirmar que não possui qualquer responsabilidade pelos danos ocorridos.

Entretanto, percebo que, da situação desencadeada pela conduta da requerida, é que se originou todo o mal-estar experimentado pelos requerentes, mal estar esse gerado: a) ante a ausência de prestação de informações pela parte requerida, que sequer chegou a apresentar satisfações quanto ao motivo das alterações de voo; b) pela não inclusão dos nomes dos requerentes no voo para o qual haviam se programado; c) por não receberem a devida atenção e cuidados durante o transtorno, sendo submetidos, por horas, a uma enorme situação de aflição e desconforto.

Corroborando as alegações, juntam os requerentes, às fls. 147, filmagem realizada no aeroporto no momento em que são informados de que não poderão embarcar -, uma vez que seus nomes não constam na lista de passageiros.

Em verdade, é irrelevante a perquirição de quem foi a culpa pelo inadimplemento do contrato e pelos prejuízos advindos aos autores, de modo que se a apelante, posteriormente, pretender a reparação do valor porventura despendido neste processo, poderá ingressar com ação própria contra a Companhia Aérea supostamente responsável.

O fato é que a apelante é uma empresa de turismo conceituada e conhecida no mercado, o que confere ao consumidor certa segurança e credibilidade quanto à execução do que fora contratado – que se vê agora, infelizmente e para o desconforto de milhares de turistas, ser relativa, ante a natureza dos fatos narrados na inicial e apurados neste processo.

Certo é que tanto a agência que fez a propaganda do pacote quanto a empresa aérea contratada são legítimas para figurar no polo passivo da demanda, em que se discute o inadimplemento do contrato firmado, em conformidade com os arts. 14 e 7º, parágrafo único, do CDC¹.

Sendo assim, comprovada a contratação e o pagamento de um serviço que não foi oferecido na forma contratada, é de se manter a recomposição das partes imposta na sentença, a título de reembolso pelo que não foi usufruído, e também para compensar a dor moral, que já foi discutida em primeiro grau e não foi objeto de impugnação nesta apelação, a não ser pelo *quantum* arbitrado.

Nesse sentido:

01. A empresa vendedora de pacote turístico, assim como a operadora da viagem, é prestadora dos serviços turísticos que integra o pacote que comercializa, independentemente de ser desta última, a responsabilidade final ou intermediária, por eventuais prejuízos decorrentes do insucesso da empreitada.

02. Eventual inadimplemento da agência de turismo, certamente frustra as expectativas daquele que ansiava pela realização da viagem, decorrente da privação do lazer e entretenimento cultural, bem como do descanso proporcionado pelas férias, acarretando, assim, abalo psicológico que, por óbvio, há de ser indenizado.

03. O quantum indenizatório há de ser fixado segundo o arbítrio do magistrado, observadas a posição social do ofendido, a capacidade econômica do causador e a extensão da dor sofrida, sob pena de propiciar o locupletamento indevido da vítima. 04. Recurso parcialmente provido. Unânime. (TJ/DF - 5ª T. Cív., Ap. Cív. nº 20000110101402A, Rel. Des. Romeu Gonzaga Neiva, DJ 01/04/2004, p. 53).

“1 - A agência e a operadora de turismo, a primeira fornecedora do serviço e a segunda, sua representante autônoma, respondem solidariamente pela execução do contrato, a teor da norma contida no art. 34 do Código de Defesa do Consumidor.

2 - A alteração do local de estadia, próximo à data da viagem, sem previsão de tal ocorrência, caracteriza a inadimplência contratual das requeridas, impondo-se a devolução dos valores recebidos. 3 - Recurso conhecido e provido parcialmente. (TJ/DF - 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do D.F., Ap. Cív. no J. Esp. nº 20020110223903, Rel. Juíza LEila Cristina Garbin Arlanch, DJ. 13/11/2003, p.144).

O Superior Tribunal de Justiça também já adotou tal posicionamento:

¹ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Art. 7º (...)

Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. NÃO CARACTERIZADA. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. PACOTE TURÍSTICO. INOBSERVÂNCIA DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. AGÊNCIA DE TURISMO. RESPONSABILIDADE (CDC, ART. 14). INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. SÚMULA 7 DO STJ. DANOS MORAIS RECONHECIDOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Não há ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil se o Tribunal a quo decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. Esta eg. Corte tem entendimento no sentido de que a agência de turismo que comercializa pacotes de viagens responde solidariamente, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, pelos defeitos na prestação dos serviços que integram o pacote.

3. No tocante ao valor dos danos materiais, parte unânime do acórdão da apelação, decidiu a eg. Corte a quo que seriam indenizáveis apenas os prejuízos que foram comprovados, o que representa o valor de R\$ 888,57. O acolhimento da tese recursal de que estariam comprovados os demais prejuízos de ordem material relativos ao que foi originalmente contratado demandaria, inevitavelmente, o reexame de fatos e provas, o que esbarra no óbice da Súmula nº 7/STJ.

4. Já quanto aos danos morais, o v. acórdão recorrido violou a regra do art. 14, § 3º, II, do CDC, ao afastar a responsabilidade objetiva do fornecedor do serviço. Como registram a r. sentença e o voto vencido no julgamento da apelação, ficaram demonstrados outros diversos percalços a que foram submetidos os autores durante a viagem, além daqueles considerados no v. acórdão recorrido, evidenciando os graves defeitos na prestação do serviço de pacote turístico contratado pelo somatório de falhas, configurando-se, in casu, os danos morais padecidos pelos consumidores.

5. Caracterizado o dano moral, mostra-se compatível a fixação da indenização em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para cada autor. Em razão do prolongado decurso do tempo, nesta fixação da reparação a título de danos morais já está sendo considerado o valor atualizado para a indenização pelos fatos ocorridos, pelo que a correção monetária e os juros moratórios incidem a partir desta data.

6. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (REsp 888.751/BA, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 25/10/2011, DJe 27/10/2011)

Ademais, dos documentos anexados aos autos infere-se que a apelante, em que pese ser apenas intermediadora dos serviços que seria prestados pela empresa aérea, mesmo após findada a contratação do pacote, continuou reponsável pelas informações e soluções de conflitos afetos ao voo.

Superada a questão relativa à legitimidade e responsabilidade pelos danos causados aos autores, passo à análise referente ao *quantum* da indenização.

IV. Do valor da indenização

No Direito Brasileiro predomina o critério do arbitramento pelo juiz do dano moral, 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.

Cumprir 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*”²

Entretanto, essa margem de discricionariedade e subjetividade do juiz é limitada, na medida em que há de se considerar elementos, como, por exemplo, as condições das pessoas em litígio, em especial as econômicas e sociais, as consequências do evento danoso, sua durabilidade, etc., atendendo, dessa forma, aos objetivos da reparação civil, quais sejam, a proporcionar compensação pelo dano experimentado pela vítima, minorando-lhe os efeitos adversos do dano sofrido.

Haverá de ser considerado ainda que o valor arbitrado deve punir o ofensor, desmotivando-o para a prática de atos de idêntica natureza e, finalmente, que o valor fixado seja causa de enriquecimento da vítima, ultrapassando os objetivos da própria reparação que não está voltada para tal propósito.

A meu ver, o importe de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) estabelecido na sentença guarda correspondência com a gravidade da lesão, inserindo-se dentro da proporcionalidade que é balizada pela situação econômica das partes, pela intensidade da culpa da empresa e pela relevância da lesão sofrida.

V. Ante o exposto, conheço do recurso interposto por Decolar.Com Ltda. e lhe nego provimento, mantendo inalterada a sentença atacada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Campo Grande, 18 de novembro de 2015.

² TJMG. AC 87.244. Terceira Câmara. Julgamento: 9/4/1992. In: GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, p. 587.

4ª Câmara Cível**Agravo Regimental n. 0823218-26.2014.8.12.0001/50000 - Campo Grande****Relator Des. Dorival Renato Pavan**

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE DECLARATÓRIA C/C INDENIZATÓRIA – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELEFONIA – COBRANÇA DE MULTA POR FIDELIZAÇÃO – DEMONSTRAÇÃO DE MÁ PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – COBRANÇA DA MULTA INDEVIDA – VALOR DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS COM RAZOABILIDADE – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO

Via de regra, é possível a imposição de multa de fidelização, sendo tal previsão legalmente autorizada. Entretanto, tal penalidade deve ser afastada em casos em que não há uma devida prestação dos serviços contratados, pois não se pode impor ao consumidor a permanência em uma contratação que não satisfaz suas necessidades.

Decisão mantida. Agravo Regimental 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, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 21 de outubro de 2015.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Trata-se de agravo regimental interposto por Claro S.A insurgindo-se contra a decisão monocrática deste Des. Relator, que negou provimento à apelação interposta por ela em face de Maurício Martins Montazolli Epp e manteve a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos contidos na Ação Declaratória c/c Indenizatória proposta pelo agravado.

Afirma que a alegação de que a multa não seria devida para pagamento não condiz com a realidade, pois desde o início da vigência do contrato o agravado estava ciente das implicações da rescisão contratual antes do período de fidelização.

Defende que a multa contratual é totalmente devida, na medida em que a linha foi cancelada dentro do prazo de permanência acordado na contratação dos serviços.

Salienta que o serviço móvel de telefonia está sujeito a variações de sinal em razão de condições geográficas, urbanas, climáticas, distância entre usuário e antena, dentre outros fatores, não havendo que se falar em má-prestação do serviço.

Pleiteia, ainda, a redução dos honorários advocatícios arbitrados pelo magistrado *a quo*, afirmando que o valor de R\$ 2.500,00 mostra-se desarrazoada em comparação com o trabalho realizado.

Ao final requer a reconsideração da decisão, ou, alternativamente, a inclusão do feito em mesa para julgamento.

VOTO

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

Trata-se de agravo regimental interposto por Claro S.A insurgindo-se contra a decisão monocrática deste Des. Relator, que negou provimento à apelação interposta por ela em face de Maurício Martins Montazolli Epp e manteve a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos contidos na ação declaratória c/c indenizatória proposta pelo agravado.

1. A decisão monocrática encontra-se assim ementada:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE DECLARATÓRIA C/C INDENIZATÓRIA – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELEFONIA – COBRANÇA DE MULTA POR FIDELIZAÇÃO – DEMONSTRAÇÃO DE MÁ-PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – COBRANÇA DA MULTA INDEVIDA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO

Via de regra, é possível a imposição de multa de fidelização, sendo tal previsão legalmente autorizada. Entretanto, tal penalidade deve ser afastada em casos em que não há uma devida prestação dos serviços contratados, pois não se pode impor ao consumidor a permanência em uma contratação que não satisfaz suas necessidades.

Recurso conhecido e improvido, com arrimo no artigo 557 do CPC.

2. Em que pese as alegações da agravante, entendo que não lhe assiste razão, de maneira que submeto a questão à apreciação deste órgão colegiado.

Para tanto, trago à colação o teor da decisão monocrática por mim proferida:

“A questão central cinge-se em saber se é devida a multa contratual em razão do não cumprimento do prazo de fidelização previsto na avença firmada entre as partes.

Inicialmente, cumpre asseverar que, via de regra, é possível a imposição de multa de fidelização, sendo tal previsão legalmente autorizada. Entretanto, tal penalidade deve ser afastada em casos em que não há uma devida prestação dos serviços contratados, pois não se pode impor ao consumidor a permanência em uma contratação que não satisfaz suas necessidades.

Na situação em apreço, infere-se que o autor efetivamente comprovou que desfez a contratação em razão de o serviço não ter sido prestado satisfatoriamente, tendo realizado, inclusive, diversas reclamações administrativas para sanar o problema.

Nesta esteira, tenho que a multa contratual, estabelecida em razão da rescisão antes do término do prazo estabelecido entre as partes, não pode ser cobrada, pois está comprovado que tal rescisão ocorreu tão somente em razão da má-prestação do serviço pela empresa apelante.

Aliás, tal entendimento foi expressamente esposado na decisão invectivada, razão pela qual, observada a clareza e a percuciência da sentença, para não incidir em redundância, mantenho-a por seus próprios fundamentos¹, transcrevendo-a, em parte, a seguir para também embasar este julgado, in verbis:

Pois bem, restou incontroversa a celebração de contrato de prestação de serviço de telefonia móvel na modalidade de “Plano Empresarial” entre as partes, por meio do qual o autor se comprometeu ao pagamento de R\$ 2.230,21 (dois mil, duzentos e trinta reais e vinte e um centavos), cujos serviços e respectivos preços unitários encontram-se elencados no quadro acostado à fl. 25.

O ponto controvertido reside justamente na cobrança da multa de fidelização, pois, se de um lado o autor alega não ser devedor dessa penalidade em razão da precariedade dos serviços prestados, do outro, a ré defende a regularidade e atendimento satisfatório da transmissão de dados de voz durante o período do contrato.

A multa por fidelização encontra-se prevista na cláusula “4.3” do contrato à fl. 81, cujo teor reputo oportuno transcrever:

“Na hipótese de rescisão da presente contratação, antes do decurso do Prazo de Permanência, o Assinante ficará obrigado ao pagamento de multa, por cada aceso cancelado, no valor correspondente ao resultado da multiplicação do número de meses restantes para o final do Prazo de Permanência pelo valor de R\$ 50,00 (cinquenta reais)”

A previsão da cobrança da aludida penalidade não implica, por si só, qualquer nulidade, desde que durante o prazo de permanência haja efetiva prestação de serviço em favor do consumidor.

Como já asseverou o STJ, “Não caracteriza a prática vedada pelo art. 39, inc. I, do CDC, a previsão de prazo de permanência mínima (“fidelização”) em contrato de telefonia móvel e de “comodato”, contanto que, em contrapartida, haja a concessão de efetivos benefícios ao consumidor (.).” (REsp 1097582 / MS, rel. Min. Marco Buzi, julgado em 19/03/2013).

Assentada essa premissa, segundo se extrai dos autos, o contrato entre as partes esteve vigente por aproximadamente 3 (três) meses de julho a outubro de 2013, lapso temporal extremamente exíguo para esse tipo de contratação, mormente se considerarmos o prazo inicial previsto, os valores envolvidos e o fato de que nos planos empresariais o consumidor busca comodidade aliado à satisfação nos serviços fornecidos.

Na hipótese dos autos, o curto período é indicativo de que a parte autora não foi atendida a contento em seus anseios, pois o número elevado de linhas contratadas corroboram a alegação de que os aparelhos foram disponibilizados a vendedores externos, que, como de conhecimento geral, necessitam estar em constante contato com clientes em cada cidade que passam.

¹ A propósito:

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

É lícito ao Tribunal a quo adotar os fundamentos da sentença como suporte do acórdão que a confirme. (...).” (STJ - AgRg no Ag 517299/MT, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3ª T., j. em 09.05.2006, DJ 29.05.2006 p. 230).

Isto é, atuando o autor no comércio varejista de diversos produtos, conforme descrição à fl. 2, reputa-se imprescindível a disponibilização de um serviço de qualidade na transmissão de dados e voz por meio das linhas telefônicas, já que a evolução dos sistemas de comunicação impeliu grande parte das empresas a comercializar seguindo o ritmo de compras da própria sociedade moderna.

Não se concebe mais a existência de um comércio varejista sem a disponibilização de um canal eficiente de comunicação entre seus vendedores e clientes, situação ainda mais exigida na hipótese de atuar em todo estado ou fora dele, como parece ser o caso do autor.

E as reclamações formuladas perante a Agência Nacional de Telecomunicações ANATEL e o PROCON/MS reforçam a insatisfação do requerente quanto à qualidade dos serviços prestados pela requerida, que, a despeito dos índices de medição apresentados na contestação, não foi capaz de refutar o protesto feito pelo autor a respeito das oscilações no sinal das linhas telefônicas contratadas.

Vale frisar que as oscilações mencionadas à inicial, igualmente descritas nas declarações de fls. 104/105, também constituem objeto de constantes reclamações feitas por diversos consumidores no Estado de Mato Grosso do Sul, estendendo-se por grande parte do território nacional, o que pode ser confirmado por uma simples busca na internet. Ainda, segundo dados divulgados pela Agência Nacional de Telecomunicações ANATEL, a requerida é o terceiro grupo econômico de telefonia móvel contra o qual se registrou o maior número de reclamações em 2014

Já no âmbito do Estado de Mato Grosso do Sul, a requerida figurou em segundo lugar no ranking de empresas com o maior número de reclamações feitas ao PRONCON/MS no ano de 2013; em 2014 ficou em 6º lugar, e no ano de 2015 já consta entre as 8 (oito) primeiras empresas. Pelo que se vê, as reclamações pertinentes à qualidade no serviço de telefonia móvel não constituem nenhuma novidade e se contrapõem aos dados de satisfação mencionados na contestação, que, em tese, dizem respeito aos mesmos serviços contratados pelo autor.

Por tais razões, entendo que existem elementos suficientes para corroborar a insatisfação da autora quanto aos serviços prestados pela ré, a justificar a rescisão do contrato antes do encerramento do prazo de permanência e afastar a cobrança da multa de fidelização.

Em mais de uma oportunidade a jurisprudência tem assinalado que “Estando comprovada a má prestação dos serviços por parte da ré, ensejando o cancelamento do serviço, por parte do autor, mostra-se abusiva a cobrança de multa por quebra de fidelização, pois o cancelamento não foi imotivado, tendo ocorrido em razão da deficiência do serviço prestado” (TJRS. Apelação cível nº 704324296, rel. Des. Ergio Roque Menine, julgado em 29/09/201).

Esclareço que a declaração de inexistência do débito ficará restrita à multa de fidelização, não havendo óbice à cobrança de eventuais juros, multas e encargos decorrentes de mora em prestações anteriores, tampouco obstará a cobrança da fatura regular de meses anteriores pertinentes ao contrato rescindido.

Esse entendimento é acompanhado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme se constata do trecho da decisão monocrática abaixo transcrito:

*AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.401.609 - SC (2011/0038840-5) RELATORA :
MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI AGRAVANTE : TIM CELULAR S/A ADVOGADO :
SANDRO AZEVEDO E OUTRO(S) AGRAVADO : CEZAR AUGUSTO GALVÃO BRANDT*

FILHO ADVOGADO : CÁSSIA BECKER BRANT DECISÃO Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que negou seguimento a recurso especial, no qual se alega violação aos arts. 940, do Código Civil, e 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor; além de divergência jurisprudencial quanto ao valor estipulado a título de danos morais. A decisão agravada fundamentou-se na incidência da Súmula 7/STJ, e no descumprimento aos arts. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil, e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ. Em suas razões, a agravante insiste nos fundamentos expendidos no recurso especial, sustentando ser exacerbado o valor arbitrado a título de danos morais. Assim delimitada a controvérsia, vejo que não assiste razão à agravante, pois conforme se depreende do acórdão de fls. 208-217 (e-STJ), todas as questões postas em debate foram suficientemente dirimidas pelo Tribunal de origem, com fundamento no contexto fático-probatório e mediante análise do contrato outrora celebrado entre as partes, de modo que a tese contida no recurso esbarra nas Súmulas 5 e 7/STJ. A propósito, cito do acórdão recorrido: Trata-se de ação em que concessionária do serviço público de telefonia foi responsabilizada civilmente ao pagamento da quantia de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) em razão de danos morais decorrentes da indevida inscrição do nome do autor em cadastro de inadimplentes mantido por entidade de proteção ao crédito. O débito tem origem em um contrato de telefonia móvel rescindido pelo autor menos de 1 (um) ano após a sua celebração. Na rescisão, a concessionária lançou contra o seu ex-cliente um débito no valor de R\$ 259,00 (duzentos e cinquenta e nove reais), correspondente a uma “multa rescisória”. Alega, em sua defesa, que o contrato celebrado continha uma “cláusula de fidelização”, em razão da qual a rescisão do contrato, dentro de um certo limite de tempo, sujeitaria o cliente ao pagamento daquela quantia. Sem socorrer-se da inversão do ônus da prova, o autor instruiu a petição inicial com uma cópia do Contrato de Prestação de Serviço Móvel Pessoal nº 51726581 celebrado com a ré, valendo observar que os espelhos trazidos com a contestação referem-se à mesma avença (fl. 71 - nº 51726581). A cópia do contrato apresentada pelo autor contém as seguintes informações sobre o plano de telefonia então contratado: “Plano optado – TIM Brasil 120”; “Prazo de Carência – 12 meses”; “Multa rescisória – R\$ 0”; “Taxa de habilitação – R\$ 0”; “Valor inicial de referência – R\$ 0” (fl. 21 – sem o grifo no original). Ora, ainda que se admita como válida eventual cláusula de fidelização, avulta, na espécie, o fato de que o contrato firmado entre as partes não contemplava o pagamento de qualquer quantia à título de “multa rescisória”. Inviável e descabida, portanto, a cobrança de multa sequer convencionada no contrato. E, muito mais descabido, o alistamento do nome do autor em cadastro de inadimplentes por conta desse suposto débito.(...) Ademais, o autor esclareceu, na petição inicial, que resolveu migrar para outra operadora de telefonia móvel em razão da “má-prestação do serviço” oferecido pela TIM (fl. 03). Em tal situação, conforme precedente desta Corte, “o defeito na prestação dos serviços de telefonia autoriza a rescisão do contrato sem a obrigação de pagamento da multa contratual, relativa à cláusula de fidelidade, porquanto não foi a consumidora quem deu causa à quebra contratual, mas a própria operadora” (TJSC, Apelação Cível n. 2009.031824-1, Rel. Des. Vanderlei Romer, Primeira Câmara de Direito Público, j. em 31/08/2009).(...

No mesmo sentido é o entendimento dos Tribunais Pátrios, conforme se infere do teor dos julgados abaixo colacionados.

RECURSO INOMINADO. INTERNET. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES C/C INEXIGIBILIDADE DE MULTA DE FIDELIZAÇÃO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SERVIÇO DE INTERNET PRESTADO DE FORMA INSATISFATÓRIA. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DEVER DE RESTITUIR NA FORMA SIMPLES OS VALORES PAGOS E COMPROVADOS NOS AUTOS. MULTA DE FIDELIZAÇÃO AFASTADA EM RAZÃO DA FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. AUSÊNCIA DE OFENSA AOS ATRIBUTOS DA PERSONALIDADE DO AUTOR. DANOS MORAIS INOCORRENTES. SENTENÇA CONFIRMADA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS, APENAS COM O

ACRÉSCIMO QUE A RESTITUIÇÃO DE VALORES, NA FORMA SIMPLES, ABRANGE AS PARCELAS PAGAS E COMPROVADAS NOS AUTOS NO CURSO DA AÇÃO. RECURSOS DESPROVIDOS. (Recurso Cível Nº 71005641428, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Julgado em 02/09/2015).

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA - CLARO S.A - TELEFONIA MÓVEL - INTERNET 3G - VÍCIO NO APARELHO (MODEM) - IMPOSSIBILIDADE DE O USUÁRIO USUFRUIR DO SERVIÇO - OPERADORA QUE NÃO TOMOU AS PROVIDÊNCIAS NECESSÁRIAS PARA SOLUCIONAR O PROBLEMA - RESCISÃO CONTRATUAL - NÃO INCIDÊNCIA DE MULTA POR QUEBRA DE FIDELIZAÇÃO - DEVOLUÇÃO DA QUANTIA DESPENDIDA QUANDO DA AQUISIÇÃO DO APARELHO DEFEITUOSO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. Considerando que o serviço é prestado diretamente pela concessionária do serviço, respondendo assim por eventuais falhas dos aparelhos por ela fornecidos, ainda que fabricados por terceiro, detém a mesma legitimidade para figurar no pólo passivo da ação. Constatando-se que foi a própria concessionária quem deu causa à rescisão do contrato em virtude da má prestação do serviço, não há que se falar em multa por quebra de fidelização, cabendo àquela a restituição do que foi pago indevidamente pelo consumidor em razão do serviço defeituoso. (TJ-SC - AC: 787464 SC 2010.078746-4, Relator: Cid Goulart, Data de Julgamento: 10/06/2011, Segunda Câmara de Direito Público)

Tecidas estas considerações, tenho que deve ser mantido o entendimento esposado em primeiro grau.”

Logo, em que pese as alegações do agravante, tenho que o regimental não merece prosperar, mesmo em face dos argumentos expendidos pelo recorrente.

3. O recorrente pleiteia, ainda, a redução dos honorários advocatícios arbitrados pelo magistrado *a quo*, afirmando que o valor de R\$ 2.500,00 mostra-se desarrazoada em comparação com o trabalho realizado.

O recurso não merece provimento também neste ponto.

No caso concreto, pelas peculiaridades da matéria, levando em consideração as diretrizes das alíneas “a” a “c” do § 3º do artigo 20 do CPC, penso que R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) é um valor razoável em relação ao trabalho desenvolvido pelo advogado do autor.

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 (art. 133), é essencial à administração da Justiça.

A verba honorária fixada na decisão foi suficiente em vista do labor profissional do patrono da parte, que atuou diligentemente, cumprindo com zelo os seus deveres profissionais, devendo, por conseguinte, ser mantida.

4. Assim, se os fundamentos de fato e de direito – ao modo de ver deste Relator – não foram abalados pelo recurso intentado, a consequência é o improvimento do Regimental, razão pela qual mantive a decisão e a submeto, agora, à elevada apreciação desta E. Câmara Cível, votando pela rejeição do recurso.

5. Ante o exposto, conheço do presente agravo regimental interposto por Claro S.A e lhe nego provimento, mantendo inalterada a decisão monocrática por mim proferida e aqui recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 21 de outubro de 2015.

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0014319-77.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – HABILITAÇÃO DE CRÉDITO EM PROCESSO DE INVENTÁRIO – RECURSO CABÍVEL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – APELAÇÃO INTERPOSTA – PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL – INAPLICABILIDADE – RECURSO NÃO CONHECIDO.

Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a decisão que julga o incidente de habilitação de crédito em inventário é interlocutória, razão pela qual deve ser atacada por meio de agravo de instrumento, admitindo-se a fungibilidade recursal, desde que haja dúvida objetiva a respeito do cabimento do recurso e esse tenha sido interposto no prazo do recurso adequado.

Como o recorrente não interpôs o recurso de apelação no prazo estabelecido para o agravo de instrumento, não se aplica ao caso o princípio da fungibilidade, ainda que justificável o erro sobre o recurso cabível

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 maioria e contra o parecer, vencido o Vogal, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 17 de novembro de 2015.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Anna Waleska Vieira da Silva Michelin e Giuseppe Michelin, interpõem apelação cível, inconformados com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da Vara de Sucessões da Comarca de Campo Grande, nos autos de habilitação de crédito em inventário do espólio de Orlando Luiz Michelin, que julgou improcedente o pedido e remeteu a discussão às vias ordinárias, deixando de reservar bens em virtude da dúvida acerca da caracterização dos títulos.

Alegam que a ausência de manifestação das herdeiras Valentina e Antonieta, sobre o pedido de habilitação de crédito, impede a aplicação do art. 1.018 do CPC.

Aduzem que o pedido de habilitação se refere a valores de pensão alimentícia atrasadas, sendo, portanto, dívida do espólio. Por tal razão, sustentam que devem ser reservados de bens em poder do inventariante, pois o pedido está lastreada em título executivo judicial.

Ao final, requerem o provimento do recurso, a fim de julgar procedente o pedido de habilitação de crédito, ou seja reservado bens para o pagamento dos alimentos atrasados (f.80/88).

Em contrarrazões, o apelado manifesta-se pelo desprovimento do recurso (f.94/97).

A Procuradoria de Justiça emitiu parecer pelo conhecimento e parcial provimento do recurso (f.104/110).

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Anna Waleska Vieira da Silva Michelin e Giuseppe Michelin, em face da sentença prolatada pelo Juiz de Direito da Vara de Sucessões da Comarca de Campo Grande, nos autos de habilitação de crédito em inventário do espólio de Orlando Luiz Michelin, que julgou improcedente o pedido e remeteu a discussão às vias ordinárias, deixando de reservar bens em virtude da dúvida acerca da caracterização dos títulos.

Nas razões recursais, alegam que a ausência de manifestação das herdeiras Valentina e Antonieta, sobre o pedido de habilitação de crédito, impede a aplicação do art. 1.018 do CPC. Aduzem que o pedido de habilitação se refere a valores de pensão alimentícia atrasadas, sendo, portanto, dívida do espólio. Por tal razão, sustentam que devem ser reservados de bens em poder do inventariante, pois o pedido está lastreada em título executivo judicial.

O recurso de apelação não comporta conhecimento, eis que interposto face à decisão que indeferiu o pedido de habilitação de crédito incidente ao inventário, remetendo a questão às vias ordinárias. Essa decisão não põe fim ao processo de inventário, limitando-se a resolver questão incidente. Contra ela cabe agravo de instrumento e não apelação.

A habilitação de crédito por se tratar de incidente processual, cuja tramitação ocorre em apenso aos autos de inventário, a decisão final proferida tem natureza de interlocutória, nos termos do art. 162, § 2º, do CPC, considerando que apenas resolve questão incidental surgida no curso do inventário, não extinguindo o feito principal.

Nos termos do art. 1.118 do CPC, não havendo concordância geral sobre o pedido de pagamento feito pelo credor, será ele remetido para os meios ordinários, in verbis:

“Art. 1.018. Não havendo concordância de todas as partes sobre o pedido de pagamento feito pelo credor, será ele remetido para os meios ordinários”

E mais, dispõe o art. 984 do CPC, *“o juiz decidirá todas as questões de direito e também as questões de fato, quando este se achar provado por documento, só remetendo para os meios ordinários as que demandarem alta indagação ou dependerem de outras provas”*.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, ao comentar o referido artigo, asseveram que *“cabe recurso de Ag contra decisão que remete as partes às vias ordinárias”* (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 11ª ed., RT: São Paulo, p. 1247).

Igualmente, Luis Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero:

“A decisão que remete as partes às vias ordinárias por conta da existência de questão de alta indagação no juízo de inventário constituiu decisão interlocutória (art. 162, § 2º, CPC), cujo recurso cabível é o agravo de instrumento (art. 522, CPC)” (Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo. 2ª ed., RT: São Paulo, p. 884).

Logo, tem-se que a decisão que põe fim a incidente de habilitação de crédito em inventário desafia a interposição de agravo de instrumento.

Ainda que questão não seja unânime no campo doutrinário¹ e jurisprudencial², não há como aplicar ao caso o princípio da fungibilidade recursal, uma vez que o recurso de apelação não foi interposto no prazo do recurso adequado.

Vale acentuar que, mesmo na situação em que o Superior Tribunal de Justiça valeu-se da fungibilidade recursal para admitir o processamento do recurso interposto, diante da dúvida objetiva quanto meio adequado para impugnar decisão que aprecia pedido de habilitação de crédito no inventário, exigiu que a irresignação tivesse sido protocolada no prazo do apelo próprio. Eis a ementa:

*“RECURSO ESPECIAL - HABILITAÇÃO DE CRÉDITO EM INVENTÁRIO - PEDIDO DEFERIDO, COM DETERMINAÇÃO DE RESERVA DE BENS SUFICIENTES A SALDAR O DÉBITO DO ESPÓLIO PERANTE O CREDOR HABILITANTE - MANEJO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO - NÃO CONHECIMENTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, POR REPUTAR CABÍVEL APELAÇÃO - DECISÃO DE NATUREZA INTERLOCUTÓRIA - RECONHECIMENTO - CONTROVÉRSIA NA DOCTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA - VERIFICAÇÃO - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (...) 1. **O agravo de instrumento é o recurso adequado para impugnar decisão que aprecia pedido de habilitação de crédito no inventário, pois o provimento judicial atacado, embora processado em apenso aos autos principais, tem natureza de decisão interlocutória, uma vez que não encerra o processo de inventário. Não obstante, mesmo que o ora recorrente tivesse tentado recurso de apelação, o conhecimento da insurgência seria de rigor, em observância ao princípio da fungibilidade recursal, a considerar a existência de dúvida objetiva no âmbito da doutrina, assim como da jurisprudência (identificada, ao menos, em dois precedentes desta Corte de Justiça).**(...)”* – destaquei (REsp 1107400/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 10/09/2013, DJe 13/11/2013)

Ressaltou o e. Ministro Marco Buzzi que, além da dúvida objetiva, o recorrente interpôs o recurso no prazo do recurso correto, o que possibilitou a aplicação do princípio da fungibilidade, situação diversa da apresentada nos autos. Confira:

“(...) Assim delineada a dissonância de tratamento da questão posta sob julgamento, seja no âmbito doutrinário, seja na seara jurisprudencial, afigura-se devidamente caracterizada a existência de dúvida objetiva, a autorizar a aplicação da fungibilidade recursal, notadamente na hipótese dos autos em que o recorrente valeu-se, inclusive, de insurgência cujo prazo de interposição é inferior ao do recurso reputado

1 “Da decisão que julga habilitação de crédito, cabe recurso de apelação, por envolver questão de mérito, em processo de autuação própria (art. 1.017, § 1º, do CPC). Entretanto, tendo em conta que o Código anterior estabelecia ser a decisão agravável (art. 842, inc. XIII), não havendo erro grosseiro na interposição de um recurso por outro, pode acolher-se o agravo como apelação, dentro do princípio da fungibilidade (RJTJSP 43/200)” (OLIVEIRA, Euclides Benedito de, AMORIM, Sebastião Luiz. Inventários e Partilhas Direito das Sucessões. 22ª ed. São Paulo: Leud, p. 385)

2 Recurso Especial. Habilitação de Crédito em Inventário. Sentença. Interposição de Agravo de Instrumento. Erro Grosseiro. 1. A ausência de decisão sobre os dispositivos legais supostamente violados, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial. Incidência da Súmula 211/STJ. 2. Ocorre erro grosseiro na interposição de recurso quando (i) a lei é expressa ou suficientemente clara quanto ao cabimento de determinado recurso e (ii) inexistem dúvidas ou posições divergentes na doutrina e na jurisprudência sobre qual o recurso cabível para atacar determinada decisão. 3. Para que se admita o princípio da fungibilidade, portanto, deve haver uma dúvida fundada em divergência doutrinária e/ou jurisprudencial - uma dúvida objetiva, que também deve ser atual. 4. Os recorridos cometeram um erro grosseiro ao interpor recurso de agravo contra a decisão da habilitação de crédito porque não há dúvidas de que se trata de uma sentença e, portanto, sujeita à apelação. 5. Inaplicabilidade do princípio da fungibilidade recursal diante do erro grosseiro. 6. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 1133447 SP 2009/0065314-2, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 11/12/2012, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 19/12/2012)

correto pelo Tribunal de origem. Aliás, o proceder da parte recorrente afigura-se, na hipótese em foco, absolutamente incensurável, a considerar que a decisão de deferimento da habilitação de crédito, com reserva de bens suficientes a fazer frente ao débito do espólio perante o credor habilitante, além de não possuir conteúdo próprio de sentença (encerramento de procedimento em primeira instância), sequer observou o correlato trâmite formal, pois, dos autos, não se constata certidão de juntada de sentença devidamente datada, assim como determinação de apontamento no Livro de Registro de Sentença, como seria de rigor. Não obstante, especificamente sobre o julgado acima referido, oriundo da Terceira Turma, curial expor, além dos já exarados, os motivos pelos quais não se comunga do entendimento ali externado, data maxima venia” - destaquei.

Oportuno, ademais, acentuar que é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “*não incide o princípio da fungibilidade em caso de ausência de qualquer dos requisitos a que se subordina, quais sejam: a) dúvida objetiva sobre qual o recurso cabível; b) inexistência de erro grosseiro; c) que o recurso inadequado tenha sido interposto no prazo do que deveria ter sido apresentado*” (STJ - AgRg no AgRg nos EDcl nos EDv no AgRg no CC 134.824/GO, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe de 31/03/2015)

Sendo assim, a observância do prazo do recurso adequado é imprescindível para a incidência do princípio da fungibilidade reclama, ainda que haja dúvida objetiva sobre qual recurso cabível.

A respeito, colhe-se a posição do Tribunais Estaduais:

“EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - HABILITAÇÃO DE CRÉDITO EM INVENTÁRIO - PROCEDIMENTO INCIDENTAL - RECURSO CABÍVEL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - FUNGIBILIDADE RECURSAL - TEORIA DO PRAZO MENOR - NÃO OBSERVADA - RECURSO NÃO CONHECIDO. 1 - O agravo de instrumento é o recurso adequado para impugnar decisão que aprecia pedido de habilitação de crédito no inventário, pois o provimento judicial atacado, embora processado em apenso aos autos principais, tem natureza de decisão interlocutória, uma vez que não encerra o processo de inventário. (REsp 1.107.400/SP) 2 - Conquanto justificável o erro do recorrente, deveria ele ter interposto o recurso de apelação no prazo estabelecido para o agravo de instrumento, condição imprescindível para viabilizar a aplicação do princípio da fungibilidade (Teoria do prazo maior). 3 - Recurso não conhecido”. (TJMG - Apelação Cível 1.0145.06.332357-3/001, Relator(a): Des.(a) Rogério Coutinho, 8ª Câmara Cível, julgamento em 26/03/2015, publicação da súmula em 06/04/2015)

“Apelação. Habilitação de crédito em inventário. Decisão que deferiu a habilitação pretendida. Recurso de apelação. 1. Não cabe apelação de decisão que resolve habilitação de crédito em inventário. Questão incidental, que desafia agravo de instrumento. 2. Petição inicial inepta. Ausência de indicação dos valores devidos. 3. Ausência de concordância expressa das partes. 4. Questões de ordem pública. Nulidade da decisão proferida. Reconhecimento de ofício. De ofício, anula-se a decisão proferida.” (TJ-SP - APL: 00435291220128260564 SP 0043529-12.2012.8.26.0564, Relator: Edson Luiz de Queiroz, Data de Julgamento: 17/09/2014, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 20/09/2014)

No caso, como já anteriormente mencionado, não há como se aplicar o princípio da fungibilidade para conhecer da apelação como agravo de instrumento, uma vez que o presente recurso não foi interposto no prazo de 10 (dez) dias, na forma do art. 522 do CPC, já que, publicada a decisão no dia 07/07/2014, com

início em 08/07/2014 (f.79), o recurso foi interposto no dia 22/07/2014 (f.80/88), fora, portanto, do prazo do agravo de instrumento.

Ante o exposto, arguo de ofício preliminar de inadequação da via eleita, e contrariando o parecer não conheço do recurso de apelação.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho (Revisor):

Acompanho o Relator.

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

I. Juízo de admissibilidade

I.I. Dúvida objetiva em relação ao recurso cabível em face da decisão que encerra o incidente de habilitação de crédito em inventário e possibilidade de conhecimento, sob pena de negativa de prestação jurisdicional

Como se percebe do voto do e. Relator, entendeu ele por bem não conhecer do recurso de apelação, por reputar cabível, em face da decisão que encerra o incidente de habilitação de crédito em inventário, a interposição de agravo de instrumento.

Justificou, ademais, a inaplicabilidade do princípio da fungibilidade, na medida em que a parte optou pelo recurso com prazo de interposição mais amplo.

Em que pesem os argumentos despendidos, peço vênia para divergir.

Como por todos ressabido, tanto a jurisprudência quanto a doutrina digladiam-se no que tange à definição do recurso adequado para impugnar a decisão que encerra o incidente de habilitação de crédito em inventário, cuja circunstância foi, inclusive, ressaltada pelo e. Relator.

Tal perspectiva, em meu sentir, já possibilita o conhecimento de qualquer dos recursos (agravo de instrumento ou apelação cível), sob pena de negar-se tutela jurisdicional e afrontar o duplo grau de jurisdição.

É importante observar, a propósito, que o próprio Superior Tribunal de Justiça, apesar de ser encarregado da unificação da interpretação da legislação infraconstitucional, não é uníssono no tocante ao tema, tanto que há precedentes afirmado categoricamente ser cabível, em um primeiro momento, a apelação cível e, em outro, o agravo de instrumento.

No REsp n. 1133447/SP, da relatoria da Ministra Nancy Andrighi, da 3ª Turma do STJ, julgado em 11/12/2012, DJe 19/12/2012, esta fez consignar expressamente que “*Os recorridos cometeram um erro grosseiro ao interpor recurso de agravo contra a decisão da habilitação de crédito porque não há dúvidas de que se trata de uma sentença e, portanto, sujeita à apelação*”.

Em sentido diametralmente oposto, no REsp 1107400/SP, de relatoria do Ministro Marco Buzzi, da 4ª Turma do STJ, julgado em 10/09/2013, DJe 13/11/2013, este afirma, de forma segura, que “*O agravo de instrumento é o recurso adequado para impugnar decisão que aprecia pedido de habilitação de crédito no inventário, pois o provimento judicial atacado, embora processado em apenso aos autos principais, tem natureza de decisão interlocutória, uma vez que não encerra o processo de inventário*”.

A despeito da divergência, o próprio Ministro Marco Buzzi fez questão de realçar que, a despeito de o recurso cabível, em sua concepção, ser o agravo de instrumento, o manejo de eventual recurso de apelação haveria de ser conhecido, dada a divergência na doutrina e jurisprudência. Neste sentido, fez constar, *in verbis*:

“O agravo de instrumento é o recurso adequado para impugnar decisão que aprecia pedido de habilitação de crédito no inventário, pois o provimento judicial atacado, embora processado em apenso aos autos principais, tem natureza de decisão interlocutória, uma vez que não encerra o processo de inventário. Não obstante, mesmo que o ora recorrente tivesse tentado recurso de apelação, o conhecimento da insurgência seria de rigor, em observância ao princípio da fungibilidade recursal, a considerar a existência de dúvida objetiva no âmbito da doutrina, assim como da jurisprudência (identificada, ao menos, em dois precedentes desta Corte de Justiça).”

Pelo visto, sinalizou ele que, aqui, haveria exceção à regra geral, evidenciando que, nada obstante a regra seja de inaplicabilidade do princípio da fungibilidade quando a parte opta pelo prazo recursal mais amplo, haveria, neste caso, de ser conhecido o recurso, ainda que com prazo mais dilatado.

Não é demais ressaltar, ainda, que esta 3ª Câmara Cível já teve oportunidade de conhecer de diversos recursos de apelação cível manejados em face de decisões em incidente de habilitação de crédito em inventário, sendo possível citar, a propósito, os seguintes precedentes: 1) TJMS-3ª CC., Agravo regimental em Apelação Cível n. 0033515-62.2013.8.12.0001/50000; Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo; Comarca: Campo Grande; Data do julgamento: 02/12/2014; Data de registro: 02/12/2014; Desembargadores que participaram do julgamento: Des. Oswaldo Rodrigues de Melo; Des. Fernando Mauro Moreira Marinho; Des. Eduardo Machado Rocha; 2) TJMS-3ª CC., Apelação Cível n. 0110010-70.2001.8.12.0001; Relator(a): Des. Fernando Mauro Moreira Marinho; Data do julgamento: 25/09/2013; Data de registro: 15/05/2014; Desembargadores que participaram do julgamento: Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Oswaldo Rodrigues de Melo e Des. Marco André Nogueira Hanson.

No mesmo sentido, ainda, o Agravo regimental em Apelação Cível n. 0803866-84.2011.8.12.0002/50000 e a Apelação Cível n. 0004163-06.2006.8.12.0001, de Relatoria do Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Em tais recursos, esta 3ª Câmara Cível não criou obstáculo ao conhecimento dos apelos, cujos julgamentos, em uma ou outra causa, foram compostos pelos mesmos magistrados que, neste momento, compõem o órgão fracionário, perspectiva esta que realça, em meu sentir, a possibilidade de conhecimento da apelação cível manejada por Anna Waleska Vieira da Silva Michelin e outro.

Dispositivo

Pelas razões expostas, com a vênua do e. Relator, hei por bem inaugurar divergência para afastar o óbice ao conhecimento do recurso, erigido de ofício, para conhecer da apelação cível interposta por Anna Waleska Vieira da Silva Michelin e outro, reservando-me, caso acompanhado, à deliberação do mérito após o Relator proferir seu entendimento.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho (Revisor):

Mantenho o meu voto para acompanhar o Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria e contra o parecer, vencido o vogal, não conheceram do 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, 17 de novembro de 2015.

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0803685-60.2014.8.12.0008 - Corumbá
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – RESCISÃO UNILATERAL DE CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE – APLICABILIDADE DO CDC – RELAÇÃO DE CONSUMO – ARTIGO 14, DO CDC – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – COMPROVAÇÃO DO ATO ILÍCITO – RESCISÃO POR INADIMPLENTO SUPERIOR A 60 DIAS – AUSÊNCIA DE PRÉVIA NOTIFICAÇÃO DO CONSUMIDOR – ARTIGO 13, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO II, DA LEI 9.656/1998 – DEVER DE INDENIZAR – DANO *IN RE IPSA* – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – MANTIDO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Nos termos do artigo 14, do CDC, o prestador de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços.

A rescisão unilateral do contrato de plano de saúde, sem que tenha havido a prévia notificação para purgação da mora, conforme preceitua o artigo 13, parágrafo único, inciso II, da Lei n.º 9.656/1998, configura ato ilícito passível de indenização.

O dano moral na modalidade *in re ipsa* dispensa prova de seus efeitos na vítima, sendo presumidos pela mera rescisão indevida do contrato, violando os direitos da personalidade.

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

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, 3 de novembro de 2015.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Central Nacional Unimed - Cooperativa Central, inconformada com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Corumbá, nos autos da ação de anulação de ato jurídico

c/c obrigação de fazer e indenização por danos morais ajuizada por Rosemare de Oliveira, interpõe recurso de apelação.

Em suas razões recursais (f. 195-206), a recorrente alega que a rescisão do contrato de prestação de serviços somente ocorreu em razão de a recorrida ter efetuado o pagamento das mensalidades com atraso superior a 60 (sessenta) dias.

Destaca que foi realizada a notificação sobre a inadimplência, sobre a possibilidade de cancelamento do plano bem como sobre a exclusão da consumidora.

Argumenta que a recorrida tinha plena ciência sobre a possibilidade de rescisão contratual em caso de pagamento com atraso, consoante dispõe o artigo 13, da Lei n. 9.656/1998.

Reverbera que não foi praticado qualquer ato ilícito que dê ensejo à obrigação de indenizar, tampouco há prova do dano moral afirmado pela apelada.

Enfatiza ser necessária a redução do valor arbitrado a título de indenização.

Ao final, pede o conhecimento e o provimento do recurso.

Em contrarrazões (f. 212-217), a apelada manifesta-se pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Central Nacional Unimed - Cooperativa Central contra a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Corumbá que, nos autos da ação de anulação de ato jurídico c/c obrigação de fazer e indenização por danos morais ajuizada por Rosemare de Oliveira, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na petição inicial.

Em sua peça inaugural (f. 01-05), a autora narra que em 28.02.1995 aderiu a ao plano de saúde empresarial da requerida e que mesmo após a rescisão do contrato de trabalho que motivou a adesão ao seguro de saúde, ocorrida em 05.05.2011, fez a opção de continuar contratando o serviço, contudo, no plano individual. Relata também que no início do ano de 2014, em razão de problemas pessoais, acabou descuidando de seus compromissos, atrasando o pagamento de algumas prestações de seu plano de saúde. Em razão destes atrasos, a Unimed teria ligado para a requerente, informando-a que seu plano seria cancelado em 30.04.2014, mas que ainda seria devido o pagamento da prestação vencida em 20.04.2014. Mesmo após o pagamento desta última prestação, realizado no dia 30.04.2014, houve a rescisão unilateral do contrato. Diante destes fatos, a autora ajuizou a presente demanda pleiteando a declaração de nulidade do ato jurídico que rescindiu unilateralmente o contrato de plano de saúde e condenando a requerida ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Citada, a requerida apresentou contestação (f. 46-63) sustentando, em resumo, a inexistência de ato ilícito.

Após instrução processual, foi proferida sentença nos seguintes termos (f. 188-193):

“(…)

Feitas essas considerações, julgo as pretensões iniciais parcialmente procedentes, o feito extinto com apreciação de mérito nos termos do art. 269, I do CPC.

Torno o provimento liminar definitivo, a fim de manter vigente o plano de saúde contratado pela autora.

Condeno a requerida ao pagamento de R\$ 10.000,00 em favor da autora a título de compensação por danos morais. O valor deve ser corrigido pelo IGPM a partir da data do arbitramento e, por se tratar de dano decorrente de descumprimento do contrato, juros de mora de 1% ao mês a partir da citação.

Julgo improcedente o pedido de condenação de restituição de honorários advocatícios convencionais.

(...)”.

Inconformada, a requerida interpôs recurso aduzindo que: (i) a rescisão do contrato de prestação de serviços somente ocorreu em razão de a recorrida ter efetuado o pagamento das mensalidades com atraso superior a 60 (sessenta) dias; (ii) foi realizada a notificação sobre a inadimplência e a possibilidade de cancelamento do plano; (iii) a recorrida tinha plena ciência da cláusula contratual de rescisão em caso de pagamento com atraso, consoante determina o artigo 13, da Lei n.º 9.656/1998; (iv) não foi praticado qualquer ato ilícito que dê ensejo à obrigação de indenizar; (v) não há prova do dano moral afirmado pela apelada; (vi) é necessária a redução do valor arbitrado a título de indenização.

De início, é imperioso consignar que a relação existente entre as partes tem cunho consumerista, encaixando-se a autora no conceito de consumidora e a empresa requerida na qualidade de prestadora de serviços, devendo a matéria ser apreciada em conformidade com a Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

O CDC, em seu artigo 2º, define consumidor como toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final; por sua vez, o conceito de fornecedor, contido no artigo 3º, inclui 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.

Nesse contexto, a responsabilidade civil da requerida deve ser analisada sob a ótica objetiva, conforme disposto no artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor.

A responsabilidade objetiva se configura independentemente da culpa, como leciona Carlos Roberto Gonçalves:

“Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova e culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Em alguns, ela é presumida pela lei. Em outros, é de todo prescindível, porque a responsabilidade se funda no risco (objetiva propriamente dita ou pura).

Quando a culpa é presumida, inverte-se o ônus da prova. O autor da ação só precisa provar a ação ou omissão e o dano resultante da conduta do réu, porque sua culpa já é presumida. Tratando-se, portanto, de classificação baseada no ônus da prova. É objetiva porque dispensa a vítima do referido ônus. Mas, como se baseia em culpa presumida, denomina-se objetiva imprópria ou impura. É o caso, por exemplo, previsto no art. 936 do CC, que presume a culpa do dono do animal que venha a causar dano a outrem. Mas faculta-lhe a prova das excludentes ali mencionadas, com inversão do ônus da probandi. Se o réu não provar a existência de alguma excludente, será considerado culpado, pois sua culpa é presumida.

Há casos em que se prescinde totalmente da prova da culpa. São as hipóteses de responsabilidade independentemente de culpa. Basta que haja relação de causalidade entre a ação e o dano” (in Responsabilidade Civil. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 21/22).

Valho-me, ainda, das lições de Sérgio Cavalieri Filho:

“O fornecedor de serviços, consoante art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços. Trata-se de responsabilidade objetiva pelo fato do serviço, fundada na teoria do risco do empreendimento, segundo a qual todo aquele que se dispõe a exercer alguma atividade no campo do fornecimento de bens e serviços tem o dever de responder pelos fatos e vícios resultantes do empreendimento independentemente de culpa. Este dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, decorrendo a responsabilidade do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de executar determinados serviços. Em suma, os riscos do empreendimento correm por conta do fornecedor (de produtos e serviços) e não do consumidor. O fornecedor só afasta a sua responsabilidade se provar (ônus seu) a ocorrência de uma das causas que excluem o próprio nexos causal, enunciadas no § 3º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor: inexistência do defeito e culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro” (in Programa de Responsabilidade Civil. 4ª ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 400).

Oportuno destacar que a responsabilidade objetiva apenas exclui a necessidade de comprovação de dolo ou culpa, subsistindo o dever de demonstrar o ato ilícito, o dano e o nexos causal entre ambos.

No caso *sub examine*, o ato ilícito praticado pela Unimed está devidamente comprovado.

De fato, o artigo 13, da Lei n. 9.656/1998 autoriza a rescisão unilateral do contrato quando houver o não-pagamento da mensalidade por período superior a 60 (sessenta) dias, consecutivos ou não, desde que haja a notificação do consumidor.

Assim estabelece o texto legal, *verbis*:

“Art. 13. Os contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei têm renovação automática a partir do vencimento do prazo inicial de vigência, não cabendo a cobrança de taxas ou qualquer outro valor no ato da renovação.

Parágrafo único. Os produtos de que trata o caput, contratados individualmente, terão vigência mínima de um ano, sendo vedadas:

(...)

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 quinquagésimo dia de inadimplência; e (...)” – destaquei.

É certo que a inadimplência da consumidora por período superior a 60 (sessenta) dias é fato incontroverso, já que própria autora confirma, em sua petição inicial, que realizou o pagamento da parcelas da seguinte maneira: parcela vencida em 25.01.2014, paga em 20.02.2014 (26 dias de atraso); parcela vencida em 28.02.2014, paga em 26.03.2014 (26 dias de atraso); parcela vencida em 20.03.2014, paga em 07.04.2014 (18 dias de atraso). Assim, sendo somados os dias em que a consumidora incorreu em mora, apontamos 70 (setenta) dias de atraso.

No entanto, a mora do consumidor não é o único requisito exigido pela lei para que seja possível a rescisão unilateral. O artigo 13 acima transcrito também obriga a empresa de plano de saúde a realizar a notificação do consumidor, até o 50^a dia de inadimplência, sobre a possibilidade da rescisão. E o cumprimento deste dever legal não foi demonstrado nos autos.

A única notificação enviada à autora e trazida ao processo (f. 69-71) disse apenas que “*serve a presente para comunicar a V. Sa.. que o seu plano de saúde estará rescindido, em razão da inadimplência perante as mensalidades em epígrafe, nos termos da legislação vigente e/ou do próprio instrumento contratual*”.

Sobreleva frisar que a notificação exigida pela Lei deve anteceder ao efetivo cancelamento do serviço, informando ao consumidor sobre sua mora e sobre a possível rescisão contratual, evitando que seja ele surpreendido e permitindo que busque a adesão a outro plano de saúde ou, se for o caso, que requeira a portabilidade.

A propósito, transcrevo os seguintes julgados:

“AGRAVO REGIMENTAL. PLANO DE SAÚDE. INADIMPLÊNCIA DO SEGURADO. RESCISÃO UNILATERAL NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. NECESSIDADE. SÚMULA STJ/7.

1.- Nos termos do art. 13, parágrafo único, II, da Lei n. 9.656/1998 é obrigatória a notificação prévia ao cancelamento do contrato, por inadimplemento, sendo ônus da seguradora notificar o segurado.

2.- Para infirmar a conclusão a que chegou o Tribunal de origem acerca da inexistência da notificação prévia do segurado seria necessário reexame dos elementos fático-probatórios dos autos, soberanamente delineados pelas instâncias ordinárias, o que é defeso nesta fase recursal a teor da Súmula 7 do STJ.

3.- Agravo Regimental improvido” (STJ; AgRg nos EDcl nos EDcl no REsp 1256869/PR, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 20/09/2012, DJe 04/10/2012) – destaquei.

“APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA - PLANO DE SAÚDE - CANCELAMENTO UNILATERAL - AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA - IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. 1. Conforme o entendimento do art. 47 do Código de Defesa do Consumidor, as cláusulas contratuais devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor. 2. O contratante não pode ser surpreendido com o cancelamento do contrato de saúde, por essa razão a lei estabeleceu a obrigatoriedade da notificação prévia do contratante. 3. Sentença mantida” (TJ-MG-AC: 10024123272379001 MG, Relator: Mariza Porto, Data de Julgamento: 26/03/2014, Câmaras Cíveis / 11^a Câmara Cível, Data de Publicação: 31/03/2014) - destaquei.

“AGRAVO DE INSTRUMENTO, PLANO DE SAÚDE. CANCELAMENTO POR INADIMPLÊNCIA. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. EXIGÊNCIA LEGAL. RECURSO NÃO PROVIDO. Não consta tenha a agravante encaminhado ao agravado notificação prévia avisando da mora (e permitindo a purga) e do cancelamento do ajuste por inadimplência. Exigência estabelecida no art. 13, § único, inc. II, da Lei n° 9.656/98. Manutenção do contrato. Atendimento domiciliar home care. Presença dos requisitos autorizadores da tutela antecipada concedida. Recurso não provido” (TJSP - AI: 20776890420148260000 SP 2077689-04.2014.8.26.0000, Relator: Carlos Alberto Garbi, Data de Julgamento: 29/07/2014, 10^a Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 31/07/2014) – destaquei.

No entanto, a notificação enviada à recorrida não cumpriu com a função legal, uma vez que apenas comunicou a rescisão, sem permitir a purgação da mora e surpreendendo a consumidora. Portanto, evidenciado está o ato ilícito.

Aliás, forçoso reconhecer, também, o nexos causal entre o ato lesivo (rescisão unilateral sem prévia notificação) e a conduta da requerida.

Por sua vez, o dano moral suportado pela autora ficou satisfatoriamente demonstrado. Não se pode olvidar que o cancelamento indevido do contrato de plano de saúde gera, por si só, um dano psíquico-emocional, eis que viola o direito da personalidade do consumidor (dano *in re ipsa*).

Sobre o tema, colho os seguintes julgados:

“Apelação cível. Seguros. Plano de saúde. Rescisão unilateral do contrato sem notificação. Descabimento. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Inteligência do art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor; e 422 do Código Civil. Indenização por dano moral mantida. Cancelamento indevido de plano de saúde. O cancelamento indevido e equivocado do plano de saúde acarreta o dever de indenizar o dano moral suportado pela parte. Dano moral presumido. Falta de cometimento e prudência por parte da requerida, deixando de buscar o mínimo de cautela a fim de evitar ser fonte de erro ou de dano. Apelos não providos. (Apelação Cível Nº 70057125858, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em 20/03/2014)” (TJRS - AC: 70057125858 RS, Relator: Ney Wiedemann Neto, Data de Julgamento: 20/03/2014, Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 28/03/2014) – destaquei.

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - TRANSMISSÃO AOS HERDEIROS - POSSIBILIDADE - PLANO DE SAÚDE - INADIMPLEMENTO - PRAZO SUPERIOR A 60 (SESSENTA) DIAS - NOTIFICAÇÃO - AUSÊNCIA - INOBSERVÂNCIA DOS DITAMES LEGAIS - QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO - SENTENÇA MANTIDA PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS - APELO IMPROVIDO.

É possível a transmissão do direito de exigir a reparação pelos danos morais, aos herdeiros do de cujus

A rescisão do contrato de plano de saúde, em caso de inadimplemento das mensalidades, só é possível se comprovadamente notificado o segurado até o quinquagésimo dia de inadimplência, nos termos do artigo 13, inciso II, da Lei n. 9.656/98” (TJMS; apelação cível n. 0021008-11.2009.8.12.0001; Relator(a): Des. João Maria Lós; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; Data do julgamento: 11/07/2012; Data de registro: 17/07/2012) – destaquei.

Assim, se a rescisão unilateral se deu de modo indevido, assiste à requerente o direito de ser indenizada pelos danos morais a ela causados.

Finalmente, no que tange ao valor a ser fixado a título de indenização, é cediço que a quantificação do dano moral deve ficar ao prudente arbítrio do julgador, devendo servir para compensar o dano, levando em conta as condições financeiras das partes, estando compatível com o dano suportado pelo ofendido.

Ensina Rui Stoco:

“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:

“APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÍVIDA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS PRELIMINAR DE LITISPENDÊNCIA REJEITADA AÇÕES COM CAUSA DE PEDIR DIVERSA MÉRITO RECURSAL INSCRIÇÃO INDEVIDA DE NOME NOS ÓRGÃOS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO DÍVIDA NÃO CONTRAÍDA CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA ART. 14 DO CDC DEFEITO RELATIVO À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DANO “IN RE IPSA” DESNECESSIDADE DE SUA COMPROVAÇÃO QUANTUM INDENIZATÓRIO QUE ATENDE AOS CRITÉRIOS DE PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE SENTENÇA MANTIDA RECURSO NÃO PROVIDO. (...) Mantém-se o valor fixado a título de indenização por danos morais se o magistrado respeitou os princípios da razoabilidade e da moderação, bem como considerou a real proporção do dano, a capacidade socioeconômica e financeira das partes, o grau de culpa do ofensor e a finalidade educativa da indenização.” (Apelação nº 0009201-65.2008.8.12.0021, Des. Josué de Oliveira, 4ª Câmara Cível, j., 16 de Abril de 2013).

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

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

No caso vertente, entendo que deve prevalecer o valor fixado em primeira instância em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), pois o juízo singular respeitou os princípios da razoabilidade e da moderação, bem como considerou a real proporção do dano, a capacidade socioeconômica das partes, o grau de culpa do ofensor e a finalidade educativa da indenização.

Assim, não há falar em reforma da sentença.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Central Nacional Unimed – Cooperativa Central e nego-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 03 de novembro de 2015.

3ª Câmara Cível**Agravo de Instrumento n. 1410057-63.2015.8.12.0000 - Campo Grande****Relator Des. Eduardo Machado Rocha**

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL – PRELIMINARES DE NULIDADE DA DECISÃO *EXTRA PETITA* – E DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO STF – AFASTADAS – MÉRITO: INCONSTITUCIONALIDADE DOS §§ 3º E 4º DO ART. 49 DA LEI 11.101/05 – AFASTADA – CÉDULAS DE CRÉDITO BANCÁRIO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – AUSÊNCIA DE REGISTRO – REQUISITO INDISPENSÁVEL PARA CONSTITUIÇÃO DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA – ART. 1.361, § 1º, DO CC – CRÉDITOS SUJEITOS À RECUPERAÇÃO JUDICIAL – NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 49, § 3º, DA LEI 11.101/05 – RECURSO DESPROVIDO.

Segundo o Superior Tribunal de Justiça: “*a possibilidade de o juízo declarar a inconstitucionalidade de norma, no âmbito de controle difuso, mesmo sem provocação, é um dos mecanismos capazes de garantir a supremacia da Constituição no sistema jurídico brasileiro*”. Assim, a declaração da inconstitucionalidade, de ofício pelo julgador, não configura decisão *extra petita*.

Não há falar em usurpação de competência originária do Supremo Tribunal Federal quando o controle difuso de constitucionalidade da norma é feito de forma incidental, como fundamento e não como objeto principal da demanda.

A norma prescrita nos §§ 3º e 4º do art. 49 da Lei 11.101/01 não se reveste de inconstitucionalidade, haja vista que editada dentro dos parâmetros constitucionais estabelecidos pelos princípios da ordem econômica e não ofende o princípio da isonomia. Não obstante isso, referidos dispositivos devem ser interpretados de forma sistemática, a fim de atender ao espírito do diploma legal, que tem como principal objetivo a preservação da empresa recuperanda e a viabilidade da continuidade da atividade econômica, em prol da consecução de sua função social, sem que isso, contudo, cause qualquer embaraço na atividade de fomento de crédito.

Os créditos decorrentes de Cédulas de Crédito Bancário garantidos por alienação fiduciária, não podem ser considerados extraconcursais, uma vez que, não tendo sido devidamente registrados, antes de iniciada a recuperação judicial, não está o credor na posição de proprietário fiduciário, nos termos do art. 1.361, § 1º, do Código Civil. Por tal razão, não incide o art. 49, § 3º, da Lei 11.101/05, sujeitando-se ao regime da recuperação judicial.

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 as preliminares. No mérito, por maioria, vencido o 2º Vogal, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 10 de novembro de 2015.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Banco CNH Capital S.A. interpõe agravo de instrumento por não se conformar com a decisão prolatada pelo Juiz de Direito da Vara de Falências, Recuperações, Insolvências e Carta Precatórias Cíveis da Comarca de Campo Grande, na ação de recuperação judicial movida por Três Américas Transportes Ltda e Brasil Fleet Participações Ltda, que declarou de ofício a inconstitucionalidade dos §§ 3º e 4º da Lei n. 11.101/2005, submetendo, por consequência, todos os créditos bancários aos efeitos da recuperação judicial.

Alega que a decisão agravada é nula já que proferida em violação aos princípios da inércia do juízo, da imparcialidade e do dispositivo, configurando decisão “extra petita”, porquanto as agravadas em nenhum momento aludiram acerca da inconstitucionalidade declarada pelo juízo singular.

Afirma que a decisão agravada foi proferida em usurpação da competência originária do Supremo Tribunal Federal, pois se mostra impossível o controle difuso de constitucionalidade nas ações coletivas, como é o caso do procedimento de Recuperação Judicial que nada mais é que uma ação visando a reorganização da empresa em crise. Além disso, a decisão também viola o devido processo legal já que prejudica credores que sequer foram mencionados e previamente ouvidos.

Assevera, no mérito, que firmou com a agravada doze cédulas de crédito bancário com garantia fiduciária para aquisição de caminhões, os quais não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial, consoante estabelecem os §§ 3º e 4º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005.

Esclarece que a legalidade e constitucionalidade dos dispositivos mencionados vem sendo afirmada e reafirmada pelos Tribunais pátrios, inclusive com entendimento já pacificado do Superior Tribunal de Justiça, que não destoa do entendimento desta Corte Estadual, justamente porque referida norma não tem por objetivo a manutenção de empresas em detrimento da segurança jurídica e da estabilidade do sistema financeiro nacional

Defende que o simples fato da lei excluir determinados créditos dos efeitos do Plano de Recuperação Judicial não importa em inconstitucionalidade de tal norma, mas sim na opção do legislador em dar efetividade e segurança jurídica na celebração de tais contratos, mesmo porque essa opção respeita a propriedade privada, consoante estabelece o art. 170, II, da Constituição Federal.

Explana que o princípio da preservação da empresa, como qualquer outro princípio, não pode ser aplicado de forma absoluta e dissociada de suas consequências reflexas, como por exemplo, em sacrifício à função social do crédito, mesmo porque as agravadas não são hipossuficientes, havendo, inclusive confissão de sua experiência de mais de trinta anos de mercado, o que vem a comprovar que tinham plena ciência dos contratos celebrados com o agravante.

Argumenta ainda que a decisão agravada viola o direito de propriedade dos credores das agravadas, pois impede os credores de executarem seus bens havendo inadimplemento.

O recurso foi recebido somente no efeito devolutivo.

Em contraminuta, as agravadas manifestam-se pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Banco CNH Capital S.A. interpõe agravo de instrumento por não se conformar com a decisão prolatada pelo Juiz de Direito da Vara de Falências, Recuperações, Insolvências e Carta Precatórias Cíveis da Comarca de Campo Grande, na ação de recuperação judicial movida por Três Américas Transportes Ltda e Brasil Fleet Participações Ltda, que declarou de ofício a inconstitucionalidade dos §§ 3º e 4º da Lei n. 11.101/2005, submetendo, por consequência, todos os créditos bancários aos efeitos da recuperação judicial.

Nas razões recursais o agravante suscita nulidade da decisão agravada, pois proferida em violação aos princípios da inércia do juízo, da imparcialidade e do dispositivo, configurando decisão “*extra petita*”, porquanto as agravadas em nenhum momento aludiram acerca da inconstitucionalidade declarada pelo juízo singular.

Afirma também que a decisão agravada foi proferida em usurpação da competência originária do Supremo Tribunal Federal, pois se mostra impossível o controle difuso de constitucionalidade nas ações coletivas, como é o caso do procedimento de Recuperação Judicial que nada mais é que uma ação visando a reorganização da empresa em crise. Além disso, a decisão também viola o devido processo legal já que prejudica credores que sequer foram mencionados e previamente ouvidos.

Assevera, no mérito, que firmou com a agravada doze cédulas de crédito bancário com garantia fiduciária para aquisição de caminhões, os quais não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial, consoante estabelecem os §§ 3º e 4º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005.

Esclarece que a legalidade e constitucionalidade dos dispositivos mencionados vêm sendo afirmada e reafirmada pelos Tribunais pátrios, inclusive com entendimento já pacificado do Superior Tribunal de Justiça, que não destoa do entendimento desta Corte Estadual, justamente porque referida norma não tem por objetivo a manutenção de empresas em detrimento da segurança jurídica e da estabilidade do sistema financeiro nacional

Defende que o simples fato da lei excluir determinados créditos dos efeitos do Plano de Recuperação Judicial não importa em inconstitucionalidade de tal norma, mas sim na opção do legislador em dar efetividade e segurança jurídica na celebração de tais contratos, mesmo porque essa opção respeita a propriedade privada, consoante estabelece o art. 170, II, da Constituição Federal.

Explana que o princípio da preservação da empresa, como qualquer outro princípio, não pode ser aplicado de forma absoluta e dissociada de suas consequências reflexas, como por exemplo, em sacrifício à função social do crédito, mesmo porque as agravadas não são hipossuficientes, havendo, inclusive confissão de sua experiência de mais de trinta anos de mercado, o que vem a comprovar que tinham plena ciência dos contratos celebrados com o agravante.

Argumenta ainda que a decisão agravada viola o direito de propriedade dos credores das agravadas, pois impede os credores de executarem seus bens havendo inadimplemento.

Nas contrarrazões as agravadas manifestam pelo desprovimento do recurso.

Passo ao exame das preliminares suscitadas pelo agravante.

Preliminar de nulidade da decisão agravada – (*extra petita*)

O agravante sustenta que o magistrado *a quo* não poderia declarar a inconstitucionalidade de dispositivo da Lei de Recuperação Judicial sem prévio pedido das agravadas, configurando decisão *extra petita* por violar os princípios da inércia do juízo, da imparcialidade e do dispositivo.

Contudo, sem razão.

Com efeito, o controle incidental de constitucionalidade é um controle exercido de modo difuso, e cabe a todos órgãos judiciais indistintamente, tanto de primeiro como de segundo grau, bem como aos tribunais superiores. Por se tratar de atribuição inerente ao desempenho da função jurisdicional, qualquer juiz ou tribunal, no ato de realização do Direito nas situações concretas que lhe são submetidas, tem o poder-dever de deixar de aplicar o ato legislativo conflitante com a Constituição¹.

Nessa medida, não há dizer que o órgão jurisdicional, seja de primeiro ou de segundo grau, deve aguardar a parte formular pedido para poder verificar a compatibilidade da norma discutida com a Constituição Federal. Ora, a atribuição do julgador é a de aplicar norma válida e eficaz, e a validade somente se mostra presente se compatível com a Constituição da República.

Aliás, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a possibilidade de o juízo declarar a inconstitucionalidade de norma, no âmbito de controle difuso, mesmo sem provocação, é um dos mecanismos capazes de garantir a supremacia da Constituição no sistema jurídico brasileiro. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL - TESES DE OBSCURIDADE E DE OMISSÃO - IMPROCEDÊNCIA - DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DE OFÍCIO - PRESSUPOSTO DA APRECIÇÃO DO PEDIDO - ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DO ESTADO-MEMBRO - EXAME DE LEI LOCAL - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 280 DO STF.

1. Decisão meramente desfavorável aos interesses da parte embargante não deve ser confundida com decisão contraditória, obscura ou omissa.

2. A possibilidade de o juízo declarar a inconstitucionalidade de norma, no âmbito de controle difuso, mesmo sem provocação, é um dos mecanismos capazes de garantir a supremacia da Constituição no sistema jurídico brasileiro.

3. Os pedidos devem ser interpretados de maneira teleológica.

4. Examinar a tese de ilegitimidade passiva das autoridades apontadas como coatoras dependeria da análise da organização administrativa do Estado-Membro, expediente inviável nesta via, nos termos da Súmula 280 do STF: “Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário”.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido. (REsp 1234025/MT, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 04/06/2013, DJe 11/06/2013)

Assim, não há falar que a decisão agravada incide em vício de *extra petita*. Assim, afasto a preliminar arguida.

Preliminar de usurpação de competência – controle de constitucionalidade em ação coletiva.

O agravante alega que a decisão agravada usurpou competência originária do Supremo Tribunal Federal, haja vista que não é possível o controle difuso de constitucionalidade nas ações coletivas.

Também sem razão.

Como dito anteriormente, o controle difuso de constitucionalidade pode ser realizado em qualquer grau de jurisdição, e desde que seja feito de forma incidental, como fundamento e não como objeto principal

¹ Luís Roberto Barroso. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 76.

da demanda. É dizer, a declaração de inconstitucionalidade deve ser analisada como questão prejudicial ao deslinde do procedimento de Recuperação Judicial.

Sobre o tema, ensina Luís Roberto Barroso:

*“A segunda característica a ser destacada no controle incidental é que o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei não é o objeto da causa, não é a providência postulada. O que a parte pede no processo é o reconhecimento do seu direito, que, todavia, é afetado pela norma cuja validade se questiona. **Para decidir acerca do direito em discussão, o órgão judicial precisará formar um juízo acerca da constitucionalidade ou não da norma. Por isso se diz que a questão constitucional é uma questão prejudicial: porque ela precisa ser decidida previamente, como pressuposto lógico e necessário da solução do problema principal.**”² (grifei)*

É o caso dos autos, pois o julgador antes de deferir o processamento da Recuperação Judicial das agravadas, como questão prévia, declarou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade dos § 3º e § 4º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005, justamente diante da necessidade de também abarcar no procedimento da Recuperação os créditos relacionados naqueles dispositivos legais. Nessa medida, não há falar em usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, pois a inconstitucionalidade não foi declarada de forma abstrata, ou seja, em tese, mas sim como questão prejudicial indispensável à análise do caso concreto.

Aliás, como já assentado pelo Supremo Tribunal Federal, o controle de constitucionalidade até mesmo em ação coletiva é perfeitamente possível, desde que feito de forma difusa, e que a controvérsia constitucional não seja o objeto único da demanda, mas tão somente uma simples questão prejudicial. Confira-se:

“EMENTA: RECLAMAÇÃO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO RECURSO DE AGRAVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE – QUESTÃO PREJUDICIAL – POSSIBILIDADE – INOCORRÊNCIA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal. Precedentes. Doutrina”. (Rcl 1898 ED, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 10/06/2014, Acórdão Eletrônico DJe-151 Divulg 05-08-2014 Public 06-08-2014) (grifei)

Assim, rejeito a preliminar arguida.

Mérito

Da constitucionalidade e/ou inconstitucionalidade dos §§ 3º e 4º do art. 49 da Lei 11.101/05

O juízo singular, no momento do deferimento do pedido de recuperação judicial, declarou, de ofício, a inconstitucionalidade dos §§ 3º e 4º do art. 49 da Lei 11.101/05, por considerar que ofendem aos princípios da isonomia (art. 5º, *caput*, CF), da ordem econômica e financeira (art. 170, CF), dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF).

² *Ob. cit.* p. 75

Com efeito, o controle de constitucionalidade está relacionado à supremacia da Constituição sobre o ordenamento jurídico, à rigidez constitucional e, também, a proteção dos direitos fundamentais.

Pedro Lenza ensina que:

“O legislador constituinte originário criou mecanismos por meio dos quais se controlam os atos normativos, verificando sua adequação aos preceitos previstos na “Lei Maior”. Como requisitos fundamentais e essências para o controle, lembramos a existência de uma Constituição rígida e a atribuição de competência para um órgão para resolver os problemas de constitucionalidade, órgão este que variará de acordo com o sistema de controle adotado. (...) A ideia de controle, então, emanada da rigidez, pressupõe a noção de um escalonamento normativo, ocupando a Constituição o grau máximo na aludida relação hierárquica, caracterizando-se como norma de validade para os demais atos normativos do sistema. Trata-se do princípio da supremacia da constituição, que, nos dizeres do Professor José Afonso da Silva, reputado por Pinto ferreira como “pedra angular, em que se assenta o edifício do moderno direito público”, “significa que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais do Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas”. Desse princípio, continua o mestre, “resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a Constituição. As que não forem compatíveis com ela são inválidas, pois a incompatibilidade vertical resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores”. Assim, a Constituição esta no ápice da pirâmide, orientando e “iluminando” os demais atos infraconstitucionais” (Direito Constitucional Esquemático, 16ª Ed., Editora Saraiva, p. 239/240).

O Poder Judiciário poderá exercer o controle de constitucionalidade pela forma concentrada³ ou pela via difusa, sendo esta última hipótese realizada pelo magistrado da recuperação judicial no caso concreto.

Segundo Alexandre de Moraes, controle difuso *“também conhecido como controle por via de exceção ou defesa, caracteriza-se pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal realizar no caso concreto a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal”* (Direito Constitucional, 28ª Ed., Editora Atlas, p. 744). Finaliza o balizado doutrinador asseverando que *“o controle difuso caracteriza-se, principalmente, pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. Assim, posto um litígio em juízo, o Poder Judiciário deverá solucioná-lo e para tanto, incidentalmente, deverá analisar a constitucionalidade ou não da lei ou ato normativo. A declaração de inconstitucionalidade é necessária para o deslinde do caso concreto, não sendo pois objeto principal da ação”* (op. cit, p. 747)

Referida arguição, nos dizeres do Ministro Luís Roberto Barroso, poderá ser suscitada pelo réu, autor, Ministério Público, terceiros intervenientes e também pelo juiz ou tribunal, de ofício. *In verbis*:

“(...) originalmente, era reconhecida como argumento a ser deduzido pelo réu, como fundamento para desobrigar-se do cumprimento de uma norma inconstitucional (...) Tal limitação da arguição de inconstitucionalidade a uma tese de defesa já não subsiste, mas o réu, por certo, continua a poder utilizar o argumento em sua resposta

³ “Por meio desse controle, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, visando-se à obtenção da invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais” (Direito Constitucional, 28ª Ed., Editora Atlas, p. 760)

a uma demanda. Também o autor de uma ação pode postular, em seu pedido inicial ou em momento posterior, a declaração incidental de inconstitucionalidade de uma norma, para que não tenha de se sujeitar a seus efeitos (...) Também pode suscitar a questão constitucional o Ministério público, quando seja parte ou ofício como custos legis, bem como terceiros que tenham intervindo legitimamente (assistente, litisconsorte, oponente). E, por fim, também o juiz ou o tribunal, quando tenham as partes silenciado a respeito” (O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, Editora Saraiva, 2004, p. 71/72)

Assim, cabe a esta Corte analisar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos § 3º e 4º do art. 49 da Lei 11.101/05, verificando a sua compatibilidade ou não com os princípios constitucionais que dirigem a ordem econômica e a isonomia.

Reza o art. 170 da Constituição Federal que:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

Como se vê, a ordem econômica prevista constitucionalmente “*tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social*”, observados os princípios indicados no sobredito art. 170.

Não resta dúvida que o legislador constituinte originário pautou a ordem econômica na valorização do trabalho humano e na iniciativa privada, tanto é assim que os inseriu como princípios fundamentais no art. 1º, IV, da Constituição Federal.

Nesse contexto, não só a empresa como também sua manutenção, passou a ter grande relevância na ordem econômica constitucional atual.

Por essa razão, a Lei n. 11.101/05 trouxe significativas mudanças visando restabelecer a normalidade da atividade econômica da empresa que se encontra em situação de crise, com o fim de conservar os

empregos que oferece e continuar realizando a sua atividade, e ainda almejando potencializar a possibilidade dos credores receberem seus créditos.

Em seu art. 49, como regra geral, o referido diploma prevê que todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, estão sujeitos à recuperação judicial. Em seguida, elenca, nos seus §§ 3º e 4º, créditos que não se submetem aos seus efeitos, senão vejamos:

“Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

(...)

§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

§ 4º Não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta Lei”.

Tem-se, portanto, de um lado a empresa submetida à recuperação judicial e o interesse na continuidade de sua atividade econômica, e de outro seus credores, em sua grande maioria instituições financeiras, que também não podem ter suas atividades inviabilizadas pela recuperação, o que justificaria a concessão de uma garantia mais segura àqueles que são os responsáveis pelo financiamento de crédito no mercado empresarial.

Ponderando tais premissas, entendo que a exclusão dos créditos enumerados no art. 49, §§ 3º e 4º, da Lei n. 11.101/2005, não padece de inconstitucionalidade, já que não ofende as normas e princípios previstos constitucionalmente para a ordem econômica (art. 170, CF). Pelo contrário, pois a norma foi editada dentro dos parâmetros constitucionais.

Do mesmo modo, não vislumbro afronta ao princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, CF), uma vez que as instituições financeiras, bem ou mal, gostando ou não, atuam como principais fomentadoras da atividade empresarial e são responsáveis pela concessão de crédito para que tal intento seja alcançado. E, na lição de Uadi Lammêgo Bulos “*o raciocínio que orienta a compreensão do princípio da isonomia tem sentido objetivo: aquinhoar igualmente os iguais e desigualmente as situações desiguais. Dessa maneira, atribui-se ao princípio sentido real e não nominal, igualdade integral e não incidental ou particular, porquanto a igualdade consiste em assegurar aos homens que estão equiparados os mesmos direitos, benefícios e vantagens, ao lado dos deveres correspondentes. O mesmo ocorre em relação àqueles que estiverem desequilibrados, os quais deverão receber o tratamento que lhes é devido à medida de suas desigualdades*” (Constituição Federal Anotada, 10ª Ed., Editora Saraiva, p. 102).

Reforçando tal assertiva, o Conselho da Justiça Federal - CJF, em sua I Jornada de Direito Comercial, editou o Enunciado n. 57, segundo o qual o tratamento igualitário entre os credores deve ser verificado dentro da mesma classe de credores, a saber:

“57. O plano de recuperação judicial deve prever tratamento igualitário para os membros da mesma classe de credores que possuam interesses homogêneos, sejam estes

delineados em função da natureza do crédito, da importância do crédito ou de outro critério de similitude justificado pelo proponente do plano e homologado pelo magistrado.”

Ademais, os preceitos que afastam a sujeição de determinados créditos aos efeitos da recuperação judicial devem ser interpretados de forma sistemática, a fim de atender ao espírito da Lei 11.101/05, que tem como principal objetivo a preservação da empresa recuperanda, viabilizando a continuidade da atividade econômica em prol da consecução da função social e manutenção do emprego, sem que isso, contudo, cause qualquer embaraço na atividade de fomento de crédito. Também, deve-se respeitar a legislação especial que cuida da matéria e as regras do Código Civil.

Afasto, portanto, a inconstitucionalidade do §§ 3º e 4º do art. 49 da Lei 11.101/01.

Quanto à incidência do § 3º do art. 49 da Lei 11.101/05

É consabido que a Recuperação Judicial tem por principal objetivo a recomposição da saúde financeira da empresa, visando superar as razões que culminaram com a sua crise econômica, preservando a continuidade de suas atividades e a manutenção dos empregos, como preconizam os princípios da preservação e da função social da empresa.

Nesse sentido é a redação do art. 47 da Lei 11.101/05:

“A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”.

Por tal razão, somente de modo excepcional determinados credores, expressamente indicados na legislação, escaparão dos efeitos limitadores da recuperação judicial.

Segundo dispõe o art. 49, *caput*, da mencionada Lei, todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, estão sujeitos à recuperação judicial. Entretanto, o § 3º do referido dispositivo legal traz exceção à sujeição dos créditos à recuperação judicial, prevalecendo os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, dentre ela o credor de proprietário fiduciário de bens móveis. *In verbis*:

“§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial”.

Assim, a permissão para realização de travas bancárias⁴, fora dos casos de exceção previstos na lei, nada mais seria do que o desvirtuamento do instituto, dificultando a recuperação da empresa em crise.

No caso em tela, contudo, as Cédulas de Créditos Bancárias garantidas por alienação fiduciária, juntadas às f.756-909, não foram registradas conforme previsto no art. 1.361, § 1º, do Código Civil, o qual

4 “(...) as “travas bancárias” decorrem de previsões legais constantes nos parágrafos 3º, 4º e 5º do artigo 49 a LRE, que permitem às instituições financeiras excluírem-se do rol de credores com créditos suspensos, no momento da concessão da recuperação, pelo Judiciário, especificamente, nos casos de empréstimos concedidos por meio de alienação fiduciária ou cessão fiduciária de recebíveis futuros” (MENDES, B. B. de A. As “Travas Bancárias” na Recuperação Judicial: Validade, Eficácia e Limitações. 2012. 99 f. Tese de Mestrado – Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima/MG, 05/07/2012).

prescreve que o registro do contrato no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, é requisito indispensável para a constituição da propriedade fiduciária. Confira:

“§ 1º Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro”.

A respeito, leciona Francisco Eduardo Loureiro que:

“(…) O § 1º do art. 1.361 disciplina a forma e o registro do contrato e termina com antiga polêmica sobre a natureza do registro. Explica o preceito que a propriedade fiduciária se constitui com o registro (...) A questão agora não é mais de oponibilidade em face de terceiros de boa-fé, mas de inexistência de propriedade fiduciária sem o prévio e correto registro. Antes do registro, há simples crédito, sem qualquer garantia real nem propriedade resolúvel transferida ao credor” (Código Civil Comentado – coordenador Ministro Cezar Peluso, 7ª ed., Editora Manole, p. 1405)

Logo, os créditos decorrentes dos aludidos contratos não podem ser considerados extraconcursais, uma vez que, não tendo sido devidamente registrados, antes de iniciada a recuperação judicial, não está o agravante na posição de proprietário fiduciário.

Ainda que reconheça que os créditos fiduciários enquadram-se na exceção prevista no § 3º do art. 49 da Lei 11.101/2005, para o aperfeiçoamento da propriedade fiduciária, imprescindível o registro do contrato, nos termos do art. 1.361, § 1º, do Código Civil.

Assim, não preenchendo os créditos bancários os requisitos necessários para a constituição da propriedade fiduciária, impõe-se a sua sujeição ao regime da recuperação judicial.

Em caso similar, esse foi o entendimento adotado por esta Corte:

“EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL – TRAVAS BANCÁRIAS – SUSPENSÃO MANTIDA – CRÉDITOS SUJEITOS À RECUPERAÇÃO JUDICIAL – EXCEÇÃO – CREDOR TITULAR DA POSIÇÃO DE PROPRIETÁRIO FIDUCIÁRIO DE BENS MÓVEIS – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE TAIS TÍTULOS E DO REGISTRO NO CARTÓRIO DE REGISTRO DE TÍTULO E DOCUMENTOS – NECESSIDADE DE SUSPENSÃO DAS TRAVAS – PRESERVAÇÃO DAS ATIVIDADES DA EMPRESA E DE SUA FUNÇÃO SOCIAL – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. No caso dos autos não é o caso de aplicação da exceção prevista no artigo 49, § 3º, tendo em vista que a agravante não trouxe a cópia do(s) contrato(s) celebrado(s) com a empresa recuperanda, não tendo como comprovar a natureza do negócio celebrado, muito menos a existência de registro das Cédulas de Crédito Bancário no Cartório de Registro de Títulos e Documentos, conforme determinação do artigo 1.361 do Código Civil. Ainda, o instituto da recuperação judicial é o conjunto de medidas jurídicas, econômicas, administrativas e organizacionais tendentes a reestruturar e recuperar a empresa em crise, mantendo a fonte de produção, de emprego, garantindo a preservação da função social da empresa”. (Agravo de Instrumento Nº 1406604-60.2015.8.12.0000, 5ª Câmara Cível, Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, j. 21 de julho de 2015).

Destarte, o disposto no art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/05 deve ser aplicado em conjunto com o art. 1.361, § 1º, do Código Civil, o que torna indispensável registro do contrato para a constituição da garantia real.

Em que pese o art. 42 da Lei n. 10.931/04, estabeleça que “a validade e eficácia da Cédula de Crédito Bancário não dependem de registro”, também prevê que “as garantias reais, por ela constituídas, ficam sujeitas, para valer contra terceiros, aos registros ou averbações previstos na legislação aplicável”. Outrossim, embora o art. 66-B, da Lei 4.728/65⁵, que cuida do contrato de alienação fiduciária celebrado no âmbito do mercado financeiro e de capitais, mencione que a titularidade fiduciária se dá através do contrato de cessão fiduciária, tal fato não afasta a necessidade de seu registro para o aperfeiçoamento da propriedade fiduciária e validade perante terceiros.

Ademais, é oportuno ressaltar que a inscrição na CETIP (fls. 781, 794, 807, 820, 833, 849, 861, 873, 885, 897 e 909) não se presta para comprovação do registro e tampouco substitui a exigência do § 1º do art. 1.361 do Código Civil, que, repita-se, tem caráter constitutivo da propriedade fiduciária.

A respeito, colhe-se o seguinte julgado:

*“Agravo. Recuperação judicial. Decisão que inclui no quadro-geral crédito decorrente de cédula de crédito bancária garantida por cessão fiduciária de títulos de crédito. Inteligência do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005. Cessão fiduciária de crédito tem a mesma natureza de alienação fiduciária de bens móveis e configura propriedade fiduciária. Imprescindibilidade do registro do título no Registro de Títulos e Documentos. Interpretação do art. 1.361, § 1º, do Código Civil. Natureza constitutiva do registro. **Registro na CETIP que não supre o requisito legal. Ausência do registro implica inexistência da propriedade fiduciária. Crédito sujeito aos efeitos da recuperação judicial, como quirografário. Inexistência de documentos que comprovem que o valor do crédito deva ser majorado. Agravo provido, com determinação**”. (TJ-SP - AI: 2947381620118260000 SP 0294738-16.2011.8.26.0000, Relator: Pereira Calças, Data de Julgamento: 03/07/2012, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Data de Publicação: 05/07/2012) (grifei)*

Destarte, ante a ausência de registro, as garantias são ineficazes perante os demais credores, de forma que não pode o agravante receber seu crédito fora da recuperação judicial.

Nesse cenário, deve ser mantida a decisão interlocutória que determinou a sujeição das Cédulas de Crédito Bancários garantidas por alienação fiduciária à recuperação judicial, não pela inconstitucionalidade do § 3º do art. 49 da Lei 11.101/05, mas pelo não cumprimento do requisito legal para investir-se na qualidade de proprietário fiduciário, na data do pedido de recuperação judicial, com o registro do contrato celebrado conforme disposto no art. 1.361, § 1º, do Código Civil. Por consequência, o crédito do agravante, na situação dos autos, deve ser considerado meramente quirografário.

Assim, não comporta reforma a decisão agravada.

Ante o exposto, conheço do recurso, rejeito as preliminares, e no mérito, nego-lhe provimento, mantendo, por outros fundamentos, a decisão interlocutória que determinou a sujeição das Cédulas de Crédito Bancários garantidas por alienação fiduciária à Recuperação Judicial. Por sua vez, afasto a declaração incidental de inconstitucionalidade dos §§ 3º e 4º do art. 49 da Lei 11.101/05.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho (1º Vogal)

⁵ “Art. 66-B. O contrato de alienação fiduciária celebrado no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários, deverá conter, além dos requisitos definidos na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, a taxa de juros, a cláusula penal, o índice de atualização monetária, se houver, e as demais comissões e encargos. § 1º. Se a coisa objeto de propriedade fiduciária não se identifica por números, marcas e sinais no contrato de alienação fiduciária, cabe ao proprietário fiduciário o ônus da prova, contra terceiros, da identificação dos bens do seu domínio que se encontram em poder do devedor § 2º. O devedor que alienar, ou der em garantia a terceiros, coisa que já alienara fiduciariamente em garantia, ficará sujeito à pena prevista no art. 171, § 2o, I, do Código Penal. § 3º. É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada. § 4º. No tocante à cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou sobre títulos de crédito aplica-se, também, o disposto nos arts. 18 a 20 da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997. § 5º. Aplicam-se à alienação fiduciária e à cessão fiduciária de que trata esta Lei os arts. 1.421, 1.425, 1.426, 1.435 e 1.436 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. § 6º. Não se aplica à alienação fiduciária e à cessão fiduciária de que trata esta Lei o disposto no art. 644 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. (Incluído pela Lei 10.931, de 2004)”.

Acompanho o Relator.

O Sr. Des. Marco Andre Nogueira Hanson (2º Vogal)

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pelo Banco CNH Capital S/A, inconformado com a decisão proferida nos autos da ação de recuperação judicial manejada por Três Américas Transportes Ltda e Brasil Fleet Participações Ltda. (feito nº 0826482-17.2015.8.12.0001, da Vara de Falências, Recuperações, Insolvências e Cartas Precatórias Cíveis desta Capital), que, por declarar a inconstitucionalidade do § 3º do art. 49 da Lei 11.101/2005, submeteu todos seus créditos bancários aos efeitos da recuperação judicial decretada.

No que tange as preliminares arguidas pela empresa agravante, acompanho o voto do e. Des. Relator.

Quanto ao mérito, a celeuma diz respeito à submissão de créditos bancários garantidos por cessão fiduciária, aos efeitos da recuperação judicial.

O e. Des. Relator aduziu que as cédulas de créditos bancárias do agravante, Banco CNH Capital S/A, com alienação fiduciária em garantia (f. 756-909), a despeito da constitucionalidade do disposto no §3º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005, que as exclui dos efeitos da recuperação judicial, devem submeter-se à esta, por não estarem com contratos registrados na repartição competente para licenciamento.

Dispõe o § 3º do art. 49 da LRF, que, *tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.* Destaquei.

Inferese-se, pois, que o citado dispositivo excepciona a regra do *caput* do art. 49, e beneficia, inegavelmente, as instituições financeiras.

Acerca desta excepcionalidade, Manoel Justino Bezerra Filho anota que “*esta disposição foi o ponto que mais diretamente contribuiu para que a Lei deixasse de ser conhecida como ‘lei de recuperação de empresas e passasse a ser conhecida como ‘lei de recuperação de crédito bancário’, ou ‘crédito financeiro’, ao estabelecer que tais bens não são atingidos pelos efeitos da recuperação judicial’*” (*Lei de recuperação de empresas e falência*, 9ª ed., São Paulo: RT, 2013, nota 12 ao art. 49, p.145).

Fábio Ulhoa Coelho, ao comentar o § 3º do art. 49 da LRF, ensina que “*esses credores excluídos dos efeitos da recuperação judicial não são **minimamente** atingidos pela medida, e podem continuar exercendo seus direitos reais e contratuais nos termos da lei própria*”. Explica o autor, que esses credores não são atingidos pela recuperação, “*para que possam praticar juros menores (com spreads não impactados pelo risco associado à recuperação judicial), contribuindo a lei, desse modo, com a criação do ambiente propício à retomada do desenvolvimento econômico*” (*Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas*, 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013, nota 103, p. 179). Destaquei.

Independentemente de se averiguar se, em função do benefício legal, os bancos efetivamente praticam juros menores, existe a previsão legal, cuja intenção foi mesmo de excluir os credores ali especificados dos efeitos da recuperação judicial.

Desta forma, soa temerário que se aplique de forma absoluta o princípio da conservação da empresa (art. 47 da LRF), mitigando as exceções intencionalmente previstas pelo legislador. E, pior, mitigando as

garantias legais que os bancos evidentemente levam em consideração no momento de prever encargos às operações de crédito oferecidas às empresas. Quanto mais frágeis as garantias, maior o risco da operação financeira, maiores os juros praticados, pior a situação do empresário que busca recursos para fomentar sua atividade.

Por isso, não há que se falar em inconstitucionalidade, como bem concluiu o e. Des. Relator, razão por que o acompanho neste aspecto.

No entanto, a despeito deste desfecho quanto à constitucionalidade do §3º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005, o e. Des. Relator, como dito alhures, concluiu que os créditos do banco agravante devem submeter-se aos efeitos da recuperação judicial, pela ausência de prova quanto ao registro das propriedades fiduciárias em garantia.

Contudo, compulsando os autos deste recurso, infere-se que foram efetivados os registros das propriedades fiduciárias sobre os bens móveis (caminhões) dados em garantia dos créditos bancários de f. 756-909, perante o órgão competente, qual seja, o DETRAN (f. 768, 781, 794, 807, 820, 833, 849, 861,885, 897 e 909).

Ainda que assim não fosse, o registro do contrato de alienação fiduciária no Registro de Títulos ou no órgão responsável pelo licenciamento, em se tratando de veículo, não revela condição para a validade da propriedade fiduciária, como concluiu o i. Des. Relator, a justificar a submissão dos créditos da agravante ao processo de recuperação judicial.

Segundo o brilhante civilista Caio Mário da Silva Pereira, ao comentar sobre a propriedade fiduciária: *O “formalismo do ato” completa-se com o “formalismo publicitário” – o registro do contrato no Registro de Títulos de Documentos do domicílio do devedor; ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o seu licenciamento, fazendo-se a anotação do certificado de registro (§1º do art. 1.361, CC), providência que gera duplo efeito: 1º) atribuir ao ato validade contra terceiros e, portanto, caracterizar a propriedade da coisa fidejustrada ao credor; 2º) tornar conhecida a garantia, para quem quer que trate com o devedor, permitindo-lhe saber e recusando-lhe ignorar que o bem, embora na posse do devedor, não lhe pertence enquanto pender a condição resolutiva.* (Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 18ª edição. pág.431).

Logo, não se mostra devido que os créditos decorrentes de contratos garantidos por alienação fiduciária, mesmo que ausente de registro, sejam submetidos ao procedimento de recuperação judicial, como créditos quirografários, porque expressa previsão legal os excetua (§ 3º do art. 49 da Lei 11.101/05).

Neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. VEÍCULO AUTOMOTOR. ANOTAÇÃO NO CERTIFICADO DE REGISTRO DO VEÍCULO - CRV. DETRAN. PUBLICIDADE. REGISTRO CARTORIAL PARA EXPEDIÇÃO DO DOCUMENTO DO VEÍCULO. INEXIGIBILIDADE. SÚMULA N.º 168/STJ. 1. O registro do contrato de alienação fiduciária no Cartório de Títulos e Documentos, previsto no inciso 5º do art. 129 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73), não revela condição para a transferência da propriedade do bem, senão, procedimento tendente a emprestar publicidade e, a fortiori, efeito erga omnes ao ato translaticio, evitando prejuízos jurídicos ao terceiro de boa-fé. Precedentes: REsp 686932/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 10/04/2008; REsp 278993/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJ 16/12/2002; REsp 770315/AL, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ 15/05/2006. 2. Incidência da Súmula nº 168/STJ: “Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal

se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado.” 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg nos EREsp 875.634/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 10/02/2010, DJe 01/03/2010) Destaquei.

Registro que, apesar do STJ não ter, diretamente, enfrentado esta questão atinente ao procedimento de recuperação judicial e a suposta violação ao § 1º do art. 1.361 do CC, possui uníssono entendimento no sentido de que eventual falta de registro de alguns dos contratos garantidos por propriedade fiduciária em cartório não lhes prejudica a validade ou a exigibilidade entre as partes contratantes, já que esta providência limita-se, apenas, a torná-los oponíveis também a terceiros.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. FINANCIAMENTO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. VALIDADE DO CONTRATO. REGISTRO EM CARTÓRIO. ANOTAÇÃO NO CERTIFICADO DE REGISTRO DO VEÍCULO. NECESSIDADE APENAS PARA PRESERVAR DIREITOS DE TERCEIRO. NÃO Oponibilidade entre os contratantes originários. MATÉRIA DE DIREITO. 1. O registro em cartório e a anotação no certificado do veículo não são requisitos de validade do contrato de alienação fiduciária, constituindo mero expediente para preservação do interesse de terceiros, não podendo ser opostos quando a discussão envolver os contratantes originários. Precedentes. 2. Matéria de direito, que não demanda o reexame dos elementos fáticos da lide. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp n. 977.998/RS, Relatora a Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe de 19/2/2015).

CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CRÉDITOS DECORRENTES DE CESSÃO FIDUCIÁRIA. NÃO SUBMISSÃO AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRECEDENTES DO STJ. INEXISTÊNCIA DE REGISTRO DOS CONTRATOS PERANTE O CARTÓRIO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N 211 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Os créditos decorrentes de arrendamento mercantil ou com garantia fiduciária - inclusive os resultantes de cessão fiduciária - não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial. Precedentes desta Corte.

2. A tese levantada no agravo regimental acerca da ausência de registro perante o cartório de títulos e documentos, e a conseqüente violação dos arts. 1.361, § 1º do Código Civil e 66-B da Lei 4.728/65, não foi debatida pela Corte estadual, carecendo, portanto, do necessário prequestionamento viabilizador do recurso especial.

Inafastável a incidência dos enunciados n. 282 e 356 da Súmula do STF.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1482441/PE, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 25/08/2015, DJe 16/09/2015)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CRÉDITOS RESULTANTES DE ARRENDAMENTO MERCANTIL E COM GARANTIA FIDUCIÁRIA. NÃO SUBMISSÃO À RECUPERAÇÃO.

1. Interpretando o art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005, a jurisprudência entende que os créditos decorrentes de arrendamento mercantil ou com garantia fiduciária - inclusive os resultantes de cessão fiduciária - não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial.

2. *Agravo regimental não provido.* (AgRg no REsp 1181533/MT, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 05/12/2013, DJe 10/12/2013)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CRÉDITO GARANTIDO POR CESSÃO FIDUCIÁRIA. NÃO SUBMISSÃO AO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRECEDENTES.

1.- *Conforme a jurisprudência das Turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte o crédito garantido por cessão fiduciária não se submete ao processo de recuperação judicial, uma vez que possui a mesma natureza de propriedade fiduciária, podendo o credor valer-se da chamada trava bancária.*

2.- *Agravo Regimental improvido.* (AgRg no REsp 1326851/MT, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 19/11/2013, DJe 03/12/2013)

RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CÉDULA DE CRÉDITO GARANTIDA POR CESSÃO FIDUCIÁRIA DE DIREITOS CREDITÓRIOS. NATUREZA JURÍDICA. PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA. NÃO SUJEIÇÃO AO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. “TRAVA BANCÁRIA”.

1. *A alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, possuem a natureza jurídica de propriedade fiduciária, não se sujeitando aos efeitos da recuperação judicial, nos termos do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005.*

2. *Recurso especial não provido.* (REsp 1202918/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 07/03/2013, DJe 10/04/2013)

AÇÃO DE DEPÓSITO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. REGISTRO. SIMULAÇÃO.

Em regra, saber se os fatos relevantes à solução do conflito já se encontram suficientemente comprovados, de molde a dispensar a produção de prova em audiência e a permitir o julgamento antecipado da lide, é tema exigente do reexame e da análise do conjunto probatório, não admissível na sede angusta de recurso especial.

A anotação da alienação fiduciária em garantia no Certificado de Registro somente se faz necessária para valer em relação a terceiros.

Asserção de simulação e impugnação do montante da dívida dependentes do reexame do quadro probatório coligido. Incidência da Súmula n. 7-STJ. Recurso especial não conhecido. (REsp n. 178.485/DF, Relator o Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, DJ de 1º/7/2004).

Assim, sem se olvidar de precedentes da 5ª Câmara Cível deste Tribunal, os créditos que possuem garantia de cessão fiduciária não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial, em observância ao citado dispositivo legal, ainda que ausente o registro, conforme preconiza o §1º do art. 1.361 do CC.

Ante o exposto, acompanho o e. Relator, Des. Eduardo Machado Rocha, quanto à rejeição das preliminares arguidas, bem como quanto ao afastamento da inconstitucionalidade declarada pelo juízo *a quo*, mas peço-lhe vênua e inauguro divergência, quanto ao mérito, a fim de dar provimento ao agravo de instrumento interposto pelo Banco CNH Capital S/A, para excluir os aludidos créditos bancários garantidos por alienação fiduciária dos efeitos da recuperação judicial.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram as preliminares. No mérito, por maioria, vencido o 2º vogal, 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, 10 de novembro de 2015.

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0055884-55.2010.8.12.0001 – Campo Grande
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INVENTÁRIO – CERCEAMENTO DE DEFESA – INOCORRÊNCIA – ADJUDICAÇÃO DE BEM – INSTRUMENTO PARTICULAR DE CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS – AUSÊNCIA DE HABILITAÇÃO NO INVENTÁRIO DA AUTORA DA HERANÇA – MORTE DE UMA DAS CEDENTES – NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

A ausência de intimação da parte autora acerca da contestação, apesar de configurar vício processual, não implica em nulidade da decisão *a quo* por cerceamento de defesa, em razão da ausência de prejuízo.

Realizada a cessão, o cessionário sub-roga-se no direito do herdeiro cedente, assumindo a sua titularidade na partilha e recebendo o que o primeiro iria receber, possuindo, pois, legitimidade para requerer a abertura do processo de inventário do autor do bem cedido e a sua adjudicação.

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, 27 de outubro 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 Maria Andréa Córdoba de Oliveira contra decisão proferida pelo MM Juiz da Vara de Sucessões da Comarca de Campo Grande, que julgou improcedente o pedido de adjudicação realizado contra o espólio de Doralina Córdoba de Oliveira, ante a ausência de concordância dos herdeiros.

Preliminarmente, alega a ocorrência de cerceamento de defesa, já que a ausência de intimação para impugnar a contestação causou-lhe danos, uma vez que não teve oportunidade de se manifestar sobre a tese acolhida pelo julgador, impondo-se a insubsistência da sentença.

No mérito, em síntese, alega que:

I – a citação editalícia foi legal, destacando que “se o magistrado não atendeu ao pedido de solicitar informação ao TRE e à Receita Federal é porque se convenceu dessa desnecessidade”;

II – não há no CC qualquer vedação quanto à cessão de crédito por meio de instrumento particular;

II – “A matéria é controversa, entendendo alguns, ser matéria de adjudicação compulsória e outros que a cessão por instrumento particular deve ser habilitada nos autos do inventário”, destacando ainda que “na Vara de Sucessões de Campo Grande, tramitou o inventário de Dorvalino Cordoba em que a inventariante foi a apelante, com o mesmo instrumento de cessão de direitos hereditários, processp 0018311-51.2008.8.12.0001”.

Pugna, ao final, pelo acolhimento da preliminar de cerceamento de defesa ou, subsidiariamente, pela reforma da sentença, com a adjudicação do bem inventariado em seu favor.

Contrarrazões pelo desprovimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça deixou de se manifestar nos autos por entender ausente interesse público a justificar sua intervenção.

VOTO

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

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposto por Maria Andréa Córdoba de Oliveira contra decisão proferida pelo juiz da Vara de Sucessões da Comarca de Campo Grande que julgou improcedente o pedido de adjudicação realizado contra o espólio de Doralina Córdoba de Oliveira, ante a ausência de concordância dos herdeiros.

Da preliminar de cerceamento de defesa.

Compulsando os autos, denota-se que não houve intimação da parte autora após a juntada da contestação, sendo os autos diretamente remetidos para prolação da sentença e acolhida a tese ventilada pela curadoria especial.

Todavia, a autora tomou ciência do conteúdo quando da elaboração da presente apelação em apreço, o que torna desnecessária a desconstituição da sentença, determinando-se a remessa dos autos à origem para que a autora tenha a oportunidade de manifestar-se a seu respeito, uma vez que tal está sendo possibilitado neste momento processual.

Aplicável ao caso os princípios da celeridade e aproveitamento dos atos processuais, que tornam possível a análise pela autora do conteúdo da contestação nesta instância recursal, aplicando-se as disposições contidas no art. 249, do CPC, *verbis*:

Art. 249. O juiz, ao pronunciar a nulidade, declarará que atos são atingidos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos, ou retificados.

§ 1º O ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte.

§ 2º Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta.

Assim, a ausência de intimação da parte autora acerca da contestação, apesar de configurar vício processual, não implica em nulidade da decisão *a quo* por cerceamento de defesa, em razão da ausência de prejuízo.

Superada a prefacial, passo à análise do mérito.

A sentença dardejada julgou “*improcedente o pedido de adjudicação, remetendo a cessionária às vias ordinárias, contudo, determinando a anotação de indisponibilidade do quinhão mediante comprovação prévia de distribuição de ação de conhecimento por parte da cessionária*”, por ausência de concordância dos herdeiros com o pedido.

No caso dos autos o inventário foi aberto pela cessionária que busca ver reconhecido o seu direito sobre 1/5 do imóvel objeto do instrumento particular de f. 5-9. Intimada, não soube informar se a *de cujus* deixou outros bens ou dívidas, tampouco o endereço dos herdeiros que acabaram sendo citados por edital.

Nomeada a Defensoria Pública como curadora especial, arguiu em contestação a nulidade da citação editalícia e do contrato particular de cessão de direitos hereditários, defendendo que só poderia ser feito por meio de instrumento público.

Ora, uma vez aberta a sucessão, pela morte do *de cujus*, os herdeiros que, pelo princípio da *saisine*, já são titulares dos direitos hereditários, podem transferi-los mesmo antes da abertura do inventário. Com efeito, podem ceder direitos hereditários, inclusive a pessoas estranhas à herança, até que se ultime a partilha.

E foi exatamente isso que ocorreu em dezembro de 2006, quando da cessão de direitos hereditários anexada às f. 5-9 dos autos, uma vez que os herdeiros de Joana Gomes cederam à ora apelante, os direitos hereditários sobre o imóvel, comprometendo-se, ainda, a entregarem o inventário pronto e registrado para que a cessionária possa transferir o bem.

Em 04.01.2009, ou seja, dois anos após a confecção daquele instrumento, uma das cedentes veio a óbito (Doralina), consoante se infere da certidão de f. 04, tendo a cessionária, em setembro de 2010, requerido a abertura desse inventário.

Repito: a cessão de crédito de direitos hereditários foi firmada com Doralina Cordoba de Oliveira como cedente, que faleceu em 04.01.2009, o que ensejou a abertura desse procedimento.

Sem adentrar no mérito acerca da possibilidade da cessão se dar por meio de instrumento particular, uma vez que sequer foi objeto de apreciação pelo julgador singular, no caso concreto verifica-se a cessão de direito hereditário é válida em face de herdeiros e sucessores do cedente, cabendo, assim, em casos como o dos autos em que um dos cedentes veio a óbito, a habilitação em seu inventário e o pedido de inclusão do bem na relação de bem à inventariar.

Cediço que uma vez realizada a cessão, o cessionário sub-roga-se no direito do herdeiro cedente, assumindo a titularidade do direito na partilha e recebendo o que o herdeiro cedente iria receber.

Nos termos do inciso V, do artigo 988 do Código de Processo Civil, o cessionário tem legitimidade para requerer a abertura do processo de inventário e adjudicação ou inventário e partilha, no caso de ter ou não adquirido todos os direitos hereditários dos herdeiros.

Diante disso se conclui que a apelante possuía legitimidade para abertura do inventário de Joana Gomes, já que cessionária dos direitos hereditários de seus herdeiros.

Não há informações a respeito da abertura daquele primeiro inventário que, como visto acima, ficou a cargo dos cedentes, tampouco se eram os únicos herdeiros de Joana, situação que configuraria o necessário consentimento com a cessão e se o imóvel cedido era o único bem a inventariar, o que levaria ao reconhecimento da sub-rogação total.

Por outro lado, nestes autos, a cessionária não soube informar sequer os endereços dos herdeiros de Doralina, que acabaram sendo citados por edital.

Ora, deveria a autora ter se habilitado ou dado início ao processo de inventário dos bens deixados por Joana, de onde sairia o imóvel cujos direitos sub-rogou, para só então se habilitar no inventário da herdeira daquela.

Dessa forma, correta a sentença que determinou à cedente que busque o reconhecimento do seu direito por meio de ação própria, que não este inventário, uma vez que há necessidade de se verificar, inclusive, a validade daquele instrumento particular, seja no que diz respeito ao consentido de todos os herdeiros de Joana com a cessão havida, ou ainda quanto à forma utilizada (instrumento particular).

Ex positis, nego provimento ao recurso.

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. 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. Eduardo Machado Rocha e Des. Nélio Stábile.

Campo Grande, 27 de outubro de 2015.

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0801074-90.2012.8.12.0013 – Jardim
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE – MENOR SOB GUARDA JUDICIAL DA BISAVÓ – INCLUSÃO COMO DEPENDENTE – ART. 33, §3º, DO ECA – SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO – RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

O Superior Tribunal de Justiça já pacificou o posicionamento no sentido de “*que ao menor sob guarda deve ser assegurado o benefício de pensão por morte em face da prevalência do disposto no artigo 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA sobre norma previdenciária de natureza específica*” (AgRg no REsp 1476567/MG).

Se a bisavó possuía a guarda legal do infante, este passa a ser equiparado ao filho e, conseqüentemente, dependente do guardião para todos os fins de direito, inclusive previdenciários. Com o falecimento da guardiã, o menor passa a ter direito à pensão por morte prevista no art. 51 da Lei Complementar n. 083/2011, que dispõe sobre a reestruturação do Instituto de Previdência Social dos Servidores do Município de Jardim/MS – IPJ.

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 aos recursos, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 10 de novembro 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 Instituto de Previdência Social dos Servidores de Jardim MS - IPJ e de reexame necessário da sentença prolatada pelo MM Juiz da 1ª Vara da Comarca de Jardim, nos autos da ação de concessão de pensão por morte movida por Pedro Victor Grubert Scherer Ribeiro.

Em síntese, alega que:

I – a Súmula 340 do STJ determina que a lei aplicável à concessão da pensão previdenciária é aquela vigente na data do óbito do seguro que, *in casu*, era a LC 083/2011 daquele município;

II – o artigo 8º da LC 83/2011 traz o rol de beneficiários e dependentes, não estando dentre eles a bisavó/bisneto, motivo pelo qual “*não obstante o Estatuto da Criança e do Adolescente dispor que os*

menores sob guarda são considerados dependentes de seus guardiões, inclusive para fins previdenciários, não há como lhe conceder o benefício previdenciário pretendido, obviamente porque a legislação que rege a Previdência Social não os elenca entre os dependentes dos segurados, o que, de per si, impermite a procedência da ação ora julgada” (sic – f. 267);

III – *“inexiste previsão legal que autorize o deferimento do benefício previdenciário de pensão a menores sob guarda de segurados, somente podendo a previdência social municipal, deferir tal benesse ao rol taxativo de dependentes elencados nos incisos acima transcritos”;*

IV – *“por serem ambos os genitores do apelado vivos e capazes, o mesmo deve ser considerado dependente econômica desses e não da bisavó falecida, ex-segurada da previdência social municipal, o que merece ser observado”, destacando que “a bisavó possuía responsabilidade com o apelado enquanto estava viva e após o óbito da guardiã, voltou ao convívio de seus genitores, que passaram automaticamente a serem novamente responsáveis pelo seu sustento”, sendo presumida a dependência econômica entre os filhos e seus genitores;*

V – *insiste que “não há que se falar em aplicação da norma prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente no presente caso, já que, conforme jurisprudência de nossos tribunais, o que deve prevalecer em casos como o dos autos é a norma específica e regulamentadora da matéria, qual seja, a legislação previdenciária vigente na data do óbito dos segurados da previdência Social”.*

Pugna, ao final, pela reforma da sentença.

Contrarrazões pela negativa de provimento do apelo.

A Procuradoria-Geral de Justiça emitiu parecer pelo conhecimento e desprovimento do recurso voluntário e pela manutenção da sentença em reexame necessário.

VOTO

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

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposto por Instituto de Previdência Social dos Servidores de Jardim MS - IPJ e de reexame necessário da sentença prolatada pelo MM Juiz da 1ª Vara da Comarca de Jardim nos autos da ação de concessão de pensão por morte movida por Pedro Victor Grubert Scherer Ribeiro.

Analisando os documentos que instruem a exordial, constata-se que em 11.04.2012, a falecida Ernestina Aparecida Giansante Grubert firmou o compromisso de guardiã do requerente Pedro Vítor S. Ribeiro (f. 23), seu bisneto.

Com o óbito da guardiã ocorrido em 16.05.2012 (f. 19), o infante, representado por sua genitora, solicitou administrativamente o pagamento do benefício de pensão por morte, que foi indeferido, ensejando a propositura da presente demanda.

O benefício reclamado está previsto no artigo 51 da Lei Complementar n. 083/2011, que dispõe sobre a reestruturação do Instituto de Previdência Social dos Servidores do Município de Jardim/MS - IPJ, *in verbis*:

Art. 51 A pensão por morte consistirá numa importância mensal conferida ao conjunto dos dependentes do segurado, definidos nos art. 8º e 9º, quando do seu falecimento, correspondente à:

I totalidade dos proventos percebidos pelo aposentado na data anterior à do óbito, até o valor de R\$ 3.218,90 (três mil duzentos e dezoito reais e noventa centavos), acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite; ou

II totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo na data anterior à do óbito, até o valor de R\$ 3.218,90 (três mil duzentos e dezoito reais e noventa centavos), acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite.

Consoante verbete da Súmula 340, da Corte da Cidadania, “A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado.”, sendo que o artigo 8º da LC 083/2011, estabeleceu os beneficiários na condição de dependente, consoante se vê:

Art. 8º São beneficiários do IPJ, na condição de dependente do Segurado:

I o cônjuge, a companheira, o companheiro, e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de vinte e um anos ou inválido;

II os pais;

III o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de vinte e um anos ou inválido.

§ 1º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e das demais deve ser comprovada.

O dispositivo em comento não enquadrava o bisneto como dependente da bisavó, tampouco definiu acerca dos casos decorrentes de guarda judicial, curatela, dentre outros, o que leva à necessidade de análise da questão de acordo com o disposto no artigo 57 da lei municipal de regência:

Art. 57. A condição legal de dependente, para fins desta lei, é aquela verificada na data do óbito do segurado, observados os critérios de comprovação de dependência econômica.

Como dito acima, a *de cujus* possuía a guarda legal do infante que passa a ser equiparado ao filho e, conseqüentemente, dependente do guardião para todos os fins de direito, inclusive previdenciários.

Isso porque ao guardião são atribuídas as mesmas obrigações originalmente incumbidas aos genitores, devendo este prestar assistência material, moral e educacional ao menor. É o que se extrai do artigo 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que é regido pelo princípio da proteção integral, dispõe que:

A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários

Oportunos os ensinamentos de Maria Berenice Dias a respeito da questão:

Transferida judicialmente a guarda, o guardião assume obrigação de caráter assistencial de natureza material, moral e educacional (ECA 33), sendo que a criança ou o adolescente adquire a condição de dependente para todos os efeitos, inclusive previdenciários (ECA 33, §3.º). De nenhum significado o silêncio da lei. [L 8.213/91 (Lei dos Planos de Benefícios da Previdência Social)] (Manual de Direito das Famílias. 8. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 452)

No mesmo norte é a lição de Roberto Senise Lisboa:

A criança que se encontra em situação de abandono ou irregular pode ser colocada sob a guarda da pessoa interessada. A guarda viabiliza o reconhecimento

jurídico da situação de dependência da criança ou do adolescente para todos os fins, inclusive os de natureza previdenciária.

(...)

Guarda definitiva é aquela concedida por meio de lei ou de decisão judicial da qual não cabe mais recurso. A guarda, seja ela provisória ou definitiva, regulariza a posse de fato da criança ou do adolescente, obrigando-se o seu detentor à prestação de assistência material e imaterial, podendo opor-se perante terceiros, inclusive os próprios genitores biológicos, na defesa dos interesses do menor. (Manual de direito civil, v. 5: direito de família e sucessões – 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 250).

Como bem destacado pela douta Procuradoria de Justiça que subscreveu o parecer de f. 292-299, “em que pese a alegação do apelante de que a Lei Federal 9.528/97 excluiu do rol do artigo 16 da Lei 8.213/91 o mencionado benefício, certo é que a legislação específica referente à criança e adolescente prevalece sobre a regra geral do regime de previdência, devendo, portanto, ser resguardado ao menor sob guarda os direitos previdenciários”, consoante vem decidindo esta Corte:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – PENSÃO POR MORTE – MENOR SOB A GUARDA DA AVÓ – TERMO DE GUARDA – ARTIGO 33 §3º DO ECA – POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO À CRIANÇA ATÉ OS 21 ANOS – NORMA ESPECIAL REFERENTE A CRIANÇA E ADOLESCENTE PREVALECE SOBRE NORMA GERAL DE PREVIDÊNCIA – RECURSO IMPRÓVIDO.

Conforme exarado pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso em Mandado de Segurança 36.034/MT, a legislação específica referente à criança e adolescente prevalece sobre a regra geral do regime de previdência. Conclui-se que as disposições do artigo 33 §3º do Estatuto da Criança e do Adolescente devem ser aplicadas em detrimento do artigo 16 §2º da Lei 8.213/91 para garantir que o menor sob a guarda da avó servidora pública municipal receba pensão por morte. (TJMS, Apelação Cível n.º 0803268-14.2013.8.12.0018, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Divoncir Schreiner Maran, j. 07.07.2015).

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – PENSÃO POR MORTE – NETA MAIOR SOB GUARDA DA SERVIDORA PÚBLICA – POSSIBILIDADE DE INCLUSÃO NA CONDIÇÃO DE DEPENDENTE ATÉ OS 21 ANOS OU FIM DO CURSO SUPERIOR – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – RECURSO DA AGEPREV CONHECIDO E DESPROVIDO – RECURSO DA IMPETRANTE E REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS. (Relator(a): Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso; Apelação/Reexame Necessário 0826058-43.2013.8.12.0001 – Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data do julgamento: 10/02/2015; Data de registro: 08/04/2015).

EMENTA – AÇÃO PARA CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE – MENOR SOB A GUARDA DE SUA AVÓ – FALECIMENTO DA AVÓ GUARDIÃ – MENOR FAZ JUS AO RECEBIMENTO DE PENSÃO POR MORTE – VOTO COM O PARECER DA PGJ – JUROS DE MORA – ÍNDICES OFICIAIS DE REMUNERAÇÃO BÁSICA APLICADOS À CADERNETA DE POUPANÇA – CORREÇÃO MONETÁRIA – IPCA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (Relator(a): Des. João Maria Lós; Apelação n. 0800796-44.2011.8.12.0007 – Comarca: Cassilândia; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; Data do julgamento: 31/03/2015; Data de registro: 07/04/2015).

Outro não é o exarado da Corte da Cidadania:

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL – ADMINISTRATIVO – SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL – MENOR SOB GUARDA DA AVÓ – INCLUSÃO COMO DEPENDENTE – APLICABILIDADE DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO

ADOLESCENTE – ECA.INTERPRETAÇÃO COMPATÍVEL COM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E COM O PRINCÍPIO DE PROTEÇÃO INTEGRAL DO MENOR. PRECEDENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO DESTA CORTE – AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA CONTRA OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA – INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 182 DA SÚMULA DO STJ – DECISÃO MONOCRÁTICA FUNDAMENTADA EM JURISPRUDÊNCIA DO STJ – AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.1. Entendimento nesta corte no sentido de que ao menor sob guarda deve ser assegurado o benefício de pensão por morte em face da prevalência do disposto no artigo 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA sobre norma previdenciária de natureza específica. Precedente: RMS 36.034/MT, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 15/04/2014.2. Nas razões do agravo regimental, a parte agravante combateu apenas o mérito do acórdão anterior, furtando-se de rebater especificamente os fundamentos da decisão agravada. Nesse sentido, é entendimento pacífico deste Superior Tribunal sobre a incidência da Súmula n. 182 do STJ.3. A decisão monocrática ora agravada baseou-se em jurisprudência do STJ, razão pela qual não merece reforma.4. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1476567/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 02/10/2014, DJe 08/10/2014).

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA – PENSÃO POR MORTE – MENOR SOB GUARDA JUDICIAL – APLICABILIDADE DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ECA – INTERPRETAÇÃO COMPATÍVEL COM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E COM O PRINCÍPIO DE PROTEÇÃO INTEGRAL DO MENOR. 1. Caso em que se discute a possibilidade de assegurar benefício de pensão por morte a menor sob guarda judicial, em face da prevalência do disposto no artigo 3, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, sobre norma previdenciária de natureza específica. 2. Os direitos fundamentais da criança e do adolescente têm seu campo de incidência amparado pelo status de prioridade absoluta, requerendo, assim, uma hermenêutica própria comprometida com as regras protetivas estabelecidas na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente. 3. A Lei 8.069/90 representa política pública de proteção à criança e ao adolescente, verdadeiro cumprimento da ordem constitucional, haja vista o artigo 27 da Constituição Federal de 1988 dispor que é dever do Estado assegurar com absoluta prioridade à criança e ao adolescente 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. 4. Não é dado ao intérprete atribuir à norma jurídica conteúdo que atente contra a dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, contra o princípio de proteção integral e preferencial a crianças e adolescentes, já que esses postulados são a base do Estado Democrático de Direito e devem orientar a interpretação de todo o ordenamento jurídico. 5. Embora a lei complementar estadual previdenciária do Estado de Mato Grosso seja lei específica da previdência social, não menos certo é que a criança e adolescente tem norma específica, o Estatuto da Criança e do Adolescente que confere ao menor sob guarda a condição de dependente para todos os efeitos, inclusive previdenciários (art. 3, § 3º, Lei n.º 8.069/90), norma que representa a política de proteção ao menor, embasada na Constituição Federal que estabelece o dever do poder público e da sociedade na proteção da criança e do adolescente (art. 27, caput, e § 3º, inciso I). 6. Havendo plano de proteção alocado em arcabouço sistêmico constitucional e, comprovada a guarda, deve ser garantido o benefício para quem dependa economicamente do instituidor. 7. Recurso ordinário provido. (STJ, Recurso em Mandado de Segurança nº 36034/MT. Rel. Min. Benedito Gonçalves. Primeira Seção. J. 16/02/2014).

Desse modo, restando comprovado que a falecida, que era servidora pública do município de Jardim, possuía a guarda judicial do bisneto (f. 23), correta a sentença que reconheceu o direito do infante ao recebimento de pensão por morte.

Ex positis, nego provimento ao recurso voluntário e em reexame necessário mantenho na íntegra a sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, negaram provimento aos recursos, 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. Eduardo Machado Rocha e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 10 de novembro de 2015.

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0834639-47.2013.8.12.0001 – Campo Grande
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS – ATRASO VÔO – PERDA DE CONEXÃO – ATRASO NA CHEGADA DO DESTINO – FIXAÇÃO DA VERBA INDENIZATÓRIO DE FORMA PROPORCIONAL E RAZOÁVEL – RECURSO DESPROVIDO.

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

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, 17 de novembro 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 André Luiz Mendes Daubian e Thais Helena de Castro contra sentença proferida pelo MM. Juiz da 14ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação de indenização por danos morais movida contra Delta Air Lines Inc.

Em síntese, alegam que: I) diante da esperar de mais de 4 horas de atraso do voo (Miami para Atlanta) deve ser elevado o valor dos danos morais para R\$ 25.000,00 (vinte cinco mil reais) para cada apelante; II) quando os recorrentes desembarcaram no aeroporto de Guarulhos, foram eles informados no balcão de atendimento da Gol Linhas Aéreas, que haviam perdido o voo de retorno a sua cidade natal, Campo Grande/MS, tudo, obviamente, em razão do atraso vindo dos Estado Unidos e; III) apelada não concedeu qualquer tipo de suporte, tais como, alimentação ou hotel.

Contrarrazões f. 39/249.

VOTO

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

Trata-se de procedimento recursal de apelação interposto por André Luiz Mendes Daubian e Thais Helena de Castro contra sentença proferida pelo MM. Juiz da 14ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação de indenização por danos morais movida contra Delta Air Lines Inc.

Os apelantes propuseram a presente ação em face da requerida, aduzindo que: a) são noivos; b) em março de 2013, adquiriram através do site www.decolar.com, um pacote turístico para viagem com destino a Miami, nos Estados Unidos; c) a passagem adquirida consistia em voo saindo de São Paulo/GRU com destino a Miami, além de escalas previamente programadas; d) considerando que o pacote englobava saída e chegada a São Paulo/SP, adquiriram passagens de ida e volta referente ao trecho Campo Grande/São Paulo pela empresa Gol Linhas Aéreas; e) no voo de partida, tudo ocorreu normalmente, entretanto, no retorno ao Brasil, iniciaram os transtornos a que foram submetidos; f) no dia 05/06/2013, data prevista para o retorno ao Brasil, chegaram ao aeroporto de Miami com três horas de antecedência e aguardaram o horário para embarcar rumo à cidade de Atlanta, uma das escalas antes do retorno a São Paulo; g) o embarque se deu com mais de quatro horas de atraso; h) foram informados que, em decorrência do atraso, haviam perdido a conexão para São Paulo-SP e que o modo mais rápido para chegar àquela cidade seria retornar a Miami e embarcar em voo direto; j) embarcaram imediatamente, retornando a Miami logo no início da manhã do dia 06/06/2013, onde foram informados que o voo com destino a São Paulo estava com embarque previsto para 07h55, e este seria realizado pela empresa aérea American Airlines, mas precisariam solicitar junto à empresa-ré um tipo de endosso, uma espécie de autorização da companhia permitindo que o passageiro possa embarcar em outra, o que foi de plano atendido; k) não foi concedido aos autores qualquer suporte (alimentação ou hotel), de modo que foram obrigados a aguardar no aeroporto de Miami até as 11h25 para poderem embarcar no voo com destino a São Paulo-SP, cujo desembarque realizou-se apenas às 21h do dia 06/06/2013; l) retornaram a São Paulo, por fim, com quase 24 horas de atraso, o que ensejou a perda do voo para Campo Grande; m) compraram novas passagens com destino a esta Capital, tendo embarcado apenas no dia 07/06/2013, às 12h20 e; n) deve a ré ser condenada ao pagamento de danos morais, na quantia de R\$ 25.000,00 para cada autor.

A ré apresentou contestação f. 112/147.

O juiz da causa, julgou procedente o pedido, para condenar a ré a pagar a cada autor R\$ 10.860,00 a título de compensação por danos morais, monetariamente corrigidos pelo IGP-M/FGV desta data em diante (STJ, súmula 362), com juros de mora de 1% ao mês a partir da citação (CPC, art. 219 e CC/02, art. 405). Condenou ainda a ré ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, que, com base no § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil, fixou em 20% sobre o valor da condenação.

Em síntese, alegam os apelante que: I) diante da esperar de mais de 4 horas de atraso do voo (Miami para Atlanta) deve ser elevado o valor dos danos morais para R\$ 25.000,00 (vinte cinco mil reais) para cada um deles; II) quando os recorrentes desembarcaram no aeroporto de Guarulhos, foram informados, no balcão de atendimento da Gol Linhas Aéreas, que haviam perdido o voo de retorno a sua cidade natal, Campo Grande/MS, tudo, obviamente, em razão do atraso vindo dos Estado Unidos e; III) apalada não lhes concedeu qualquer tipo de suporte, tais como, alimentação ou hotel.

No que se refere ao montante da condenação, considero que a reparação pelo dano moral deve representar uma espécie de conforto para o ofendido e um desencorajamento do ofensor para igual e nova ofensa, e *“mais que nunca há de se estar presente a preocupação de conter a reparação dentro do razoável, para que jamais se converta em fonte de enriquecimento”* (Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, Forense, 1990, p. 243, vol II).

No caso dos autos, observo que apesar da dificuldade de mensuração do dano moral, em face de não ser possível adentrar no foro íntimo da pessoa e tampouco, aferir o tamanho do dissabor, o valor fixado no juízo *a quo* veio ao encontro da regra de que essa quantia não pode servir como forma de enriquecimento indevido para a vítima do dano moral.

Rui Stoco, em sua obra “Tratado de Responsabilidade Civil”, Revista dos Tribunais, 7ª Edição, 2007, p. 128, elucida, *in verbis*:

“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 quem 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.”

Neste sentido, demonstra o entendimento do STJ:

“A indenização por dano imaterial, como a dor, a tristeza ou a humilhação sofridas pela vítima, mercê de valores inapreciáveis economicamente, não impede que se fixe um quantum compensatório, com o intuito de suavizar o respectivo dano.

O quantum indenizatório devido a título de danos morais deve assegurar a justa reparação do prejuízo sem proporcionar enriquecimento sem causa do autor, além de levar em conta a capacidade econômica do réu, devendo ser arbitrado pelo juiz de maneira que a composição do dano seja proporcional à ofensa, calcada nos critérios da exemplariedade e da solidariedade” (STJ, REsp 693172 / MG, de 12.09.2005, relatoria do Ministro Luiz Fux).

A propósito:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS – EXTRAVIO DE BAGAGENS – CANCELAMENTO DO VÔO COM CONSEQUENTE PERDA DE CONEXÃO – ATRASO NA CHEGADA DO DESTINO – PRESCRIÇÃO AFASTADA – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – DANO MORAL CONFIGURADO – FIXAÇÃO DA VERBA INDENIZATÓRIO DE FORMA PROPORCIONAL E RAZOÁVEL – RECURSO PROVIDO.

(...)

O valor da indenização por dano moral deve ser arbitrado de maneira a oportunizar ao lesado um abrandamento da sua dor psíquica, sem com isso, produzir-lhe o enriquecimento sem causa. Por outro lado, deve desempenhar reprimenda ao ofensor, a fim de evitar a ocorrência de novos episódios (Apelação Cível - Ordinário - Nº 2012.006264-3 - Campo Grande, Rel. Fernando Mauro Moreira Marinho, j. 03/04/2012).

Desse modo, entendo que o montante condenatório, à título de indenização por danos morais, suficiente para reparar o mal sofrido, sem propiciar enriquecimento sem causa dos autores, além de atender ao caráter pedagógico da condenação, deve ser aquele fixado pelo juiz da causa, qual seja R\$ 10.860,00 (dez mil e oitocentos e sessenta reais) para cada autor.

Posto isso, conheço e nego provimento ao recurso de apelação cível.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 17 de novembro de 2015.

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0003629-86.2011.8.12.0001 – Campo Grande
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE IMISSÃO NA POSSE – PROPRIEDADE REGULARMENTE CONSTITUÍDA – POSSE EXERCIDA IRREGULARMENTE PELOS RÉUS – COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS – MATÉRIA DE DEFESA – USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA E USUCAPIÃO ORDINÁRIA – METRAGEM SUPERIOR A 250M² – TEMPO DE POSSE EM CADA LOTE – NÃO PROVADO – AUSENTE REQUISITO DE ÂNIMO DE DONO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

A ação de imissão de posse tem a finalidade de possibilitar a posse àquele que a pretende embasada no domínio, tendo como requisitos básicos o título de propriedade, bem como nunca ter tido posse.

Não tendo os requeridos demonstrado o preenchimento dos requisitos exigidos para usucapião especial urbana e usucapião ordinária, não há como se acolher a tese de prescrição aquisitiva.

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, 17 de novembro de 2015.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Aristeu Cecílio Antônio e Elida Fátima Júlio Antônio interpõem recurso de apelação contra sentença proferida pelo juízo da 15ª Vara Cível de Campo Grande que, nos autos da ação de reivindicação de posse proposta por Eliezer Pereira dos Santos, julgou procedente o pedido inicial e, determinou a imissão na posse do autor nos imóveis das matrículas n.º 49.023; 49.024; 49.025; 49.026; 103.702; 103.703; 103.704 e 103.705, todas do Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição desta capital, condenando os requeridos ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 8.000,00, ficando, contudo, sobrestada a exigibilidade desta condenação, na forma como previsto no artigo 12, da Lei n.º 1.060/50.

Afirmam que o pedido do autor da demanda não merece procedência, na medida em que não comprova a presença dos requisitos do artigo 1.228, do Código Civil, mormente porque não demonstrada a posse injusta dos apelantes na totalidade da quadra 354 do Jardim Noroeste nesta comarca.

Asseveram que todas as documentações acostadas nos autos demonstram o reconhecimento da prescrição aquisitiva em favor dos recorrentes, devendo assim ser reconhecido o domínio sobre os imóveis.

O recorrido, em contrarrazões, pugna pela manutenção da sentença recorrida.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Cuida-se de recurso interposto contra a sentença que julgou procedente o pedido contido nos autos da ação de imissão de posse proposta por Eliezer Pereira dos Santos em desfavor de Aristeu Cecílio Antônio e Elida Fátima Júlio Antônio, em trâmite pela 15ª Vara Cível da comarca de Campo Grande que determinou a imissão na posse do autor nos imóveis das matrículas n.º 49.023; 49.024; 49.025; 49.026; 103.702; 103.703; 103.704 e 103.705, todas do Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição desta capital, condenando os requeridos ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 8.000,00, ficando, contudo, sobrestada a exigibilidade desta condenação, na forma como previsto no artigo 12, da Lei n.º 1.060/50.

Inicialmente, ressalto que a ação de imissão de posse possui lastro no direito de propriedade, sendo assim, é de natureza petitória, bastando que o autor comprove a propriedade e a posse injusta do réu, haja vista ter por escopo assegurar ao titular do domínio, o uso e o gozo da coisa (art. 1.228 do Código Civil vigente e art. 5º, XXII, da Constituição da República de 1988).

A propósito, a ação de imissão de posse “*é tipicamente uma ação petitória que, na maior parte das situações, deverá ser adotada por quem adquire a propriedade por meio de título registrado, mas não pode investir-se na posse pela primeira vez, pois o alienante, ou um terceiro (detentor) a ele vinculado, resiste em entregá-la.*” (in Direitos Reais, Nelson Rosenvald, 4.ed, Ed. Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2007, p. 148).

Em outros termos, constitui demanda adequada àquele que, adquirindo o domínio por meio de título registrado, não consegue investir-se na posse pela primeira vez, por recusar-se o alienante, ou um terceiro a ele vinculado, a entregá-la.

Sua base jurídica reside no fato de que quem transmite a propriedade também transfere a posse da coisa.

Pois bem.

As razões de recurso, embora extensas, não trazem argumentos convincentes para que o órgão *ad quem* reforme a sentença proferida pelo juiz *a quo*.

Isso porque, a tese principal dos recorrentes pauta-se no fato do autor da demanda não ter comprovado a presença dos requisitos do artigo 1.228, do Código Civil, qual seja, a posse injusta dos apelantes na totalidade da quadra 354 do Jardim Noroeste nesta comarca.

Ao contrário, se limitam a afirmar que exercem a posse mansa, pacífica, justa e ininterrupta sobre os imóveis há muitos anos sem sofrerem qualquer oposição ou contestação de terceiros.

No caso presente, vislumbra-se que o autor, proprietário dos imóveis, deduz, com base no seu título de domínio, a pretensão de exercer a posse que decorre do seu direito de propriedade, nos termos do art. 1.228 do Código Civil.

De todo modo, o conceito de posse injusta de que trata o art. 1.228 do Código Civil, para os efeitos da ação reivindicatória, é diverso da definição do art. 1.200 do Código Civil, para o qual posse injusta é a violenta, clandestina ou precária.

Ainda que os apelantes venham exercendo, há muito tempo, posse sobre os imóveis, não demonstraram que a mesma foi decorrente de domínio, sendo inexorável, portanto, a conclusão de que a

posse dos recorrentes, nos termos do art. 1.228 do Código Civil e para os fins da presente ação, é injusta, posto que se contrapõe ao direito de propriedade do autor.

No que tange a outra tese recorrente de que toda a documentação acostada nos autos demonstra o reconhecimento da prescrição aquisitiva em favor dos recorrentes, devendo assim ser reconhecido o domínio sobre os imóveis, tenho que não merece acolhimento.

Em se tratando de usucapião especial de imóvel urbano, o artigo 183 da constituição estabeleceu os seguintes requisitos para sua configuração: (1) *animus domini do possuidor*; (2) *não ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural*; (3) *posse ininterrupta e sem oposição*; (4) *posse por prazo superior a cinco anos*; (5) *posse pessoal, ou seja, utilização do imóvel para sua moradia ou de sua família*; e, (6) *imóvel de até 250 metros quadrados na área urbana*.

Outrossim, para o reconhecimento da usucapião ordinário há necessidade de comprovação do justo título e da posse de boa-fé pelo prazo de dez anos. (artigo 1.242, do CC).

A ausência de qualquer uma dessas condições afasta, por si só, a possibilidade de se adquirir o domínio do bem pela prescrição aquisitiva.

In casu, não há prova contundente demonstrando o tempo de posse exercido sobre cada um dos lotes objetos da lide, sem dizer que não há comprovação do lapso mínimo de 10 anos, exigido pelo artigo 1.242, do Código Civil para usucapir toda a área alegada de posse – quadra 354 do Jardim Noroeste.

Da mesma forma, descabe falar na usucapião constitucional ou especial urbana, também conhecida como *pro misero*, visto que cada lote possui metragem superior a 250 metros quadrados.

Para finalizar, ressalto que inexistente norma legal que impeça o juiz de proferir sua decisão, tomando por base a fundamentação de outro julgado; tampouco é defeso que o Juízo ad quem deixe de referendar, no todo ou em parte, os fundamentos da decisão monocrática proferida no feito que esteja a analisar; vale o mesmo em relação à Doutrina ou à Jurisprudência colacionada pelas partes em suas manifestações.

Nesse diapasão, para complementar, como razões de decidir, utilizo as argumentações proferidas pelo eminente sentenciante, quanto a questão pertinente a posse dos imóveis, *in verbis*:

“(…)

Elizer Pereira dos Santos ajuizou a ação que intitulou de “imissão de posse”, distribuída sob o nº 0003629-86.2011, afirmando que, em dezembro de 2010, adquiriu o domínio, dentre outros, dos Lotes 7, 8, 9, 10, 12, 13, 14 e 15, da Quadra 354, do Jardim Noroeste e que, quando foi tomar posse, constatou que eles estavam sendo injustamente ocupados por pessoas que, conforme certificado pelo Sr. Oficial Justiça, à f. 39, e admitido na contestação, são os réus Aristeu Cecílio Antônio, sua mulher Élide Fátima Júlio Antônio, e seus familiares.

A ação de “imissão de posse” ajuizada por Eliezer, consubstancia, em verdade, uma ação reivindicatória, sendo adequada para a formulação da pretensão por ele deduzida, isto é, de obter, com base no domínio, a posse sobre os bens cuja propriedade adquiriu e que se encontram na posse dos réus.

(…)

Pois bem: os documentos de f. 162/169 provam que Eliezer adquiriu, regularmente, o domínio dos imóveis denominados Lotes 7, 8, 9, 10, 12, 13, 14 e 15, da Quadra 354, do Jardim Noroeste, nesta Cidade, sendo, portanto, nos termos do art. 1.245 do CC, o legítimo proprietário daqueles imóveis.

Decorre daí, que o proprietário Eliezer tem o direito assegurado, pelo art. 1.228, caput, do CC, de exercer posse sobre aqueles imóveis e de reavê-los de quem injustamente os possuía ou detinha.

Os réus, arguem, usucapião em defesa, sustentando terem direito à aquisição do domínio dos imóveis, pela usucapião, nos termos do art. 1.242 do CC, porquanto neles habitam e exercem posse mansa, pacífica, ininterrupta, com justo título e boa-fé, há mais de 15 anos.

O autor impugnou o pedido, afirmando que os réus não exercem posse por lapso temporal suficiente para a aquisição do domínio, por usucapião, nos termos do art. 1.242 do CC, porquanto adentraram nos imóveis somente no final de 2010.

Assim, conforme assentei na decisão saneadora, a decisão do mérito depende de se verificar qual a extensão da área sob a posse de Aristeu e Élide, e qual o tempo e a característica desta posse (f. 198 do Proc. 0003629-86.2011).

Isto porque, é pressuposto para o acolhimento da exceção de usucapião arguida em defesa, na ação reivindicatória, a comprovação do exercício, pelos réus Aristeu e Élide, de posse contínua e incontestada, com justo título e boa-fé, sobre área objeto da ação, pelo prazo de 10 anos (estabelecido no art. 1.242 do CC, por eles invocado na exceção), incumbindo a eles, excipientes, nos termos do art. 333, II, do CPC, o onus probandi.

Aristeu e Élide instruíram sua contestação à ação reivindicatória com os documentos de f. 65/185.

Examinando os referidos documentos, observa-se que os de f. 66/67 e 69 são cópias dos documentos pessoais dos réus e nada provam acerca de sua posse sobre os imóveis objeto da lide.

Os documentos de f. 71/78 referem-se à aquisição do domínio dos imóveis pelo autor Eliezer e, também, não provam a posse dos réus sobre os imóveis.

O documento de f. 81 é um mapa da área e, como os outros documentos acima citados, não provam sequer minimamente a posse dos réus sobre a área discutida nesta ação.

A declaração de f. 82, firmada pelo réu Aristeu (que, aliás, sequer indica a área em que ele exerceria a posse indicada na declaração) prova, nos termos do art. 348, caput e Par. único, do CPC, tão somente, que ele fez a declaração, mas não se constitui em prova do fato declarado.

Os documentos de f. 130/135, referem-se a uma reunião, não havendo, nela a indicação do local em que foi realizada e não se constitui em prova da posse dos réus Aristeu e sua mulher sobre o imóvel.

As fotos de f. 137/145, retratam árvores frutíferas, um barracão de madeira e cercas de arame. Tais fotos podem até demonstrar que os réus tenham exercido posse e realizado aquelas benfeitorias, mas não provam, sequer minimamente, o tempo de exercício da posse.

O B.O. de f. 147/148, não prova a existência de posse dos réus em data anterior à da sua lavratura, em 5/5/2011.

Por fim, o documento de f. 68 comprova a existência, pelo menos desde dezembro de 2005, de uma ligação residencial, à rede de energia, em nome da ré Élide, na Rua Adventor Divino de Almeida, uma das ruas que limita com a Quadra 354 (f. 80), constituindo-se, assim, em um início de prova da existência de posse dos réus sobre a área em litígio, a partir de dezembro de 2005.

Do mesmo modo, os documentos de f. 84/128 demonstram que em junho de 2007, foi constituída uma associação, no endereço dos réus (Rua Adventor Divino de Almeida, 167), o que, assim como a conta de luz de f. 68, consubstancia um início de prova da posse dos réus naquela época, junho de 2007, sobre a área objeto da lide.

Na audiência de instrução e julgamento, os réus, em seus depoimentos pessoais, afirmaram que chegaram ao local em 1996, construíram uma pequena casa em que passaram a habitar e, aos poucos, foram tomando posse dos terrenos ao redor, de modo que sua posse, hoje, abrange a área de aproximadamente 10 ou 12 lotes.

A única testemunha inquirida na fase de instrução, Ana Rodrigues da Silva, nascida em 1983, disse que tinha uns 12 ou 13 anos quando os réus Ariesteu e Élide chegaram na região e construíram uma pequena casa em que passaram a habitar, o que respalda a alegação dos réus de que sua posse remonta a 1996.

Ocorre que tal alegação, isto é: de que os réus estão na área desde 1996, encontra ressonância, apenas e tão somente, nos depoimentos pessoais dos réus e no depoimento da única testemunha inquirida na fase de instrução, o que, a toda evidência, não consubstanciam, por si só, prova bastante e suficiente da existência de posse dos réus, Ariesteu e Élide, por lapso temporal suficiente para a aquisição do domínio, nos termos do art. 1.242 do CC, e muito menos sobre toda a extensão da área objeto da lide, que abrange oito lotes, com 360 m² cada um.

Gize-se, aliás, que nem mesmo os depoimentos pessoais dos réus possibilitam a localização e individuação da área sobre a qual eles alegam exercer posse, e não revelam o tempo de posse exercido sobre cada um dos lotes objeto da lide, o que é imprescindível, para o reconhecimento da usucapião.

Pelo contrário: a única indicação precisa contida nos depoimentos pessoais dos réus é de que teriam chegado ao local no ano de 1996.

Os réus não indicaram, contudo, sequer aproximadamente, qual o lote que ocuparam primeiramente e, quanto ao restante da área, enquanto Ariesteu tenha afirmado que “ao longo do tempo” foi “comprando ‘de pouquinho em pouquinho’ outras áreas, tendo o último sido adquirido em 2001” (f. 209), a ré Élide, contradizendo esta alegação, disse que “desde que chegaram ao local, em 1996, a depoente e seu marido ocuparam a área no entorno da casa que construíram”, que “a área que a depoente e seu marido ocupam hoje é a mesma que ocupavam desde que chegaram no local” e que esta “área abrange 12 lotes” (f. 210).

E mais, contradizendo totalmente a alegação de Ariesteu, em seu depoimento pessoal, de que “ao longo do tempo” foi “comprando ‘de pouquinho em pouquinho’ outras áreas” (f. 209) em volta daquela que ocupou inicialmente, Élide, em seu depoimento pessoal, foi taxativa ao alegar que “a depoente e seu marido não compraram os lotes. Ocuparam-nos, sem comprar a posse de ninguém” (f. 210).

Como se vê, os depoimentos pessoais dos réus (ressalte-se: contraditórios entre si), aliados ao depoimento da única testemunha inquirida na fase de instrução, não constituem suficiente, do exercício de posse ad usucapionem dos réus sobre a área objeto da lide, por tempo suficiente para a ocorrência da prescrição aquisitiva, nos termos do art. 1.242 do CC, por eles invocado na contestação.

Não há, outrossim, conforme já assentado, sequer a indicação precisa da área sobre a qual os réus afirmam exercer posse.

De todas as provas produzidas nos autos, os documentos de f. 68 e 84/128 são os únicos que permitem a conclusão de que os réus, Aristeu e Élide, exerciam posse sobre um imóvel na Quadra 354 (a mesma em que se localizam os imóveis objeto da lide), com frente para a Rua Adventor Divino de Almeida, em dezembro de 2005 e em junho de 2007.

Contudo, ainda que se admita, apenas para argumentar, que os réus exercessem posse sobre toda a área indicada no mapa de f. 80 (o que, registre-se, não restou provado nos autos), não há, nos autos, nada que prova que esta posse remontasse a período anterior a dezembro de 2005, não estando, assim, satisfeito o lapso temporal mínimo, de 10 anos, exigido pelo art. 1.242 do CC para a ocorrência da prescrição aquisitiva, por ocasião do oferecimento da contestação na Ação Reivindicatória nº 0003629-86.2011.

Conclui-se, inexoravelmente, daí que os réus, Aristeu e Élide não lograram se desincumbir do ônus que lhes cabia, nos termos do art. 333, II, do CPC, de provar terem exercido posse por tempo suficiente para a aquisição do domínio por usucapião ordinário, como arguíram em defesa na ação reivindicatória proposta por Eliezer.

Gize-se que o prazo de posse para a aquisição do domínio por usucapião deve estar completado por ocasião do ajuizamento da ação (ou, no caso, na data do oferecimento da defesa, com a exceção de usucapião), sendo impossível computar-se, para a contagem do prazo para a prescrição aquisitiva, eventual tempo de posse exercido após o ajuizamento da ação ou do oferecimento da defesa.

(...)

Como os réus não provaram, como lhes incumbia, nos termos do art. 333, II, do CPC, que, por ocasião do oferecimento da contestação à Ação Reivindicatória nº 0003629-86.2011, já haviam exercido posse sobre toda a área englobada pelos imóveis objeto da lide, pelo prazo do art. 1.242 do CC, impõe-se, inexoravelmente, a rejeição do usucapião por eles arguido em defesa, na referida ação.

Assim, observando que o autor, Eliezer, provou, com os documentos de f. 162/169, que adquiriu o domínio dos imóveis denominados Lotes 7, 8, 9, 10, 12, 13, 14 e 15, da Quadra 354, do Jardim Noroeste, e que os réus, Aristeu e Élide, ao contrário do que alegaram na contestação à ação reivindicatória proposta por Eliezer, não exerceram posse ad usucapionem sobre os referidos imóveis, por tempo suficiente para a aquisição do domínio por usucapião, impõe-se a procedência do pedido, posto ter o autor o direito, assegurado pelo art. 1228, caput, do CC, de usar, gozar e dispor dos bens de sua propriedade e de reaver a posse de quem injustamente o detenha ou possua. (...)

Em suma, o êxito da ação de imissão de posse pressupõe a existência de título do domínio sobre a coisa em litígio, a comprovação da posse injusta e a individualização do bem. Considerando que a defesa na imissão de posse consiste no ataque ao título que embasa a ação, seja por ser ineficaz ou por outra razão que afaste o domínio alegado pelo proponente, e não sendo desconstituído o título que embasa a pretensão deduzida em juízo, justifica-se a procedência da ação para se imitar na posse o demandante, ora recorrido.

Outrossim, inviável reconhecer a ocorrência de prescrição aquisitiva invocada como matéria de defesa pelos apelantes quando não demonstrados os requisitos necessários à sua configuração, sobretudo quando as provas produzidas não demonstram o preenchimento do lapso temporal necessário à usucapião.

Do dispositivo

Dessa forma, ante o exposto, conheço do recurso mas, nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 17 de novembro de 2015.

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0046611-81.2012.8.12.0001 – Campo Grande
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – PLANO DE SAÚDE DA GEAP – RELAÇÃO DE CONSUMO – APLICAÇÃO DO CDC – NEGATIVA DE FORNECIMENTO DE MATERIAL SOB ALEGAÇÃO DE SER EXPERIMENTAL – NÃO DEMONSTRADA – ABUSIVIDADE – MANUTENÇÃO DO MATERIAL SUGERIDO PELO MÉDICO QUE ASSISTE A PACIENTE PARA REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO – REEMBOLSO DO VALOR PAGO – POSSIBILIDADE – TABELA DA GEAP – INAPLICABILIDADE – DANO MORAL – NÃO CONFIGURAÇÃO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

É legal em contrato de plano de saúde a cláusula que limite os direitos do consumidor, desde que redigida com as cautelas exigidas pelo Código de Defesa do Consumidor; entretanto, se o material solicitado pelo médico assistente do paciente é imprescindível ao procedimento cirúrgico e inexistente demonstração de ser experimental, é abusiva a cláusula que prevê sua exclusão da cobertura.

Afasta-se a aplicação dos índices da tabela de reembolso da Geap (artigo 12, VI, da Lei n.º 9.656/98), porque resultaria na redução ilegítima do patrimônio da consumidora, já que os valores gastos para a efetivação da cirurgia não são iguais àqueles ofertados pelo mercado para aquisição pelos planos de saúde.

A recusa por parte da operadora de plano de saúde de cobertura de material indispensável ao procedimento cirúrgico prescrito pelo médico assistente ao segurado, por si só não é capaz de gerar dano moral à beneficiária.

A caracterização de dano moral decorrente de responsabilidade contratual só é admitida excepcionalmente. Assim, o dano moral não pode ser banalizado, pois ele possui caráter estritamente pessoal de dor, vergonha e humilhação, e não se enquadra nesse contexto o mero aborrecimento advindo da interpretação de cláusula contratual.

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, 1 de dezembro de 2015.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Geap – Fundação de Seguridade Social inconformada com a sentença que julgou procedentes os pedidos formulados nos autos da ação de dano material e dano moral cumulada com obrigação de fazer ajuizada por Fernanda Campos Mura, em trâmite pela 11ª Vara Cível de Competência Residual da Comarca de Campo Grande – MS, interpõe recurso de apelação, alegando que o plano declinado ao autor pela Geap não possui cobertura universal e, assim, a hipótese em trato não preencheu os requisitos necessários e legais para impor à Geap o dever de efetuar o reembolso, na forma como previsto no artigo 10, da Lei n.º 9.656/98. Afirma que não está obrigada, seja por lei federal, seja por norma exarada pelo seu órgão fiscalizador, a efetuar reembolso sem observância de seus normativos internos. Assevera que os fatos narrados na inicial não comprovam haver a apelada sofrido qualquer dano moral indenizável e, inexistente comprovação do nexo de causalidade, culpa ou dolo da apelante, impondo-se o necessário julgamento de improcedência do pedido, pois, não enseja indenização mero aborrecimento ou dissabores. Por fim, roga pela minoração do *quantum* arbitrado a título de danos morais, bem como a redução do valor fixado a título de honorários de sucumbências.

A apelada, em contrarrazões, pugna pela manutenção da sentença recorrida.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Trata-se de recurso interposto por Geap – Fundação de Seguridade Social contra a sentença proferida pelo juízo da 11ª Vara Cível de Competência Residual da Comarca de Campo Grande – MS que julgou procedentes os pedidos formulados nos autos da ação de dano material e dano moral cumulada com obrigação de fazer ajuizada por Fernanda Campos Mura, para o fim 1) declarar a nulidade de cláusula restritiva de direito ao reembolso de material utilizado; 2) condenar a requerida ao reembolso do valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais), atualizado pelo índice IGP-m e juros de mora de 1% ao mês, ambos a partir do desembolso – 11.05.2012 – f. 20; 3) condenar a requerida ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) acrescido de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação e correção monetária pelo IGP-m desde o arbitramento até o efetivo pagamento e 4) condenar a parte requerida ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como em honorários advocatícios, estes que fixo em 20% sobre o valor atualizado da condenação, o que faço com fulcro no art. 20, § 3º, do CPC.

Ausência de cobertura para tratamento experimental.

Assegura que o plano declinado a autora pela Geap não possui cobertura universal e, assim, a hipótese em trato não preencheu os requisitos necessários e legais para impor à Geap o dever de efetuar o reembolso, na forma como previsto no artigo 10, da Lei n.º 9.656/98.

A irresignação não prospera.

Inicialmente, importa ser ressaltado que a atividade securitária está abrangida pelo Código de Defesa do Consumidor, conforme se verifica da leitura do artigo 3º, parágrafo 2º do diploma consumerista, *in verbis*:

Art. 3º (...)

(...)

§ 2º 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.

Ademais, tal entendimento encontra-se consubstanciado no texto da Súmula 469 do STJ que assim disciplina:

“Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”

Portanto, os contratos de seguro estão submetidos ao Código de Proteção do Consumidor, devendo suas cláusulas estar de acordo com tal diploma legal, devendo ser respeitadas as formas de interpretação e elaboração contratuais, especialmente a respeito do conhecimento ao consumidor do conteúdo do contrato, a fim de coibir desequilíbrios entre as partes, principalmente em razão da hipossuficiência do consumidor em relação ao fornecedor.

O magistrado *a quo*, a respeito do tema, deixou averbado em seu *decisum* o seguinte, senão vejamos:

“(...) No caso dos autos, o laudo médico de f.22, firmado por especialista – neurocirurgião, afirma que:

“Declaro que a Sra. Fernanda Campos Mura encontra-se em tratamento neurológico ambulatorial, em pós-operatório de hérnia discal lombar L5/S1.

A paciente fez tratamento conservador por 2 anos, com resposta parcial. Apresentou agravamento e piora aguda de hérnia em março de 2012, com perda de força em membro inferior direito, necessitando de cirurgia.

O paciente foi operado em 13.04.2012.

Evoluindo satisfatoriamente até o momento, com boa resposta ao tratamento cirúrgico. Deverá realizar fisioterapia/hidroterapia para recuperação pós-operatória por dois/quatro meses.”

Por sua vez, a requerida sustenta que não pode autorizar a aquisição do medicamento utilizado pela autora, nem mesmo seu reembolso, posto tratar-se de nova tecnologia ainda em estudo pela comunidade médica, sendo vedado pelo art. 10 da Lei 9.565/98 (procedimento experimental).

É certo que, conforme pacífica jurisprudência, a operadora de plano de saúde pode escolher as doenças que serão cobertas, mas não o tratamento disponibilizado ao beneficiário, de forma que, havendo necessidade e requerimento médico, a cobertura é obrigatória.

Outrossim, vale lembrar que o médico responsável pelo exame e tratamento do paciente é o profissional mais qualificado para perquirir suas necessidades e adotar o procedimento mais adequado para lhe proporcionar o restabelecimento de sua saúde e qualidade de vida, sendo defeso às operadoras interferirem na sua escolha, sob pena perda do próprio objeto contratado, qual seja, a proteção da vida e da saúde.

Ademais, a Agência Nacional de Saúde não tem condições de analisar e atualizar todos os procedimentos, tratamentos e medicamentos produzidos diariamente pela moderna tecnologia. São os médicos, especialistas, que assistem os pacientes, que dominam o conhecimento adequado do tratamento, daí o valor que deve ser dado às suas prescrições. De outra parte é notório que os médicos não fazem experiência com pacientes. Prescrevem e usam medicamentos cuja eficácia já se encontra comprovada em estudos científicos.

Por tal razão não há que se falar em vedação a cobertura por se tratar de nova tecnologia ainda em estudo, notadamente diante da prescrição pelo médico especialista que acompanha a autora.

Não fosse isso, não há nos autos qualquer prova em sentido contrário, ou seja, de que o material solicitado (gel barreira de adesão – oxiplex) representa uma experiência sem indicação científica de que trará o resultado desejado. Aliás, em contrário, o médico especialista afirma em laudo (f.22) a boa evolução da paciente, ora autora, após a realização do procedimento.

Diante de tais premissas, tenho que abusivo o comportamento do plano de saúde que nega disponibilização de material à segurada ao argumento de que se trata de nova tecnologia ainda em sede de estudo, excepcionado pelo artigo 10, da Lei 9.656/98. (...)

Com efeito, deve ser mantida a sentença objurgada, pois se revela abusiva a cláusula contratual restritiva de direito, estipulada em contrato de adesão, no intuito de não custear medicamento imprescindível para o êxito do procedimento adotado pelo médico especialista que assiste a paciente.

Desse modo, é imperioso concluir que a negativa de cobertura do material oxiplex gel antifibrosante necessário ao tratamento da hérnia discal lombar que acomete a recorrida, se mostra abusiva e indevida.

Isso porque, a empresa não pode eximir-se de custear os materiais cirúrgicos prescritos por profissional que acompanha a paciente, pois cabe ao médico definir qual é o melhor procedimento para a segurada.

É, portanto, nula de pleno direito, consoante o disposto no artigo 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, é abusiva qualquer cláusula que exclua a responsabilidade do plano de saúde em fornecer procedimentos ou materiais imprescindíveis para a realização do procedimento necessários a garantir a saúde do usuário, visto que veda garantia básica.

Veja-se o entendimento do STJ sobre a matéria:

“RECURSO ESPECIAL – PLANO DE SAÚDE – EXCLUSÃO DA COBERTURA O CUSTEIO OU O RESSARCIMENTO DE IMPLANTAÇÃO DE PRÓTESE IMPORTADA IMPRESCINDÍVEL PARA O ÊXITO DA INTERVENÇÃO CIRÚRGICA COBERTA PELO PLANO – INADMISSIBILIDADE – ABUSIVIDADE MANIFESTA DA CLÁUSULA RESTRITIVA DE DIREITOS – RECURSO ESPECIAL PROVIDO. I – Ainda que se admita a possibilidade do contrato de plano de saúde conter cláusulas que limitem direitos do consumidor, desde que estas estejam redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão, nos termos do § 4º do artigo 54 do CDC, mostra-se abusiva a cláusula restritiva de direito que prevê o não custeio de prótese, imprescindível para o êxito do procedimento cirúrgico coberto pelo plano, sendo indiferente, para tanto, se referido material é ou não importado; II – Recurso provido.” (Resp 1046355/RJ, Relator Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, DJe 05/08/2008). Precedentes: STJ – RESP 896247-RJ, RESP 918392-RN, RESP 519940-SP.

Mister observar que o procedimento utilizado pela auditoria médica da Geap de negar o fornecimento do material descrito pelo médico especialista que assiste o paciente, sob alegação de que se trata de uma nova tecnologia que não foi amplamente aceita pela comunidade médica, sem adentrar na necessidade e adequação para a aferição da qualidade no atendimento de seus usuários, deve, no meu sentir, ser dirimida, exclusivamente, entre a Auditoria Médica da Geap e o especialista médico que indicou o material em outra esfera (administrativa ou judicial) mas, jamais, servir de pretexto para impedir o tratamento da beneficiária com negativa de fornecimento do material solicitado pelo médico.

Por outro lado, inexistente qualquer documento acostado nos autos afirmando que o material oxiplex gel seja de uso experimental ou, que tal procedimento não seria necessário e útil ao tratamento da paciente apelada.

Dessa forma, não havendo provas cabais presentes nesta demanda de que tenha sido dado conhecimento integral das cláusulas e restrições contratuais a recorrida, deve a Geap cumprir com suas obrigações e não eximir-se de sua responsabilidade.

Limitação do reembolso à Tabela Geap

Em outra insurgência, a recorrente afirma que existe limitação contratual para o reembolso e, assim deve ser utilizada a Tabela Geap de procedimentos médicos.

No caso em apreço, afasta-se a aplicação dos índices da tabela de reembolso (artigo 12, VI, da Lei n.º 9.656/98 e artigo 9º, da Norma Técnica do Plano Geap), porque resultaria na redução ilegítima do patrimônio da consumidora, sem dizer que sequer foi trazido nos autos pela apelante qual seria o valor de sua Tabela.

Ademais, a negativa, considerada ilícita ou indevida, importa no dever de reparação do dano na sua integralidade na forma da Lei Civil e não segundo as regras estatutárias do plano de saúde.

Se não bastasse, não há violação ao artigo 12, VI, da Lei n. 9.656/98 se a própria administradora do plano de saúde não cumpriu com seu dever de informação a respeito das condições de reembolso, deixando de juntar aos autos os documentos indispensáveis (contrato, termo de adesão, tabela de percentuais devidos) para demonstrar o fato modificativo do direito da autora.

Assim sendo, devem ser consideradas abusivas, nos termos do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, as cláusulas restritivas de direito que não são redigidas de forma adequada, clara e destacada.

A propósito, a respeito do reembolso:

*CONSUMIDOR. PLANO DE ASSISTÊNCIA A SAÚDE. EXAMES MÉDICOS. INJUSTIFICADA RECUSA DE COBERTURA. REEMBOLSO DO VALOR VERTIDO PELO BENEFICIÁRIO. 1. “”aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde””. Súmula n.º 469 do STJ. 2. Evidenciada a recusa injustificada de cobertura do exame médico, deve ser confirmada a sentença que condenou o plano de saúde a reembolsar o valor vertido pelo consumidor. 3. **Se a operadora do plano de saúde nega a cobertura do procedimento médico impedindo o uso da rede credenciada, é extemporânea a tentativa de promover o reembolso tabelado, devendo restituir o valor integral pago pelo consumidor.** 4. Recurso conhecido e não provido. 5. Confirmo por seus próprios fundamentos a sentença recorrida, nos termos do artigo 46 da Lei n.º 9.099/95. 6. Condeno o recorrente ao pagamento das custas e honorários fixados em 10% do valor da condenação. (TJ-DF; Rec 2013.01.1.041565-2; Ac. 759.000; Terceira Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal; Relª Juíza Edi Maria Coutinho Bizzi; DJDFTE 27/02/2014; Pág. 264) grifei*

*APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. PLANO DE SAÚDE. CASSEMS. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 12, VI, DA LEI FEDERAL N. 9.656/98. NÃO OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO AO DEVER DE INFORMAR. AUSÊNCIA DE JUNTADA DO CONTRATO. RESTITUIÇÃO DE VALORES DESEMBOLSADOS NA MODALIDADE INTEGRAL. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. INOCORRÊNCIA DE RECUSA INJUSTIFICADA. INTERPRETAÇÃO JUDICIAL DE CLÁUSULA CONTRATUAL. NÃO COLOCAÇÃO DA VIDA DO PACIENTE EM RISCO OU AGRAVAMENTO DAS CONDIÇÕES DE SAÚDE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. (...) 2. **Não há violação ao artigo 12, VI, da Lei n. 9.656/98 se a própria administradora do plano de saúde não cumpriu com seu dever de informação a respeito das condições de reembolso, deixando de juntar aos autos os documentos indispensáveis (contrato, termo de adesão, tabela de percentuais devidos) para demonstrar o fato modificativo do direito do autor.** (...) (TJ-MS; APL 0802036-98.2012.8.12.0018; Paranaíba; Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva; DJMS 18/02/2014; Pág. 15) grifei*

*RECURSO INOMINADO. AÇÃO REPARATÓRIA. PLANO DE SAÚDE. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO REALIZADO POR MÉDICO NÃO CREDENCIADO. IMPOSSIBILIDADE DE INDICAÇÃO DE OUTRO PROFISSIONAL, PORQUANTO SE TRATAVA DE UM PROCEDIMENTO DE URGÊNCIA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DEVER DE RESSARCIR INTEGRALMENTE OS VALORES PAGOS PELA PARTE AUTORA. 1. O vínculo entre o beneficiário de plano de saúde e a entidade operadora/administradora do plano de assistência é de natureza consumerista, ante a vulnerabilidade existente. Essa é a inteligência do disposto no artigo 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor. 2. Inexistem razões para a negativa administrativa de cobertura pelo plano de saúde, porquanto a autora, na qualidade de segurada, comprovou a urgência da cirurgia realizada pelo médico não credenciado. 3. Como destacado na sentença, **nada nos autos indica que a autora estava ciente e de acordo em que o reembolso atingiria a proporção posta em tabela e que se revelou irrisória (menos de 1/5) em relação à despesa. 3. Dessa forma, portanto, devida a restituição do valor integral pago pela parte demandante no procedimento cirúrgico.** 4. Sentença mantida pelos seus próprios fundamentos. Recurso improvido. (TJ-RS; RecCv 39129-65.2013.8.21.9000; Porto Alegre; Primeira Turma Recursal Cível; Rel. Des. Roberto José Ludwig; Julg. 18/02/2014; DJERS 21/02/2014) grifei*

Desse modo, considerando que o material utilizado era indispensável ao tratamento da doença acometida pela recorrida e tendo o plano de saúde se recusado a custear a referida despesa oriunda do procedimento cirúrgico, faz jus a recorrida ao reembolso do valor total despendido, conforme assentado no *decisum* objurgado.

Dano Moral. Configuração.

A recorrente, afirma que os fatos narrados na inicial não comprovam haver a apelada sofrido qualquer dano moral indenizável e, inexistente comprovação do nexo de causalidade, culpa ou dolo da apelante, impondo-se o necessário julgamento de improcedência do pedido, pois, não enseja indenização mero aborrecimento ou dissabores.

Consiste o dano moral em lesão intangível, experimentada pelo indivíduo em determinados aspectos da sua personalidade, decorrentes da atuação injusta de outrem, de forma a atingir suas esferas de integridade física, moral ou intelectual.

Nesse quadro, para que se verifique a ocorrência do dano moral, é imprescindível que a conduta resulte em veemente abalo ao homem de tirocínio mediano.

Assim, não há falar em dano moral caso não encerre o fato mácula a direitos personalíssimos, assim compreendidos os inerentes à vida, à integridade física e psicológica, à saúde, à imagem, sem prejuízo de outros, cujo rol não se mostra passível de exaustão.

Outrossim, inobstante ser reiterada a jurisprudência de que em se tratando de direitos indisponíveis, a recusa de tratamento pelo plano de saúde caracteriza o dano moral, é importante analisar as peculiaridades do caso em concreto.

No caso em exame, a existência de cláusula contratual declarada abusiva (recusa no fornecimento de material necessário para a cirurgia e para o reembolso), conforme reconhecido na sentença, não se mostra suficiente a configurar ofensa a direito personalíssimo, de modo a ensejar dano moral, sobretudo quando não se verificou situação vexatória ou ofensiva à integridade moral ou psicológica do consumidor.

Outrossim, sopesando as alegações da autora com o laudo médico de fls. 22 TJ/MS, tenho que incabível o dever de indenizar. Primeiro, porque a recusa da seguradora, por mais que injustificada, pautou-se em tese albergada em texto legal (limitação de cobertura – artigo 10, inciso I e IX, da Lei n.º 9.656/98). Segundo, porque o curto lapso temporal transcorrido entre a piora aguda da hérnia da paciente ocorrida

em março de 2012 e o procedimento cirúrgico ocorrido em 13.04.2012, não se mostrou suficiente para comprometer a sua saúde ou violar seus direitos da personalidade, mormente porque pessoa jovem (28 anos à época) e sem demonstração de qualquer outro problema de saúde. Terceiro, não há nenhum documento comprobatório de que o procedimento cirúrgico fosse de emergência ou de urgência, na forma da lei.

Aliás, ao contrário, percebe-se do laudo médico de f. 17 TJ/MS, tratar-se de procedimento eletivo, visto que o médico assistente declara que a paciente necessitava da cirurgia, mas não elenca nenhum motivo de urgência ou emergência, apenas alega que o tratamento conservador realizado nos últimos dois anos não foi suficiente, necessitando da cirurgia ante o agravamento e piora aguda de hérnia ocorrida em março de 2012, sendo que em 13.04.2012, ocorreu o procedimento.

A respeito do assunto em pauta, esta Câmara Cível já decidiu, *in verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. PLANO DE SAÚDE. CASSEMS. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 12, VI, DA LEI FEDERAL N. 9.656/98. NÃO OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO AO DEVER DE INFORMAR. AUSÊNCIA DE JUNTADA DO CONTRATO. RESTITUIÇÃO DE VALORES DESEMBOLSADOS NA MODALIDADE INTEGRAL. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. INOCORRÊNCIA DE RECUSA INJUSTIFICADA. INTERPRETAÇÃO JUDICIAL DE CLÁUSULA CONTRATUAL. NÃO COLOCAÇÃO DA VIDA DO PACIENTE EM RISCO OU AGRAVAMENTO DAS CONDIÇÕES DE SAÚDE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. (...) 4. Não há dano moral devido se não houve recusa injustificada por parte da administradora de plano de saúde, mormente se a controvérsia traçada nos autos resumiu-se à interpretação do contrato de assistência à saúde, não tendo o ato gerado risco de vida ao paciente ou agravamento de suas condições de saúde. (TJ-MS; APL 0802036-98.2012.8.12.0018; Paranaíba; Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva; DJMS 18/02/2014; Pág. 15) Grifei

Reafirmo que somente os fatos e acontecimentos capazes de romper com o equilíbrio psicológico do indivíduo, podem justificar a configuração da pretensão indenizatória, sob pena de ocorrer uma banalização deste instituto.

A simples recusa no fornecimento do material não é suficiente para condenar a operadora de plano de saúde ao pagamento de indenização por danos morais, porque não demonstrado que da data do indeferimento até a realização da cirurgia tenha ocorrido alguma interferência no comportamento físico e psicológico da autora, sem dizer que não houve demonstração de interrupção no tratamento da doença que acomete a recorrida.

Nesse sentido:

PLANO DE SAÚDE. UNIMED. COBERTURA CONTRATUAL. DANO MORAL. A negativa de cobertura, pela demandada, nas circunstâncias, não chega a caracterizar dano moral, cuja compreensão se apresenta consubstanciada numa dolorosa sensação experimentada pela pessoa, não estando presente num mero dissabor ou transtorno. Apelação desprovida. (Apelação Cível nº 70024255366, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leo Lima, Julgado em 27/08/2008).

Sobre o assunto, é oportuno trazer à baila os ensinamentos de Sergio Cavalieri Filho, ao asseverar que:

Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústias e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no

ambiente familiar; tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais e busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos. (CAVALIEIRI Filho, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007 p 80)

Assim, os fatos narrados na inicial não são passíveis de gerar o dever de reparação a título de dano imaterial à parte autora, uma vez que não se verifica o nexo de causalidade capaz de importar no direito a percepção de indenização.

Por tais motivos, é totalmente descabida a pretensão indenizatória promovida pela postulante a esse título.

Dessa forma, não há que se falar em indenização a título de dano moral, quanto mais em se tratando de lesão decorrente de contrato no qual envolva a discussão quanto ao seu cumprimento, fato que isoladamente e a míngua de provas não representa atentado à personalidade.

Ante as razões delineadas, despiciendas tornam-se maiores considerações.

Distribuição do ônus da sucumbência.

Atento aos ditames do artigo 21 do CPC, hei por bem reconhecer a sucumbência recíproca e proporcional das partes litigantes e, determinar que haja a divisão das despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios, estes já fixados pelo magistrado singelo em 20% sobre o valor da condenação, na proporção de 70% (setenta por cento) para a seguradora recorrente e 30% para a autora recorrida, ante a derrota de seu pedido de dano moral.

Do dispositivo

Diante do exposto, conheço do recurso, e dou-lhe parcial provimento para excluir da sentença a condenação da apelante à indenização por danos morais. Sucumbência recíproca no percentual de 70% para a recorrente e 30% para a recorrida, mantida, no mais, a sentença recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 01 de dezembro de 2015.

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0833315-85.2014.8.12.0001 – Campo Grande
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO ORDINÁRIA – PERMANÊNCIA DO NOME NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO APÓS QUITAÇÃO DA DÍVIDA – PRAZO ACIMA DO RAZOÁVEL – DEVER DE INDENIZAR – *QUANTUM* – MAJORADO – RECURSO DO PARTICULAR – CONHECIDO E PROVIDO – RECURSO DA EMPRESA – 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, dar provimento ao recurso de Maristela de Souza Borges e negar provimento ao apelo de Calcard Administradora de Cartão de Crédito Ltda, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 1 de dezembro de 2015.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Maristela de Souza Borges e Calcard Administradora de Cartões de Crédito Ltda interpõem apelações contra sentença proferida pelo juízo da 10ª Vara Cível de Campo Grande que, nos autos da ação ordinária n. 0833315-85.2014.8.12.0001, julgou procedente o pedido inicial confirmando a liminar concedida às fls. 27-28, no tocante à exclusão do nome da autora dos cadastros de inadimplentes; condenou, ainda, ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), devidamente corrigidos a partir da sentença, com juros de mora de 1% a partir da inscrição indevida. Por fim, condenou a requerida ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 20% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, §3º, do CPC.

Maristela de Souza Borges pleiteia a majoração do *quantum* indenizatório para, ao menos, R\$ 10.000,00 (dez mil reais), considerando o dano causado e os julgados do E. Tribunal de Justiça.

Já a Calcard Administradora de Cartões Ltda alega que não houve dano moral indenizável, devendo ser excluída referida condenação ou, ao menos, reduzido o valor para evitar o enriquecimento ilícito da apelada. Defende que ao ser informada do pagamento integral do valor devido, prontamente retirou seu nome do Serasa, após ter ficado inadimplente por 1 ano e 9 meses.

Contrarrazões às fls. 159-164/TJMS e 165-170/TJMS.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Maristela de Souza Borges e Calcard Administradora de Cartões de Crédito Ltda interpõem apelações contra sentença proferida pelo juízo da 10ª Vara Cível de Campo Grande que, nos autos da ação ordinária n. 0833315-85.2014.8.12.0001, julgou procedente o pedido inicial confirmando a liminar concedida às fls. 27-28, no tocante à exclusão do nome da autora dos cadastros de inadimplentes; condenou, ainda, ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), devidamente corrigidos a partir da sentença, com juros de mora de 1% a partir da inscrição indevida. Por fim, condenou a requerida ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 20% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, §3º, do CPC.

Maristela de Souza Borges pleiteia a majoração do *quantum* indenizatório para, ao menos, R\$ 10.000,00 (dez mil reais), considerando o dano causado e os julgados do E. Tribunal de Justiça.

Já a Calcard Administradora de Cartões Ltda alega que não houve dano moral indenizável, devendo ser excluída referida condenação ou, ao menos, reduzido o valor para evitar o enriquecimento ilícito da apelada. Defende que ao ser informada do pagamento integral do valor devido, prontamente retirou seu nome do Serasa, após ter ficado inadimplente por 1 ano e 9 meses.

Passo à análise conjunta dos recursos, em razão de suas razões se entrelaçarem.

Dos danos morais

Os autos tratam de ação de indenização por danos morais, decorrentes da permanência indevida do nome da apelante Maristela de Souza Borges nos cadastros da Serasa, após quitação de dívida.

O magistrado de primeiro grau assim decidiu:

“(...) Na hipótese, os documentos carreados nos autos são suficientes para concluir que, de fato, os boletos de n. 712345 e 730998, com vencimento respectivamente aos 20/12/2013 e 20/01/2014 foram quitados, nesta ordem, nas datas de 20/12/2013 e 20/01/2014, segundo os extratos de fls. 23 e 25, não havendo provas contrárias a essa assertiva. (...)”

Para configuração do ilícito faz-se necessário, na espécie, o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos: a) ofensa ao direito do demandante pela inserção indevida do seu nome nos órgãos de proteção ao crédito; b) prejuízo a ele, consubstanciado nos danos morais sofridos; c) nexos de causalidade entre o ilícito praticado pela demandada e o prejuízo sofrido pelo demandante.

Os quesitos mencionados estão plenamente demonstrados e não se pode inverter os papéis e deixar de responsabilizar quem agiu ilegalmente, pois, pelo prejuízo provado nos documentos à fl. 26, houve uma presunção relativa de que a negativação indevida implicou dano moral à demandante, ou seja, com a simples comprovação das inscrições de seu nome e a irregularidade destes atos, constituído está, in re ipsa, o dano moral, nada mais tendo a provar neste particular, despidiendas as ponderações em sentido contrário. (...)”

Primeiramente, a apelante Calcard Administradora de Cartões Ltda sustenta a inexistência de dano provocado, o qual mereça reparo moral, haja vista que a manutenção do nome do apelada no sistema de cadastro de proteção ao crédito por algum tempo não tem o condão de gerar danos morais, até mesmo porque permaneceu de forma devida.

Dispõe o artigo 186, do Código Civil, 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”, ficando obrigado a repará-lo, nos termos do artigo 927, do mesmo código.

Na hipótese dos autos, após minuciosa análise dos documentos acostados aos autos, vejo que a conduta praticada pela apelante, qual seja, a manutenção indevida do nome da recorrida Maristela de Souza Borges nos cadastros restritivos ao crédito, mesmo após a quitação da dívida, subsume-se perfeitamente aos dispositivos legais retromencionados, daí surgindo o seu dever de indenizar.

Ressalta-se que tal fato, indubitavelmente, demonstrada a culpa (na modalidade da negligência) da empresa recorrente, tendo em vista que não se portou com a cautela necessária, a fim de evitar o prejuízo da apelada, porquanto prosseguiu com a inscrição de seu nome, mesmo sabendo ser a cobrança indevida, pois houve a negociação e quitação da dívida.

Colhe-se dos documentos trazidos, que a quitação ocorreu em 20/01/2014, sendo procedida a baixa no sistema, apenas em 07/10/2014.

Segundo entendimento jurisprudencial, o prazo razoável para a permanência do nome nos cadastros de maus pagadores, por dívida já paga, é de 30 dias, sendo ultrapasso, gera o dever de indenizar:

“CIVIL – RESPONSABILIDADE CIVIL – INCLUSÃO DE NOME EM CADASTRO DE RESTRIÇÃO DE CRÉDITO – PRESTAÇÃO QUITADA APÓS A INSCRIÇÃO – DEMORA RAZOÁVEL PARA A RETIRADA – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – NÃO CABIMENTO. 1. Não se considera injustificada a demora, na hipótese, para a retirada do nome do autor do cadastro de devedores, uma vez que há jurisprudência deste Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser razoável a baixa no prazo de até 30 (trinta) dias após o pagamento da dívida. No presente caso, o atraso foi de 2 (dois) dias além do permitido no art. 14, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), que é de 5 (cinco) dias. 3. Sentença confirmada. 4. Apelação não provida.” (TRF 01ª R.; AC 0012849-28.2013.4.01.3801; Sexta Turma; Rel. Des. Fed. Daniel Paes Ribeiro; DJF1 09/06/2015) CDC, art. 14

Assim, a indenização é a medida que se impõe.

Do *quantum* indenizatório.

A apuração do *quantum* indenizatório nos casos de dano moral consiste em matéria que deve ser analisada com a devida cautela, uma vez que não encontra na Lei parâmetros objetivos para o seu cálculo, devendo ser prudentemente arbitrado pelo julgador com base nos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade conforme o caso analisado.

Na busca desse objetivo, o importe fixado precisa se mostrar razoável e proporcional ao poder econômico do ofensor, à sua culpabilidade e ao grau do dano, de forma a não se tornar inexpressivo e insignificante, escapando à função penalizadora e pedagógica da indenização, sem, também, que venha a se converter em fonte de enriquecimento sem causa da vítima, vindo esta a se beneficiar com o recebimento de importe superior ao que realmente lhe é devido.

Esse é o entendimento amplamente esposado pela jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

“CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – INSCRIÇÃO NO SERASA – DANO MORAL – RESSARCIMENTO – VALOR – REDUÇÃO – I. A indenização por dano moral deve ser fixada de modo razoável, evitando-se excesso que cause enriquecimento sem causa, por sua incompatibilidade com a lesão sofrida. II. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.” (RESP 754.806/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 09.05.2006, DJ 26.06.2006 p. 166)

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).

Com efeito, somente cabe a alteração do *quantum* indenizatório quando este se mostrar exorbitante ou ínfimo, consoante iterativa jurisprudência do STJ:

“A indenização por dano moral deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, às suas atividades comerciais e, ainda, ao valor do negócio. Há de orientar-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômica atual e às peculiaridades de cada caso”. (RESP 203.755/MG. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Quarta Turma. Acórdão de 27.04.99).

É certo que a negatização indevida do nome no cadastro de inadimplentes consiste em mácula à boa reputação e à honra da pessoa inscrita, com perda de credibilidade negocial e respeitabilidade.

Ante todas as peculiaridades e do conjunto probatório do caso em concreto, hei por bem majorar o valor da indenização arbitrada em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para o patamar justo, razoável e adequado de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), visando atender a função pedagógica da condenação e baseando-me em julgados anteriores de minha relatoria.

Conclusão

Ante o exposto, quanto ao apelo de Maristela de Souza Borges, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para majorar o valor da indenização por danos morais de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Quanto ao apelo de Calcard Administradora de Cartões de Crédito Ltda, conheço do mesmo, contudo, nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso de Maristela de Souza Borges e negaram provimento ao apelo de Calcard Administradora de Cartão de Crédito Ltda, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 01 de dezembro de 2015.

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0011904-92.2009.8.12.0001 – Campo Grande
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REIVINDICATÓRIA – EXCEÇÃO DE USUCAPIÃO COMO DEFESA – AFASTADA – POSSE DIRETA, PORÉM PRECÁRIA, ORIGINÁRIA DE COMODATO – CARÁTER ORIGINÁRIO DA POSSE QUE NÃO SE MODIFICA – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

A posse de imóvel oriunda de comodato, de pleno conhecimento e aceitação da possuidora, não sofre modificação na origem, ainda que exercida por longos anos.

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, 10 de novembro de 2015.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Maria Aparecida Figueiredo Crespo apela da sentença que julgou procedente pedido reivindicatório em relação ao imóvel matriculado sob n. 44.702 da 2ª circunscrição de registro de imóveis de Campo Grande, formulado pelo autor, Espólio de Edson Ferreira Aquino.

Alega não ter o sentenciante atentado para inversão da sua posse em 24.03.2000 quando, ao ajuizar ação de manutenção de posse, exteriorizou comportamento de dona do imóvel e não mera detentora da posse.

Ressalta que esta circunstância foi reconhecida na Jornada de Direito Civil realizada pelo Conselho de Justiça Federal e Centro de Estudos Jurídicos ao interpretar o art. 1.203 do Código Civil, através do enunciado nº 237: *É cabível a modificação do título da posse – intervesio possessionis – na hipótese em que o até então possuidor direto demonstrar ato exterior e inequívoco de oposição ao antigo possuidor indireto, tendo por efeito a caracterização do animus domini* (f. 256).

Diz que, ainda que tenha recebido o imóvel do cunhado em 1990 sem *animus domini*, a ação possessória em 24.03.2000 modificou sua posse e a partir de então e dado o decurso do tempo está ela consolidada pela usucapião.

Ressalta que, além da aquisição da propriedade pelo tempo, a própria inventariante reconheceu que pelo menos parte do imóvel lhe foi cedido pelo falecido, a ponto de edificar edícula para sua moradia.

Requer provimento do recurso para reconhecer inversão do título da posse a partir de 24.03.2000 e assim a aquisição da propriedade pela usucapião, ou esta sobre a edícula.

Sem contrarrazões.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Maria Aparecida Figueiredo Crespo apela da sentença que julgou procedente pedido reivindicatório em relação ao imóvel matriculado sob n. 44.702 da 2ª circunscrição de registro de imóveis de Campo Grande, formulado pelo autor, espólio de Edson Ferreira Aquino.

Alega não ter o sentenciante atentado para inversão da sua posse em 24.03.2000 quando, ao ajuizar ação de manutenção de posse, exteriorizou comportamento de dona do imóvel e não mera detentora da posse.

Ressalta que esta circunstância foi reconhecida na Jornada de Direito Civil realizada pelo Conselho de Justiça Federal e Centro de Estudos Jurídicos ao interpretar o art. 1.203 do Código Civil, através do enunciado nº 237: *É cabível a modificação do título da posse – intervesio possessionis – na hipótese em que o até então possuidor direto demonstrar ato exterior e inequívoco de oposição ao antigo possuidor indireto, tendo por efeito a caracterização do animus domini* (f. 256).

Diz que, ainda que tenha recebido o imóvel do cunhado em 1990 sem *animus domini*, a ação possessória em 24.03.2000 modificou sua posse e a partir de então e dado o decurso do tempo está ela consolidada pela usucapião.

Ressalta que, além da aquisição da propriedade pelo tempo, a própria inventariante reconheceu que pelo menos parte do imóvel lhe foi cedido pelo falecido, a ponto de edificar edícula para sua moradia.

Requer provimento do recurso para reconhecer inversão do título da posse a partir de 24.03.2000 e assim a aquisição da propriedade pela usucapião, ou esta sobre a edícula.

O recurso, portanto, é contra a sentença que julgou procedente a ação reivindicatória ajuizada pelo espólio de Edson Ferreira Aquino.

Em que pese o esforço da apelante em reverter sua posse a contar de 24.03.2000, tese, inclusive, enfrentada apenas no recurso, tenho que essa tese é insustentável, em razão da ré ter reconhecido, quando depôs em juízo, que o imóvel foi a ela dado para moradia pelo falecido Edson Ferreira Aquino a título de comodato. Veja-se:

(...)

Juiz: Uhum. como que foi essa transferência desse imóvel, eles emprestaram esse imóvel para a senhora?

Deponente: Na época o Edson disse para mim: “Futuramente eu pretendo, a gente pretende mudar para lá, enquanto isso, para o imóvel não ter perigo de ser invadido, né, voce fica lá”, ...

Juiz: A senhora não pagou por essa casa para o Edson, a senhora comprou essa casa deles ou não?

Deponente: Olha, aí teve uma época que ele veio, e eu morava com uma pessoa,

mas hoje nós estamos separados. Ai ele fez uma proposta, certo, e ele falou assim: Não, é, ela é realmente a proprietária da casa”, foi o que foi disse, assim, é, verbalmente, nós não assinamos papel nenhum. Ai o tempo foi passando, ele, ele aparecia a casa 2, 3 meses, as vezes até a. Ai ...

Juiz: Que ele aparecia?

Depoente: Ele aparecia para, para ele vir passear. Geralmente ele vinha visitar parentes da Dona Márcia, que moram aqui em Campo Grande, que eu não conheço, certo?

Juiz: E o que ele ia fazer na casa da senhora?

Depoente: Ele só ia ver se estava tudo bem, ele não ficava nem hospedado na casa, eu me lembro que ele ficava em um hotel que é perto da rodoviária, não, não sei o nome do hotel, mas realmente ficar em casa, quando ele vinha, ele não ficava, certo?

Juiz: Sim.

Depoente: Ele passava um dia, ou a metade do dia, ou a tarde, e depois ia embora certo?

Juiz: Certo.

(...)

Juiz: Depois que a senhora começou a morar nesse imóvel, em algum momento eles pediram esse imóvel para a senhora?

Depoente: Em nenhum momento.

Juiz: Em algum momento a senhora, demonstrou a eles que se recusava a entregar, a devolver esse imóvel?

Depoente: A ele não, porque era sempre ele que vinha, nunca.

Juiz: Nunca se recusou.

Depoente: Nunca se recusou.

Juiz: Nunca disse a ele que ficaria com o imóvel para a senhora?

Depoente: Nunca, nunca, nunca. Porque ele rã uma pessoa muito, assim, nessa parte ele sempre foi muito honesto comigo e eu com ele, nunca. Eu tive várias oportunidades, porque a (F), ela sempre mandava o pessoal passar e perguntar dos proprietários.

Juiz: Uhum.

Depoente: O que eu dizia: “Eles estão em São Paulo fazendo tratamento de saúde.”, era o que ele pedia para mim falar, certo, mas assim, porque nenhum momento ele assim, me ameaçou de tirar da casa, em nenhum momento eu ameacei ele de pegar a casa. Entre nós era, é assim, tudo assim, uma harmonia, sem maiores problemas.

(...)

Defesa: Sabe, é, alguma vez o seu Edson lhe disse porque estava construindo essa edícula, senhora:

Depoente: Ele disse que futuramente, futuramente, né, eles pretendiam vir para cá, aí eu ficaria na casa dos fundos, e ele na casa da frente. Isso futuramente, certo?

Defesa: Nesse período todo que a senhora permaneceu no imóvel então, sempre de forma pacífica, e sob o entendimento de que futuramente eles retornariam:

Depoente: Futuramente.

(...)

Defesa: A senhora sabia que no futuro retornaria.

Depoente: Futuramente ele tinha vontade. (f. 282-286).

A própria apelante deixou bem explicitado que o falecido havia-lhe permitido residir no imóvel até que este retornasse para Campo Grande; que assim procedia para evitar invasão, tanto que a cada dois, três ou quatro meses vinha a Campo Grande e ia até o local do imóvel.

Não há como acolher a tese de prescrição aquisitiva em qualquer de suas vertentes, nem mesmo em inversão da posse com o ajuizamento da ação possessória em 2000, pois, ao defendê-la o fez exatamente por exercer posse direta sobre o imóvel, o que é perfeitamente pertinente, nos termos do art. 1.210 do Código Civil.

O art. 1.208 do Código Civil é por demais claro quanto a indisponibilidade da prescrição aquisitiva quando a posse tiver origem nos *atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade.*

Se assim é, não há se falar em prescrição aquisitiva por parte da apelante, por ter ela, inclusive, reconhecido que o falecido cedeu-lhe o imóvel até que *futuramente* viesse dele desfrutar.

A inversão da posse não tem a intenção defendida pela apelante. Carlos Roberto Gonçalves¹, na sequência da discursividade feita por esta nas razões de recurso, faz a seguinte ponderação:

Igualmente Caio Mário da Silva Pereira, depois de dizer que a posse injusta não se pode converter, em relação ao esbulhado, em posse justa, quer pela vontade ou pela ação do possuidor, quer pelo decurso do tempo, acrescenta: “Nada impede, porém, que uma posse inicialmente injusta venha a torna-se justa, mediante a interferência de uma causa diversa, como seria o caso de quem tomou pela violência comprar do esbulhado, ou de quem possuir clandestinamente herdar do desapossado. Reversamente, a posse ab initio escorreita entende-se assim permanecer, salvo se sobrevier mudança na atitude, como é o exemplo do locatário (possuidor direto), que recusa restituir ao locador, e se converte em possuidor injusto”.

Em qualquer caso, todavia, enfatiza o prestigiado autor, “a alteração no caráter da posse não provém da mudança de intenção do possuidor, mas de inversão do título, por um fundamento jurídico, quer parta de terceiro, quer advenha da modificação essencial do direito”.

Os atos de oposição ao proprietário, entretanto, “devem ser tais que não deixem nenhuma dúvida quanto à vontade do possuidor de transmutar a sua posse precária em posse a título de proprietário e quanto à ciência que dessa inversão tenha tido o proprietário: pois que a mera falta de pagamento dos locativos, ou outras circunstâncias semelhantes das quais o proprietário não possa concluir claramente a intenção de se inverter o título, não constituem atos de contradição eficazes.

¹ **Direito Civil Brasileiro**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 73. v. V.

Como se vê, inviável admitir que a ação possessória ajuizada pela apelante tivesse o condão de reverter a sua condição de comodataria, posto que, pelo que dos autos consta, o apelado não teve conhecimento da intenção manifestada através daquela ação, em razão de não ter sido citado regularmente, mas por edital, embora tivesse a apelada endereço certo.

Diante do exercício da posse direta oriunda de comodato, evidente o obstáculo para gerar presunção positiva do *animus domini* pela apelante.

O STJ, ao julgar o REsp 1182469, com matéria semelhante, deixou assentada a impossibilidade do reconhecimento da usucapião, como já havia decidido o Tribunal de origem (TJRS), reproduzindo para tanto trechos do acórdão recorrido, a saber:

“(...) Pretende o A., ora apelante, a reintegração na posse do imóvel do qual é proprietário, por sucessão, cuja ocupação foi permitida à R., mediante comodato verbal, quando da aquisição da área frontal, o que fez com seu pai, hoje falecido.

Disse que a R. foi notificada judicialmente, em 1991, a desocupar a área, a que se negou, passando à condição de esbulhadora.

A R., por seu turno, disse que não há comodato, suscitando exceção de usucapião e negando posse pelo A.; ao fim, refutou a pretensão indenizatória.

Na sentença foi reconhecido o comodato, o qual disse foi extinto, em 1991, por força da notificação naquela época levada a efeito, passando a existir outra posse que não a decorrente de comodato, não tendo o A. realizado qualquer outra notificação junto à R..

O comodato, mesmo com a notificação, não atendida pela R., persistiu, sendo que o A. tem posse anterior pelo princípio da saisine - a posse do imóvel a ele se transferiu quando da abertura do inventário de seu pai, João Monteggia, na mesma qualidade em que este exercia, ou seja, indireta, pois, pelo que se depreende dos autos, o de cujus, por ato de mera tolerância, permitiu que a R. mantivesse a posse direta sobre o imóvel.

O comodato é questão incontroversa.

Como referido na sentença, a R. reconhece que o pai do A. verbalmente permitiu que utilizasse a área para limpar e plantar, desde que fosse para o seu uso próprio e de sua família.

Assim, conclui-se que a R. sempre teve plena ciência de que sua posse decorria do comodato, e, por isso, era precária, o que impede, depois da notificação para desocupação levada a efeito, no ano de 1991, a transmutação para uma posse qualificada, a impor eventual reconhecimento de exceção de usucapião. (STJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j: 18/02/2014).

Não há, portanto, negativa aos dispositivos da Constituição Federal (art. 183) e do Código Civil (art. 1.240) como indicado pela apelante, em razão da tese de usucapião não se sustentar, dada a posse da apelante, ainda que por tempo prolongado, originária do comodato firmado com o falecido Edson Ferreira Aquino.

Posto isso, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 10 de novembro de 2015.

5ª Câmara Cível
Apelação n. 081144-05.2012.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – REINTEGRAÇÃO DE POSSE – CONTRATO DE COMODATO – RECONHECIMENTO DA POSSE DIRETA PELO COMODANTE – TRANSMISSÃO PARA O COMODATÁRIO – USO DA AÇÃO POSSESSÓRIA – POSSIBILIDADE – USUCAPIÃO – DESFRUTE DA POSSE SEM *ANIMUS DOMINI* – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

Pode o comodante fazer uso da ação possessória em razão de ser detentor da posse indireta.

Embora a exceção de usucapião seja admissível como questão de defesa na ação possessória, fica tal exceção prejudicada quanto há nos autos prova do exercício da posse pelo comodatário, mediante permissão, caindo por terra o *animus domini*.

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, 10 de novembro de 2015.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

João Pereira dos Santos apela da sentença que julgou procedente pedido de Nilton Rodrigues Gonçalves para ser reintegrado na posse do imóvel objeto da matrícula nº 62.807 do SRI da comarca de Dourados.

Alega que o documento de f. 54-55 faz prova da transferência da propriedade para si pelo apelado dos lotes de ns. 09 a 14 da chácara nº 26 e em relação ao lote P, objeto da ação, ajustaram que *ficaria usufruindo da área a título de comodato, até que houvesse a doação ou desapropriação pela prefeitura municipal de dourados (sic)* (f. 130-131).

Diz do ajuste de comodato sem o apelado jamais ter domínio e posse do imóvel, mesmo porque tinha conhecimento tratar-se de área de domínio público, pois era um “*fundo de vale*” na beira de um córrego (...) e que “*na época não havia sequer rua próxima*” sendo o apelante o único a exercer efetivamente a posse do local desde 1991, pagar o IPTU, além de fazer benfeitorias, requerendo o reconhecimento da prescrição aquisitiva.

Contrarrazões às f. 139-143.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

João Pereira dos Santos busca reformar a sentença que acolheu o pedido de reintegração de posse feito por Nilton Rodrigues Gonçalves sobre o imóvel matriculado sob n. 62.807 do serviço de registro de imóveis da comarca de Dourados.

O apelante diz que os depoimentos das testemunhas que arrolou são os que merecem credibilidade, enquanto que os do apelado buscaram induzir o juízo a erro.

Sem razão o apelante.

Embora alegue que o apelado nunca teve posse da área em questão, o documento e f. 69-70 faz prova exatamente do oposto, conforme conteúdo da cláusula primeira, ao registrar, *in verbis*:

Que eles promitentes vendedores, possuindo os imóveis acima descritos, livres e desembaraçados de quaisquer ônus, estão justos e contratados a vende-los ao Outorgado Promitente comprador, como por bem deste instrumento e na melhor forma de direito efetivamente vendido tem, (...) (f. 69).

Refiro-me ao documento em questão pois teve ele duas finalidades: a) a venda do lote “O”; e b) o comodato do lote “P”, ora em discussão.

O comodato do lote “P” está convencionado no § único com os seguintes termos:

Que através de escritura Pública de venda e compra lavrada as fls 016 livro 281 do 1º Tabelião desta Cidade, devidamente registrada na Matrícula nº 27.791 livro 02 do RGI desta Comarca; eles promitentes vendedores tornaram-se senhores e legítimos possuidores de uma área de terras determinada parte da chácara 26 da zona urbana desta cidade, com a área total de 6.888m2 de cuja área vende somente uma parte, correspondente aos lotes determinado pelos números 09; 10; 11; 12; 13; 14 (nove a catorze) do desmembramento efetuado na referida chácara; qual acha-se em andamento na Prefeitura Municipal desta cidade; Outrossim ficara o promitente comprador usufruindo em sistema de comodato, da área a ser futuramente doada ou desapropriada pela prefeitura Municipal desta cidade, como sendo rua ou fundo de vale, sem que o promitente vendedor tenha que no futuro desembolsar qualquer quantia para indenizações das benfeitorias e/ou desembolsar qualquer quantia para indenizações das benfeitorias e/ou construções por ele promitente comprador edificadas nas referidas áreas (f. 69).

Observa-se do documento em questão que o apelado, conquanto não tivesse o domínio do lote “P” da chácara 26, tinha a posse, tanto que a cedeu, em comodato, para o apelante, ao mesmo tempo em que a este vendeu os lotes 9 a 14, parte da chácara 26, que gerou o lote “O” e a matrícula 62.806 (f. 14), no dia 16.12.1991.

Carlos Roberto Gonçalves¹ a respeito desta modalidade de posse ensina que:

A posse pode ser transmitida por ato inter vivos ou mortis causa. Logo, se alguém recebeu, na escritura, a posse de outrem que a tinha, não está na situação de quem nunca exercer a posse, porque a recebeu de seu antecessor, podendo mover ação possessória contra qualquer intruso.

É caso, também, de reintegração se o vendedor transmite a posse na escritura e não a entrega de fato. Nesse momento passa a ser esbulhador.

A jurisprudência tem admitido a transmissão da posse por escritura pública, denominada posse civil ou jurídica, de modo a legitimar o uso dos interditos pelo novo titular do domínio até mesmo em face do alienante, que continua a deter o imóvel, mas em nome de quem o adquiriu.

O próprio apelante quando ouvido em juízo confirmou o ajuste com o apelado no documento de f. 69-70 (f. 112). Ora, se o apelante reconhece o documento e nele noticia a compra e venda do lote “O” e o

¹ **Direito Civil Brasileiro**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 130. v. V

comodato do lote “P” (f. 112), é inquestionável a sua posse mediante permissão e a prática do esbulho a partir do momento em que negou devolver o imóvel ao apelado.

O fato das testemunhas arroladas pelo apelante não conhecer o apelado é irrelevante, pois, tanto José de Lima como Maria Rozilda (f. 113-114 e 115-116) disseram não terem presenciado o ajuste entre os litigantes, corroborado pelo fato de que quando tal ocorreu ainda não estava definido o domínio da área pela prefeitura de Dourados como o próprio documento noticia, informando, por outro lado, a posse e que para desconstituí-la cabia ao apelante tal prova, que dela não se desincumbiu.

Deste modo, cumprido os requisitos do art. 927 do Código Civil, correta a sentença em acolher o pedido formulado pelo apelante na inicial e repelir o do apelante, de aquisição da propriedade pelo decurso do tempo.

Aliás, importante registrar que a pretensão do apelante em ação desta natureza é possível nos termos do enunciado da súmula 237 do STF², ou seja, dedução da usucapião como matéria de defesa. O que não se admite é que em sede de ação possessória seja declarada usucapida a área litigiosa, o que exigiria necessariamente a observância de procedimento especial. Nesse sentido:

(...) Reintegração de Posse. Apelante que não comprova sua posse anterior. Sentença que declara em favor do possuidor o domínio sobre a propriedade discutida. Inviabilidade. Possibilidade de argüir usucapião em defesa (Súmula 237 do STF) que não permite a outorga do direito de propriedade. Prescrição aquisitiva que só se reconhece na ação especial de usucapião. Recurso provido. (TJSP - APL: 9204821662007826 SP 9204821-66.2007.8.26.0000, Relator: Rômolo Russo, Data de Julgamento: 19/07/2012, 11ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 20/07/2012).

Dito isso, conquanto o cerne do recurso consiste em saber se a posse do apelante sobre o imóvel em litígio lhe assegura o direito de proprietário, pela usucapião, fato que, uma vez reconhecido, implicaria direito seu de permanecer no imóvel, a questão foi desarmada pelas motivações já expostas, qual seja, a inviabilidade de se acolher a posse com requisitos de *animus domini* dada a ocupação da área mediante consentimento do detentor do domínio e que por sua vez comprovou também ser detentor da posse indireta, já que a direta transmitiu, pelo comodato, ao apelante.

Posto isso, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 10 de novembro de 2015.

² Súmula 237 - O usucapião pode ser argüido em defesa.

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0818419-03.2015.8.12.0001 – Campo Grande
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – INDEFERIMENTO LIMINAR DA INICIAL POR ILEGITIMIDADE ATIVA E AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL – IMAGEM VEICULADA EM REDES SOCIAIS (WHATSAPP E FACEBOOK), COM TÍTULO E COMENTÁRIOS SUPOSTAMENTE OFENSIVOS AO APELANTE – PRESENTES AS CONDIÇÕES PARA O EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO – RECURSO PROVIDO.

Existindo, em tese, suposta ofensa à imagem do autor, vereador, em razão de publicações ofensivas nas redes sociais atribuídas ao apelado, há legitimidade e interesse processual do demandante em apurar a existência de possível ofensa moral, sabedor ele dos ônus processuais, caso a pretensão seja julgada improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 29 de setembro de 2015.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Ademar Vieira Júnior apela da sentença proferida pelo juízo da 3ª vara cível residual da comarca de Campo Grande que, nos termos do art. 295 do CPC, indeferiu a inicial por ausência de legitimidade ativa e interesse processual, nos autos da ação de indenização por danos morais movida contra Laércio Alves dos Santos, ora apelado.

Narra que foi surpreendido com sua foto estampada nas redes sociais “facebook e whatsApp” com o seguinte título: “*Campo Grande fodida e o verme na praia*” (f. 38).

Diz que a foto com sua imagem na praia foi registrada no mês de janeiro de 2015 e publicada, sem sua autorização, pelo site Top Mídia News no mês de março de 2015. Por sua vez, o apelado publicou nas citadas redes sociais em 22.05.2015.

Afirma ser homem íntegro e de bom caráter e nunca deu motivo para ser chamado de “verme”, e tampouco conhece o apelado, de modo que não pode ser insultado desta forma.

Aduz que, ao contrário do quanto ponderado pelo juízo *a quo*, a imagem publicada nas redes sociais faz menção clara e expressa à sua pessoa como agente político e é evidente que o ofensor se dirige ao ora apelante, o chamando de “verme”.

Prossegue dizendo que não importa o fato de que a fotografia publicada tenha um número indeterminado de indivíduos, quando, na verdade, “*a intenção do ofensor era a de publicar, difamar e caluniar a imagem de uma só pessoa naquela imagem: o Vereador Coringa*” (sic, f. 47).

Requer o provimento do apelo para o fim de cassar a decisão que indeferiu a inicial, determinando o retorno dos autos para regular instrução e julgamento. Requer, ainda, a antecipação de tutela para o fim de determinar a exclusão da imagem publicada nas referidas redes sociais e que seja expedido ofício à “*Empresa Facebook*” para tal finalidade (f. 57).

Sem contrarrazões, já que não houve a angularização processual.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Trata de apelação interposta por Ademar Vieira Júnior contra a sentença proferida pelo juízo da 3ª vara cível residual da comarca de Campo Grande que, nos termos do art. 295 do CPC, indeferiu a inicial por ausência de legitimidade ativa e interesse processual do autor, nos autos da ação de indenização por danos morais movida contra Laércio Alves dos Santos, ora apelado.

Não houve formação da relação jurídico-processual.

Em sua inicial narra o autor ter sido surpreendido com sua foto estampada nas redes sociais “*facebook e whatsapp*” com o seguinte título: “*Campo Grande fodida e o verme na praia*” (f. 38).

Diz que a foto com sua imagem na praia foi registrada no mês de janeiro de 2015 e publicada, sem sua autorização, pelo *site* Top Mídia News no mês de março de 2015. Por sua vez, o apelado publicou nas citadas redes sociais em 22.05.2015.

Afirma ser homem íntegro e de bom caráter e nunca deu motivo para ser chamado de “*verme*”, e tampouco conhece o apelado, de modo que não pode ser insultado desta forma.

Aduz que, ao contrário do quanto ponderado pelo juízo *a quo*, a imagem publicada nas redes sociais faz menção clara e expressa à sua pessoa como agente político e é evidente que o ofensor se dirige ao ora apelante, o chamando de “*verme*”.

Prossegue dizendo que não importa o fato de que a fotografia publicada tenha um número indeterminado de indivíduos, quando, na verdade, “*a intenção do ofensor era a de publicar, difamar e caluniar a imagem de uma só pessoa naquela imagem: o Vereador Coringa*” (sic, f. 47).

Requer o provimento do apelo para o fim de cassar a decisão que indeferiu a inicial, determinando o retorno dos autos para regular instrução e julgamento. Requer, ainda, a antecipação de tutela para o fim de determinar a exclusão da imagem publicada nas referidas redes sociais, ou seja, expedido ofício à “*Empresa Facebook*” para tal finalidade (f. 57).

Reputo pertinente transcrever excerto dos fundamentos da decisão recorrida, *in verbis*:

“Trata-se de ação indenizatória por danos morais c/c pedido liminar intentada por ocupante de cargo eletivo contra cidadão, objetivando a reparação civil e a exclusão de perfil de mídia social.”

Pois bem, estabelece o artigo 295 do Código de Processo Civil:

Art. 295. A petição inicial será indeferida:

I – quando for inepta;

I – quando a parte for manifestamente ilegítima;

II – quando o autor carecer de interesse processual;

IV – quando o juiz verificar, desde logo, a decadência ou a prescrição (art. 219, § 5º;

V – quando o tipo de procedimento, escolhido pelo autor, não corresponder à natureza da causa, ou ao valor da ação; caso em que só não será indeferida, se puder adaptar-se ao tipo de procedimento legal;

VI – quando não atendidas as prescrições dos arts. 39, parágrafo único, primeira parte, e 284.

Consoante se verifica do dispositivo, configura-se como condição da ação o interesse de agir, que repousa na existência da necessidade da tutela jurisdicional, na impossibilidade de obter a satisfação do alegado direito sem a intercessão do Estado, bem como na adequação entre a situação lamentada pelo autor ao vir a juízo e o provimento jurisdicional concretamente solicitado.

(...)

De seu lado, a legitimidade é a pertinência subjetiva do direito de agir. Em outras palavras, a legitimidade da pessoa decorre de ser ela a indicada a suportar/receber os efeitos oriundos da sentença.

No caso dos autos, tenho que o autor carece tanto de legitimidade ativa quanto de interesse processual.

Inicialmente, no alegado comentário calunioso e difamador, inexistente qualquer menção a si. Explico.

O lastro argumentativo do autor reside na existência de publicação de comentário criminoso contra sua honra em perfil social pertencente ao réu. Entretanto, compulsando os autos, verifica-se inexistente qualquer imputação a seu nome, cargo ou outra qualificação que permita se aferir que a veiculação combatida se dirija ao autor. Em verdade, trata-se de foto cujo o centro é preenchido por dois homens e duas mulheres, possuindo ainda um número indeterminado de indivíduos ao espaço da imagem (f. 2). Esta foto é objeto de notícia veiculada por jornal não identificado, sendo ambos não impugnados pelo demandante. Ao topo, o suposto comentário criminoso, possui o seguinte teor: ‘Campo grande fodida e o verme na praia’ [sic].

Como dito, não é possível se aferir a quem é dirigido tal comentário, ante à indeterminação do sujeito da publicação e ao número de indivíduos presentes na foto.

Ainda que não o fosse, o pedido de exclusão do perfil de mídia social do réu ante à suposta prática de injúria/difamação/calúnia, é provimento absolutamente desproporcional e inadequado ao agravo sustentado pelo autor.

Na atualidade, a vida digital dos indivíduos, notadamente os espaços virtuais que desenvolvem para comunicação, expressão, interação, etc., de forma a relacionar estas informações àquelas de sua vida civil, representa extensão da própria pessoa. Neste sentido, quando o indivíduo cria um espaço cibernético capaz de identificá-lo em absoluto perante à sociedade, e mais, ligando-o com as informações de sua vida civil, como é o caso das redes sociais, é indubitável que se está defronte de um direito de personalidade.

Nosso Tribunal de Justiça já caminha para tal entendimento:

(...)

Assim, o pedido do autor (exclusão de perfil virtual), demonstra-se inadequado à alegação de dano à honra, supostamente existente em um comentário genérico existente dentro do espaço virtual do réu.

Posto isso, com fulcro no art. 295 do CPC indefiro a inicial desta ação de indenização por danos morais c/c pedido liminar que Ademar Vieira Junior apresentou em face de Laercio Alves dos Santos.

Custas à cargo do autor. Sem honorários advocatícios à ausência de litígio.

Transitada em julgado, ao arquivo.”

Ao contrário do pensamento do juízo *a quo*, tenho que estão presentes as condições para o exercício do direito de ação, visando o exame do mérito da pretensão do autor apelante, caso não ocorra motivo outro para a extinção prematura do processo.

Na petição inicial o autor atribui ao réu a responsabilidade dele de ter se dirigido à sua pessoa, com comentário supostamente ofensivo, ao dizer: “*Campo grande fodida e o verme na praia*” (sic), como se o verme fosse a pessoa do demandante, que é vereador em Campo Grande.

Há de se examinar, pois, os conceitos de legitimidade e interesse.

Para Fredie Didier Júnior, citando Araken de Assis¹:

“Parte legítima é aquela que se encontra em posição processual (autor ou réu) coincidente com a situação legitimadora, ‘decorrente de certa previsão legal, relativamente àquela pessoa e perante o respectivo objeto litigioso’. Para exemplificar: se alguém pretende obter uma indenização de outrem, é necessário que o autor seja aquele que está na posição jurídica de vantagem e o réu seja o responsável, ao menos em tese, pelo dever de indenizar.” (Curso de Direito Processual Civil, vol. 1, Podivm, 2008, p. 177).

Ao discorrer sobre interesse processual, Moacyr Amaral Santos diz que:

(...) o interesse de agir é um interesse secundário, instrumental, subsidiário, de natureza processual, consistente no interesse ou necessidade de obter uma providência jurisdicional quanto ao interesse substancial contido na pretensão. Basta considerar que o exercício do direito de ação, para ser legítimo, pressupõe um conflito de interesses, uma lide, cuja composição se solicita do Estado. ... O que move a ação é o interesse na composição da lide (interesse de agir), não o interesse em lide (interesse substancial).²

Luiz Rodrigues Wambier³, também aduz que:

¹ Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Podivm, 2008, p. 177. v. 1.

² Primeiras Linhas de Direito Proc. Civil. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 178-19. v. 1.

³ Curso Avançado de Processo Civil. 10. ed., São Paulo: RT, 2008, p.160. v. I.

“O interesse processual está presente sempre que a parte tenha a necessidade de exercer o direito de ação (e, conseqüentemente, instaurar o processo) para alcançar o resultado que pretende, relativamente à sua pretensão e, ainda mais, sempre que aquilo que se pede no processo (pedido) seja útil sob o aspecto prático... É importante esclarecer que a presença do interesse processual não determina a procedência do pedido, mas viabiliza a apreciação do mérito, permitindo que o resultado seja útil, tanto nesse sentido quanto no sentido oposto, de improcedência”.

No caso em comento o autor tem legitimidade para agir, porque teria sido a pessoa atingida pelo comentário feito pelo réu. Logo, o autor é o titular desse direito de demandar. Também há o interesse processual, porque só o judiciário poderá declarar ou não a existência de possível violação ao direito material.

Neste momento processual não se pode adentrar no mérito da questão. Saber a quem teria sido dirigido o comentário é questão relativa ao mérito; questão probatória, sabendo o autor, de antemão, sua responsabilidade processual caso sua pretensão seja julgada improcedente. Afinal, o vereador, como político, renuncia praticamente à sua privacidade; passa a ser alvo de comentários, na maioria desairosos e contendo assacardilhas. Esse, infelizmente, é o preço que se paga para ser político. Esta é a triste realidade do Brasil, principalmente no momento atual, de crise ética e moral, com escândalos de barganhas nada republicanas envolvendo empresários e políticos, ressaltados aqueles que ainda têm a honra do respeito à coisa pública que, creio, é o caso do autor. Saber se o comentário se dirigiu à pessoa do autor apelante e se teve o condão de denegrir a sua imagem é questão relacionada ao mérito.

Posto isso, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para, em tornando insubsistente a sentença, determinar o retorno do feito ao juízo singular, para a continuidade do andamento da ação, com a citação do réu, salvo motivo outro que possa ensejar a extinção do feito.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 29 de setembro de 2015.

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0000164-66.2008.8.12.0036 – Inocência
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – EXTINÇÃO DE CARGOS E DISPONIBILIDADE DE SERVIDORES CONCURSADOS – PRELIMINARES DE NULIDADE DA SENTENÇA REJEITADAS – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE REJEITADA – COMPROVAÇÃO DO ATO ÍMPROBO – OFENSA AO DEVER DE CONCURSO PÚBLICO – LESÃO AO ERÁRIO – CONDENAÇÃO DA MUNICIPALIDADE EM OUTROS PROCESSOS AO RESSARCIMENTO DAS DIFERENÇAS DE VERBAS SALARIAIS – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Não há como permitir que servidores ou agentes políticos pratiquem atos que nitidamente afrontam os princípios administrativos, ainda que com respaldo em norma local, se esta também tem cunho visivelmente imoral e ilegal, aos olhos do *homo medius*.

Restou evidente que a extinção dos cargos de técnico legislativo e advogado, de servidores estáveis, apenas se efetivou porque tais ocupantes não deteriam a “confiança” dos edis integrantes da Casa de Leis, porque não houve seu apoio eleitoral aos então candidatos ou porque eram parentes dos antigos administradores, e apenas por esta razão não estariam qualificados a ocuparem tais funções.

A tentativa de afastamento dos servidores, através da extinção indevida de cargos via das Resoluções editadas pela Casa de Leis do município, era a de burlar a regra do concurso público, previsto no artigo 37, II, da CR.

Recurso conhecido e improvido.

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, 1 de dezembro de 2015.

Des. Marcelo Câmara Rasslan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Trata-se de apelação cível interposta por Valdir Delírio Martins contra sentença que o condenou ao ressarcimento por danos ao erário em ação civil pública por improbidade administrativa ajuizada por Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, com fundamento na violação aos artigos 10, incisos XI e XII, e 11, inciso I, ambos da Lei n.º 8.249/92.

No apelo apresentado (f. 1090-122), suscita preliminares de nulidade da sentença, pela ausência de fundamentação legal na parte dispositiva, o que ofenderia o artigo 458, III, do CPC, e pela condenação ter se dado em julgamento *extra e ultra petita*.

Reitera sua ilegitimidade para estar no polo passivo, uma vez que as resoluções que determinaram a extinção dos cargos de técnico legislativo, e posteriormente criaram cargos em comissão de assessor parlamentar e assessor jurídico, foram aprovadas por ato conjunto da Mesa Diretora da Câmara, razão pela qual a própria Câmara Municipal deveria integrar a demanda.

No mérito, entende que não houve comprovação de prejuízo ao erário, tampouco do elemento subjetivo do dolo, exigido pelos artigos 10 e 11, da Lei de Improbidade Administrativa, o que enseja, inclusive, eventual declaração de falta de interesse de agir da ação civil pública por improbidade administrativa.

Afirma que respeitou as normas legais e as alegadas resoluções foram aprovadas pelo Plenário e promulgadas pela Mesa Diretora da Câmara Municipal, inexistindo, pois, má-fé. Entende que se houve culpa, toda a edilidade ou Mesa Diretora sujeitam-se a condenação ao ressarcimento a si imputado.

Pede o conhecimento e provimento do recurso para acolhimento das preliminares ou, no mérito, a reforma da sentença para julgamento improcedente da ação.

Contrarrazões foram juntadas às f. 1135-47, pela manutenção da sentença.

Parecer ministerial foi acostado às f. 1153-64, pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Consta dos autos que Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul ajuizou ação civil pública por improbidade administrativa contra Valdir Delírio Martins, praticada enquanto este ocupou a Presidência da Câmara Municipal de Vereadores de Inocência, e consubstanciada na edição da Resolução n.º 01/2001, que culminou na extinção dos cargos de técnico legislativo e advogado, e por consequência, deixou os respectivos servidores ocupantes dos cargos em disponibilidade.

Ato contínuo, por meio da Resolução n.º 02/2001, o ora recorrente teria reformulado o quadro funcional da edilidade, com a criação de três cargos em comissão de assessor parlamentar e um de assessor jurídico, com funções coincidentes com aquelas dos cargos extintos.

A imputação inicial implicava nas sanções penais, civis e administrativas do artigo 10, XI e XII, e 11, I, ambos da Lei n.º 8.249/92.

Após a instrução realizada, a sentença reconheceu parcialmente a prescrição na aplicação das penas, porém condenou a parte requerida ao ressarcimento dos valores a que o Município também foi condenado judicialmente em relação aos servidores concursados que foram colocados em disponibilidade, indevidamente, pela Resolução n.º 01/2001, acima aludida.

No apelo apresentado (f. 1090-122), o recorrente Valdir Delírio Martins suscita preliminares de nulidade da sentença, pela ausência de fundamentação legal na parte dispositiva, o que ofenderia o artigo 458, III, do CPC, e pela condenação ter se dado em julgamento *extra e ultra petita*.

Reitera sua ilegitimidade para estar no polo passivo, uma vez que as resoluções que determinaram a extinção dos cargos de técnico legislativo e, posteriormente, criou cargos em comissão de assessor parlamentar e assessor jurídico, foram aprovadas por ato conjunto da Mesa Diretora da Câmara, razão pela qual a própria Câmara Municipal deve integrar a demanda.

No mérito, entende que não houve comprovação de prejuízo ao erário, tampouco do elemento subjetivo do dolo, exigido pelos artigos 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa, o que enseja, inclusive, eventual declaração de falta de interesse de agir da ação civil pública por improbidade administrativa.

Afirma que respeitou as normas legais, e que as resoluções foram aprovadas pelo plenário e promulgadas pela Mesa Diretora da Câmara Municipal, inexistindo, pois, má-fé. Entende que se houve culpa, esta deve ser imputada a toda edilidade ou à Mesa Diretora a quem cabe a condenação ao ressarcimento a si imputado.

I. Preliminares de nulidade da sentença.

Argui o recorrente a nulidade da sentença pela ausência de fundamentação legal na parte dispositiva, o que ofenderia o artigo 458, III, do CPC, e pela condenação ter se dado em julgamento *extra e ultra petita* quanto à determinação de ressarcimento aos cofres públicos.

Primeiramente, quanto à ausência de fundamentação na parte dispositiva da sentença, em razão da alusão de ressarcimento de valores estabelecidos em outro processo judicial, vejo que não há qualquer ofensa ao artigo 458, III, do CPC.

Como bem se sabe, e conforme ensina Freddie Didier Jr., “*o dispositivo é um elemento nuclear comum a todo e qualquer pronunciamento judicial com conteúdo jurídico*”¹.

Ora, ainda que na parte dispositiva da sentença apenas haja menção ao processo judicial em que a municipalidade foi condenada a ressarcir os respectivos servidores de carreira exonerados ou colocados em disponibilidade, indevidamente, em decorrência do ato legislativo aqui em pauta, no decorrer da fundamentação daquela decisão, houve expresso esclarecimento deste ponto.

Como se verifica dos autos, a sentença foi clara o suficiente para destacar que a condenação sofrida teria por base lógica o *quantum* em que o município foi compelido a arcar com o ressarcimento das verbas subsidiárias não pagas corretamente aos aludidos servidores.

Eis o trecho da sentença que muito bem especifica essa determinação:

“(...) Restou comprovado nos autos que, em razão da edição das resoluções ilegais/inconstitucionais acima mencionadas, houve prejuízo ao erário, consistente nos valores que o Município foi condenado judicialmente a pagar aos servidores concursados que foram colocados em disponibilidade pela Resolução n.º 01/2001 (autos n.º 036.05.000538-9 e 036.05.000546-0)” (f. 1080).

Ademais, Didier Jr. menciona com propriedade:

“(...) Por último, vale destacar que o preceito, a conclusão judicial, não é só aquilo que está contido, formalmente, na parte dispositiva da decisão. Ainda que sua conclusão seja lançada na fundamentação do julgado, ou em qualquer parte, ela comporá o dispositivo da decisão. Deve-se levar em conta o conteúdo para que se possa estabelecer o que compõe o dispositivo da decisão, e não a forma como ela está redigida”².

1 DIDIER JUNIOR, Freddie. *Curso de Direito Processual Civil*. 2. ed. Editora JusPodivm. 2008. p.274, v.2.

2 *Ibidem*. p. 277.

Por tais motivos, não se vislumbra a nulidade da sentença por ofensa ao artigo 458, III, do CPC.

Em relação à nulidade da sentença pelo julgamento *extra e ultra petita*, uma vez que a condenação fez alusão a valores que não foram objetos de sua defesa, já que discutidos em outros autos não colacionados ao esse feito, vejo que igualmente não assiste razão ao apelante.

Como bem ilustrado pelo parecer da PGJ às f. 1153-64, ambas as ações mencionadas pela magistrada *a quo* como *ratio decidendi* em sua sentença foram mencionadas na inicial e simplesmente refletiram parte do objeto dos pleitos condenatórios de ressarcimento de danos.

Ora, se o caso resultou em danos ao patrimônio público, já que o Município foi condenado ao pagamento de diferenças salariais aos antigos servidores irregularmente exonerados ou colocados em disponibilidade, não há o que se discutir quanto a essa pena porque estes foram os valores dispendidos pelo Município e que ocasionaram o dano ao erário.

A generalidade pela não indicação do valor, aliás, deve também ser proposital, justamente porque naqueles casos, pode ser que haja modificação do *quantum*, razão pela qual eventual exequibilidade da pena de ressarcimento do dano pelo ato de improbidade - cuja legitimidade também abrange o MP, como já se manifestou as Cortes Superiores - deverá ser previamente liquidada para melhor aferir e aquilatar os reais danos ao erário.

Por tais motivos, afasto as preliminares de nulidade da sentença.

II. Preliminar de ilegitimidade.

O apelante reitera sua ilegitimidade passiva, uma vez que as resoluções que determinaram a extinção dos cargos de técnico legislativo e advogado, e posteriormente criou cargos em comissão de assessor parlamentar e assessor jurídico, foram aprovadas por ato conjunto da Mesa Diretora da Câmara, razão pela qual a própria Câmara Municipal deve integrar a demanda.

Realmente, os atos normativos que ocasionaram a extinção, e pouco depois, a criação de outros cargos em comissão são complexos, como afirmou o apelante, cuja responsabilidade compete não apenas a si, que atuou como presidente daquela Casa de Leis, mas também pela Mesa Diretora e por todos os edis que votaram e editaram referidos atos.

Não se encontra de todo errada tal fundamentação. De fato, a responsabilidade averiguada pelo atos normativos não deveria ser imputada unicamente ao então ocupante da presidência da Câmara de Inocência, entretanto, se há solidariedade, como mesmo defende o apelante, também há possível responsabilidade de sua parte.

Controversa tal alegação, já que praticamente consiste em confissão de uma eventual responsabilidade também a si conferida.

Como este feito apenas averiguou os fatos sob o contraditório do ora apelante, e porque também sua responsabilidade não é excluída nem mitigada pelo fato de as resoluções legislativas municipais terem sido ato complexo, como muito bem mencionou a PGJ (f. 1155), a legitimidade passiva *ad causam* do ora recorrente deve ser mantida. E esta, logicamente, não exclui a dos demais parlamentares que participaram das imoralidades e ilegalidades perpetradas.

Rejeito, pois a preliminar.

III. Mérito.

No mérito, o apelante argumenta que não houve comprovação de prejuízo ao erário, tampouco do elemento subjetivo do dolo, exigido pelos artigos 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa, o que enseja, inclusive, eventual declaração de falta de interesse de agir da ação civil pública por improbidade administrativa.

Afirma que respeitou as normas legais e as alegadas Resoluções foram aprovadas pelo Plenário e promulgadas pela Mesa Diretora da Câmara Municipal, inexistindo, pois, má-fé.

Não é, entretanto, o que se extrai dos fatos comprovados nestes autos, que demonstra escancarada e imoral atitude do apelante e respectiva Casa Legislativa na atuação analisada.

Como mencionado brevemente no relatório, após a troca de administração municipal, no ano de 2001, foi editada a Resolução n.º 01, de 09/01/2001 (f. 22), que culminou na extinção dos cargos de técnico legislativo e advogado, e por consequência, deixou os respectivos servidores que ocupavam tais cargos em disponibilidade.

Ato contínuo, por meio da Resolução n.º 02, de 05/03/2001 (f. 25-30), o ora recorrente teria reformulado o quadro funcional da edilidade com a criação de três cargos em comissão de assessor parlamentar e um de assessor jurídico, cujas funções coincidiam com as daqueles cargos extintos.

Evidenciado o caráter ímprobo desses atos, nos moldes dos artigos 10, incisos XI e XII e 11, I, da Lei n.º 8.429/92, eis que os atos se dirigiam a perseguir os então ocupantes dos cargos, concursados, e burlar a necessidade deste, estabelecida pela Constituição da República.

Por certo que em relação às figuras que ocasionam penas pela improbidade, houve o acolhimento da tese de prescrição e sobre tal já pende o manto da preclusão, infelizmente.

No entanto, em relação ao ressarcimento ao erário, consequência dos danos pelos atos de improbidade tanto pelo prejuízo ao erário como pela ofensa aos princípios da Administração Pública, é absolutamente evidente o dolo específico da parte.

Como já mencionei em outras oportunidades, *“não há como permitir que servidores ou agentes políticos pratiquem atos que nitidamente afrontam os princípios administrativos, ainda que com respaldo em norma local, se esta também tem cunho visivelmente imoral e ilegal, aos olhos do homo medius”*³.

Ora, restou escancarado que a extinção dos cargos de técnico legislativo e advogado, ocupados por servidores estáveis e submetidos a concurso público, apenas se efetivou porque tais ocupantes não deteriam a “confiança” dos edis daquela Casa de Leis, aos quais eles não apoiaram eleitoralmente quando candidatos ou, ainda, porque eram parentes dos antigos administradores, e apenas por esta razão não estariam qualificados a ocuparem tais funções.

Isso restou comprovadamente demonstrado neste feito, como bem mencionou a magistrada *a quo* (f. 1082):

“(...) No caso dos autos, a culpa do requerido é inconteste, pois, confirma depoimento das testemunhas, ele e outros vereadores combinaram de colocar em disponibilidade quatro servidores concursados tão somente pelo fato de que tais servidores não os haviam apoiado em suas candidaturas, bem como pelo fato de que eram parentes dos anteriores Prefeitos e Presidente da Câmara. A testemunha Gervásio Martins, também vereador à época dos fatos, às fls. 787/788, confirmou que ‘(...) o Presidente da Câmara colocou três ou quatro funcionários concursados em disponibilidade porque não eram tanto da confiança dos vereadores da Câmara e resolveram colocar outras pessoas de confiança no lugar dos afastados para que pudessem realizar um bom governo(...)’. (destaque nosso).

³ Voto vista na AC n.º 0006048-65.2010.8.12.0017.

Ademais, a proximidade temporal entre as aludidas resoluções apenas faz transparecer mais a conclusão a que também chegou a magistrada *a quo*, ou seja, que com aludidos atos normativos se buscou burlar a regra do concurso público, constitucionalmente previsto no artigo 37, II.

Aliás, o ato ímprobo capitulado no art. 11, I, da Lei n.º 8.429/97, por violação aos princípios da administração, está intimamente ligado aos conceitos básicos, entre outros de honestidade, moralidade, legalidade e impessoalidade, especialmente porque o agente administra aquilo que não lhe pertence, ou seja, bens e interesses alheios, de modo que o dever de probidade deve ser ainda maior, eis que a gestão se refere aos bens e interesses da coletividade.

Ao tratar do atos que configuram a improbidade por violação aos princípios da administração pública, Arnaldo Rizzardo destaca:

Os atos de improbidade, aqui, não advém de atos que beneficiem o agente, que enriqueçam a ele ou a terceiros ilicitamente, ou que tragam prejuízos diretos ao erário, mas que podem lesá-lo pela omissão ou ineficiência na prestação das atividades e de dever de ofício, pelo exercício da função de modo a desmerecer o serviço público, e que ferem certos princípios da Administração Pública, o que se verifica com a violação de vários deveres. Trata-se de atos atentatórios à sanidade e moralidade administrativa porque revelam o desvio ético da conduta do servidor ou agente e dos terceiros favorecidos, a falta de habilidade moral, o abalo da credibilidade e a denegação da seriedade administrativa. (Ação Civil Pública e a Ação de Improbidade Administrativa, 3.ª Ed, Forense, 2014, p. 498).

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR SEM CONCURSO PÚBLICO – PRÁTICA DE ATO VIOLADOR DE PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS – ARTIGO 11 DA LEI 8429/92 – RECONHECIMENTO DE DOLO GENÉRICO – PENALIDADE APLICADA – PROPORCIONALIDADE – REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO E PROBATÓRIO DOS AUTOS – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 7/STJ.

1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é a ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Assim, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9.º e 11 da Lei 8.429/92 é indispensável, para a caracterização de improbidade, que o agente tenha agido dolosamente e, ao menos, culposamente, nas hipóteses do artigo 10.

2. Os atos de improbidade administrativa descritos no artigo 11 da Lei n.º 8429/92, como visto, dependem da presença do dolo genérico, mas dispensam a demonstração da ocorrência de dano para a Administração Pública ou enriquecimento ilícito do agente.

3. Na hipótese dos autos, o Tribunal a quo, embora tenha consignado que era prescindível a demonstração de dolo ou culpa do agente, reconheceu expressamente ser “flagrante a inobservância da regra de provimento dos cargos públicos por meio de concurso público, conforme previsto na Carta Magna, deve ser reconhecida a ilegalidade na contratação”, daí porque não há que se falar na inexistência do elemento doloso.

4. No que concerne à apontada violação ao art. 12 da Lei 8429/92, a análise da pretensão recursal no sentido de que sanções aplicadas não observaram os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, com a consequente reversão do entendimento manifestado pelo Tribunal de origem, exige o reexame de matéria fático-probatória dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

5. *Agravo regimental não provido.* (AgRg no REsp 1500812/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 21/05/2015, DJe 28/05/2015).

Configurados todos os elementos para a condenação pela improbidade administrativa, deve-se manter a sentença em seus termos.

Diante do exposto, conheço do recurso interposto por Valdir Delírio Martins, rejeito as preliminares e, no mérito, a ele nego provimento, conforme parecer ministerial, mantendo a sentença tal qual lançada.

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. Marcelo Câmara Rasslan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. Divoncir Schreiner Maran e Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 01 de dezembro de 2015.

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0000986-35.2011.8.12.0041 - Ribas do Rio Pardo
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – CONSTITUCIONAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA–NEPOTISMO–SERVIDORES OCUPANTES DE CARGO EM COMISSÃO – RELAÇÃO DE PARENTESCO COM VEREADOR – VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL – PRINCÍPIOS DA MORALIDADE, IMPESSOALIDADE, ISONOMIA E EFICIÊNCIA – STF, SÚMULA N. 13 – RECURSO IMPROVIDO.

A denúncia anônima, por si, não impede que o Ministério Público realize administrativamente as investigações necessárias para formação de juízo de valor sobre a veracidade da notícia, e instaure, para isto, o inquérito civil público.

O que se veda é a propositura de ação temerária, desprovida de averiguações oficiais, fundada unicamente em notícia apócrifa, o que se distancia da situação sob análise, eis que as contratações restaram incontroversas nos autos.

A nomeação de parentes de vereador para ocuparem cargos de confiança na Câmara Municipal viola a Súmula Vinculante n.º 13, do e. STF, e configura ato de improbidade por ser ilegal e ferir a moralidade administrativa (art. 11, da Lei n.º 8.429/1992).

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 agravo retido e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 1 de dezembro de 2015.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Célia Regina Rodrigues Ribeiro, Eurides Pereira Dias Rodrigues, Sidinei Fontebasse Ferreira, Daniella Cardozo Fontebasse, Adão Coene Batista, Valdeir Roberto Pereira, Henrique Pereira Dia Filho, Antônio Celso Rodrigues da Silva Júnior e Justino Machado Nogueira, contra a sentença que julgou parcialmente procedente a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual, para apuração de atos de improbidade por eles praticado, caracterizado pela prática de nepotismo.

Alegam preliminar de nulidade da sentença por ausência de processamento do agravo retido (f. 390-1), o que constitui cerceamento de defesa. Também entendem que sentença está eivada de nulidade, por não ter se manifestado, expressamente, sobre os artigos 458 e 459, ambos do CPC, no que tange a tese alegada em contestação de que a ação teria se iniciado por denúncia anônima, o que não foi ratificado em sede de

embargos de declaração ao argumento de omissão, contudo, os embargos foram rejeitados pelo julgador, em expressa violação, também, ao art. 535, II, do CPC.

No mérito, alegam que a ação deve ser extinta por ter se iniciado a partir de denúncia anônima, “*o que é vedado pela Constituição da República (art. 5.º, inciso IV), de acordo com o entendimento do STF em caso semelhante (nulidade de processo criminal por ter se iniciado de denúncia anônima)*” (f. 447).

Afirmam que inexistiu a prática de nepotismo, eis que não se configura, nem em tese, parentesco civil, pois a Súmula Vinculante n.º 13/STF e o art. 27, § 7.º, da Constituição Federal, vedam a nomeação de parente consanguíneo ou afim, até o terceiro grau civil, da autoridade, o que não é o caso dos autos, pois os nomeados em cargos de comissão (Eurides, Antônio, Augusto), não possuem qualquer parentesco civil com os vereadores Célia, Henrique e Natanael.

Também entendem que não restou configurado ato de improbidade administrativa por ausência de prejuízo ao erário, e de dolo ou má-fé.

Alternativamente, pedem a redução das penas aplicadas porque entendem ser excessivas e desproporcionais.

Pedem o recebimento, conhecimento, e provimento do recurso para o fim de anular a sentença ou a reforma do julgado com consequente redução do valor da pena aplicada.

Contrarrazões às f. 460-70, pela manutenção da sentença.

Em parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça opina pela rejeição das preliminares e improvimento do recurso de apelação.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Célia Regina Rodrigues Ribeiro, Eurides Pereira Dias Rodrigues, Sidinei Fontebasse Ferreira, Daniella Cardozo Fontebasse, Adão Coene Batista, Valdeir Roberto Pereira, Henrique Pereira Dia Filho, Antônio Celso Rodrigues da Silva Júnior e Justino Machado Nogueira, interpõe recurso de apelação contra a sentença que julgou parcialmente procedente a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual, para apuração de atos de improbidade por eles praticado, caracterizado pela prática de nepotismo.

Sustentam preliminar de nulidade da sentença por ausência de processamento do agravo retido (f. 390-1), o que constituiria cerceamento de defesa. Também entendem que sentença está eivada de nulidade, por ausência de expressa manifestação sobre os artigos 458 e 459, ambos do CPC, no que tange à alegação, trazida em contestação, de que a ação teria se iniciado por denúncia anônima.

No mérito, também alegam que a ação deve ser extinta por ter se iniciado a partir de denúncia anônima, “*o que é vedado pela Constituição da República (art. 5.º, inciso IV), de acordo com o entendimento do STF em caso semelhante (nulidade de processo criminal por ter se iniciado de denúncia anônima)*” (f. 447).

Afirmam que inexistiu a prática de nepotismo, eis que não se configurou, nem em tese, parentesco civil entre os vereadores e os nomeados nos cargos em comissão da Câmara Municipal, pois a Súmula Vinculante n.º 13/STF, e o art. 27, § 7.º, da Constituição Federal, vedam a nomeação de parente consanguíneo ou afim, até o terceiro grau civil, da autoridade, o que não é o caso.

Também entendem que não restou configurado ato de improbidade administrativa por ausência de prejuízo ao erário, e de dolo ou má-fé.

Alternativamente, pedem a redução das penas aplicadas porque entendem ser excessivas e desproporcionais.

Pois bem.

O Ministério Público Estadual ajuizou ação civil pública para apuração de atos de improbidade administrativa, configurado pela prática de nepotismo, decorrente da indicação e nomeação em cargos comissionados na Câmara Municipal de Ribas do Rio Pardo, no ano de 2009.

A sentença julgou parcialmente procedente os pedidos, anulou as contratações e condenou os apelantes (vereadores), ao pagamento de multa no valor equivalente a 03 (três) vezes o salário que recebiam na época da contratação; ao vereador-presidente (Justino Machado Nogueira), a multa equivalente à soma de todas as 04 (quatro) multas aplicadas aos quatro vereadores e, aos contratados, multa equivalente ao dobro do último salário recebido (f. 433).

Verifico dos autos que no ano de 2009, o presidente da Câmara Municipal, Justino Machado Nogueira efetivou a nomeação de pessoas indicadas por outros vereadores em cargos comissionados, bem como de assessor jurídico, o qual também era parente de vereador.

Foram nomeados por indicação, ao cargo de assessor parlamentar, as seguintes pessoas:

- a). Daniella Cardozo Fontebassi, sobrinha do vereador Sidinei Fontebasse Ferreira;
- b). Antônio Celso Rodrigues da Silva, sobrinho do vereador Henrique Pereira Dias Filho;
- c). Valdeir Roberto Pereira, genro do vereador Adão Coene Batista;
- d). Eurides Pereira Dias Rodrigues, cunhada da vereadora Célia Regina Rodrigues Ribeiro.

E foi nomeado para o cargo de assessor jurídico da Câmara Municipal, Augusto Vissoto Filho, tio do vereador Natanael Augusto Vissoto Filho.

A preliminar de nulidade da ação civil pública por ter sido instaurada com base em denúncia anônima não merece prosperar.

Ora, a denúncia anônima, por si, não impede que o Ministério Público realize administrativamente as investigações necessárias para formação de juízo de valor sobre a veracidade da notícia, e instaure, para isto, o inquérito civil público.

O que se veda é a propositura de ação temerária, desprovida de averiguações oficiais, fundada unicamente em notícia apócrifa, o que se distancia da situação sob análise, eis que as contratações restaram incontroversas nos autos.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INQUÉRITO CIVIL ABERTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO COM BASE EM DENÚNCIA ANÔNIMA. POSSIBILIDADE. 1. Recurso ordinário no qual se discute a possibilidade de o Ministério Público instaurar inquérito civil para apurar a veracidade de fraudes em procedimentos licitatórios, que foram informadas por meio de denúncia anônima. 2. A Lei n. 8.625/1993, Lei Orgânica do Ministério Público, e a Resolução n. 23/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público

autorizam a atuação investigatória do parquet, no âmbito administrativo, em caso de denúncia anônima. Precedente: RMS 30.510/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 10/02/2010. 3. **No caso, o parquet instaurou inquérito civil com base em denúncia anônima que continham indícios que supostamente caracterizariam fraudes em procedimentos licitatórios, bem como baseou-se em notícia determinada que é objeto em outros inquéritos civis.** 4. Recurso ordinário não provido. (STJ; RMS 37.166; Proc. 2012/0026401-3; SP; Primeira Turma; Rel. Min. Benedito Gonçalves; Julg. 09/04/2013; DJE 15/04/2013 – destaquei).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE. INDÍCIOS DA PRÁTICA DE ATO ÍMPROBO. RECEBIMENTO DA INICIAL. DENÚNCIA ANÔNIMA. INVESTIGAÇÕES POSTERIORES. NULIDADE DAS PROVAS COLHIDAS. INOCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO. 1. O procedimento previsto no art. 17, § 8.º, da Lei n.º 8.429/92, introduzido pela Medida Provisória n.º 2.225/2001, inovou a Lei de Improbidade Administrativa, possibilitando a rejeição de plano do pedido inicial, não apenas quando o Juiz verificar a ausência de condição da ação ou a ocorrência de pressuposto processual negativo, mas também quando se convencer da inexistência do ato de improbidade ou da improcedência da ação. 2. Não há irregularidade na realização de investigações pelo Parquet motivadas por fatos narrados em denúncia anônima, desde que esta se apresente detalhada e traga elementos suficientes para ensejar as apurações preliminares, tal como feito, na hipótese, pelo órgão ministerial. Precedentes do STJ. 3. A vedação ao anonimato não se trata de direito absoluto, devendo ser sopesada com o direito de petição e com o direito à probidade administrativa, igualmente amparados constitucionalmente. 4. O que se veda é a propositura de ação temerária, desprovida de averiguações oficiais, fundada unicamente em notícia apócrifa, o que se distancia da situação sob análise. 5. As informações trazidas na denúncia anônima, bem como as condutas objeto de apuração no inquérito civil relacionam-se a procedimentos de ampla publicidade, - licitações e contratos públicos -, de interesse comum, que não atingem a esfera da intimidade ou privacidade dos envolvidos, e em relação aos quais incide o dever de prestar contas à sociedade. 6. Ausência de nulidade do inquérito civil e das provas nele produzidas. Recurso provido, para cassar a sentença. (TJMG; APCV 1.0223.13.024122-5/001; Relª Desª Áurea Brasil; Julg. 09/04/2015; DJEMG 22/04/2015).

O próprio Supremo Tribunal Federal já firmou tal entendimento, deixando claro que a persecução penal ou administrativa não pode se basear, exclusivamente, em denúncia ou delação anônima, mas esta pode possibilitar investigações acerca da veracidade dos fatos por ela revelados e, se comprovados estes, nada impede ou vicia a instauração do processo.

Vejam-se, por exemplo, os seguintes julgados:

*EMENTA - Ação penal. Inexigência de licitação (art. 89, caput e parágrafo único, da Lei nº 8.666/93). Desmembramento da ação penal em relação a corréus sem prerrogativa de foro. Descabimento. Alegação de ofensa aos princípios do duplo grau de jurisdição, do juiz natural e da indivisibilidade da ação penal. **Invocação de nulidade do processo pelo fato de a imputação se basear em denúncia anônima e em documentos não submetidos previamente ao contraditório e à ampla defesa, bem como pelo fato de ser inepta a denúncia. Preliminares rejeitadas.** Contratação direta, por município, de empresa especializada para assessoria e consultoria técnica na área de gestão cadastral e tributária. Singularidade do serviço e notória especialização da contratada configuradas. Juízo de adequação típica negativo. Inexistência, outrossim, de delegação de poder de polícia à contratada. Contratação, ademais, fundada em pareceres favoráveis da Procuradoria e da Controladoria-Geral do Município. Erro de tipo configurado. Ausência de dolo. Ação penal improcedente. 1. Desmembramento da ação penal em relação aos corréus que não detêm foro por prerrogativa de função. Descabimento. Inexistência de*

ofensa ao duplo grau de jurisdição e ao juiz natural. Precedentes. Hipótese de continência por cumulação subjetiva (art. 77, I, Código de Processo Penal), em que duas ou mais pessoas são acusadas pela mesma infração. Condutas que se imbricam indissolúvelmente e devem ser analisadas em conjunto. Providência, ademais, não ordenada no primeiro momento em que o processo aqui aportou. Instrução do feito realizada perante o Supremo Tribunal Federal. Feito pronto para julgamento, cuja cisão, na presente fase processual, prejudicaria a compreensão global dos fatos e poderia levar ao pronunciamento de decisões contraditórias, o que deve ser evitado. 2. Denúncia. Oferecimento contra apenas um dos sócios da empresa contratada. Alegação de ofensa ao art. 48 do Código de Processo Penal, sob o fundamento de que os demais sócios também auferiram proveito. Descabimento. Hipótese em que o denunciado foi o único representante da contratada que assinou o contrato vergastado e que, em tese, comprovadamente concorreu para a consumação da ilegalidade (art. 89, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93). Denúncia contra os demais sócios da empresa pelo só fato de ostentarem essa condição, o que implicaria responsabilidade objetiva, vedada pelo direito penal. Princípio da indivisibilidade da ação penal, ademais, que não se aplica à ação penal pública. Precedentes. 3. Nulidade do processo. Alegação de que a imputação se baseou em denúncia anônima. Descabimento. Persecução penal lastreada em documentos públicos não albergados pelo sigilo, quais sejam, o contrato derivado da inexigibilidade de licitação e o procedimento administrativo do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina em que esse julgou ilegal a contratação direta. Peças de informação extraídas de inquérito civil instaurado pelo Ministério Público. Denúncia anônima, outrossim, que foi objeto de procedimento administrativo preparatório do inquérito civil. Precedentes. 4. Alegação de que os documentos em que se lastreia a denúncia não foram submetidos ao contraditório e à ampla defesa. Descabimento. Peças extraídas de inquérito civil. Inaplicabilidade do princípio do contraditório à fase da investigação preliminar. Regra do art. 155 do Código de Processo Penal, a qual não se aplica ao juízo de admissibilidade da acusação. 5. Denúncia. Inépcia não configurada. Descrição suficiente do fato criminoso e de suas circunstâncias, a ensejar o pleno exercício do direito de defesa. Acusados que, no primeiro grau de jurisdição, apresentaram alentadas respostas à acusação, nos termos do art. 514 e 396 do Código de Processo Penal. Superfetação que, embora desnecessária, ensejou a possibilidade de os réus se defenderem amplamente da imputação. 6. Contratação direta de empresa especializada em assessoria e consultoria técnica na área de gestão cadastral e tributária, visando, dentre outros serviços, à implantação de cadastro técnico multifinalitário. Singularidade do serviço e notória especialização da contratada configuradas. Impossibilidade jurídica de haver competição entre eventuais interessados, o que não é um plus que se agrega às hipóteses dos incisos do art. 25 da Lei nº 8.666/93, e sim a consequência lógica da tipificação de uma dessas hipóteses. Contratada, ademais, que já havia prestado outros serviços de mesma natureza, mas de menor complexidade, à Prefeitura contratante e a outro município de grande porte da região. Empresa que gozava da confiança dos administradores. Juízo de adequação típica negativo. 7. Contratação direta de serviços de assessoria e consultoria técnica na área tributária. Inexistência de delegação de poder de polícia à contratada. Contratação, ademais, precedida de pareceres favoráveis da Procuradoria e da Controladoria-Geral do Município. Dolo ausente. Inexistência de consciência da eventual impossibilidade de delegação. Erro de tipo configurado. 8. Ação penal julgada improcedente. (AP 560 SC - Santa Catarina - Relator(a): Min. Dias Toffoli - julg. 25/08/2015 - Órgão Julgador: Segunda Turma - Acórdão Eletrônico DJe-180 Divulg. 10-09-2015 Public 11-09-2015 – destaqueei).

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. DENÚNCIA ANÔNIMA: ADMISSIBILIDADE. REQUISITOS LEGITIMADORES DO ACOLHIMENTO: PRECEDENTES. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência de que “nada impede a deflagração da persecução penal pela chamada ‘denúncia anônima’, desde que esta seja seguida

de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados” (HC 99.490, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJ 31.1.2011). 2. É lícita a prorrogação do prazo legal de autorização para interceptação telefônica, ainda que sucessivamente, quando o fato seja complexo e, como tal, exija investigação diferenciada e contínua. 3. Para a verificação de alegada nulidade de determinados lapsos de tempo nos quais a interceptação telefônica tenha sido realizada sem autorização judicial, seria imprescindível o reexame de fatos e provas, a que não se presta o recurso ordinário em habeas corpus. 4. Recurso ao qual se nega provimento. Prejudicado o agravo regimental interposto. (RHC 125392 / RJ - Rio De Janeiro - Recurso Ordinário Em Habeas Corpus - Relator(a): Min. Cármen Lúcia - j. em 17/03/2015 Órgão Julgador: Segunda Turma - Publicação - Processo Eletrônico Dje-094 Divulg. 20-05-2015 Public. 21-05-2015 – destaqueei).

EMENTA: “HABEAS CORPUS” – RECURSO ORDINÁRIO – MOTIVAÇÃO “PER RELATIONEM” – LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL – DELAÇÃO ANÔNIMA – ADMISSIBILIDADE – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DOS REQUISITOS LEGITIMADORES DE SEU ACOLHIMENTO – DOUTRINA – PRECEDENTES – PRETENDIDA DISCUSSÃO EM TORNO DA ALEGADA INSUFICIÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS – IMPOSSIBILIDADE NA VIA SUMARÍSSIMA DO “HABEAS CORPUS” – PRECEDENTES – RECURSO ORDINÁRIO IMPROVIDO. PERSECUÇÃO PENAL E DELAÇÃO ANÔNIMA – As autoridades públicas não podem iniciar qualquer medida de persecução (penal ou disciplinar), apoiando-se, unicamente, para tal fim, em peças apócrifas ou em escritos anônimos. É por essa razão que o escrito anônimo não autoriza, desde que isoladamente considerado, a imediata instauração de “persecutio criminis”. – Nada impede que o Poder Público, provocado por delação anônima (“disque-denúncia”, p. ex.), adote medidas informais destinadas a apurar, previamente, em averiguação sumária, “com prudência e discrição”, a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude penal, desde que o faça com o objetivo de conferir a verossimilhança dos fatos nela denunciados, em ordem a promover, então, em caso positivo, a formal instauração da “persecutio criminis”, mantendo-se, assim, completa desvinculação desse procedimento estatal em relação às peças apócrifas. – Diligências prévias, promovidas por agentes policiais, reveladoras da preocupação da Polícia Judiciária em observar, com cautela e discrição, notadamente em matéria de produção probatória, as diretrizes jurisprudenciais estabelecidas, em tema de delação anônima, pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Legitimidade Constitucional da Motivação “Per Relationem” – 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. Precedentes. Inadmissibilidade de Exame de Matéria Fático-Probatória em Sede de “Habeas Corpus” – O processo de “habeas corpus”, que tem caráter essencialmente documental, não se mostra juridicamente adequado quando utilizado com o objetivo (a) de promover a análise da prova penal, (b) de efetuar o reexame do conjunto probatório regularmente produzido, (c) de provocar a reapreciação da matéria de fato e (d) de proceder à revalorização dos elementos instrutórios coligidos no processo penal de conhecimento. Precedentes. (RHC 117988 / RS - Rio Grande do Sul Recurso Ordinário Em Habeas Corpus - Relator(a): Min. Gilmar Mendes - Relator(a) p/ Acórdão: Min. Celso De Mello - j. em 16/12/2014 - Julgador: Segunda Turma – Publicação Processo Eletrônico DJe-037 Divulg. 25-02-2015 Public. 26-02-2015 - destaqueei).

Certo que o processo não foi instaurado com base, apenas, em denúncia anônima, mas precedido de inquérito civil ao qual foram anexadas provas documentais quanto aos fatos, afastada a nulidade aventada.

Rejeito, pois, tal preliminar.

De outro lado, também não prospera a alegação de nulidade por ausência de processamento do agravo retido (f. 390-1), o que constituiria cerceamento de defesa.

Ao contrário do que afirmam, o agravo retido foi devidamente analisado (f. 396), e o Juízo manteve a decisão de recebimento da ação de improbidade, a ele negando provimento, de tal sorte que aos requeridos caberia, em sede de apelação, ratificá-lo e pleitear que sobre ele aqui se decidisse como, aliás, o fizeram.

A preliminar de cerceamento de defesa não merece, pois, prosperar.

Quanto ao agravo retido (f. 390-1), reiterado na apelação, destaco que ele se volta contra a decisão que recebeu a inicial (f. 386), anotou “que os requeridos não se manifestaram na fase do artigo 17, § 7, da Lei 8429/92”, considerou “que não foi produzida pelos requeridos prova liminar da inexistência de ato de improbidade” e determinou a citação dos mesmos para contestarem o pedido.

Apesar de certa a apresentação das defesas prévias de que trata o art. 17, § 7.º, da Lei n.º 8.429/92, ao contrário do que consta naquela decisão, não se pode olvidar que o Juízo nela deixou claro que a inexistência de ato de improbidade não foi comprovada, liminarmente, pelos requeridos-apelantes.

O escólio de Daniel Amorim Assumpção Neves e Rafael Carvalho Rezende Oliveira¹ explicita, *verbis*:

Não se tem como negar que a existência de um contraditório prévio à admissão da petição inicial tem como espoco a proteção do agente público contra acusações injustificadas e temerárias, bem como a própria Administração Pública, considerando-se o natural reflexo negativo imputado a ela e a instabilidade no setor público em razão de tal ação. Até mesmo alega-se que a norma protege o próprio Poder Judiciário de demandas aventureiras.

E complementam:

Questão interessante surge quando ocorre o desrespeito a essa exigência, sendo o réu citado a apresentar sua defesa, em regra a contestação, antes de ter sido notificado a apresentar a defesa prévia. O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de aplicabilidade do princípio da instrumentalidade das formas nesse caso, de forma que sem a prova de efetivo prejuízo não haverá anulação do processo.

Neste caso, além do Juízo, de forma sintética, - até porque a defesa prévia apresentada envolvia o próprio mérito da ação -, deixar claro que a improbidade administrativa apontada não restou liminarmente afastada pelas provas que acompanhavam ou deveriam acompanhar a defesa prévia, complementou tal fundamento fazendo referência ao despacho inicial de f. 205-9 e, ao decidir sobre o agravo retido (f. 396), esclareceu que a decisão sobre “a tese aventada na resposta prévia de ausência de imoralidade deverá ser analisada em outro momento processual que não o presente. Assim também, a eventual existência de denúncia anônima não pode, por si só, fulminar o processo em seu nascedouro”.

Vê-se, pois, que cumprido, suficientemente, a disposição legal quanto à admissibilidade da ação, e que nenhum prejuízo disto adveio aos requeridos-apelantes.

Conheço, pois, do agravo retido, mas a ele nego provimento.

Passo à análise do mérito do recurso de apelação.

A sentença não padece de qualquer nulidade, não havendo qualquer vício a ser sanado.

¹ Manual de Improbidade Administrativa. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2014, p. 200 e 202.

De início, oportuno destacar que o propósito da Lei n.º 8.429/92, considerado o momento político em que editada, foi o de dar efetividade ao Princípio da Moralidade, ao qual a Administração Pública, em sentido lato, está absolutamente adstrita. Trata-se, pois, de ação de caráter repressivo, de natureza especial, “*qualificada pela singularidade de seu objeto, que é o de aplicar penalidades a administradores ímprobos e a outras pessoas – físicas ou jurídicas – que com eles se acumpliciam para atuar contra a Administração ou que se beneficiam com o ato de improbidade*” (REsp 827445/SP, rel. Min Luiz Fux, DJE 08/03/2010, STJ).

É sabido que a Lei n.º 8.429/92 agrupou os tipos de improbidade em três dispositivos distintos. O art. 9.º versa sobre os atos que importem em enriquecimento ilícito, o art. 10 sobre aqueles que causam prejuízo ao erário, e o art. 11, sobre os atos que atentam contra os princípios administrativos, sendo que “*somente o art. 10 se refere ao elemento subjetivo do agente, sendo expresso ao falar em “qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa”, enquanto que os dois outros preceitos nada dispõem a respeito.*”

Partindo-se da premissa de que a responsabilidade objetiva pressupõe normatização expressa neste sentido, constata-se que: a) a prática dos atos de improbidade previstos nos arts. 9.º e 11 exige o dolo do agente; b) a tipologia inserida no art. 10 admite que o ato seja praticado com dolo ou com culpa; c) o mero vínculo objetivo entre a conduta do agente e o resultado ilícito não é possível de configurar a improbidade.” (Improbidade Administrativa. Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, Lúmen Juris, 2011, p. 328-9).

In casu, as contratações são incontroversas nos autos e as exonerações (f. 54), se deram apenas após ofício (f. 37 e f. 49), encaminhado pelo Ministério Público ao Presidente da Câmara Municipal, vereador Justino Machado Nogueira, para prestar informações no inquérito civil que fora aberto para apuração de suposto ato de improbidade – nepotismo.

Sobre o tema, assim dispõe Súmula Vinculante n.º 13 do Supremo Tribunal Federal:

“A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.”

Assim, como bem destacado na sentença, “*referida Súmula proíbe a atividade conhecida como nepotismo e estipula que **viola a Constituição Federal a contratação de parentes consanguíneos ao afins até o terceiro grau para cargo em comissão ou cargo de confiança.***” (f. 432 – destaquei).

	Parente em linha reta	Parente colateral	Parente por afinidade (familiares do cônjuge)
1º grau	Pai, mãe e filho (a).		Padrasto, madrasta, enteado (a), sogro (a), genro e nora.
2º grau	Avô, avó e neto (a).	Irmãos.	Cunhado (a), avô e avó do cônjuge.
3º grau	Bisavô, bisavó e bisneto (a).	Tio (a) e Sobrinhos (a)	Concunhado (a)

Conforme restou comprovado, Daniella e Antônio Júnior são sobrinhos, respectivamente, dos vereadores Sidinei e Henrique; Eurides é cunhada da vereadora Célia; Valdeir é genro do vereador Adão; e Augusto é tio do vereador Natanael, ou seja, não é parente da autoridade nomeante, mas é parente (tio), de servidor/agente político, membro da mesma pessoa jurídica.

Portanto, não há dúvidas da ilegalidade de tais contratações/nomeações, em verdadeira afronta à Constituição Federal e aos princípios que regem a administração pública, sendo que a questão posta dispensa maiores digressões, pois com o advento da citada Súmula Vinculante n.º 13, a prática do nepotismo restou expressamente vedada em todos os âmbitos da Administração Pública, embora sequer houvesse a necessidade da edição desta Súmula, eis que tal prática viola os mais comezinhos princípios regentes da atividade administrativa, notadamente o da moralidade.

Nesse contexto, analisados detidamente os autos, não há como negar-se os atos ímprobos praticados pelo apelantes.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO – AFASTADAS – MÉRITO – NEPOTISMO – NOMEAÇÃO DE PARENTE PARA OCUPAR CARGO ADMINISTRATIVO COM FUNÇÃO DE CONFIANÇA – SÚMULA N. 13 DO STF – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CONFIGURADA – RECURSO IMPROVIDO. Não há que se falar em ilegitimidade passiva. O fato de a nomeação ter sido feita pelo então prefeito, não desconfigura o ato ímprobo do então secretário de educação e cultura, pois o cargo lotado por sua esposa, estava diretamente ligado a sua pasta de atuação. Tendo em vista que o interesse do parquet, com relação aos requerentes em questão, diz respeito não somente ao seus afastamentos dos quadros da administração, mas também à indenização ao erário, resta patente o interesse e o objeto da presente ação. A nomeação de parentes para ocupar cargo de natureza administrativa, com função de confiança, (coordenadora de centro de educação infantil), cargo este subordinado, ao titular da pasta (do então secretário municipal de educação e cultura), viola diretamente a Súmula Vinculante 13 do Supremo Tribunal Federal, constituindo em ato de improbidade administrativa, que atenta contra os princípios da administração pública, nos termos do art. 11 da Lei n. 8.429/92. Acórdão. (TJMS; APL 0000721-79.2009.8.12.0016; Mundo Novo; Primeira Câmara Cível; Rel. Des. Divoncir Schreiner Maranhão; DJMS 27/08/2015; Pág. 6).

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PREFEITO MUNICIPAL – NOMEAÇÃO DE CUNHADO PARA DESEMPENHO DE CARGOS EM COMISSÃO JUNTO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – SECRETÁRIO ESPECIAL DE GOVERNO – NEPOTISMO – VEDAÇÃO – SÚMULA VINCULANTE N. 13, STF. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE, IMPESSOALIDADE E EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA – ART. 37, CAPUT, CF. MEDIDA LIMINAR – PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES – SUSPENSÃO DOS EFEITOS DOS ATOS DE NOMEAÇÃO – LIMINAR CONCEDIDA – DECISÃO REFORMADA – RECURSO PROVIDO. A nomeação pelo prefeito municipal de seu cunhado para ocupar função política de secretário municipal de governo, sem que haja uma justificativa, ou seja, uma correlação entre as funções e o nomeado (aptidão técnica e profissional), implica na prática de nepotismo, vedada pelo artigo 27, §§ 7º e 8º, da Constituição Federal e Súmula Vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal. Sendo assim, o fumus boni iuris da decisão liminar está presente, seja pela Súmula vinculante n. 13 do STF, seja pela possível afronta aos princípios administrativos da moralidade, impessoalidade e eficiência, seja pela jurisprudência dos tribunais, inclusive do Supremo Tribunal Federal, acarretando a suspensão do ato administrativo de nomeação. (TJMS; AI 4011702-11.2013.8.12.0000; Mundo Novo; Primeira Câmara Cível; Rel. Des. João Maria Lós; DJMS 30/05/2014; Pág. 18)

No que tange a alegação de que não houve a configuração de improbidade administrativa, porque não restou comprovado o prejuízo ao erário, esqueceram-se os apelantes de que, nos moldes do art. 11, da LIA, configura ato de improbidade qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

O ato ímprobo, no caso, restou devidamente comprovado, pois é ilegal a contratação de parentes consanguíneos e por afinidade para ocuparem cargos públicos. O elemento subjetivo restou cabalmente configurado na atitude narrada, sendo que os atos por eles praticados afrontaram diretamente os princípios da administração pública.

Na precisa lição de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, “*nepotismo, em essência, significa favorecimento. Somente os agentes que ostentem grande equilíbrio e retidão de caráter conseguem manter incólume a dicotomia entre o público e o privado, impedindo que sentimentos de ordem pessoal contaminem e desvirtuem a atividade pública que se propuseram a desempenhar*” (in *Improbidade Administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 401/402).

Aliás, o ato ímprobo capitulado no art. 11, da Lei n.º 8.429/97, por violação aos princípios da administração, está intimamente ligado aos conceitos básicos, entre outros de honestidade, moralidade, legalidade e impessoalidade, especialmente porque o agente administra aquilo que não lhe pertence, ou seja, bens e interesses alheios, de modo que o dever de probidade deve ser ainda maior, eis que a gestão se refere aos bens e interesses da coletividade.

Vale ressaltar, ainda, que o art. 11, da dita lei, é normalmente intitulado como “norma de reserva”, o que se justifica pelo fato de que, ainda que a conduta não tenha causado danos ao patrimônio público, é possível a configuração da improbidade se demonstrada a inobservância dos princípios que regem a atividade estatal. E esta é vista, desde logo, pelo flagrante favorecimento de parentes para a nomeação em cargos públicos.

Assim, é possível concluir que os arts. 4.º e 11 da lei n.º 8.429/92 assumem relevância ímpar no estudo dos atos de improbidade, permitindo a identificação e a coibição dos atos que venham a macular os princípios administrativos, vetores indissociáveis de todos os atos do poder público” (Improbidade Administrativa. Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, Lumen Juris, 2011, p. 318).

Ao tratar do atos que configuram a improbidade por violação aos princípios da administração pública, Arnaldo Rizzardo destaca:

Os atos de improbidade, aqui, não advém de atos que beneficiem o agente, que enriqueçam a ele ou a terceiros ilicitamente, ou que tragam prejuízos diretos ao erário, mas que podem lesá-lo pela omissão ou ineficiência na prestação das atividades e de dever de ofício, pelo exercício da função de modo a desmerecer o serviço público, e que ferem certos princípios da Administração Pública, o que se verifica com a violação de vários deveres. Trata-se de atos atentatórios à sanidade e moralidade administrativa porque revelam o desvio ético da conduta do servidor ou agente e dos terceiros favorecidos, a falta de habilidade moral, o abalo da credibilidade e a denegação da seriedade administrativa. (Ação Civil Pública e a Ação de Improbidade Administrativa, 3.ª Ed. Forense, 2014, p. 498).

Por fim, não há falar em desproporcionalidade da pena aplicada.

Na lição de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, “*a razão de ser da sanção não reside no prejuízo a ser causado ao infrator, e sim na necessidade de dissipação da intranquilidade gerada, com a consequente restauração da soberania do direito, principal alicerce da segurança que deve reinar nas relações sociais. A proporção que deve existir entre o ilícito e a sanção deve ser correlata à existência entre*

as forças morais presentes no temor causado aos cidadãos e no lenitivo que será utilizado para tranquilizá-los.” (Improbidade Administrativa, 6.^a edição, Ed. Lúmen Juris, 2011, p. 499).

A pena aplicada por ato ímprobo deve ter a força moral objetiva suficiente para destruir a exercida pelo delito sobre o cidadão, sob pena de se tornar ineficaz para infrator, e insuficiente para a sociedade.

Nesse contexto, ante a comprovada conduta praticada por cada um dos apelantes, tenho que a pena foi aplicada em obediência à razoabilidade e proporcionalidade, não merecendo reparos.

Veja-se que, afora a declaração de nulidade das nomeações por terem beneficiado parentes alcançados pelos efeitos da Súmula Vinculante n.º 13, do STF, aos requeridos-apelantes foram aplicadas apenas multas, limitadas de forma razoável ao dobro do salário mensal recebido pelos nomeados beneficiados, ao triplo do subsídio de cada um dos agentes políticos que desta condição se valeram para beneficiar parentes, e à soma do total desta última multa aplicada aos vereadores (12 meses de subsídios), ao vereador que, na condição de presidente da edilidade, tinha o dever de cuidar para que aquela Casa de Leis não afrontasse o princípio de moralidade, mas não o fez, dando causa efetiva, através das nomeações afrontosas à tal princípio, à ilegalidade condenada, e ao benefício indevido e fundado apenas no parentesco.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso e mantenho inalterada a sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. Divoncir Schreiner Maran e Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 01 de dezembro de 2015.

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0809221-39.2015.8.12.0001 – Campo Grande
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – ALVARÁ JUDICIAL – PROTEÇÃO AOS DIREITOS DA CRIANÇA E ADOLESCENTE – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

É impossível juridicamente o pedido que busca autorização genérica e indiscriminada para impedir o acesso de pessoas às dependências do shopping, ao talante da sua administração e para prevenir eventual abuso que, imaginariamente, pudesse ser por elas provocados, posto que tal atingiria direitos e pessoas indetermináveis, porque tal autorização consistiria numa determinação de caráter geral, expressamente vedada pelo artigo 149, § 2.º, do ECA.

Os estabelecimentos comerciais abertos a público não necessitam de qualquer autorização judicial para restringir ou limitar o acesso às suas dependências, mas sujeitam-se à responsabilização devida, caso o façam com afronta às normas, às leis, ou à Constituição da República.

Em razão da desnecessidade de autorização judicial e da vedação antes referida, reconhece-se e confirma-se a impossibilidade jurídica do pedido.

Recurso conhecido e improvido.

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, com o parecer.

Campo Grande, 27 de outubro de 2015.

Des. Marcelo Câmara Rasslan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Trata-se de apelação cível interposta por Subcondomínio do Centro Comercial do Shopping Center Eldorado - Campo Grande contra sentença que indeferiu a inicial e declarou extinto o feito, nos termos do artigo 295, III, combinado com 267, VI, do CPC.

A apelante pleiteou a expedição de alvará que lhe permitisse a fiscalização do ingresso de pessoas em suas dependências sempre que detectasse a ocorrência ou a iminência de organização com a finalidade de perturbar a ordem pública, permitindo-lhe condicionar a entrada de crianças e adolescentes assim abordados ao acompanhamento de seus responsáveis.

A sentença proferida entendeu ser juridicamente impossível o pedido realizado pelo recorrente, pois “o pedido compreende uma atividade do Estado, o qual exerce poder de polícia para limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público”.

No apelo de f. 67-86, argumenta-se que o shopping center é espaço que se enquadra dentro da proteção prevista pelo artigo 149, do ECA, uma vez que também se tornou local propício à frequência de adolescentes, mas dadas as ocorrências de março do corrente ano, conhecidos como “rolezinhos”, eles estariam sujeitos a riscos de natureza física e psicológica, que devem ser prioritariamente protegidos pelos princípios e medidas de proteção do ECA.

Defende a possibilidade jurídica do pedido realizado, que se consubstanciou em situação pontual de comprovado risco iminente, e encontra respaldo nos artigos 70 e 212, ambos do ECA.

Assevera que, por ter responsabilidade objetiva por danos causados aos seus usuários, também possui dever de guarda pelos frequentadores, razão pela qual possui legitimidade e respaldo legal para fiscalizar e limitar a entrada de menores desacompanhados no local.

Pede, pois, o conhecimento do apelo e reforma da sentença para dar prosseguimento ao feito.

Pareceres ministeriais de primeira e segunda instância foram acostados, respectivamente, às f. 99-103, pelo provimento parcial da apelação, e 171-84, este pelo improvimento total do apelo.

É o relatório.

Inclua-se em pauta, sem necessidade de revisão, nos termos do artigo 142, § 1.º, do regimento interno deste Tribunal, combinado com o artigo 551, § 3.º, do CPC.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Subcondomínio do Centro Comercial do Shopping Center Eldorado - Campo Grande recorre da sentença que indeferiu, liminarmente, a inicial, e extinguiu a ação proposta junto à Vara da Infância, Juventude e do Idoso, na qual pretendia obter alvará judicial para fiscalizar o ingresso de crianças e adolescentes em suas dependências, condicionando-o ao acompanhamento de seus responsáveis, em caso de detectar a ocorrência ou a iminência de qualquer organização que provoque risco aos seus usuários ou deturpe a ordem pública.

No apelo de f. 67-86, argumenta que o shopping center é espaço que se enquadra dentro da proteção prevista pelo artigo 149, do ECA, uma vez que também se tornou local propício à frequência de adolescentes, e que esta pode se tornar perigosa dadas as ocorrências de março do corrente ano (rolezinhos), porque eles estariam sujeitos a riscos de natureza física e psicológica, e devem ser prioritariamente protegidos pelos princípios e medidas de proteção do ECA.

Defende a possibilidade jurídica do pedido realizado, que se consubstanciou em situação pontual de comprovado risco iminente, e entende respaldado nos artigos 70 e 212, ambos do ECA.

Assevera que, por ter responsabilidade objetiva por danos causados aos seus usuários, também tem dever de guarda pelos frequentadores do local, razão pela qual possui legitimidade e respaldo legal para fiscalizar e limitar a entrada de menores desacompanhados no local.

Vejo que a sentença merece ser prestigiada.

Certo é que a natureza jurídica do apelante, como já muito bem mencionou o ilustre Procurador de Justiça em seu parecer (f. 171-84), é de caráter privado, porém a entrada e acesso às suas dependências é aberto ao público em geral, posto que se trata de estabelecimento comercial.

Essa qualificação já seria o bastante para que o próprio condomínio impusesse restrições na entrada, em prol da segurança, como pré-realização de cadastros, cancelas, porta-giratórias, o que, em muitos prédios, – públicos, inclusive -, existem e são necessárias para a manutenção da ordem e segurança, mesmo sabendo de sua natureza de acesso ao público.

Basta verificar-se nosso próprio Tribunal de Justiça, onde o acesso é limitado pelas normas de segurança, de tal sorte que todos se submetem à portas giratórias com detectores de metais, acesso restrito por fiscalização e cancelas ao estacionamento, etc.

Tais limitações, não afrontam o direito à locomoção, o direito à reunião ou, quiçá, o exercício ao trabalho. Pelo contrário, constituem-se em medidas que demonstram o exercício regular do direito não só do condomínio comercial e de seus lojistas, como também indiretamente de seus frequentadores, já que ,como afirmou o apelante, é realmente sua responsabilidade, objetiva, aliás, zelar pela segurança de seus usuários.

No entanto, o que se pretende nestes autos é regulamentar, através de portaria, ou autorizar por alvará, a possibilidade de restrição de acesso a crianças e adolescentes, desacompanhados de seus responsáveis, quando detectada a *“ocorrência ou iminência de qualquer organização com a finalidade de depredação, intimidação, uso de drogas e etc”*.

Ora, para tanto e como bem sustentou a magistrada *a quo*, o estabelecimento apelante de fato não se adequa na enumeração do artigo 149, da Lei n.º 8.069/90, o que, em outras palavras significa afirmar que ali, a entrada e permanência de criança ou adolescente, desacompanhado dos pais ou responsável, prescinde de qualquer autorização judicial, em regra.

O apelante sustenta que o rol disposto no aludido artigo não é taxativo, e pelo princípio da proteção integral e prioritária às crianças e adolescentes, apregoado pelo ECA, seria indispensável que qualquer situação que expusesse os menores a situações de abalo à sua integridade física e psíquica seja abarcada para essa prevenção.

Não está de todo errada a motivação acima exposta, já que realmente deve-se abranger na proteção do ECA, na medida legalmente prevista, qualquer situação que envolva os direitos da criança e do adolescente.

Entretanto, a edição de portaria ou a expedição de alvará especificada pelo artigo 149, do ECA, possui delimitação de abrangência para regulamentar aquelas situações específicas previstas, observando-se os limites lá delineados até mesmo para vedar determinações de caráter geral, como deixou bem clara a redação do § 2.º do mesmo artigo¹.

Neste ponto, convém transcrever parte do recente julgamento, pelo STJ, de caso posto à análise na comarca de Ribeirão Preto. Assim entendeu o Min. Luis Felipe Salomão:

“(...) Não há previsão legal para necessidade de alvará ou portaria para entrada de criança ou adolescente em shopping center. Também não se pode considerar o citado estabelecimento como similar ou análogo a nenhum dos descritos no inciso I do art. 149 da Lei n. 8.069/1990.

¹ Art. 149. Compete à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará:

§ 2º As medidas adotadas na conformidade deste artigo deverão ser fundamentadas, caso a caso, vedadas as determinações de caráter geral.

Assim, uma portaria restringindo a entrada de crianças e adolescentes em shopping center viola as normas do art. 149 do ECA.

Torna-se oportuno ressaltar que as regras de interpretação previstas no referido estatuto (art. 6.º e art. 149, § 1.º) não permitem a autoridade judiciária disciplinar, por portaria, “a entrada e permanência de criança ou adolescente, desacompanhada dos pais ou responsável” em shopping center.

A legislação impõe aos pais a avaliação sobre onde seus filhos menores podem, sem acompanhamento, ir ou permanecer. É, inclusive, uma forma de conscientizar os genitores quanto às responsabilidades inerentes ao poder familiar. Diminui-se o caráter interventivo do estado para respeitar a forma de criação escolhida pela família, dentro das limitações legais. (maus tratos e abandono, por exemplo, são crimes)

Tem-se, ainda, que, em regra, tais estabelecimentos, na maioria das cidades, é um dos poucos, senão o único, local seguro de lazer para crianças e adolescente. Além de lojas, há cinemas e locais específicos para diversão dos menores. São, portanto, locais frequentados habitualmente como pontos de encontro e diversão de crianças e adolescentes. O ambiente e as instalações são adequados, não gerando riscos aos menores como nos casos dos locais previstos no inciso I da Lei n. 8.069/1990”².

E mesmo que se pudesse regulamentar o caso com fundamento previsto nos artigos 70³, 153⁴ ou 212⁵, do ECA, ainda assim entendo que o pedido é juridicamente impossível, como entendeu a magistrada *a quo*.

Uma coisa é preservar a segurança dos usuários com base em medidas que indicam o exercício desse direito, como já mencionado com a utilização de vistorias e cadastros para ingresso no condomínio. Outra, completamente diversa, é fundar-se nesse direito de segurança e pretender obter do Judiciário autorização para limitar a entrada e/ou locomoção daqueles que podem vir a perturbar o sossego e promover “arruaça”, tal como ocorreu em março deste ano nesta Capital, porém sem sujeitos pré-definidos, de onde se extrai que a medida atingiria indiscriminadamente direitos e pessoas indetermináveis, tese que soa diretamente como uma determinação de caráter geral, vedada pelo próprio ECA, conforme brevemente mencionado acima.

Não fosse isto suficiente, ainda vejo sérios empecilhos para a pretensão. Um deles foi exposto na sentença e também no parecer do PGJ, e neste ponto merece destaque e transcrição do cuidado já antevisto pela magistrada e ilustre procurador de justiça:

“(…) O interesse do autor é limitar direitos individuais, como a liberdade de locomoção, assegurada pela Constituição (CF, art.5º), selecionando previamente frequentadores, pois ele não precisa de alvará para comunicar às autoridades a existência de criança ou adolescente em situação de risco no interior de seu estabelecimento, seja por abandono dos pais ou responsáveis, seja por particular de atos de que se amoldam a ilícitos penais, ocorridos no local”. (f. 62)

“(…) Importante frisar que o recorrente não deixou claro na peça inaugural os critérios ou conceitos que seriam utilizados para tentar determinar ou desvendar a intenção dos menores (como se tal fosse possível de plano) para limitar-lhes o livre acesso às dependências do estabelecimento, dizendo apenas que o faria ‘sempre que detectar

2 STJ, HC 320.938/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgamento em 05/06/2015.

3 Art. 70. É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente.

4 Art. 153. Se a medida judicial a ser adotada não corresponder a procedimento previsto nesta ou em outra lei, a autoridade judiciária poderá investigar os fatos e ordenar de ofício as providências necessárias, ouvido o Ministério Público.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica para o fim de afastamento da criança ou do adolescente de sua família de origem e em outros procedimentos necessariamente contenciosos.

5 Art. 212. Para defesa dos direitos e interesses protegidos por esta Lei, são admissíveis todas as espécies de ações pertinentes.

a ocorrência ou a iminência de qualquer organização com a finalidade de depredação, intimidação, uso de drogas, obscenidade ou a pura recreação com risco à perturbação da ordem pública'. Infere-se, portanto, que as palavras do apelante demonstram que faria uso de 'critérios' extremamente genéricos, pelos quais agentes de segurança avaliariam, de acordo com suas convicções, uma determinada situação e permitiriam ou não a entrada dos adolescentes no empreendimento". (f. 178)

Cumpram-se as exigências da decisão proferida na Comarca do Rio de Janeiro que bem delineia a preocupação da impossibilidade desse pedido:

"(...) todo e qualquer abuso deve ser combativo e evitado, mas não se pode pretender que o Judiciário substitua o Poder Público incumbido da garantia da Segurança Pública. Se o tal movimento 'rolezinho', efetivamente vier a representar uma ameaça, compete então à Polícia agir, como assim recentemente fez, com competência, nos movimentos populares que se sucederam nas ruas das cidades de todo o país, combatendo eficazmente os atos de vandalismo. Como se viu, não houve proibição do desejo de reunião e manifestação de vontade, mas tão somente se reprimiu atos dos vândalos. A prevalecer o estranho desejo dos autores de obter ordem judicial, como assim deduzido nesta ação, para proibir esse ou aquele indivíduo ou grupo, de ingressar no seu shopping, que é aberto ao público em geral, se estaria conquistando uma medida inaceitável de dar ao particular a absurda discricionariedade de agir dessa ou daquela forma, rejeitando os mais diversos consumidores, pelos mais variados motivos, sempre que assim lhe conviesse (...)”⁶.

De outro norte, não é demais relembrar que mesmo sendo o caso de segurança pública - tanto assim é que se oficiou ao Secretário Estadual da respectiva pasta sobre a situação -, o condomínio pode e deve tomar as medidas que entender cabíveis para a manutenção da integridade de seu centro comercial, e algumas delas já elenquei acima, além de outras medidas judiciais, protetivas de posse, que ao que consta encontra-se em trâmite (autos n.º 0809268-13.2015.8.12.0001).

Reitero, apenas, que deve ser liminarmente indeferida pelo Judiciário qualquer pretensão que busca o aval da Justiça para atuação indiscriminada de particulares visando impedir o acesso de pessoas a suas dependências, quando, na realidade, a eles já se conferem poderes para assim atuar no gozo e proteção de seus próprios direitos, sujeitando-se, evidentemente, à responsabilidade consequente, em caso de comprovado abuso.

Por tais razões, conheço da apelação interposta, porém a ela nego provimento, mantendo a sentença como prolatada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. Sérgio Fernandes Martins e Juiz José Ale Ahmad Netto.

Campo Grande, 27 de outubro de 2015.

⁶ Autos n.º 0002236-26.2014.8.19.0002, 9ª Vara Cível, Comarca de Niterói, Rio de Janeiro.

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0000207-82.2011.8.12.0008 – Corumbá
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL DA EMPRESA RÉ – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL – QUEDA DE PONTE – DANOS DECORRENTES DE SEU REPARO – SINALIZAÇÃO ADEQUADA – CULPA DA EMPRESA RÉ CONFIGURADA – DEVER DE INDENIZAR COMPROVADO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Para se impor o dever de reparar o dano, necessária a comprovação dos requisitos da responsabilidade civil (conduta, nexo causal e dano), incumbindo ao autor provar fato constitutivo do seu direito, ao passo que ao réu compete o ônus da prova de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito da (CPC, art. 333).

A prova coligida aos autos indica que havia sinalização a fim alertar os motoristas quanto à existência de ponte na via e o peso máximo permitido para atravessá-la, levando à conclusão de que o acidente ocorreu por culpa exclusiva do condutor do veículo de propriedade da empresa ré, que não se ateu à sinalização e culminou por danificá-la, caindo no leito do rio e ocasionando os prejuízos perseguidos nesta demanda.

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, 3 de novembro de 2015.

Des. Marco André Nogueira Hanson – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Loka Fort Loc. de M. Pesa. Ltda – Me, já qualificada nos autos da Ação de Indenização por Dano Materiais (feito n. 0000207-82.2011.8.12.0008, em trâmite na Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Corumbá/MS), que lhe promove Estado de Mato Grosso do Sul, igualmente qualificado, inconformado com a sentença de procedência do pedido inicial (f. 622-629), interpôs recurso de Apelação Cível (f. 632-645).

Sustenta o apelante que não há como imputar-lhe a culpa exclusiva no desmoronamento da ponte, já que apresentava sinais de desgastes, o que havia sido constatado por matérias jornalísticas acostadas aos autos.

Refere, ainda, que o Laudo Pericial de f. 244/422 não atestou a conservação da ponte, uma vez que a Agesul não apresentou os documentos necessários. De igual forma, o laudo técnico de f. 70, demonstrou que a ponte apresentava sinais de deterioração e reparos, indicando que parte de sua estrutura não mais se encontrava com a integridade original. Afirma que tais fatos, por si só, demonstram a impossibilidade de atribuir-lhe a culpa exclusiva.

Sobre outro enfoque, aduz que *“a placa que demonstra o suposto limite de peso não condiz com as Normas do CONTRAN, uma vez que a placa “R-14: Peso bruto total máximo permitido, uma vez que consta somente o aviso “15t” sem constar se é total ou por eixo, pois quando se trata de peso total, deve conter abaixo do valor, um “triângulo invertido” (f. 639)”*. Assevera que a placa de sinalização estava localizada além da distância mínima permitida e oculta pela vegetação local.

Prossegue afirmando que da prova testemunhal se depreende que *“a ponte apresentava péssimo estado de conservação, estando torta, desnivelada, com tábuas podres, quebradas e rachadas, com vários trechos deteriorados, sendo que sempre que passavam carros pequenos, médios ou grandes, ela balançava, não apresentando a devida sinalização”*. Alega que as referidas testemunhas *“presenciavam, constantemente, a travessia de caminhões boiadeiros carregados, ônibus grande de turismo e carretas carregadas, sempre acima de 30 toneladas, de modo que não há como precisar que o apelante, por si só, contribuiu, sem sombra de dúvida, para o evento danoso”*.

Pugna, ao final, pelo conhecimento e provimento do recurso para o fim de que seja reformada a sentença vergastada, com a improcedência dos pedidos iniciais.

O Estado-apelado apresenta resposta ao recurso (f. 651-655), rebatendo seus termos e pugnando, ao final, pela manutenção da sentença.

VOTO

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

Como relatado, cuida-se de recurso de apelação interposto por Loka Fort Loc. de M. Pesa. Ltda – Me, já qualificada nos autos da ação de indenização por dano materiais (feito n. 0000207-82.2011.8.12.0008, em trâmite na Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Corumbá/MS), que lhe promove Estado de Mato Grosso do Sul, inconformado com a procedência do pedido inicial, objetiva sua reforma.

Sustenta o apelante que não há como imputar-lhe a culpa exclusiva no desmoronamento da ponte, já que apresentava sinais de desgastes, o que havia sido constatado por matérias jornalísticas acostadas aos autos.

Refere, ainda, que o Laudo Pericial de f. 244/422 não atestou a conservação da ponte, uma vez que a Agesul não apresentou os documentos necessários. De igual forma, o laudo técnico de f. 70, demonstrou que a ponte apresentava sinais de deterioração e reparos, indicando que parte de sua estrutura não mais se encontrava com a integridade original. Afirma que tais fatos, por si só, demonstram a impossibilidade de atribuir-lhe a culpa exclusiva.

Sobre outro enfoque, aduz que *“a placa que demonstra o suposto limite de peso não condiz com as Normas do Contran, uma vez que a placa “R-14: Peso bruto total máximo permitido, uma vez que consta somente o aviso “15t” sem constar se é total ou por eixo, pois quando se trata de peso total, deve conter abaixo do valor, um “triângulo invertido” (f. 639)”*. Assevera que a placa de sinalização estava localizada além da distância mínima permitida e oculta pela vegetação local.

Prossegue afirmando que da prova testemunhal se depreende que *“a ponte apresentava péssimo estado de conservação, estando torta, desnivelada, com tábuas podres, quebradas e rachadas, com vários trechos deteriorados, sendo que sempre que passavam carros pequenos, médios ou grandes, ela balançava, não apresentando a devida sinalização”*. Alega que as referidas testemunhas *“presenciavam, constantemente, a travessia de caminhões boiadeiros carregados, ônibus grande de turismo e carretas carregadas, sempre acima de 30 toneladas, de modo que não há como precisar que o apelante, por si só, contribuiu, sem sombra de dúvida, para o evento danoso”*.

O julgador em primeiro grau proferiu sentença de procedência condenando a ré apelante no pagamento de R\$ 360.011,00 (trezentos e sessenta mil e onze reais) a título de reparação dos danos materiais causados ao autor, consistente ao desmoronamento da ponte sobre o rio Miranda, corrigidos a partir da sentença (arbitramento), corrigidos monetariamente pelo IGPM desde a apuração e acrescidos de juros de mora desde a citação.

E merece ser mantida.

O ente estatal objetiva com a presente ação a indenização por danos materiais para ressarcimento do prejuízo sofrido quando o caminhão de propriedade da empresa ré trafegava pela ponte situada sobre o rio Miranda, transportando uma escavadeira e, ao cruzá-la, esta veio a se romper, provocando a queda do caminhão e carga.

A prova produzida no feito aponta para a ausência de omissão ou comissão do Ente Público a contribuir para a deflagração do acidente, tendo o infortúnio ocorrido exclusivamente por culpa do condutor do caminhão de propriedade do réu.

Como bem ponderado pelo julgador de primeiro grau, o laudo pericial de f. 254-422, destacou que no local do acidente havia sinalização adequada no sentido de orientar o condutor do caminhão acerca da capacidade de 15 toneladas suportadas pela ponte de madeira.

As fotografias acostadas aos referido laudo técnico ainda evidenciam que a sinalização era adequada *especificando a tonelada máxima admitida para o trânsito na Ponte de Madeira sobre o rio Miranda, de 15 t (quinze toneladas)* (f. 279).

E como bem concluiu o expert, *“mesmo admitindo-se os critérios de engenharia margem de tolerância, o peso total do caminhão e escavadeira, perfaz o total de 24.280 kg (vinte quatro mil, duzentos e oitenta quilos) superando em quase 10 toneladas o peso máximo indicado na sinalização, o que equivale a 38,22% (trinta e oito, vinte e dois por cento) acima permitido* (f. 279)”.*”*

Daí exsurge a falta de cautela do condutor do caminhão, que alertado pela sinalização quanto ao peso máximo indicado em placa antecedente à ponte, por sua liberalidade decidiu atravessá-la.

Aliás, das cópias do inquérito policial que apurou a existência de crime contra o patrimônio público acostadas à inicial se extrai que o próprio motorista do caminhão de propriedade da ré já havia atravessado a referida ponte dias antes, transportando a mesma carga (f. 64-65).

Observa-se das declarações do proprietário da ré apelante, Wagner Dagoberto Baptista, confirmado por Sebastião Leonel de Souza, ambos ouvidos perante a autoridade policial, que o transporte da escavadeira não deveria ser realizado através do caminhão truck Mercedes Bens, mas por meio de caminhão prancha, que permite a melhor distribuição do peso da carga (f. 57-58 e 62-63).

Ora, tais declarações evidenciam que era conhecimento geral daqueles que transitam na região qual o peso máximo suportado pela ponte sobre o Rio Miranda, caindo por terra a alegação de que a capacidade máxima de 15 toneladas referia-se a peso por cada eixo do caminhão.

As testemunhas ouvidas em juízo, Antonio Fernando Silveira de Souza e Genésio Pinato, habituais usuários da via, também confirmaram a existência de placas especificando a tonelada máxima admitida para o trânsito e afirmam que é habitual que veículos com peso excedente ao permitido transponham a ponte, e que, inclusive, outros dois veículos já haviam caído no rio tempos antes.

Do depoimento das referidas testemunhas e declarantes se extrai que a insistência dos motoristas para transpor a ponte com peso acima do limite estabelecido é frequente e isso, por certo, influencia o estado de conservação da ponte, que edificada em madeira, tem em si uma fragilidade inerente, razão essa, inclusive, para o Poder Público alertar acerca da capacidade máxima para transpassá-la com segurança.

Entretanto, o fato de outros veículos ainda mais pesados que o de propriedade da ré atravessá-la com frequência, não é excludente de responsabilidade daquele que, inobservando a sinalização existente ocasionou os prejuízos perseguidos nesta demanda.

Ademais, ainda que o estado de conservação da ponte, antes da ocorrência do sinistro não tenha sido constatada pela perícia técnica, ficou demonstrado que havia passado por reforma estrutural em 2008, ou seja, no ano anterior ao sinistro objeto desta ação, cuja má conservação, além de não restar comprovada, seria determinante para a hipótese de o veículo objeto do sinistro atender ao peso máximo estabelecido nas placas sinalizadoras, o que não se revelou no caso em análise.

A prova coligida aos autos, portanto, indica que havia sinalização a fim alertar os motoristas quando à existência da ponte na via e o capacidade máxima permitida para atravessá-la, levando à conclusão de que o acidente ocorreu por culpa exclusiva do condutor do veículo de propriedade da empresa ré, que não se ateve à sinalização e culminou por danificá-la, caindo no leito do rio.

Neste sentido, são os seguintes precedentes:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO – DANOS MORAIS E MATERIAIS – QUEDA DE VEÍCULO EM LEITO DE RIO – AUSÊNCIA DE CULPA DO MUNICÍPIO – EXISTÊNCIA DE FARTA SINALIZAÇÃO NO LOCAL – CULPA EXCLUSIVA DO CONDUTOR DO VEÍCULO. Hipótese em que a queda do veículo no leito do rio decorreu exclusivamente da falta de cuidado do condutor, que deixou de avistar a vasta sinalização e obstáculos existentes no local cuja ponte havia desmoronado. Ausência de dever de indenizar do Município. Manutenção da sentença. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70048576680, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout, Julgado em 19/03/2015)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. QUEDA DE LEITO DE PONTE. RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO NÃO CONFIGURADA. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. A prova coligida não evidencia responsabilidade do município pela queda do veículo no leito do rio, cujo projeto arquitetônico da ponte e sua conservação apresentam-se normais e adequadas ao trânsito no local, próprio de via secundária que interliga interior dos municípios, comprovado, ademais, que a responsabilidade pelo acidente foi exclusivamente da vítima que imprimia velocidade incompatível com a proximidade do acesso à ponte de mão única, além de ter ultrapassado metros antes do início da travessia um outro veículo, o que contribuiu para que o autor perdesse o controle do automóvel, capotando no leito do rio. Embora a responsabilidade objetiva do município, não se configura esta quanto a culpa pelo evento

danoso é exclusivamente da vítima. Recurso desprovido. Sentença mantida. (Apelação Cível Nº 70017701509, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 13/11/2008)

De acordo com as regras sobre distribuição do ônus probatório, cabe ao autor o ônus de provar fato constitutivo do seu direito, ao passo que ao réu compete o ônus da prova de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito da parte autora (CPC, art. 333).

Tem-se, pois, que o Estado autor cumpriu seu mister, comprovando a responsabilidade exclusiva da ré-apelante que culminaram nos prejuízos suportados pelos cofres públicos.

Em matéria de responsabilidade civil, conforme disposto no art. 186 do Código Civil, para ser reconhecido o dever de indenizar, necessária a presença dos requisitos autorizadores, quais sejam: o dano, o nexo de causalidade e a culpa do agente.

Dispõem os artigos 186 e 927, ambos do Código Civil:

Art. 186. Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar prejuízo a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

A responsabilidade civil, como se sabe, é a obrigação imposta por lei à determinada pessoa de reparar os danos causados a outrem por fato de pessoas ou coisas a ela vinculadas.

Versando sobre responsabilidade civil decorrente de ato ilícito, por força da teoria subjetiva, tem-se como indispensável à configuração do dever de indenizar, a comprovação do comportamento culposo do agente, cabendo à vítima ou ao terceiro prejudicado desincumbir-se desse ônus, nos termos do artigo 333, incisos I e II do Código de Processo Civil, respectivamente.

A propósito, pertinente a lição de Luiz Guilherme Marinoni:

“De acordo com o art. 333 do CPC, o ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo do seu direito, e ao réu quanto à existência do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Essa regra, que distribui o ônus da prova entre o autor e o réu, funda-se na lógica de que o autor deve provar os fatos que constituem o direito por ele afirmado, mas não a não existência daqueles que impedem a sua constituição, determinam a sua modificação ou a sua extinção... A produção de prova não é um comportamento necessário para o julgamento favorável. Na verdade, o ônus da prova indica que a parte que não produzir prova se sujeitará ao risco de um resultado desfavorável.” (Curso de Processo Civil, Processo de Conhecimento, ed. 6ª, v. 2, Ed. RT, 2006/2007, p. 262, 265).

Sobre o ônus da prova, confira-se, ainda, as lições de Candido Rangel Dinamarco:

“Ônus da prova é o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo. No processo civil dispositivo, em que não é prioritariamente do Estado-juiz a função de diligenciar e trazer as provas ao processo, ao ônus de afirmar fatos segue-se esse outro, de provar as próprias alegações sob pena de elas não serem consideradas verdadeiras”. (in Instituições de Direito Processual Civil, 4ª edição, Editora Malheiros, p. 71, vol. III.).

Acerca do mesmo tema Antonio Carlos Marcato leciona:

“Entende-se por ônus, enfim, a responsabilidade de prática de determinado ato como condição à produção de certo resultado dentro do processo, ou para a obtenção

de um benefício em específico pelo interessado, quando não para evitar uma situação de desvantagem, enquadrando-se nessa categoria, por exemplo, o encargo da apresentação de defesa: o réu não está obrigado a se defender no processo civil, mas tem o ônus de fazê-lo caso queira ver criada controvérsia em torno dos fatos alegados pelo autor e caso queira ver consideradas pelo juiz circunstâncias que ele, réu, repute imprescindíveis à decisão da causa;

(...)

E é de ônus, enfim, que cuida o art. 333, ao dividir entre as partes o encargo de provar os fatos relevantes para a causa, conforme sua natureza; não estabelece a lei, aí, dever algum de prova, potencialmente sujeito a sanções, mas define a responsabilidade pela demonstração respectiva, caso queiram os interessados diretos vê-los considerados na decisão”. (in Código de Processo Civil Interpretado, São Paulo: Atlas, 2004, p. 1001).

Dito isso, conclui-se que, assim como fundamentado pelo julgador de instância singela, o Estado autor comprovou os fatos constitutivos de seu direito, ao passo que o réu não se desincumbiu do ônus de comprovar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do *ex adverso*, e, portanto, deverá arcar com os prejuízos materiais que lhe causou por força do que estabelecem os artigos 932, I e 933, ambos do Código Civil, mantendo-se a adequada condenação.

Logo, nego provimento ao recurso.

Dispositivo

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Loka Fort Loc. de M. Pesa. Ltda – Me, porém, nego-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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. Nélio Stábile.

Campo Grande, 03 de novembro de 2015.

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0001525-50.2009.8.12.0015 – Miranda
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – AGRAVO RETIDO – ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Para aferição da legitimidade de parte, não importa saber se procede ou não o pedido, pois isto constitui o mérito da demanda. Aliás, as condições da ação são avaliadas *in abstracto assertionis*, isto é, a partir da causa de pedir explicitada na inicial; portanto, não dependem da matéria de mérito.

Como a narrativa da exordial demonstra que os agentes públicos estavam, de alguma forma, envolvidos no evento danoso, na condição de organizadores da excursão e responsáveis pelos jovens, deve ser mantida a decisão que afastou a preliminar de ilegitimidade passiva.

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – INDENIZAÇÃO – EXCURSÃO – ESCOLA – ACIDENTE – ALUNO QUE SALTA DE PONTA EM LOCAL IMPRÓPRIO PARA BANHO E VEM A FICAR PARAPLÉGICO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – HIPÓTESE DE CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL E REEXAME NECESSÁRIO, CONHECIDO E PROVIDO – RECURSO DO AUTOR PREJUDICADO.

Da prova constante nos autos extrai-se que não houve falha da Administração Pública e/ou de seus agentes, tendo o acidente ocorrido por culpa exclusiva da vítima, que resolveu pular de ponta em local impróprio para banho. Em se tratando de ato omissivo, o Estado só responde se verificada a culpa ou dolo de seus agentes, segundo forte corrente doutrinária e jurisprudencial. E isso, no caso, não restou minimamente demonstrado.

APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – EXCURSÃO – ESCOLA – ACIDENTE – ALUNO QUE SALTA DE PONTA EM LOCAL IMPRÓPRIO PARA BANHO E VEM A FICAR PARAPLÉGICO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROPRIETÁRIO DO LOCAL – NEXO CAUSAL NÃO CONFIGURADO – DENÚNCIAÇÃO À LIDE IMPROCEDENTE – RECURSO DO LITISDENUNCIADO – CONHECIDO E PROVIDO.

É cediço que o litisdenunciado, na qualidade de prestador de serviço, responde objetivamente, a teor do art. 37, §6º, da Constituição Federal, pelos danos que, na consecução de seu mister, por ação ou omissão, houver dado causa, bastando à vítima a comprovação do evento lesivo e do nexo etiológico entre este e a conduta do agente. Caso em que não restou comprovado o nexo de causalidade entre qualquer ato do proprietário da Fazenda e o acidente que deixou o autor parapléxico. Prova de que os visitantes foram advertidos pelos funcionários do local, acerca da impossibilidade de nadar no local. Acidente que ocorreu por culpa exclusiva do autor que pulou de ponta em local impróprio para banho. Dever de indenizar que não se reconhece.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao agravo retido, dar

provimento ao recurso do Estado de Mato Grosso do Sul, ao reexame necessário e ao apelo de Gerson Prata Júnior e, julgar prejudicado o recurso de R.K.L. Nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 3 de novembro de 2015.

Des. Marco André Nogueira Hanson – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Gerson Prata Júnior, inconformado com a sentença proferida nos autos da ação indenizatória ajuizada por R. K. L., interpõe o presente recurso de apelação cível.

Em suas razões recursais, alega em síntese que o acidente ocorreu por culpa única e exclusiva do Autor, eis que foi advertido, junto com os demais colegas, que o açude não era local de banho, mesmo porque ali existem centenas de jacarés. Afirma que somente a piscina é destinada a banho e que o autor deve assumir a sua culpa, máxime porque já era um jovem com 17 anos de idade. Expõe que a vítima recebeu sim, ao contrário do que alega, os primeiros socorros e que na ocasião não apresentava lesão ou ferimento exposto.

Assevera que não há nexo de causalidade entre os danos sofridos pelo autor e os atos praticados pelo litisdenunciado, já que o acidente se deu por culpa exclusiva da vítima, que mesmo advertida pelos funcionários da fazenda de que ali não era local de banho, optou por pular no açude. Pugna pelo conhecimento e provimento do apelo.

O Estado de Mato Grosso do Sul – segundo requerido, também apelou, requerendo, preliminarmente, que seja conhecido e apreciado, o agravo retido interposto em face da decisão interlocutória que rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* levantada em contestação.

No mérito, afirma que não ficou demonstrada a omissão do professor (agente público), no sentido de evitar o evento danoso, o que descaracteriza a responsabilidade subjetiva do Estado, por omissão.

Expõe que, apesar da gravidade do fato narrado na inicial, resta claro que o evento danoso ocorreu fora dos parâmetros da causalidade, na medida em que, por mais que mantivesse, – como de fato sempre manteve – vigilância constante, tal fato não impediria que o autor, repentinamente, viesse a pular na água para recuperar seu boné. Sustenta que no caso, há uma excludente de ilicitude, qual seja, o caso fortuito, porquanto o evento danoso adveio de ato humano e não de falha da administração, tampouco de culpa de agente administrativo.

Narra que houve, na verdade, omissão e negligência por parte do proprietário da fazenda, que explorando a mercancia do turismo e lazer, não estruturou adequadamente o seu empreendimento, deixando de contratar funcionários treinados e munidos de equipamentos de primeiros socorros. Assevera que o causador do dano foi o próprio autor, que à época dos fatos contava com 17 anos, portanto, maduro o suficiente para prever os riscos visíveis que incorreria ao saltar, assumindo integralmente o risco de eventual lesão. E conclui dizendo que o número de professores responsáveis (cinco) era compatível com o número de alunos ali presentes (cerca de 25). Impugna os valores das indenizações a que foi condenado a pagar, requerendo sua minoração. Argumenta que a correção monetária deve ter como índice a TR e não o IGPM-FGV, devendo ser aplicada a regra disposta no art. 1º-F da Lei 9.494/1997. Quanto aos juros de mora, afirma que o termo *a quo* é a data do trânsito em julgado da sentença. Pugna pelo conhecimento e provimento do apelo.

Por fim, o autor – R. K. L.-, apresentou seu recurso de apelação, afirmando que sua participação na ocorrência do dano é discutível, porquanto a própria sentença declara que não existiam funcionários da fazenda turística ou da escola, suficientes para a adoção de medidas de combate ao acidente, e ressalta a inexistência de placas indicando que o local seria impróprio para banho. Argumenta que, ainda que os alunos tenham sido efetivamente orientados a não se banharem no período da manhã, ou a não usarem a lagoa naquela parte, dada a existência de jacarés, ficou demonstrado que há uma tirolesa no local onde o acidente ocorreu, não sendo coerente supor que as pessoas cairão sobre os animais, ou mesmo em local tão raso, a ponto de vislumbrarem o fundo da lagoa. Alega que deveria ter havido um trabalho mais efetivo com o intuito de evitar acidentes, tal como orientação prévia na sala de aula, razão pela qual, deve ser afastada a culpa concorrente da vítima pelo dano sofrido.

Por outro ângulo, afirma que o montante da indenização por danos materiais está longe de reparar o dano sofrido, sendo insuficiente para sua sobrevivência, havendo que ser majorado o valor da pensão mensal.

Requer, também, a majoração do valor da indenização por danos morais fixada. Finalmente, sustenta que o valor da condenação deverá ser corrigido e acrescido de juros de mora desde a data do sinistro. Pugna pelo conhecimento e provimento do apelo.

As partes apresentaram contrarrazões aos recursos interpostos.

VOTO

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

Trata-se de apelações cíveis interpostas pelas partes em face da sentença que julgou a ação de indenização promovida por R. K. L. em face do Estado de Mato Grosso do Sul, que tem como litisdenunciado, o Sr. Gerson Prata Júnior.

Dos Fatos

Segundo consta dos autos, que no dia 07.06.2008, que o autor, juntamente com os colegas que cursavam o 3.º ano do Ensino Médio na Escola Estadual “Dona Rosa Pedrossian”, no município de Miranda/MS, acompanhados de alguns professores e sob a responsabilidade da escola, se dirigiram à Fazenda Santa Inês, para realização de trabalho escolar.

Durante o passeio realizado para apreciar a paisagem, o requerente retirou a camiseta e os chinelos, atirando-se num mergulho ‘de ponta’, a fim de apanhar o chapéu que havia caído na água em razão do vento. Logo em seguida, a areia levantou de forma abrupta, permanecendo o autor com a cabeça submersa, boiando, razão pela qual, um dos professores presente no local, pulou na água para resgatá-lo e prestar os primeiros socorros.

O autor afirma que no local não haviam placas sinalizando a proibição de banho e que não foi advertido de que não poderia mergulhar ali. Sustenta, ainda, que na fazenda não existe atendimento emergencial, tendo aguardado a chegada da ambulância que o conduziu até o hospital municipal e após à Santa Casa, onde alega ter permanecido por longo lapso temporal, passando por duas cirurgias para ser, então, diagnosticado com um quadro irreversível de tetraplegia. Sustenta que não recebeu o tratamento adequado no hospital, bem como que não houve mobilização por parte da escola responsável pela atividade extra-classe.

Aduz que seu tratamento médico foi precário desde o início, tendo recebido sessões de fisioterapia somente após a intervenção de funcionários da Prefeitura Municipal de Miranda que, por conta própria, arrecadaram fundos para custear um profissional da área que foi autorizado a atuar dentro da Santa Casa. Em vista disso, pleiteia indenização por danos morais e pensão vitalícia do Estado de Mato Grosso do Sul.

O requerido – Estado de Mato Grosso do Sul em sua defesa, alega que a responsabilidade pelo evento danoso é do proprietário da Fazenda Santa Inês, a qual explora o ecoturismo, razão pela qual, requereu sua denúncia à lide. Afirma que é indevida a indenização, por não ter ficado demonstrada a omissão dos professores. Sustenta, ademais, que dado o caráter excepcional dos fatos, não poderia o réu ter evitado o evento, o qual resultou de ato impulsivo do autor, o que caracterizaria a excludente de ilicitude – caso fortuito.

A denúncia à lide foi acolhida, sendo determinada a citação de Gerson Prata Júnior – proprietário da Fazenda Santa Inês, que contestou, alegando em síntese que o evento danoso resultou da culpa única e exclusiva do autor, aduzindo ainda que, se há responsabilidade, esta deve recair somente ao requerido Estado de Mato Grosso do Sul. Relata que no dia do acidente, os alunos foram recebidos por um monitor ambiental e um funcionário, ambos com cursos de primeiros socorros, sendo feitos esclarecimentos sobre o turismo rural e ecoturismo, inclusive sobre as atividades da fazenda e sobre os cuidados com a segurança. Afirma que os alunos foram cientificados que o banho era somente realizado na piscina e que o açude era destinado ao turismo contemplativo e para dar comida aos jacarés.

O juiz de primeiro grau, entendendo que houve culpa concorrente das partes, julgou a lide nos seguintes termos:

Posto isso, julgo parcialmente procedente a pretensão inicial para condenar o Estado de Mato Grosso do Sul, ao pagamento:

1. dos danos materiais, no valor de R\$ 4.000,0 (quatro mil reais), necessários para aquisição da cadeira de rodas discriminada na perícia, e ao pensionamento mensal ao autor; para custear suas necessidades de alimentação especial, medicamentos e demais materiais necessários a seu tratamento de saúde, no valor mensal de 6 (seis) salários mínimos, 2. De danos morais no valor de 150 (cento e cinquenta) salários mínimos.

Os valores da condenação supra deverão ser atualizados pelo IGPM/FGV, a partir da prolação da sentença, salvo pelo valor de R\$ 4.000,0, cuja atualização deve incidir a partir da data do laudo pericial, 15.06.2012, acrescidos de juros de mora de 6% ao ano, a partir da citação até a entrada em vigor da Lei nº 1.960/209, quando passarão a corresponder aos índices oficiais de remuneração básica de juros aplicáveis à caderneta de poupança. Os valores da condenação supra ficam reduzidos pela metade, por ter sido reconhecida a culpa concorrente do autor para o evento danoso. Sem custas, por ser o requerido isento, devendo arcar, no entanto, com a despesa processual consistente nos honorários periciais. O réu fica condenado, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios, os quais arbitro em 15% sobre o valor das parcelas vencidas e inadimplidas da pensão mensal, acrescidas do valor da cadeira de rodas e dos danos morais.

Por fim, julgo procedente a denúncia à lide promovida pelo Estado de Mato Grosso do Sul em desfavor de Gerson Prata Júnior; para reconhecer o direito de regresso do denunciante e, por consequência, condenar o litisdenunciado a arcar com metade da condenação imposta ao denunciante. O litisdenunciado fica condenado, ainda, a eventuais custas processuais devidas em razão da denúncia à lide, a metade do valor dos honorários periciais e ao pagamento de honorários advocatícios em favor do litisdenunciante no percentual de 15% do valor da condenação.

Irresignados, o autor, o réu e o litisdenunciado interpuseram recurso de apelação cível.

Reexame Necessário

Embora o Juiz não tenha se manifestado pelo cabimento do reexame necessário, o feito o exige, por enquadrar-se no art. 475, I, do CPC.

Assim, o faço de ofício.

Admissibilidade Recursal

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos interpostos pelas partes, bem como do reexame necessário e passo à sua apreciação simultânea.

Do Agravo Retido Interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul

O agravo retido de fl. 215/219, interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, contra a decisão que não acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, não merece provimento.

Saliente-se, inicialmente, que para aferição da preliminar de legitimidade de parte não importa levar em conta as questões de mérito, mas sim o contexto explicitado na inicial e, a partir dele, verificar abstratamente se há, ou não, vínculo jurídico processual.

Noutros termos: a aferição da legitimidade processual antecede logicamente o julgamento do mérito e não guarda, com ele, relação apriorística.

Assim, como regra geral, é legitimada ativa a parte que afirma ser titular de determinado direito que precisa da tutela jurisdicional, bem assim é legitimada passiva a parte que supostamente ofendeu/inobservou o direito da parte Autora.

Como bem explica o processualista Fredie Didier Jr. (Curso de Direito Processual Civil – 9ed. Salvador: *jus Podivm*, 2008, p.217, v. I.), trata-se de análise feita à luz das afirmações da parte autora em sua petição inicial:

“Sem olvidar o direito positivo, e considerando a circunstância de que, para o legislador, carência de ação é diferente de improcedência do pedido, propõe-se a análise das condições da ação, como questões estranhas ao mérito da causa, fique restrita ao momento de prolação do juízo de admissibilidade inicial ao procedimento. Essa análise, então, seria feita à luz das afirmações do demandante contidas em sua petição inicial (in statu assrtionis). ‘Deve o juiz raciocinar admitindo, provisoriamente, e por hipótese, que todas as afirmações do autor são verdadeiras, para que se possa verificar se estão presentes as condições da ação’. ‘O que importa é a afirmação do autor, e não a correspondência entre a afirmação e a realidade que já seria problema de mérito’. Não se trata de um juízo de cognição sumária das condições da ação, que permitiria um reexame pelo magistrado, com base em cognição exauriente. O juízo definitivo sobre a existência das condições da ação far-se-ia nesse momento: se positivo o juízo de admissibilidade, tudo o mais seria exame de mérito, ressalvados fatos supervenientes que determinassem a perda de uma condição da ação. A decisão sobre a existência ou não da carência de ação, de acordo com esta teoria, seria sempre definitiva. Chama-se de teoria da asserção ou da prospettazione.”

In casu, como a narrativa da exordial demonstra que os agentes públicos estavam, de alguma forma, envolvidos no evento danoso, na condição de organizadores da excursão e responsáveis pelos jovens, deve ser mantida a decisão que afastou a preliminar de ilegitimidade passiva.

Do apelo interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul

Da responsabilidade dos agentes públicos (professores)

Cuida-se de ação de indenização por danos materiais e morais em que a responsabilidade foi atribuída ao Estado de Mato Grosso do Sul, em decorrência da suposta omissão dos professores que acompanhavam uma excursão da Escola Estadual Dona Rosa Pedrossian, que não teriam atuado com o necessário dever de vigilância a ser dispensado aos alunos, permitindo que o autor saltasse dentro de um açude impróprio para banho e viesse a se acidentar.

Em virtude do trauma sofrido, o autor ficou paraplégico.

Como é consabido, a responsabilidade civil do Estado é uma condição de segurança da ordem jurídica em face do serviço público, de cujo funcionamento não deve resultar lesão a nenhum bem juridicamente tutelado, incidindo na hipótese dos autos o preceito constitucional contido no art.37, parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos:

“As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso nos casos de culpa ou dolo.”

Com efeito, o que fundamenta a imputação de responsabilidade ao ente público é a ocorrência de um evento danoso e o nexo de causalidade existente entre a ação ou omissão estatal e o prejuízo sofrido pela vítima.

Por sua vez, as escolas, no exercício de suas funções, têm obrigação de dispensar proteção efetiva e zelar pela integridade física das crianças e adolescentes que estão sob sua guarda, cabendo-lhes adotar as medidas adequadas de segurança e vigilância no desempenho desse encargo, gerando a responsabilidade civil quando ficar demonstrada a omissão do agente encarregado de vigiar, como causa do dano.

Nesse sentido é o entendimento do festejado autor Carlos Roberto Gonçalves, em “Responsabilidade Civil”, 8ª edição, 2003, Ed. Saraiva, págs. 157/158:

“(...) Nos estabelecimentos de ensino exsurge uma concorrência de situações entre a responsabilidade do pai e a do professor. Os professores, no seu trabalho, exercem sobre os seus alunos um encargo de vigilância que é sancionado pela presunção de culpa. No entender de conceituados autores, como Alvino Lima, Serpa Lopes e outros, em relação aos mestres e educadores preside a mesma ideia que influi na responsabilidade dos pais, mas com esta diferença de que a responsabilidade dos educadores é vinculada a um dever de vigilância pura e simplesmente, enquanto aos pais incumbe não só a vigilância como a educação.

(...)

Assim, quando o aluno se encontra em regime de externato, a ‘responsabilidade é restrita ao período em que o educando está sob a vigilância do educador (Serpa Lopes, ob. cit., n. 284), compreendendo o que ocorre no interior do colégio, ou durante a estada do aluno no estabelecimento, inclusive no recreio (Pontes de Miranda), ou em veículo de transporte fornecido pelo educandário. (...)’

O E. Supremo Tribunal Federal, sobre o tema, se manifestou da seguinte maneira:

“(...) Responsabilidade civil do poder público por danos causados a alunos no

recinto de estabelecimento oficial de ensino – O Poder público, ao receber o estudante em qualquer dos estabelecimentos da rede oficial de ensino, assume o grave compromisso de velar pela preservação de sua integridade física, devendo empregar todos os meios necessários ao integral desempenho desse encargo jurídico, sob pena de incidir em responsabilidade civil pelos eventos lesivos ocasionados ao aluno. – A obrigação governamental de preservar a intangibilidade física dos alunos, enquanto estes se encontrarem no recinto do estabelecimento escolar, constitui encargo indissociável do dever que incumbe ao Estado de dispensar proteção efetiva a todos os estudantes que se acharem sob a guarda imediata do Poder Público nos estabelecimentos oficiais de ensino. Descumprida essa obrigação, e vulnerada a integridade corporal do aluno, emerge a responsabilidade civil do Poder Público pelos danos causados a quem, no momento do fato lesivo, se achava sob a guarda, vigilância e proteção das autoridades e dos funcionários escolares, ressalvadas as situações que descaracterizam o nexo de causalidade material entre o evento danoso e a atividade estatal imputável aos agentes públicos.” (RE 109615/RJ, de Rel. Ministro Celso de Mello).

Entretanto, a prova carreada aos autos não aponta para a responsabilidade do Estado demandado em relação aos fatos descritos na inicial. Com efeito, é incontroversa a ocorrência do incidente que motivou a atual condição de paraplegia do autor.

Em que pesem as ponderações feitas pelo juiz de primeiro grau, não há como visualizar, diante das circunstâncias do caso concreto, a existência de conduta digna de censura por parte dos educadores que participavam do passeio.

Conforme se observa dos depoimentos prestados, os professores agiram com cautela e zelo, dentro do contexto esperado para aquela situação. Sendo impossível para eles, prever que o autor saltaria ‘de ponta’ dentro de um açude com água escura e com jacarés para pegar um chapéu que havia caído por causa do vento. A própria dinâmica do acidente aponta para a imprevisibilidade do evento pelos professores ali presentes. Vejamos:

Everaldo Salomão Costa – professor- (f. 651/654):

“Juiz: Tá. O senhor estava na frente. O Renan estava com um colega atrás e tinha, aí tinha outros alunos atrás dele junto com a Cleonice.

Depoente: Tinha eu. Daí tinha um grupo de alunos com a professora Cleonice era a maioria e eles estavam um pouquinho atrás.

Juiz: Estavam atrás desse grupo que estava com a Cleonice.

Depoente: Atrás desse grupo. Eu já estava em terra firme e os outros ainda estavam no tablado. Daí eu estava saindo quando eu olhei para trás eu já vi o Renan pulando de ponta na água. Ele pulou por cima das cordas.

Juiz: E daí?

Depoente: Aí eu peguei e no desespero eu já saí né. Fui lá e quando vi ele bateu de ponta e voltou de uma vez de volta para a superfície. Aí cheguei lá e peguei ele por trás ele ainda me reconheceu, conversou comigo e estava preocupado. Aí eu acalmei ele e peguei ele por trás assim.

Cleonice Cristal dos Santos – professora – (f. 659/662):

Juiz: Tá, o quê que ocorreu? A senhora chegou a presenciar o acidente?

Depoente: O que assim que eu vi foi que ele tirou a camisa, não um boné primeiro caiu o chapéu, era um chapéu de palha...

Juiz: De quem que era esse chapéu?

Depoente: Era de um colega, então estavam tirando fotos com os amigos né, eles gostam adolescentes gostam de tirar fotos, aí ele emprestou o chapéu do menino colocou na cabeça e tirou foto, até porque o Renan era um aluno muito bom não era um aluno da gente dizer que era terrível de ficar fazendo as coisas erradas não, aí a gente estava ali o senhor Everaldo também estava atrás, mais atrás né a professora Andréia, estava todo mundo lá, Andréia eu não sei onde estava, aí caiu o chapéu o vento bateu e caiu na, aí a gente estava lá e os meninos começaram a dar risada ah caiu o chapéu e tal. Mas ninguém imaginava que ele fosse fazer aquilo né então aí ele tirou a camisa, o incrível que ele saltou sobre a corda, que eu estava de frente para ele e ele estava mais a frente assim na passarela.

Juiz: Entre cair o chapéu e ele tirar a camisa e pular foi muito tempo? Pouco tempo? Como é que foi entre ele tirar a camisa e pular?

Depoente: Foi muito rápido, foi muito rápido acho que não sei como é que foi que deu isso na cabeça de pular, ninguém imaginava uma coisa dessa porque ali a água é escura todo mundo já tinha passado por ali, assim todo mundo já tinha visto que o rapaz já estava alimentando os jacarés ali naquele local só que um pouquinho mais para trás assim vamos dizer né só que na mesma água, ninguém ia imaginar uma coisa dessas estava todo mundo ali só para tirar foto.

Andréia de Jesus Martins- professora- (f. 663/665):

“Juiz: A senhora visualizou como que ocorreu esse evento? Esse acidente?”

Depoente: Olha, foi muito rápido, a gente entrou na passarela e veio um vento, voou o chapéu dele no açude e ele já pulou na água de ponta, que o local era bem raso, a gente estava recentemente entrando na passarela.

Juiz: Ele pulou próximo da margem então?

Depoente: Foi próximo à margem.

Juiz: Tá. Essa passarela tinha algum corrimão?

Depoente: Tinha.

Juiz: Tinha. Era formado o quê? Por duas cordas me parece.

Depoente: Isso, aham.

Juiz: Qual que era a altura desse corrimão, vamos dizer assim?

Depoente: A altura?

Juiz: É.

Depoente: Mais ou menos na cintura de uma pessoa de 01 e 70.

Juiz: Ah, tá. Ele pulou então por cima dessas cordas?

Depoente: Pulou, uhum.”

W. C. B. – aluno – (f. 667/669):

“JUIZ: Você viu o acidente como que aconteceu?”

DEPOENTE: Eu vi.

JUIZ: O quê que aconteceu?”

DEPOENTE: Ele estava em cima do tablado...

JUIZ: Do tablado ou da passarela?”

DEPOENTE: Da passarela né, da passarela sim, aí tá tem cordas e tudo do lado assim, aí nós estávamos lá na frente aí bateu um vento forte assim, ele estava de chapéu e o chapéu dele caiu na água, aí caiu na água na hora que nós olhamos ele já tinha pulado por cima assim, nem deu para perceber muito bem como que foi, foi por cima das cordas tem as cordas assim no tablado, foi por cima que ele pulou e quando nós chegamos lá o combinado era para ninguém entrar na água né.”

Examinando o contexto fático acima explanado, diante dos acontecimentos, não há como censurar a conduta dos professores da escola que estiveram o tempo todo junto aos alunos, orientando-os, inclusive, quanto à impossibilidade de nadar naquele local.

Importante ter em consideração que os professores não tinham condições de prever que o autor, apesar de devidamente advertido, iria saltar ‘de ponta’ naquele açude, com o objetivo de recuperar o chapéu perdido.

Como consabido, os professores tem o dever de zelar pela integridade física e psíquica dos membros do corpo discente. Todavia, no caso dos autos, não há como afirmar que houve omissão dos professores em zelar pela segurança dos alunos.

Assim, por maior que fosse a vigilância empregada pelos professores, não havia nenhuma garantia no sentido de que a ação fosse capaz de inibir o ato praticado pelo autor.

Cumprido assentar, ainda, que o grupo de alunos era formado por adolescentes, na faixa etária de 16 a 17 anos, portanto, capazes de identificar os riscos presentes no local, principalmente pelo fato de que haviam sido advertidos anteriormente quanto à impossibilidade de nadar no lugar.

Também parece razoável o número de professores responsáveis pelo passeio – 04 para uma turma de 30 a 40 alunos, até porque, não tratavam de crianças, mas sim, jovens, perfeitamente capazes.

Inclusive, conforme relato de uma das professoras, o autor era um aluno calmo, que apresentava bom comportamento, não sendo previsível, portanto, que ele pudesse ter esse tipo de atitude.

Andreia de Jesus Martins (f. 663/665):

“Juiz: Tá. Como que era o comportamento do Renan? Ele era aluno problemático?”

Depoente: Excelente, excelente aluno.

Juiz: Tá.

Depoente: Inclusive não era um aluno, digamos assim, como eu posso dizer, expressão, eu esqueci a palavra agora, mas aquele aluno agitado, ele não era um aluno agitado, era até calmo, um aluno que falava calmamente, ia bem nos estudos, só tirava notas boas.”

O Estado não é onipresente, sendo impossível fornecer garantia absoluta de segurança a todos os cidadãos, 24 horas por dia, em qualquer parte do território nacional. O mesmo vale para as crianças e jovens que se encontrem sob sua responsabilidade em estabelecimentos educacionais e/ou recreativos, pois inexigível que o Poder Público impeça absolutamente todas as hipóteses de uso inadequado dos bens que coloca à disposição dos alunos para a realização das atividades educacionais, de lazer e recreação. Tal conclusão é especialmente válida em se tratando de jovens com quase 18 anos, como foi o caso, pois não se tratavam de crianças pequenas que ainda exigissem permanente atenção.

Num Estado de Direito, democrático, todos os indivíduos possuem direitos e obrigações, devendo suportar os ônus de suas condutas nas esferas de suas próprias responsabilidades. Ademais, não pode o Judiciário reforçar o sentimento de vitimização que acomete as pessoas diante das adversidades da vida.

A responsabilidade pelo evento danoso é unicamente do autor, não sendo plausível transferir à sociedade o ônus de sua imprudência. Acidentes acontecem, mesmo em casa, em pátios, na rua, mesmo em companhia ou sob a vigilância dos pais. Na verdade, a dinâmica do lamentável acidente vem marcada pela imprevisibilidade da conduta do jovem estudante.

Ausente nexos causal, inviável atribuir ao réu – Estado de Mato Grosso do Sul – o dever de reparar os danos descritos na inicial, com o que a improcedência do pedido é imperiosa, restando prejudicada a análise das demais matérias constantes do apelo, restritas ao valor da condenação e seus consectários legais.

Do apelo interposto por Gerson Prata Júnior

Da responsabilidade do proprietário da fazenda

Como relatado, o autor, R. K. L., que à época dos fatos contava com 17 anos, sofreu um acidente nas dependências da Fazenda Santa Inês, de propriedade do réu – Gerson Prata Júnior – durante uma excursão patrocinada pela Escola Estadual Dona Rosa Pedrossian. Em razão disso, pleiteia indenização pelo dano moral advindo desse fato e pensão.

O proprietário da Fazenda Santa Inês – Gerson Prata Júnior – responde objetivamente pelo fato danoso, nos termos do artigo 14 do CDC:

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, o seguinte precedente:

RESPONSABILIDADE CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – MORTE DE MENOR EM BALNEÁRIO DE PROPRIEDADE DOS DEMANDADOS – HIPÓTESE DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA. Caso em que veio a falecer, por afogamento, o menor, filho da autora, em balneário aberto ao público em geral – mediante pagamento de módico ingresso – de propriedade dos demandados. Responsabilidade objetiva que restou evidenciada nos autos. Tratando-se de local de banho perigoso, aberto ao público em geral, ficou patente nos autos que os réus não tomaram as precauções necessárias a evitar que, eventos como o tratado nos autos ocorressem. Indenização não deve ser em valor ínfimo, nem tão elevada que torne desinteressante a própria inexistência do fato. Atenção às particularidades das circunstâncias fáticas. Apelação da parte autora provida em parte. Apelação dos demandados desprovida. Decisão unânime. (Apelação Cível Nº 70035440395, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 26/05/2011)

Assim, responde objetivamente o réu-litisdenuciado, pelos danos causados à vítima, em suas dependências, independentemente da culpa do lesante, fazendo-se necessária apenas a comprovação do nexo de causalidade entre a conduta e o resultado.

Nesse norte, o fornecedor apenas não responderá pelo defeito, quando provar, que este inexistiu, ou há culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Na hipótese, o julgador *a quo* reconheceu a culpa concorrente da vítima, dos professores que estavam supervisionando o passeio e do dono da fazenda.

A questão relativa à culpa dos professores (agentes públicos), já foi apreciada neste acórdão. Cumpre então, analisar se existe a responsabilidade civil do réu – proprietário da fazenda – quanto aos danos sofridos pelo autor.

E nesse aspecto também merece reparos a sentença.

Embora este relator se solidarize com o autor, o qual encontra-se paraplégico em vista de uma fatalidade, um acidente, no caso inexistiu o nexo de causalidade entre o fato danoso e a conduta do réu – proprietário da Fazenda Santa Inês.

Analisando-se o conjunto probatório vê-se que a passarela existente sobre o açude possui uma cerca de cordas em seu entorno de aproximadamente um metro de altura (f. 39).

Segundo prova testemunhal, o autor, momentos antes do evento, foi advertido verbalmente de que no local não era permitido o banho.

Os professores responsáveis pelo passeio – Everaldo Salomão Costa, Cleonice Cristal dos Santos e Andréia de Jesus Martins – confirmaram ter recebido, juntamente com os alunos, recomendação, quando ingressaram no local, de que não era permitido o banho no açude, diante da existência de animais (jacarés) no local. Senão vejamos:

Everaldo Salomão Costa:

“Depoente: Bom, lá na hora que nós chegamos né, nós fomos bem recebidos pelos monitores lá e eles orientaram o quê que a gente podia e o quê que a gente não podia fazer. No período da manhã...”

Juiz: Quais foram as orientações passadas pelos monitores. Esses monitores eram funcionários da fazenda?

Depoente: Funcionários da fazenda.

Juiz: Quais foram as orientações passadas por eles?

Depoente: Lá tinha um jacaré na lagoa. Então era orientado para a gente não entrar na lagoa por conta dessas criaturas. O local era uma lagoa suja. A gente também não podia tomar banho ali na lagoa. Tinha uma piscina que poderia tomar banho. A orientações iniciais era para a gente fazer um passeio apenas.”

Cleonice Cristal dos Santos:

“Juiz: Tinha alguma programação no passeio? O que iria ser feito, horários? Tinha essa programação?”

Depoente: tinha lá no local.

Juiz: No local. E essa programação foi passada por quem?

Deponente: Pelo gerente lá, eu não lembro o nome do rapaz.

Juiz: o que foi falado?

Deponente: que primeiro a gente faria um, primeiro assinaria um seguro, né, a gente tava lá e ele explicou tudinho como era pra assinar, aí a gente ia ver eles alimentarem o jacaré ali né, a gente ficava longe e ele mostrando, depois a gente faria uma trilha ecológica, uma trilha porque a gente voltava para almoçar, as orientações...”

Andréia de Jesus Martins:

“Juiz: O que que foi passado para vocês ali?”

Deponente: Bom, no primeiro momento foi pedido que a gente assinasse o seguro né, que a fazenda tinha, eu não me informei do que se tratava esse seguro, eu sei que todos os alunos e professores assinaram, esse foi o primeiro momento, ali a orientação era que a gente esperasse um pouquinho, aí logo depois a gente iniciou o passeio que foi com essa ida até o quiosque que ficava exatamente bem quase que no meio do açude.

Juiz: E o que vocês faziam ali no quiosque?

Deponente: Era só para observar inclusive antes da gente começar a andar naquela passarela tinha jacaré, os alunos ficavam jogando comida para eles, aí a gente foi nessa passarela e a orientação que a gente passou era que não era pra entrar na água.”

No mesmo sentido, foi o depoimento da testemunha – Márcio José da Silva Ramires – funcionário da fazenda:

“Deponente: Na chegada, o pessoal chega a gente dá as explicações todas, tudo o que pode fazer e o que não pode né, questão da lagoa a gente explicou na chegada, o que podia fazer, se podia nadar, se não podia nadar, não podia como explicou tudo certinho então...”

Juiz: Tá, esse tipo de orientação e explicação foi dada para esses alunos? Nesse dia?

Deponente: Sim. Na (ininteligível) chegada tudinho nesse receptivo lá e nós explicamos tudinho lá...”

Um dos alunos – W C B. – também afirmou que houve advertência para que não entrassem na água. Vejamos:

Juiz: Tá, quando vocês chegaram ali na fazenda foi feita alguma reunião com vocês alguma palestra? O que foi falado?

Deponente: Teve (ininteligível)

Juiz: O quê que foi falado?

Deponente: Falado que ia ser tudo guiado, ser tudo de guia né, não era para ninguém entrar na água que não era para ninguém tipo, obedecer né as ordens do guia tudo que assim...

Juiz: Tinha a programação das atividades que vocês iam fazer?

Deponente: Tinha.

Juiz: Qual que era a programação? Qual que era a ordem né das atividades que vocês iam fazer?

Deponente: Acho que a programação, nós chegamos e começamos acho que em uma sala de jogos por ali conhecendo mais o ambiente do local, depois de tarde nós íamos fazer tirolesa né, essas coisas mais...”

Sucedo que o rapaz de forma inesperada, visando recuperar seu chapéu que havia caído no açude, em virtude do vento, resolveu saltar na água, vindo a se acidentar, tendo em vista a baixa profundidade do local – que era de cerca de 30 centímetros.

Ora, de acordo com o que está relatado nos autos, o autor não apresentava qualquer dificuldade de entendimento, tendo plena consciência de que não poderia entrar na água naquele momento e local, conforme demonstrou também a prova testemunhal.

Os professores afirmaram categoricamente em juízo que teriam combinado com os alunos, que aquele passeio era para a contemplação da natureza (observar os jacarés) e que a atividade de banho de piscina e tirolesa não seria realizada na parte da manhã, mas apenas depois do almoço. Entretanto, apesar de todas as advertências, o autor optou por saltar o anteparo (cordas) ali existente e cair na água, ocorrendo o fato danoso.

Desse modo, não se verifica a ocorrência de omissão por parte do demandado – proprietário da fazenda. Apesar de não haver placa no local indicando a profundidade do açude e a proibição de entrar na água, não é razoável que um rapaz de 17 anos de idade, ignore as advertências feitas pelos professores e funcionários do local, e adentre em uma lagoa de água suja e com jacarés, justificando sua atitude tão somente pelo fato de não existir sinalização no local. Conforme demonstraram as provas, a proibição de banho no açude foi exaustivamente informada tanto aos professores responsáveis, quanto aos alunos, pelo funcionários do local.

Apesar de o autor se tratar de menor, ele já tinha dezessete anos de idade e pleno discernimento, entendendo, por certo, que não deveria ingressar na água. Contudo, aparentemente em um ímpeto comum aos adolescentes resolveu arriscar-se e saltar no açude, vindo a se acidentar.

Assim, embora não se desconheça a responsabilidade objetiva do empreendimento pelos riscos advindos do seu negócio, não se pode almejar que este seja um segurador universal.

Ora, é impossível ao réu responder pelo fato de o adolescente ter saltado de ‘ponta’ em local proibido, mormente em face de condições tão peculiares, pois além dele não poder constatar a profundidade, tendo em vista que a água era suja, ele tinha ciência de que não era permitido entrar na água, até porque, se tratava de um açude para criação de jacarés.

Outra observação a ser feita é a de que, apesar de haver uma tirolesa instalada no referido lago (açude), ficou demonstrado que sua prática somente era permitida em horário previamente agendado, tendo em vista exigir a presença de pessoal capacitado para supervisionar e ajudar os praticantes naquele momento.

Isso ficou muito claro no depoimento de f. 666/667, prestado por Márcio José da Silva:

“Deponente: Os passeios a cavalo, a trilha, a tirolesa a gente tem todos os equipamentos de segurança, a gente mostra todos os equipamentos de segurança do paredão de escalada, tirolesa e pescar no lago, só que não pode nadar no lago, agente

explicou tudo isso né na chegada, explicamos tudo isso para o turista quando chega né, aí tem um turista que quer fazer uma coisa quer fazer outra e depois a gente vai combinando conforme o horário que é disponível né.

Juiz: Tá, essa tirolesa é no mesmo açude onde vocês alimentam os jacarés?

Depoente: É no mesmo açude só que ela não cai ali, ela cai no final só que você fica preso o tempo todo no cabo de aço e no final a água que para quando, que para a pessoa porque a velocidade que ele desce a água que o impacto e na água.

Juiz: O local de queda e da tirolesa e o local onde o menino se jogou e longe ou é perto?

Depoente: É longe.”

E da professora Cleonice Cristal dos Santos (f. 659/662):

“Defesa 02: Se ela se recorda se os alunos utilizavam tirolesa?

Juiz: Era previsto utilizar a tirolesa?

Depoente: Naquele momento não de jeito nenhum.

Juiz: Não, se havia previsão deles usarem tirolesa?

Depoente: Não previsão não, depois mais tarde um pouco que eles deixaram alguns que quiseram, só que com toda segurança porque tinha gente, os instrutores né em baixo e em cima até porque acho que foram um ou dois porque eles tinham medo da altura.

Juiz: Tá. Utilizaram essa tirolesa?

Depoente: É, mas muito pouco assim, e bem seguro assim porque tinha gente embaixo, gente em cima, gente para trazer de volta.”

Logo, não restou provado o nexo de causalidade entre o fato danoso e a suposta omissão do réu – Sr. Gerson Prata Júnior – dono da fazenda, pois esta não concorreu para o acidente.

Assim, ausente o dever de indenizar.

Do apelo interposto pelo Autor:

Diante da constatação da culpa exclusiva da vítima, o recurso interposto pelo autor resta prejudicado.

Dispositivo Final

Ante o exposto:

1) Conheço do agravo retido interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, mas nego-lhe provimento.

2) Conheço do apelo interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, bem como do reexame necessário, este de ofício, e dou-lhes provimento para o fim de julgar improcedente o pedido nesta ação indenizatória promovida por R. K. L., representado por sua mãe Tereza Cristina Kiomido. Conseqüentemente, invertem-se o ônus da sucumbência, cabendo ao autor, o pagamento das custas processuais, bem como honorários advocatícios que com base no art.20 § 4º do CPC, fixo em R\$ 2.000,00 (dois mil reais). A obrigação do autor permanecerá suspensa enquanto não houver prova de alterações em suas condições financeiras (art. 12 da Lei 1060/50), eis que trata-se de beneficiário da assistência judiciária gratuita.

3) Conheço do apelo interposto por Gerson Prata Júnior e dou-lhe provimento para o fim de julgar improcedente a denunciação à lide. Conseqüentemente, com relação à denunciação da lide, inverte-se o

ônus da sucumbência, cabendo ao litisdenunciante, o pagamento dos honorários advocatícios em favor do advogado do litisdenunciado, que com base no art.20 § 4º do CPC, fixo em R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais). Sem custas, por ser o litisdenunciante isento.

4) Por fim, julgo prejudicado o recurso interposto por R. K. L.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao agravo retido, deram provimento ao recurso do estado de mato grosso do sul, ao reexame necessário e ao apelo de Gerson Prata Júnior e, julgaram prejudicado o recurso de R.K.L. 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. Nélio Stábile e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 03 de novembro de 2015.

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0809892-93.2014.8.12.0002 – Dourados
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – PLANO DE ASFALTAMENTO COMUNITÁRIO NO MUNICÍPIO DE DOURADOS – PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO QUE OBJETIVA O PAGAMENTO DE PARCELA DO CUSTO DA OBRA EM RAZÃO DE ASSINATURA DE TERMO DE ADESÃO POR PROPRIETÁRIO DE IMÓVEL LINDEIRO À VIA PAVIMENTADA – OBRIGAÇÃO INEXIGÍVEL – OBRA PÚBLICA DE NATUREZA GERAL E INDIVISÍVEL QUE DEVE SER FINANCIADA POR IMPOSTOS OU CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA, NOS TERMOS DA LEI – IMPOSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DO RATEIO A PESSOAS DETERMINADAS – FÓRMULA DE CÁLCULO ILEGAL, INCLUSIVE PARA IMPOSIÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA – MANIFESTA BOA-FÉ DOS MUNICÍPIES ALVO DE ENGODO – ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DA MUNICIPALIDADE – REVELIA QUE NÃO INDUZ AO ACOLHIMENTO DE PEDIDO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

O asfaltamento da via pública se consubstancia serviço de beneficiamento coletivo, que não se realiza em favor de determinado proprietário, seja ele circunvizinho ou não da melhoria, e nem se trata de um serviço público específico e divisível, prestado a um contribuinte identificado ou posto à sua disposição.

Tratando-se o asfaltamento de um serviço de natureza geral e indivisível, eventual responsabilidade pelo seu custeio deve ser imputada ao próprio Estado, em seu sentido lato, já que detém o orçamento dos impostos para tal finalidade.

O custeio da obra pública de beneficiamento geral poderia ser transferido ao particular por meio da instituição da denominada contribuição de melhoria, que detém rígidos requisitos legais para sua cobrança, esculpidos nos artigos 81 e 82 do Código Tributário Nacional.

O Estado-Juiz não pode compactuar com cobranças desta natureza, em que se imputa a particulares específicos a responsabilidade pelo pagamento de um melhoramento de bem público, de uso coletivo, malferindo desde os mais comezinhos princípios constitucionais de direito (princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade) até o próprio sistema tributário nacional, que estabelece expressamente, com alto rigor formal, quais as fontes lícitas de arrecadação para custeio de obras deste gabarito.

Se não cabe sequer a imposição de contribuição de melhoria pelo rateio do custo da obra entre os imóveis lindeiros, de acordo com a metragem linear das respectivas testadas, já que desobedece o pressupostos da valorização imobiliária, com maior razão não se há de permitir que uma pessoa jurídica de direito privado, que almeja o lucro, venha a exigir do proprietário do imóvel circunvizinho à via asfaltada o pagamento de parte do custo da obra com base em tal metodologia.

Se os proprietários dos imóveis lindeiros foram alvo de engodo, praticado pela empreiteira e o município, vindo a aderir individualmente ao malfadado “plano comunitário” certamente porque juridicamente leigos e atraídos arditosamente pela esperança de se verem livres das ineficiências do município no trato das vias públicas, deve ser reconhecida sua boa-fé.

Se a obra de asfaltamento não beneficia apenas os proprietários e possuidores de imóveis circunvizinhos às vias beneficiadas, mas sim um grupo indeterminado e inquantificável de pessoas que delas se utilizam diariamente, é de se concluir que não há enriquecimento sem causa dos lindeiros, mas sim do município, que acabou por incorporar ao seu patrimônio o melhoramento.

A revelia não impede o desacolhimento de pedido manifestamente improcedente.

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, 3 de novembro de 2015.

Des. Marco André Nogueira Hanson – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Planacon Construtora Ltda, qualificada nos autos da Ação de Cobrança (feito nº 0809892-93.2014.8.12.0002, da 2ª Vara Cível da Comarca de Dourados/MS) que promove em face de Fábio Palhano Barbosa, também qualificado, inconformada com a sentença proferida pelo Juízo singular, interpôs apelação cível (f. 52-74).

Afirmou, em apertada síntese, que o juízo *a quo* incorreu em equívoco ao julgar improcedente o pedido inicial, de cobrança das parcelas referentes à contraprestação pela execução de pavimentação asfáltica, conforme termo de adesão em plano comunitário.

Referiu que não deve prosperar o fundamento consignado na sentença, de que o termo de adesão firmado entre as partes foi uma proposta sem cunho obrigacional. A um, porque nunca houve menção de que referido termo se consubstanciasse um contrato. A dois, porque consta da inicial que o apelado recusou-se a assinar o contrato, tendo se vinculado, entretanto, por meio de termo de adesão, onde tomou plena ciência do negócio e autorizou a execução da obra, com o comprometimento de que pagaria a quantia de R\$ 3.619,30.

Alegou que o plano comunitário de asfaltamento do bairro Parque Alvorada apenas foi executado após a adesão de 70% dos moradores, tendo o município de Dourados, então, viabilizado o início das obras.

Expôs que com a assinatura do termo de adesão, instituiu-se uma relação obrigacional entre as partes, onde cabia, por uma das partes, a execução da obra e, por outra, o pagamento de R\$ 3.619,30.

Sustentou que a cobrança encontra fundamento nos princípios da boa-fé objetiva e da vedação ao enriquecimento sem causa, não se olvidando que fora firmado documento declarando expressamente a anuência quanto aos termos da relação contratual, devendo prevalecer o princípio do *pacta sunt servanda*.

Asseverou, ademais, que o fato de o apelado não ter assinado o contrato posterior não pode ser compreendido como desistência do negócio, já que representaria um ato de má-fé permitir a execução da obra na testada de seu imóvel, com autorização expressa em termo de adesão, e, após, esquivar-se do pagamento.

Realçou que a improcedência do pleito ensejará o enriquecimento sem causa do apelado, já que não poderá retirar o material empregado na pavimentação, além de beneficiar um morador em detrimento dos outros, já que estes pagaram pela malha asfáltica.

Dispôs, finalmente, que a revelia induz à procedência do pedido.

Em vista disso, pugnou pelo conhecimento e provimento do recurso para, em reformando-se a sentença, julgar procedente o pedido e condenar o requerido ao pagamento de R\$ 3.619,30, acrescido de correção monetária e juros de mora, com a inversão dos ônus sucumbenciais.

Em razão da revelia, os autos vieram remetidos ao Tribunal sem intimação para apresentar contrarrazões.

VOTO

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

Trata-se de apelação cível interposta por pretense credor em face de alegado devedor, objetivando reformar a sentença, que julgou improcedente seu pedido de cobrança das parcelas referentes à contraprestação pela execução de obra pública de pavimentação asfáltica, com lastro em plano comunitário.

Uma vez presentes as condições e pressupostos recursais, hei por bem conhecer da apelação cível e passar ao julgamento do mérito.

Mérito

Cobrança de contraprestação pela execução de obra pública

Pelo que se deduz dos autos, a controvérsia cinge-se em definir se a subscrição de um termo de adesão no denominado Plano Comunitário de Asfaltamento, instituído por lei municipal de Dourados/MS, tem o condão de tornar obrigatório o financiamento privado de obra pública.

Vale dizer, impõe-se definir se o particular, apenas por ser indiretamente beneficiado e ter demonstrado interesse na realização da obra, por meio da subscrição de termo de adesão, passa a ser garantidor do pagamento do custo da obra, por cálculo estimativo previamente definido pela pessoa jurídica de direito privado executora do projeto.

Em meu sentir, e a despeito da ciência acerca da existência de alguns precedentes deste Tribunal, dando guarida à pretensão da suposta credora em causas análogas¹, tenho que o pedido deve ser efetivamente julgado improcedente, ainda que por fundamento diverso daquele explicitado pelo Juízo singular.

Para bem compreender o entendimento, afigura-se importante realçar os fatos trazidos ao conhecimento do Estado-Juiz para, com base na máxima esculpida na expressão “*da mihi factum dabo tibi jus*”, proporcionar a solução que melhor se subsuma ao ordenamento jurídico vigente.

Nesta trilha, colhe-se dos autos que, para justificar a cobrança do valor de R\$ 4.571,29 (quatro mil quinhentos e setenta e um reais e vinte e nove centavos), a requerente, pessoa jurídica de direito privado, fez constar da petição inicial, *in verbis*:

1 A propósito, ver os seguintes precedentes: 1) Processo nº 0805713-53.2013.8.12.0002; Relator(a): Des. Sidnei Soncini Pimentel; Comarca: Dourados; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data do julgamento: 24/03/2015; Data de registro: 25/03/2015; 2) Processo nº 0805252-81.2013.8.12.0002; Relator(a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva; Comarca: Dourados; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data do julgamento: 19/05/2015; Data de registro: 19/05/2015; 3) Processo nº 0802147-62.2014.8.12.0002; Relator(a): Des. Vladimir Abreu da Silva; Comarca: Dourados; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data do julgamento: 15/09/2015; Data de registro: 17/09/2015; 4) Processo nº 0805712-68.2013.8.12.0002; Relator(a): Des. Claudionor Miguel Abss Duarte; Comarca: Dourados; Órgão julgador: 4ª Câmara Cível; Data do julgamento: 17/03/2015; Data de registro: 18/03/2015.

“O Requerido é proprietário do imóvel determinado pelo lote 20, da quadra 88, localizado na rua João Demamam Filho, nº 1215, Parque Alvorada, nesta cidade de Dourados/MS.

Na data de 02 de novembro de 2.012 firmou termo de adesão ao plano de asfaltamento comunitário com a requerente, autorizando a execução da obra, bem como cancelando o pagamento principal de R\$ 3.619,30 (três mil seiscentos e dezenove reais e trinta centavos), em parcela única, com vencimento em 15/04/2014.

Ocorre que ao ser confeccionado o instrumento particular de contratação de serviços de pavimentação asfáltica – plano comunitário – com fornecimento de mão de material, equipamentos e mão-de-obra, nas condições já solicitadas pela Requerida, o mesmo sem nenhuma explicação negou-se a assinar.

Conforme o plano de asfaltamento comunitário, a Requerente ficou no encargo de fornecimento de material e mão-de-obra para execução de pavimentação asfáltica – plano comunitário, tudo conforme lei municipal nº 3.470 de 25 de agosto de 2.011.

O valor correspondente à contraprestação, a qual o requerido aderiu (termo de adesão) e foram estabelecidos no plano de rateio, publicado no Diário Oficial do município, no dia 11 de abril de 2.012, foi no valor de R\$ 3.619,30 (três mil, seiscentos e dezenove reais e trinta centavos), correspondente a um custo de R\$ 301,61 (trezentos e um reais e sessenta centavos) o metro de testada. (...)

Como já dito, concluída a pavimentação asfáltica na testada do imóvel de propriedade do requerido, e confeccionado o contrato nas condições solicitadas, o mesmo se recusou a assinar, bem como não adimpliu sua contraprestação até a presente data.”

Pelo simples relato dos fatos já se antevê, de forma cristalina, a ilegalidade do objeto contratado, bem como a imputação, ao particular, da responsabilidade pelo pagamento de contraprestação que não lhe cabe.

Como por todos ressabido, as ruas são, por definição legal (art. 99, I², CC/2002), bens públicos de uso comum do povo, cuja melhoria serve aos anseios de toda a coletividade.

Vale dizer, o asfaltamento da via pública se consubstancia serviço de beneficiamento coletivo, que não se realiza em favor de determinado proprietário, seja ele circunvizinho ou não da melhoria, e nem se trata de uma serviço público específico e divisível, prestado a um contribuinte identificado ou posto à sua disposição.

Se o serviço público de asfaltamento não é específico e divisível, nem atinge pessoas identificadas, certo é que não poderia o município sequer instituir taxa para o financiamento da obra, visto que os arts. 77 e 79, II e III do CTN prescrevem:

“Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Art. 79. Os serviços públicos a que se refere o artigo 77 consideram-se: (...)

II – específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade, ou de necessidades públicas;

III – divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários.

² Art. 99. São bens públicos: I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

Sobre as características necessárias para a instituição de taxa de serviço, Eduardo Sabbag é categórico:

“Assim, o serviço público estipendiado pela taxa de utilização em comento será:

(a) Específico: também intitulado serviço público “singular” (ou ut singuli), é aquele destacável em unidades autônomas de utilização, permitindo-se identificar o sujeito passivo ou discriminar o usuário. Direciona-se, assim, a um número determinado de pessoas;

(b) Divisível: é aquele passível de individualização ou ‘susceptível de utilização individual pelo contribuinte’, ou seja, o serviço quantificável, que traz um benefício individualizado para o destinatário da ação estatal. Conforme aduz Luciano Amaro, ‘o imposto é o modo de financiamento próprio dos serviços indivisíveis, e a taxa, dos serviços divisíveis’. Com efeito, a divisibilidade ‘pressupõe que o Estado os destaque ou especialize, segregando-os do conjunto de suas tarefas para a eles vincular a cobrança das taxas.’” (SABBAG, Eduardo. Manual de Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 374-375)

Tratando-se o asfaltamento, pois, de um serviço de natureza geral e indivisível, eventual responsabilidade pelo seu custeio deve ser imputada ao próprio Estado, em seu sentido lato, já que detém o orçamento dos impostos para tal finalidade.

Ora, considerando-se que a melhoria pública realizada defronte ao imóvel do requerido, em bem de uso comum do povo, serve aos anseios de toda a coletividade, que sequer poderia ser financiada por meio da instituição de taxa municipal, afigura-se óbvio que o custo da obra não pode ser transferido aos particulares que possuem imóveis no entorno da via.

Mais reprovável ainda, em meu sentir, é onerar os munícipes na forma como implementada neste litígio, que é transferindo a uma pessoa jurídica de direito privado, que atua com o propósito de obter lucro, determinados poderes que, como visto, nem mesmo o município deteria.

Vale dizer, o município transferiu à pessoa jurídica de direito privado, responsável pela execução da melhoria, ora requerente, o poder de subscrever, com aqueles que se encontravam próximos da obra de asfaltamento, termos de adesão padrão com valores pré-formatados, colocando os lindeiros em situação de extrema fragilidade.

Ora, é por todos sabido que, em se tratando de obra pública de beneficiamento geral, poder-se-ia transferir ao particular a responsabilidade por eventual custeio apenas se fosse instituída a denominada contribuição de melhoria, que detém rígidos requisitos legais para sua cobrança, esculpidos nos artigos 81 e 82 do Código Tributário Nacional.

Referida contribuição, como bem estabelece o *caput* do art. 81 do CTN, “*é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado*”.

Fosse possível admitir a cobrança do valor constante do termo de adesão, ora em discussão, que se consubstancia verdadeira imposição transviada de uma contribuição de melhoria para pagamento direto à pessoa jurídica de direito privado, certo é que não se poderia assegurar ao munícipe, ora requerido, que: 1) a cobrança decorre de uma efetiva valorização imobiliária; 2) observou-se, como limite total da cobrança rateada, a despesa efetivamente realizada na obra pública; 3) está-se respeitando, como limite individual da responsabilidade, o acréscimo de valor que da obra resultou para o imóvel beneficiado.

É de se observar, a propósito do assunto, que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já teve a oportunidade de enfrentar a alegação de nulidade da própria Contribuição de Melhoria, exatamente porque não teria observado o norte essencial para seu lançamento, que é constatar a valorização imobiliária. Veja-se:

“APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO TRIBUTÁRIO – MUNICÍPIO DE CANELA – EMBARGOS À EXECUÇÃO – CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA – ILEGALIDADE – ANULAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO IRREGULARMENTE CONSTITUÍDO – CONFIRMAÇÃO DA DECISÃO QUE DECLAROU A INEXIGIBILIDADE DA CONTRIBUIÇÃO – 1. O fato gerador da contribuição de melhoria é a valorização imobiliária (artigo 81 do CTN) decorrente de realização da obra pública e tem como pressupostos para a constituição do crédito tributário o preenchimento dos requisitos contidos no artigo 82 do CTN. Ausente, pois, os requisitos, deve ser decretada a nulidade do lançamento relativo ao tributo de contribuição de melhoria. 2. A Lei Municipal n. 740/86 não adotava a valorização do imóvel como critério para fins de apuração do valor do tributo devido, pois, pelo seu artigo 4º, a cobrança era determinada pelo rateio do custo da obra entre os imóveis, de acordo com a metragem linear das respectivas testadas, ou seja, o município não levou em consideração a valorização imobiliária determinada no artigo 1º do Decreto-Lei nº 195/67, que é o norte para todas as normas legais referentes à contribuição de melhoria, utilizando, pois, base de cálculo diversa da estabelecida no Decreto-Lei n. 195/67, sendo nula a cobrança da contribuição de melhoria. 3. Considerando que a verba honorária deve ser fixada de acordo com o trabalho despendido no feito, bem como observado o entendimento desta Corte, é de ser reduzida a verba honorária devido ao embargante para R\$ 1.000,00 (um mil reais). Reexame necessário. Sentença sujeita a reexame necessário, à vista do disposto no inciso II do artigo 475 do CPC. Custas Processuais. Esta Câmara possui entendimento firmado no sentido de que as Pessoas Jurídicas de Direito Público estão isentas das custas processuais e emolumentos, devendo arcar com as despesas processuais previstas no artigo 6º, C, da Lei 8.121/85, com exceção das despesas relativas a conduções de Oficiais de Justiça. Deram parcial provimento ao recurso de apelação e reformaram parcialmente a sentença em reexame necessário.” (Apelação Cível Nº 70040833402, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adriana da Silva Ribeiro, Julgado em 28/08/2014)

Dessume-se da leitura da ementa citada, que a contribuição de melhoria havia sido instituída tendo como forma de cálculo o rateio do custo da obra entre os imóveis, de acordo com a metragem linear das respectivas testadas, metodologia idêntica àquela praticada na lide em julgamento, já que, na hipótese, apurou-se o pretense valor devido pelo requerido à requerente multiplicando-se o custo de R\$ 301,61 (trezentos e um reais e sessenta centavos) por cada metro de testada do imóvel.

Ora, se não se afigura legal ao município, que detém inúmeras prerrogativas em razão do princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e da Indisponibilidade do Interesse Público, instituir uma contribuição de melhoria tomando como base o rateio do custo da obra entre os imóveis, de acordo com a metragem linear das respectivas testadas, com maior razão não se há de condescender com uma cobrança de idêntica natureza, embora transviada em um termo de adesão, exigida por um particular em detrimento de outro.

A toda obviedade, o Estado-Juiz não pode compactuar com cobranças desta natureza, em que se imputa a particulares específicos a responsabilidade pelo pagamento de um melhoramento de bem público, de uso coletivo, malferindo desde os mais comezinhos princípios constitucionais de direito (princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade) até o próprio sistema tributário nacional, que estabelece expressamente, com alto rigor formal, quais as fontes lícitas de arrecadação para custeio de obras deste gabarito.

O serviço executado pela requerente, em verdade, foi prestado ao próprio município de Dourados, beneficiando indiretamente não apenas o requerido e os proprietários e possuidores dos imóveis lindeiros, mas também todos aqueles que da via pública se valem para o tráfego.

Se assim o é, entendo que a responsabilidade pelo pagamento do valor cobrado nestes autos deve ser imputada ao próprio município de Dourados, que possui fontes constitucionais gerais e específicas para a arrecadação do valor necessário ao custeio, não se permitindo transferir ao particular, parte frágil e hipossuficiente na relação de direito material, a conta do melhoramento público de natureza indivisível.

Até porque, não passa despercebido que, na forma como implementado o malfadado “Plano de Asfaltamento Comunitário”, por meio da Lei Municipal nº 3.470/2011, juntada na íntegra à f. 21-22, o município de Dourados acabou também por vilipendiar o princípio da impessoalidade, uma vez colocou os munícipes aderentes a pagarem parte substancial da obra pública (aproximadamente 70% dos lindeiros) e, parcela menor da obra, seria custeada pelo ente federativo em benefício daqueles que se negaram a aderir ao plano.

E nem se diga que houve previsão de implementação de contribuição de melhoria, no art. 8º, §2º, da Lei Municipal nº 3.470/2011, para exigir daqueles que não viessem a aderir ao plano comunitário a parte que lhes caberia.

É que, nos termos do art. 82 do CTN, os requisitos para a instituição da contribuição de melhoria, além de serem informadas por meio de lei em sentido estrito (e não por decreto, como constou da Lei Municipal nº 3.470/2011), deveriam ser publicados antes da execução da obra, haja vista a necessidade de oferta de prazo para impugnação dos elementos referidos no inciso I do artigo citado (a- memorial descritivo do projeto; b- orçamento do custo da obra; c- determinação da parcela do custo da obra a ser financiada pela contribuição; d- delimitação da zona beneficiada; e- determinação do fator de absorção do benefício da valorização para toda a zona ou para cada uma das áreas diferenciadas, nela contidas).

É de se concluir, então, que o município não poderia vir a cobrar referido tributo dos lindeiros que não aderiram ao plano, já que sua exigência haveria de pressupor a realização de atos administrativos anteriores à execução da obra (publicação prévia dos elementos citados no parágrafo anterior), o que não se verificou na hipótese.

Se assim o é, ao promulgar a inusitada Lei Municipal nº 3.470/2011, o município de Dourados acabou por beneficiar não apenas a si, como a vários munícipes, em detrimento de outros, em flagrante ofensa ao princípio da impessoalidade.

E nem se diga, como pretende fazer crer a apelante, que a cobrança encontra fundamento nos princípios da boa-fé objetiva.

Isso porque, os proprietários dos imóveis lindeiros, em meu sentir, foram alvo de engodo, praticado pela empreiteira e o município, vindo a aderir individualmente ao “plano comunitário” certamente porque juridicamente leigos e, principalmente, porque atraídos ardilosamente pela esperança de se verem livres das ineficiências do município no trato das vias públicas.

No negócio jurídico em tela, certo é que os únicos sujeitos que agiram de boa-fé, sem intenção de se beneficiarem veladamente, foram aqueles que, inadvertidamente, acabaram por aderir ao denominado plano comunitário de asfaltamento, visto que se colocaram na posição de financiadores privados de obra pública, a despeito de já suportarem uma escorchante carga tributária.

Logo, não há como vislumbrar a boa-fé da pessoa jurídica de direito privado, ora requerente, já que unilateralmente estipulou o valor da obra e, ainda, impôs o rateio do custo aos proprietários dos imóveis lindeiros, por meio de um contrato-formulário, de adesão por excelência, beneficiando-se da aparente legalidade escamoteada na edição da Lei Municipal nº 3.470/2011.

No mesmo sentido, afigura-me evidente que a cobrança não tem lastro no princípio que veda o enriquecimento sem causa.

Isso porque, a realização de obra pública, sem o pagamento da contraprestação ao executor, enseja o enriquecimento sem causa do responsável pelo adimplemento da obrigação, que é, no caso, o município de Dourados, o qual detém recursos advindos de impostos para o devido financiamento.

A obra de asfaltamento, por lógica elementar, não beneficia apenas os proprietários e possuidores de imóveis circunvizinhos às vias beneficiadas, mas sim um grupo indeterminado e inquantificável de pessoas que delas utilizam diariamente.

Se assim o é, considerando-se que o requerido se consubstancia apenas um dentre indefinidos beneficiários da obra, inexistente razão para lhe remeter a fatura, imputando-lhe a responsabilidade pelo pagamento de parte substancial do custo da obra.

Por todas estas peculiaridades, não se pode concluir que entre a requerente e o requerido houve a subscrição de um contrato lícito, informado pelo princípio do *pacta sunt servanda*, cabendo à requerente, se entender cabível e possível, voltar-se contra o verdadeiro responsável pelo financiamento da obra: o município de Dourados.

Importante realçar que é tão notável a ilicitude de tal negócio jurídico que já fora, no Estado de São Paulo, imputado a prática de improbidade administrativa a um prefeito que teria fomentado um assemelhado “Plano Comunitário”. Confira-se:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PREFEITO MUNICIPAL – MÉRITO – Prefeito que determinou a execução de Planos Comunitários de Melhoramentos (PCMs) para obras de pavimentação e outras benfeitorias públicas, mediante rateio do custo entre municípios – Inobservância das leis que regem a contribuição de melhoria – Ilegalidade dos PCMs, apesar de ter sido voluntária a adesão pelos municípios – Lesividade ao interesse público e àqueles – Indução, pelo Prefeito, a participarem sob a condição, implícita, de que remotamente as obras se realizariam com verba pública – Ademais, ocorrência de enriquecimento sem causa da Municipalidade, pois incorporado a ela o saldo financeiro das operações, dentre outras ofensas a princípios administrativos – Procedência da ação quanto ao Prefeito.” (TJSP. Processo: 9183720-41.2005.8.26.0000; Relator(a): Gonzaga Franceschini; Comarca: Lorena; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 24/08/2011; Data de registro: 26/08/2011; Outros números: 4576575400)

Por fim, não se há de invocar o instituto da revelia para justificar o acolhimento de um pedido manifestamente improcedente, visto que há muito se consolidou na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que “*A revelia do réu não impede a decretação de improcedência da ação.*” (REsp 196.822/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 16/03/2000, DJ 10/04/2000, p. 107)

Sendo assim, por qualquer ângulo que se visualize a questão, tenho que, respeitada a convicção daqueles que se posicionam em sentido diverso, afigura-se inexigível do proprietário lindeiro o valor cobrado em razão do plano de asfaltamento comunitário do município de Dourados, visto que ele não é responsável pela obrigação inserta no termo de adesão, o qual reflete o custeio de um serviço público indivisível, que beneficia toda a coletividade.

A propósito, neste mesmo sentido, veja-se precedentes do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em casos idênticos:

“APELAÇÃO CÍVEL – MUNICÍPIO – CAXIAS DO SUL – PAVIMENTAÇÃO DE VIAS PÚBLICAS – PARTICIPAÇÃO DOS PARTICULARES – CONTRATAÇÃO COM EMPRESA ESTATAL, CONFORME PLANO COMUNITÁRIO DE MELHORAMENTOS – NULIDADE DOS CONTRATOS E DAS DUPLICATAS SACADAS PELA EMPRESA.

Calçamento e pavimentação de vias públicas, que não é serviço que se presta em favor de determinado proprietário, seja ele entestante ou não à via beneficiada, nem de benefício individual, e que possa ser mensurado em relação a cada proprietário do entorno, seu financiamento deve dar-se por meio de tributos, sejam os gerais, seja por meio de instituição de contribuição de melhoria, então atendidos os requisitos dos arts. 81 e 82 do CTN. Duplicatas sacadas por sociedade de economia mista, que não são representativas de compra e venda mercantil ou de prestação de serviços, mas de parcela de contribuição na execução de obra pública, estão à margem da Lei 5.474/68. Ilegalidade do objeto contratado, a revelar a procedência da pretensão desconstitutiva dos contratos e dos títulos sacados com base neles. Apelação Desprovida. (Apelação Cível Nº 70008112203, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Arno Werlang, Julgado em 22/06/2005)

APELAÇÃO CÍVEL – MUNICÍPIO – CAXIAS DO SUL – PAVIMENTAÇÃO DE VIAS PÚBLICAS – PARTICIPAÇÃO DOS PARTICULARES – CONTRATAÇÃO COM EMPRESA ESTATAL, CONFORME PLANO COMUNITÁRIO DE MELHORAMENTOS – NULIDADE DOS CONTRATOS E DAS DUPLICATAS SACADAS PELA EMPRESA – LEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO.

Calçamento e pavimentação de vias públicas que se trata de obra pública e não de serviço que se presta em favor de determinado proprietário, seja ele entestante ou não à via beneficiada, nem se trata de benefício individual, e que possa ser mensurado em relação a cada proprietário do entorno. Seu financiamento deve-se dar por meio de tributos, sejam os gerais, seja por meio de instituição de contribuição de melhoria, então atendidos os requisitos dos arts. 81 e 82 do CTN. Duplicatas sacadas pela sociedade de economia mista – CODECA – que não são representativas de compra e venda mercantil ou de prestação de serviços, mas de parcela de contribuição na execução de obra pública, o que as põe à margem da Lei 5.474/68. Ilegalidade do objeto contratado, a revelar a procedência da pretensão desconstitutiva dos contratos e dos títulos sacados com base neles. Legitimação passiva também do município, beneficiário da obra pública e a quem cumprirá ressarcir eventual prejuízo sofrido pela empresa co-demandada. Ação julgada improcedente na origem. Sentença a merecer integral reforma. Apelação Provida.” (Apelação Cível Nº 70004689907, Primeira Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Uhlein, Julgado em 30/06/2003)

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA – OBRAS DE PAVIMENTAÇÃO EM RUA – COBRANÇA DO SERVIÇO POR EMPRESA PÚBLICA ATRAVÉS DE DUPLICATAS.

As ruas constituem-se em bens públicos de uso comum do povo, na forma do art. 66, I, do Código Civil. A sua pavimentação é obra pública, cuja repartição do custo entre os interessados se dá unicamente através da instituição de contribuição de melhoria, atendidos os pressupostos do art. 81 e seguintes do CTN. Ilegalidade da contratação do serviço de pavimentação de rua entre o lindeiro e a companhia executora da obra, bem assim como a cobrança através de duplicatas. Ação anulatória de título procedente. Apelação desprovida. “ (Apelação Cível nº 70004016861, 21ª Câmara Cível do TJRS, Rel. Des. Marco Aurélio Heinz, Julgado em 02/10/2002.)

Logo, embora por fundamento diverso, tenho que andou bem o Juízo singular ao julgar improcedente o pedido inicial de cobrança, razão pela qual negar provimento ao recurso de apelação é medida de rigor.

Dispositivo

Pelo exposto, conheço da apelação cível interposta por Planacon Construtora Ltda, mas nego-lhe provimento, mantendo incólume 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. 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. Nélio Stábile e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 03 de novembro de 2015.

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0801699-92.2014.8.12.0001 – Campo Grande
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – DESLOCAMENTO INTERESTADUAL DE EQUIPAMENTOS E MERCADORIAS DE SEU ATIVO IMOBILIZADO ENTRE OS ESTABELECIMENTOS DE SUA PROPRIEDADE – FALTA DE PROVA DA PROPRIEDADE DOS BENS E SEU DESTINO – IMPOSSIBILIDADE DA PRETENSÃO PELO MANDADO DE SEGURANÇA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Resta não provido o apelo quando verificada a necessidade de confirmação da sentença que concluiu pela impossibilidade da utilização do mandado de segurança para isentar a autora do pagamento de ICMS pelo deslocamento interestadual de equipamentos e mercadorias de seu ativo imobilizado entre os estabelecimentos de sua propriedade, se ausente prova de quais seriam as mercadorias e respectiva propriedade.

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 contra o parecer, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 13 de outubro de 2015.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

SF Escoramentos Ltda., nos autos do mandado de segurança de n. 0801699-92.2014.8.12.0001 em que contende com Estado de Mato Grosso do Sul, oferece recurso de apelação.

O recorrente, em síntese, aduz que:

1 – é possível a impetração preventiva da segurança contra a resposta dada pela administração à uma consulta fiscal, pois esta se reveste de força vinculante e imperatividade que caracterizam o fundado receio de dano;

2 – não há se falar em recolhimento do ICMS pelo deslocamento interestadual de equipamentos e mercadorias do ativo imobilizado entre os estabelecimentos de sua propriedade, em razão da ausência de circulação econômica; e,

3 – necessária a concessão de liminar nos termos anteriormente deferidos por ocasião do recebimento da segurança.

Ao final, requer o provimento do recurso para que seja anulada a sentença, proferindo novo julgamento no sentido de julgar procedente o pedido inicial da segurança.

O apelo foi respondido, batendo-se o recorrido pelo improvimento do mesmo.

Em parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo improvimento da súplica, mantendo o entendimento da inadequação da via eleita e, caso não seja este o entendimento, pela concessão da segurança.

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

SF Escoramentos Ltda., nos autos do mandado de segurança de n. 0801699-92.2014.8.12.0001 em que contende com Estado de Mato Grosso do Sul, oferece recurso de apelação.

A recorrente propôs a presente demanda com pedido de liminar, contra ato do superintendente da administração tributária do Estado de Mato Grosso do Sul, requerendo, em suma, a declaração de: a) inexistência de relação jurídica que a obrigue a recolher ICMS sobre a transferência de bens entre seus próprios estabelecimentos localizados no país aos situados neste estado; e, b) nulidade das obrigações tributárias constituídas em razão das supracitadas operações. Para tanto, afirmou, em síntese, que é entendimento pacífico em sede dos tribunais superiores de que não incide ICMS sobre as operações de mero deslocamento de mercadorias e equipamentos entre estabelecimentos de titularidade do mesmo contribuinte.

A liminar foi indeferida pela decisão de página 137-139 que acabou reformada pelo julgamento do agravo manejado pela autora, sendo tal decisão reformada através o julgamento do agravo de instrumento n. 1401440-51.2014.8.12.0000 (p. 221-228).

A sentença que extinguiu, sem resolução do mérito, o mandado de segurança impetrado pela recorrente, em razão da inadequação da via eleita, está assim fundamentada:

“(…)

Da inadequação da via eleita

Da análise dos pedidos, vê-se que a presente demanda não apresenta objetos delimitados, mas busca impor às autoridades “normas de conduta” a fim de obstar a exigibilidade do crédito tributário derivado da incidência das regras contidas no art. 12 da LC 87/96 e do Decreto Estadual n. 9.203/98.

Ocorre que, nas precisas palavras do Min. José Delgado, “o mandado de segurança é remédio adequado para afastar ofensa presente ou iminente a direito individualizado, particularizado, identificável, ou seja, retentor de plano dos pressupostos de liquidez e certeza exigidos pela lei, e seu objeto é o ato administrativo específico.”

Assim, para o cabimento do presente remédio, é necessário que a parte indique o ato administrativo eivado de ilegalidade ou abuso de poder que pretende atacar ou, ainda, no caso de impetração preventiva para se evitar a incidência de certo tributo, é necessária a indicação, de maneira determinada, dos objetos sobre os quais se busca a concessão da segurança; como, por exemplo, do negócio jurídico específico sobre o qual se requer a segurança.

No caso, entretanto, há uma implícita generalidade quanto à abstinência de tributação, o que não se revela adequado.² Os pedidos, na realidade, detêm natureza declaratória de inexistência de relação jurídico tributária, o que não é viável na espécie, na medida em que, conforme reiteradas decisões dos

Tribunais Superiores, o mandado de segurança não é sucedâneo de ação declaratória.

A presente ação busca, de maneira indireta, atacar a lei em tese, pois utiliza-se de pedidos declaratórios cujo intuito é, na realidade, retirar toda a aplicabilidade do art. 12 da LC 87/96 e do Decreto Estadual n. 9.203/98 para situações futuras e indeterminadas, o que é inviável (Súmula n. 26 do STF).

Ante o exposto, em razão da inadequação da via eleita, extingue-se o presente mandamus, sem resolução de mérito, na forma do art. 267, VI, do CPC.

Custas pela impetrante.

Sem condenação em honorários advocatícios.

Com o trânsito em julgado, arquivem-se os autos.” (sic, p. 230-231)

A apelante aduz que é possível a impetração preventiva da segurança contra a resposta dada pela administração à uma consulta fiscal, pois esta se reveste de força vinculante e imperatividade que caracterizam o fundado receio de dano.

Verifico, no presente caso, que diferente do asseverado pela suplicante, não há se falar em reforma do julgamento por ela combatido, uma vez que corretamente fundamentado no sentido da inadequação da via eleita.

Ocorre que com acerto restou considerado na sentença atacada que, por tratar-se a ação originária de mandado de segurança preventivo, a recorrente deixou de indicar, de maneira determinada/especificada, quais os objetos sobre os quais busca a medida judicial para evitar a cobrança de ICMS.

Ora, embora haja o teor da Súmula n. 166¹, do Superior Tribunal de Justiça afastando a incidência do ICMS para o caso de deslocamento de mercadoria de um estabelecimento com+ercial para outro do mesmo contribuinte, faz-se necessária a demonstração específica de quais são esses bens, se são realmente de sua propriedade e se eles serão efetivamente enviados para o seu outro estabelecimento, situações que a autora não evidenciou neste feito.

Portanto, para que a apelante tenha direito ao deslocamento interestadual de equipamentos e mercadorias de seu ativo imobilizado entre os estabelecimentos de sua propriedade, é imprescindível que haja prova de quais são esses bens, se são eles efetivamente de sua propriedade e o seu destino. Caso contrário, ou seja, ausente as citadas evidências, não há se falar em mandado de segurança.

Aliás, transcrevo brilhante trecho do parecer da Procuradoria-Geral de Justiça sobre o caso, adotando-o como fundamento:

“Como cediço, o mandado de segurança serve para tutelar direito líquido e certo, ou seja, inquestionável quanto à sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido.

O direito com tais características deve ainda ter sido violado ou estar sujeito à violação por ato de autoridade. Deve o remédio constitucional em questão voltar-se contra um ou mais fatos certos e determinados.

Não se pode, por meio dele, obter-se verdadeiro salvo-conduto a permitir que a autora se veja imune à ação fiscalizadora Estatal, que, sem abusos, é legítima e deve existir.

É justamente quando há descumprimento da lei (abuso, arbitrariedade), atingindo direito líquido e certo de alguém, que tem lugar a atuação jurisdicional, via mandado de segurança.

Todavia, imperioso destacar que, tal ofensa, ao império da lei, não pode se dar a

¹ “Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.”

partir de presunções fincadas num julgamento subjetivo e antecipado da impetrante. Deve ser pautada em fatos e atos concretos, ocorridos ou prestes a ocorrer.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o recurso especial n. 106434/SP, de relatoria do Ministro Mauro Campbel (j. 14/06/201, DJe 21/06/201), fixou que ‘O mandado de segurança preventivo não pode ser utilizado com o intuito de obter provimento genérico aplicável a todos os casos futuros de mesma espécie’.

(...)

In casu, a empresa autora almeja que o Estado e os demais órgãos públicos a ele subordinados se abstenham de apreender/reter eventuais ativos imobilizados e os materiais de uso e consumo, quando se tratar de transferência da matriz para a filial no Estado de São Paulo, bem como exigir o ICMS quando da entrada desses bens, dada a não ocorrência do fato gerador do imposto.

Patente que se trata de pedido ad futurum, vez que o apelante pretende fixar regra de conduta para o fisco estadual, o que não se permite por meio do mandado de segurança.

(...)” (sic, p. 280-281).

Assim, a pretensão da recorrente de garantir resultado futuro para situações ainda não ocorridas, como a taxaçaõ tributária sobre produtos não especificados, descabe no mandado de segurança.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso de apelação, mantendo na íntegra a sentença atacada. Com o parecer.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e contra o parecer, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Juiz Geraldo de Almeida Santiago e Juiz José Ale Ahmad Netto.

Campo Grande, 13 de outubro de 2015.

2ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 0804618-85.2013.8.12.0002/50000 – Dourados
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO – PRETENSÃO DE MODIFICAR A FORMA DE PAGAMENTO ESTIPULADA EM ACORDO HOMOLOGADO NUMA AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PARTE AUTORA QUE DESISTE DO PLEITO REVISIONAL INDIVIDUAL MAS QUER DAR PROSEGUIMENTO AO FEITO EXCLUSIVAMENTE PARA ALTERAR O CRONOGRAMA DE PAGAMENTO – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – RECURSO QUE BUSCA A REDISCUSSÃO DO JULGADO – AGRAVO CONHECIDO E DESPROVIDO.

A inadequação da via processual eleita traduz falta de interesse de agir, a ensejar a extinção do feito sem resolução de mérito.

Nega-se provimento ao recurso, se as razões do regimental não alteraram o entendimento anterior e, mormente, quando não demonstrado qualquer erro ou injustiça na decisão recorrida.

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, 4 de novembro de 2015.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Rubens Ferreira Leite, nestes autos de cobrança de benefício previdenciário em que contende com o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, interpõe agravo regimental em recurso de apelação.

O recorrente, em síntese, aduz que:

1 – possui interesse de agir, tendo em vista que, apesar do acordo firmado na ação civil pública de n. 0002320-59.2012.403.6183, ajuizada na 6ª Vara Federal de São Paulo, possuir efeito para todos, os Tribunais Regionais Federais e de Justiça vêm entendendo que a ação coletiva não impede o ajuizamento e processamento de um processo individual;

2 – o segurado não está obrigado a aceitar o ajuste estabelecido na ação civil pública, até porque não participou efetivamente daquela ação, razão pela qual não pode concordar com o pagamento de forma escalonada “mediante um cronograma”;

3 – seu direito não está vinculado ao acordo realizado na ação civil pública, uma vez que a revisão do benefício previdenciário é matéria de direito disponível, o qual não poder ser objeto de ação coletiva, tampouco ter o Ministério Público como parte legítima.

Assim, pede a reconsideração da decisão e, caso mantida, que o recurso seja submetido à apreciação do respectivo órgão colegiado.

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Trata-se de agravo regimental em recurso de apelação interposto por Rubens Ferreira Leite, nestes autos de cobrança de benefício previdenciário em que contende com o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

O recurso não merece provimento.

A fim de melhor elucidar a questão, colaciono excertos do julgado objurgado:

“(…)

A hipótese em exame dispensa o julgamento pelo órgão colegiado, por questão de economia processual, conforme determina o art. 557, caput, do código de processo civil, que permite ao relator negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou do Tribunal Superior.

A fim de melhor elucidar a questão, colaciono excertos da sentença de primeiro grau (p. 98-100), confira-se:

“(…)

Verifico que o acordo entabulado nos autos da ACP nº. 0002320-59.2012.403.6183/SP prevê o cronograma de pagamento daquilo que o autor pede, no caso, as prestações atrasadas da revisão do benefício já realizada (emenda à inicial de p. 29/31). Este planejamento de pagamento considera inclusive a prescrição e decadência das prestações anteriores a cinco e dez anos (respectivamente) à citação do réu na referida ação civil pública (p. 44/45). A decadência e prescrição obedecem, portanto, ao instituto da coisa julgada daquela ação. Assim, o autor pleiteia neste feito apenas a cobrança das prestações atrasadas previstas no acordo homologado na já aludida ACP.

Todavia, o presente feito deve ser extinto por carência de ação em razão da ausência do interesse de agir do autor por inadequação da via eleita.

Em emenda à inicial (p. 29/31), o autor deixa claro que concorda com a revisão feita administrativamente em razão de acordo homologado na sentença da ACP e, ao mesmo tempo, deixa evidente que não pretende uma busca por uma tutela individual de revisão de benefício, em renúncia à sentença da ACP. O pedido fica adstrito apenas a alguns dos termos do acordo, no caso, o planejamento de pagamento das prestações atrasadas pelo réu. Assim, inexistente a renúncia ao acordo homologado daquele feito, de modo que é impossível o início de um novo processo de conhecimento individual sem que haja a renúncia expressa à coisa julgada da ACP. Da mesma forma, não se trata de uma execução de título executivo judicial da sentença, o que também impossibilita o prosseguimento do feito.

Portanto, verifico que não se trata de ação de conhecimento, mas de cumprimento de sentença homologatória do acordo nos autos ACP de nº. 0002320-59.2012.403.6183/SP.

Ante o exposto, reconheço a carência de ação por falta de interesse de agir ante a inadequação da via eleita; e, por conseguinte, declaro extinto o feito sem resolução de mérito, com fundamento no art. 267, inciso VI, do código de processo civil. Deixo de condenar o autor na sucumbência por ser beneficiário da gratuidade de justiça.

(...)”.

Pois bem, conquanto seja possível ao segurado ajuizar uma ação de revisão do benefício previdenciário c/c cobrança das parcelas que deixaram de ser adimplidas corretamente, independentemente do acordo que teria sido firmado na ação civil pública de n. 0002320-59.2012.403.6183, não pode o recorrente - após escolher ingressar com um processo individual - desistir do pleito revisional (p. 29-31), entendendo que o valor apurado naquela demanda coletiva seria devido, mas pretender a continuidade do feito somente no que toca à discussão do cronograma de pagamento.

Isso porque, ou o acordo na ação civil pública não atende suas pretensões e, para isso, o segurado busca uma tutela jurisdicional para discutir o benefício RMI, bem como para ser ressarcido das quantias a menores que lhe foram repassadas, ou o ajuste lhe satisfaz integralmente e, para tanto, o recorrente necessita somente ingressar com uma liquidação/cumprimento na sentença proferida na demanda coletiva.

Entretanto, o que não pode ser aceito, é o recorrente querer - numa simples ação de cobrança, ou seja, através de um meio inadequado - alterar a forma do pagamento firmada nos autos de n. 0002320-59.2012.403.6183, porquanto estaria, por via transversa, modificando o que restou decidido naquela ação civil pública, a fim de somente receber as prestações atrasadas num período que reputa devido.

Assim, dada a inadequação da via eleita, o processo deveria realmente ser extinto, sem resolução do mérito, por ausência de interesse de agir.

Por oportuno:

EMENTA: ADMINISTRATIVO – PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO DE COBRANÇA DE DIFERENÇA DE VENCIMENTO – SALÁRIO PROFISSIONAL – COISA JULGADA – DESCUMPRIMENTO – AJUIZAMENTO DE NOVA AÇÃO ORDINÁRIA – FALTA DE INTERESSE DE AGIR – EXISTÊNCIA DE TÍTULO JUDICIAL – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. 1. Reconhecido o direito à percepção do salário profissional e das diferenças por meio de sentença judicial transitada em julgado, já possui a parte título executivo judicial, faltando, apenas, proceder à liquidação prévia para que possa manejar o cumprimento da sentença. 2. A inadequação da via processual eleita traduz falta de interesse de agir, ensejar a extinção do feito sem resolução de mérito. (TJMG – Ap Cível/Reex Necessário 1.0515.09.039435-1/001, Relator(a): Des.(a) Afrânio Vilela, 2ª Câmara Cível, julgamento em 03/02/2015, publicação da súmula em 11/02/2015). Destacado.

Diante do exposto, com fulcro no art. 557, caput, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao presente recurso, por sua manifesta improcedência”.

Pois bem, analisando as razões invocadas no regimental em confronto com os fundamentos da decisão atacada, infere-se que aquelas não são fortes o bastante para que seja revisto o entendimento externado, valendo-me dos mesmos argumentos, nela contidos, para mantê-la integralmente, porquanto, como dito anteriormente, não se desconhece do entendimento de que o acordo formulado na ação civil

pública coletiva não impede o segurado de ajuizar uma ação individual para revisão dos seus benefícios previdenciários e cobrança das parcelas que deixaram de ser adimplidas corretamente.

Contudo, como ressaltado, ou o acordo na ação civil pública não atende suas pretensões e, para isso, o segurado busca uma tutela jurisdicional para discutir o benefício RMI, bem como para ser ressarcido das quantias a menores que lhe foram repassadas, ou o ajuste lhe satisfaz integralmente e, para tanto, o recorrente necessita somente ingressar com uma liquidação/cumprimento na sentença proferida na demanda coletiva.

Entretanto, o que não pode ser aceito, é o recorrente querer – numa simples ação de cobrança, ou seja, através de um meio inadequado – alterar a forma do pagamento firmada nos autos de n. 0002320-59.2012.403.6183, porquanto estaria, por via transversa, modificando o que restou decidido naquela ação civil pública, a fim de somente receber as prestações atrasadas num período que reputa devido.

Assim, dada a inadequação da via eleita, o processo deveria realmente ser extinto, sem resolução do mérito, por ausência de interesse de agir.

Diante do exposto, conheço do recurso e, nego-lhe provimento, por ter o recorrente se limitado a repetir as razões já rechaçadas na decisão hostilizada, sem apontar novos fatos e fundamentos jurídicos que justifiquem a alteração daquele julgado.

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. Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Juiz Geraldo de Almeida Santiago e Juiz José Ale Ahmad Netto.

Campo Grande, 04 de novembro de 2015.

2ª Câmara Cível**Agravo Regimental n. 0835128-84.2013.8.12.0001/50000 - Campo Grande****Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues**

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA – CANDIDATO QUE NÃO SE INSCREVEU EM CONCURSO PÚBLICO NA QUALIDADE DE PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS, POSTO QUE ERA INCERTA SUA INCAPACIDADE DEFINITIVA ATÉ AQUELE MOMENTO, MAS PRETENDE FIGURAR EM LISTA ESPECÍFICA E OBTER UMA RECLASSIFICAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – RESPEITO AO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL E À ISONOMIA ENTRE OS CONCORRENTES – AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO PARA JULGAMENTO MONOCRÁTICO DO RECLAMO – IRREGULARIDADE NÃO DEMONSTRADA – RECURSO QUE BUSCA A REDISCUSSÃO DO JULGADO – AGRAVO CONHECIDO E DESPROVIDO.

O candidato que não se declara portador de necessidades especiais no ato da inscrição do certame não pode ser, posteriormente, incluído em lista especial, em virtude da superveniência de uma incapacidade permanente, sob pena de ofensa aos princípios da vinculação ao edital e da isonomia.

Estando a decisão em plena consonância com posicionamento pacificado dos Tribunais Superiores, autoriza-se o julgamento monocrático de improcedência do recurso, com fulcro no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

Nega-se provimento ao recurso, se as razões do regimental não alteraram o entendimento anterior e, mormente, quando não demonstrado qualquer erro ou injustiça na decisão recorrida.

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, 13 de outubro de 2015.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Paulo César Gonçalves da Silva, nestes autos de declaratória em que contende com o Estado de Mato Grosso do Sul, interpõe agravo regimental em recurso de apelação.

O recorrente, em síntese, aduz que:

1- inexistente autorização para julgamento monocrático do recurso, com fundamento no art. 557, *caput*, do CPC, porquanto o apelo não é manifestamente improcedente e contra jurisprudência dominante sobre a matéria;

2- não está sendo respeitada a regra constitucional que garante aos portadores de necessidades especiais o direito de concorrer nessa qualidade e de figurar em lista especial;

3- até a data final para o candidato entregar o laudo médico à comissão organizadora do concurso, ainda estava em tratamento médico e não era possível, naquele momento, apresentar qualquer declaração ou atestado que comprovasse ser portador de necessidades especiais;

4- as regras do edital, ainda que importantes ao certame, não são absolutas e não podem se sobrepor ao disposto no art. 37, VIII, da CF e ao art. 5º, §2º, da Lei 8.112/90;

5- o julgador deve atentar-se ao espírito da Lei n. 7.853/99, a fim de prestigiar valores como a dignidade da pessoa humana, da justiça social, bem estar pessoal, social e econômico, efetivo acesso ao trabalho, tratamento adequado e de igual oportunidade;

6- sua situação amolda-se perfeitamente ao conceito de pessoa portadora de deficiência, insculpido no art. 4º, do Decreto Federal n. 3.298/99;

7- é vedado à administração pública recusar a inscrição de candidato portador de necessidades especiais, nos termos do art. 40, do Decreto n. 3.298/99, aplicável analogicamente ao caso.

Assim, pede a reconsideração da decisão e, caso mantida, que o recurso seja submetido à apreciação da egrégia câmara.

Ponha-se em mesa para julgamento.

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Trata-se de agravo regimental em recurso de apelação interposto por Paulo César Gonçalves da Silva, nestes autos de declaratória em que contende com o Estado de Mato Grosso do Sul.

O recurso não merece provimento.

A fim de melhor elucidar a questão, colaciono excertos do julgado objurgado:

“(…)

A hipótese em exame dispensa o julgamento pelo órgão colegiado, por questão de economia processual, conforme determina o art. 557, caput, do Código de Processo Civil, que permite ao relator negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou do Tribunal Superior.

Com efeito, não vislumbro motivos para modificar a sentença de primeiro grau de p. 308-310, porquanto, embora seja lamentável o acidente de trânsito sofrido pelo recorrente, o que lhe teria ocasionado uma lesão incapacitante definitiva, não há como acolher a pretensão formulada.

Isso porque, o edital de abertura do certame de p. 31-52, é claro ao estipular nas alíneas “a” e “b” do item 2.5 e no item 2.5.1, que para o candidato concorrer a uma das vagas destinadas às pessoas com deficiência deveria declarar-se, nessa condição, no ato de inscrição. Além do que deveria, naquele momento, encaminhar ou entregar laudo médico

original emitido nos últimos seis meses, atestando a espécie e o grau/nível de deficiência, com expressa referência ao CID e à causa da deficiência, bem como de que o documento em questão deveria ser entregue, impreterivelmente, até 20 de março de 2013. Vejamos:

“2.5 - Para concorrer a uma das vagas o candidato com deficiência deverá:

a) no ato de inscrição, declarar-se pessoa com deficiência;

b) realizar a inscrição via Internet, preenchendo o formulário disponível no site www.concurso.ms.gov.br e encaminhar ou entregar o laudo médico original, emitido nos últimos seis meses, atestando a espécie e o grau ou nível da deficiência, com expressa referência ao código correspondente da Classificação Internacional de Doença (CID) e a causa da deficiência.

2.5.1 - O candidato ao efetuar a inscrição via internet deverá entregar pessoalmente ou encaminhar o laudo médico, via Sedex com AR (Aviso de Recebimento), para o endereço abaixo, devendo ser postado impreterivelmente até o dia 20 de março de 2013”.

Ademais, o item 2.7, daquela norma, prescreve que o candidato com deficiência, que não realizar a inscrição nessa qualidade, perderá o direito ao pleito das vagas reservadas, confira-se:

“2.7 - O candidato com deficiência que não realizar a inscrição conforme normas constantes neste edital perderá o direito ao pleito das vagas reservadas aos candidatos em tal condição e acarretará o não atendimento às condições especiais para realizar a prova, não podendo impetrar recurso dessa decisão”.

Assim, o fato do apelante ter descoberto que sua incapacidade não era temporária e, sim, definitiva, em nada altera sua situação jurídica, independentemente ou não de sua boa-fé, posto que a existência de um fato superveniente, após a homologação da inscrição, não lhe garante o direito de figurar em lista especial, ao invés da geral, obtendo um benefício não assegurado aos demais candidatos, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia.

Nesse sentido:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIOS DA FUNGIBILIDADE E DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO QUE NÃO SE DECLARA PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS NO ATO DA INSCRIÇÃO. INCLUSÃO POSTERIOR NA LISTA ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. (...). 2. O candidato que não se declara portador de necessidades especiais no ato da inscrição não pode, após a divulgação do resultado final do certame, ser incluído na lista especial em virtude de debilidade residual permanente, supervenientemente atestada em laudo técnico, oriundo de acidente ocorrido mais de doze anos antes. 3. Embargos declaratórios recebidos como agravo regimental, a que se nega provimento. (EDcl no RMS 29.625/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 20/09/2011, DJe 28/09/2011). Destacado.

Outro não é o entendimento de outros tribunais, confira-se:

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL. RECLASSIFICAÇÃO. RESERVA DE VAGAS PARA DEFICIENTES. VISÃO MONOCULAR. SÚMULA Nº 377, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. 1. Trata-se de apelação interposta contra sentença, que, nos autos de ação pelo rito ordinário, julgou procedente o pedido do autor, para retificar a inscrição da autora, incluindo-a

na lista de candidatos portadores de deficiência, e determinar sua convocação para realização dos procedimentos de praxe visando à nomeação e posse no cargo de Analista Processual. Nas razões de recurso requer a apelante a reforma da sentença, sustentando, em síntese, impossibilidade de concessão de tutela antecipada e prescrição. 2. A matéria encontra-se pacificada no sentido de que os portadores de visão monocular concorrerem, em concurso público, às vagas reservadas a deficientes físicos. Todavia, não tem direito a autora à reclassificação pretendida. Nas demandas que discutem concurso público, a atuação do Poder Judiciário limita-se, tão-somente, ao exame da legalidade do certame. 3. A própria autora afirma que se inscreveu no concurso público para provimento de cargos e formação de cadastro reserva para as carreiras de Analista e de Técnico do Ministério Público da União - edital nº 18, de 23 de outubro de 2006, para as vagas da carreira de Analista Processual não destinadas a portadores de deficiência física e que foi classificada na 172ª colocação. Aduz que é cega do olho direito, sendo, portanto, portadora de visão monocular, CID H31-1, e que, à época do concurso, não se inscreveu para as vagas destinadas aos portadores de deficiência física, pois foi orientada pela promotora do certame (Fundação Carlos Chagas) que o edital não contemplava tal hipótese, tendo em vista o que constava no capítulo V, item 6.3, que dispõe: “6.3. Deficiência visual: cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 a 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60°; ou a ocorrência simultânea de quaisquer condições anteriores.” 4. De fato, à época do aludido concurso, existia controvérsia quanto aos portadores de visão monocular terem, ou não, direito a concorrerem, em concurso público, às vagas reservadas aos deficientes. No entanto, a Súmula nº 377, de 5 de maio de 2009, do Superior Tribunal de Justiça, dirimiu a divergência ao reconhecer que “O portador de visão monocular tem direito de concorrer, em concurso público, às vagas reservadas aos deficientes.” 5. Conceder a reclassificação da autora seria, no mínimo, violar o princípio da isonomia diante daqueles que também são portadores de visão monocular e que não se inscreveram no certame. 6. Ademais, haveria intervenção indevida do Poder Judiciário, com repercussão na lista de aprovados para as vagas de deficientes, em relação as quais não concorreu a autora. (...) 8. Em prol da igualdade, cabível seria pretensão de desconstituição do concurso no tocante às vagas para deficientes. (...) 10. Remessa necessária e apelação conhecida e provida. Agravo retido prejudicado. (TRF – 2ª Região, AC de n. 2009.51.05.003074-8, Des. Rel. José Antônio Lisboa Neiva, 7ª Turma Especializada, j. 18/05/2011). Destacado.

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO QUE NÃO SE DECLARA PORTADOR DE NECESSIDADE ESPECIAL NO ATO DA INSCRIÇÃO. INCLUSÃO POSTERIOR NA LISTA ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA ISONOMIA ENTRE OS CANDIDATOS QUE DEVE SER RESPEITADO. SEGURANÇA DENEGADA. Destacado. Aliás, o ato da inscrição é um ônus do candidato e não pode ser transferido ao recorrido e tampouco suprido posteriormente ao procedimento e provas previstos no edital, sob pena de violação à isonomia, bem como ao princípio de vinculação ao edital; pois, como é cediço, o edital é a lei do certame e vincula tanto a administração pública quanto o candidato. De mais a mais, a atuação do poder judiciário em demandas envolvendo concurso público limita-se, somente, ao exame de legalidade do certame e, se fosse acolhida a pretensão do recorrente, tal como formulada, haveria intervenção indevida do judiciário, posto que modificaria a lista especial daqueles candidatos que participaram como portadores de necessidades especiais e foram aprovados nessa condição. De outro vértice, o caso em discussão, em nenhum momento implica em qualquer ofensa a direitos legais e constitucionais dos portadores de necessidades especiais, porquanto o edital prevê, expressamente, normas específicas de ingresso no serviço público e da reserva de vagas para pessoas que se encontrem nessa situação, bem

como para negros e índios (capítulo II – p. 32-34), desde que, assim, o declarem no ato da inscrição; sendo descabível alterar, durante o processo seletivo, uma norma apenas para favorecer um candidato em detrimento de outros. Diante do exposto, com fulcro no art. 557, caput, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao presente recurso, por sua manifesta improcedência”.(TJPR, MS de n. 1.242.693-0, Des. Rel. Carlos Mansur Arida, 5ª Câmara Cível, j. 07/10/2014).

Pois bem, analisando as razões invocadas no regimental em confronto com os fundamentos da decisão atacada, infere-se que aquelas não são fortes o bastante para que seja revisto o entendimento externado, valendo-me dos mesmos argumentos, nela contidos, para mantê-la integralmente, porquanto, como dito anteriormente, o fato do recorrente ter descoberto que sua incapacidade não era temporária e, sim, definitiva, em nada altera sua situação jurídica, independentemente ou não de sua boa-fé, posto que a existência de um fato superveniente, após a homologação da inscrição, não lhe garante o direito de figurar em lista especial, ao invés da geral, obtendo um benefício não assegurado aos demais candidatos, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia.

Ademais, o item 2.7, daquela norma, prescreve que o candidato com deficiência, que não realizar a inscrição nessa qualidade, perderá o direito ao pleito das vagas reservadas. Aliás, o ato da inscrição é um ônus do candidato e não pode ser transferido ao recorrido e tampouco suprido posteriormente ao procedimento e provas previstos no edital, sob pena de violação à isonomia, bem como ao princípio de vinculação ao edital; pois, como é cediço, o edital é a lei do certame e vincula tanto a administração pública quanto o candidato.

De mais a mais, a atuação do poder judiciário em demandas envolvendo concurso público limita-se, somente, ao exame de legalidade do certame e, se fosse acolhida a pretensão do recorrente, tal como formulada, haveria intervenção indevida do judiciário, posto que modificaria a lista especial daqueles candidatos que participaram como portadores de necessidades especiais e foram aprovados nessa condição.

De outro vértice, o caso em discussão, em nenhum momento implica em qualquer ofensa a direitos legais e constitucionais dos portadores de necessidades especiais, porquanto o edital prevê, expressamente, normas específicas de ingresso no serviço público e da reserva de vagas para pessoas que se encontrem nessa situação, bem como para negros e índios (capítulo II – p. 32-34), desde que, assim, o declarem no ato da inscrição; sendo descabível alterar, durante o processo seletivo, uma norma apenas para favorecer um candidato em detrimento de outros.

No que diz respeito à ausência de autorização para negar seguimento liminarmente ao recurso, tem-se que o apelo, objeto da decisão monocrática, tem por base orientação inteiramente contrária à jurisprudência dominante, fato que autoriza este relator a julgar o apelo com fulcro no artigo 557, *caput*, do CPC, corroborado com o princípio da economia processual, insculpido no artigo 5º, LXXVIII, da CF, segundo o qual “*a todos é assegurado, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*”.

De mais a mais, eventual nulidade da decisão monocrática, com fundamento no dispositivo legal antes citado, é superada pela reapreciação do recurso pelo órgão colegiado, vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO AOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA PROFERIDA NO RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 182/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Não viola o Princípio da Colegialidade a apreciação unipessoal pelo Relator do mérito do recurso especial, quando obedecidos todos os requisitos para a sua admissibilidade, nos termos do art. 557, caput, do Código de Processo Civil, aplicado analogicamente, bem como do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, observada a jurisprudência dominante desta Corte

Superior e do Supremo Tribunal Federal. Com a interposição do agravo regimental fica superada eventual violação ao referido princípio, em razão da reapreciação da matéria pelo órgão colegiado. (...) 3. Agravo regimental não conhecido. (AgRg no REsp 1346358/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Quinta Turma, julgado em 19/11/2013, DJe 25/11/2013). Destacado.

“(…) 6. A eventual nulidade da decisão monocrática, calcada no artigo 557 do CPC, fica superada com a reapreciação do recurso pelo órgão colegiado, na via de agravo regimental, como bem analisado no REsp 824.406/RS de Relatoria do Min. Teori Albino Zavascki, em 18.5.2006. Agravo regimental impróvido”. (AgRg no REsp 1285027/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 06/08/2013, DJe 14/08/2013). Destacado.

De outro vértice, o propósito do referido dispositivo é de desobstruir as pautas dos tribunais para que se agilize o julgamento das ações e dos recursos que realmente precisam ser submetidos à apreciação pelo órgão colegiado e, não os manifestamente infundados, contrários à jurisprudência dominante, como na espécie.

Portanto, não há irregularidade no julgado quanto a utilização do artigo 557, *caput*, do CPC, uma vez que há perfeita subsunção do caso em concreto à hipótese elencada nesse dispositivo.

Diante do exposto, conheço do recurso e, nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Juiz Geraldo de Almeida Santiago e Juiz José Ale Ahmad Netto.

Campo Grande, 13 de outubro de 2015.

3ª Câmara Cível
Apelação n. 0801338-52.2013.8.12.0020 – Rio Brillhante
Relator Des. Nélio Stábile

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – ACIDENTE DE TRANSITO – SEGURO DPVAT – VEÍCULO ENVOLVIDO NO ACIDENTE: TRATOR – INEXISTÊNCIA DE COBERTURA – RECURSO DESPROVIDO.

A indenização por acidente de trânsito é devida quando ocorrer em vias públicas e o veículo estiver em movimento.

O trator não é veículo de circulação pelas vias públicas, não recolhe IPVA e nem o seguro DPVAT. Se o trator estava em manutenção no momento do acidente, não é possível qualquer indenização por DPVAT, até porque, na espécie, verifica-se a ocorrência de acidente de trabalho e não de trânsito. Recurso improvido.

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, 20 de outubro de 2015.

Des. Nélio Stábile – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

Rosindo Pereira Leite interpõe recurso de apelação contra sentença proferida pelo Juízo da Vara Cível da Comarca de Rio Brillhante que, nos autos nº 0801338-52.2013.8.12.0020, de ação de cobrança de seguro obrigatório DPVAT, julgou improcedente o pedido da inicial “*uma vez que restou demonstrado nos autos que o evento danoso que lesionou o requerente não foi um acidente de trânsito.*” Condenou-o ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados no valor de R\$500,00 (quinhentos reais), restando suspensas tais cobranças por ser beneficiário da assistência judiciária gratuita.

Alega que sofreu acidente de trânsito, com sequelas permanentes, razão pela qual faz jus ao recebimento do seguro obrigatório (DPVAT); a seguradora responsável pelo pagamento indeferiu seu pedido, sob alegação de que não cabe tal indenização quando “*os danos decorram de um acidente envolvendo um trator, pois a situação configura acidente de trabalho, onde o vitimado de regra é indenizado pela seguridade social.*”

Aduz ser indiferente estar o veículo parado ou em movimento para configuração do acidente de trânsito, bastando que “*o acidente tenha decorrido de veículo automotor*”. Postula o provimento do recurso, com cassação da sentença e retorno à origem para prosseguimento.

Em contrarrazões, a seguradora argumenta que *“trator não é um veículo automotor, mas sim uma máquina agrícola. Via de regra, não se destina a transportar pessoas, não possui placa ou licenciamento anual.”*, logo não há qualquer indenização a ser paga.

VOTO

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

Conforme relatório, Rosindo Pereira Leite interpõe recurso de apelação contra sentença proferida pelo Juízo da Vara Cível da comarca de Rio Brillante que, nos autos nº 0801338-52.2013.8.12.0020, de ação de cobrança de seguro obrigatório DPVAT, julgou improcedente o pedido da inicial *“uma vez que restou demonstrado nos autos que o evento danoso que lesionou o requerente não foi um acidente de trânsito”*, condenando o apelante ao pagamento das custas e despesas processuais, restando suspensas tais cobranças por ser beneficiário da assistência judiciária gratuita.

Diferentemente do entendimento do magistrado de primeiro grau, entende o apelante ser indiferente estar o veículo parado ou em movimento para configuração do acidente de trânsito, uma vez que o trator é um veículo que pode transitar em via terrestre; argumenta que por ser o acidente um evento que decorre de ato involuntário, não resta dúvida que o acidente de trabalho decorrente de veículo automotor configura acidente de trânsito, sendo-lhe, portanto, devida a indenização.

Como se extrai dos autos, o caso em tela não se enquadra como acidente de trânsito. Nota-se que o apelante é mecânico e o veículo envolvido um trator. Não há informação quanto ao veículo estar em manutenção, entretanto sabe-se que houve acidente de trabalho, em uma fazenda, com o veículo parado.

Pois bem.

De acordo com o Portal de Trânsito Brasileiro¹, *“Qualquer pessoa envolvida em acidente como pedestres, ciclistas, passageiros de veículos (ônibus, caminhão, lotação, táxi, automóveis) que não sejam proprietários de veículos, também tem o direito de receber o seguro, mesmo que o DPVAT daquele veículo não tenha sido pago ou esteja atrasado (lei 8.411/92); o seguro não é pago apenas para o proprietário do veículo ou o seu condutor, mas para qualquer pessoa envolvida em acidente onde resulte vítima.”*

Também é do conhecimento geral que o seguro DPVAT é de responsabilidade civil, obrigatório, pago anualmente pelo proprietário de veículo automotor. Tem por objetivo indenizar vítimas de veículos automotores de via terrestre, não importando quantas estiverem envolvidas em um mesmo acidente.

A SUSEP – Superintendência de Seguros Privados especifica que o Seguro DPVAT *“indeniza vítimas de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, ou seja, acidentes causados por veículos que tem motor próprio (automotores) e circulam por terra ou por asfalto (via terrestre)”*, ou seja, a indenização refere-se ao acidente, em que ocorra sinistro².

De ver-se, portanto, que o direito à indenização surge de acidente ocorrido com veículo automotor.

No caso em tela não se trata de acidente de trânsito, visto que, *“somente são indenizáveis por seguro obrigatório os danos causados por automóveis ou sua carga quando o veículo se encontrar em circulação,*

1 Disponível em <http://www.transitobr.com.br/index2.php?id_conteudo=10>, visualizado aos 16.07.2015

2 No mercado de seguro, sinistro refere-se a qualquer evento em que o bem segurado sofre um acidente ou prejuízo material ([http://pt.wikipedia.org/wiki/Sinistro_\(seguro\)](http://pt.wikipedia.org/wiki/Sinistro_(seguro))), visualizado em 11.05.2015.

no sentido lato do termo, e em via pública, caso contrário, não há que se falar em indenização.” Nesse sentido os seguintes julgados:

“APELAÇÃO CÍVEL. SEGURO DPVAT. ACIDENTE DE TRABALHO. SITUAÇÃO DE TRÂNSITO INOCORRENTE. SEGURO OBRIGATÓRIO INDEVIDO. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. A Lei n.º 6.194/74 é aplicável aos “danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não”, pressupondo-se, para tanto, a existência de uma situação de trânsito. No caso em tela, o acidente ocorreu enquanto a vítima trabalhava, vindo a ficar prensado por tubo de concreto. Indenização do seguro DPVAT indevida. Precedentes. Sentença mantida. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO, EM DECISÃO MONOCRÁTICA.” (Apelação Cível Nº 70063802896, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em 10/04/2015).

“EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – COBRANÇA DO SEGURO OBRIGATÓRIO DPVAT – ACIDENTE DE TRABALHO EM OFICINA MECÂNICA – FATO QUE NÃO SE CONFIGURA COMO ACIDENTE DE TRÂNSITO – INDENIZAÇÃO INDEVIDA – PRECEDENTES STJ – SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. A indenização do seguro DPVAT não é devida quando o dano é decorrente de um acidente puramente ocasional, em que não houve nenhuma ação espontânea, mecânica ou relacionada ao movimento e circulação do veículo automotor de via terrestre.” (TJPR – 10ª C. Cível – AC – 1259021-5 – Jandaia do Sul – Rel.: Luiz Lopes – Unânime - J. 04.12.2014)

Diferentemente do alegado pelo apelante, não houve a ocorrência de sinistro capaz de gerar indenização.

Em especial, não é devida qualquer indenização porque o trator não é veículo de circulação pelas vias públicas, não recolhe IPVA e nem seguro DPVAT.

Tal indenização somente seria possível, e em caráter excepcional, acaso o trator estivesse, ainda que de forma ilegal, circulando por via pública e nela tivesse ocorrido o acidente, sem a participação da vítima e sem que esta o estivesse conduzindo.

Ocorre que o acidente não aconteceu em via pública, mas sim em propriedade privada (Fazenda Passa Quatro) e o veículo não estava em movimento, sendo presumido que estava em manutenção. Assim, não se configura nem mesmo a hipótese excepcional de indenização.

Não é possível, portanto, qualquer indenização por DPVAT. Nesse sentido:

“SEGURO OBRIGATÓRIO. DPVAT. ACIDENTE DE TRABALHO. NÃO COBERTURA. 1. ACIDENTE DE TRABALHO, AQUELE QUE OCORRE PELO EXERCÍCIO DO TRABALHO A SERVIÇO DA EMPRESA OU PELO EXERCÍCIO DO TRABALHO EM SI, NÃO É COBERTO PELA LEI 6.194/74, QUE REGULAMENTOU O DPVAT. ESTA CUIDA DE SEGURO OBRIGATÓRIO DE DANOS PESSOAIS CAUSADOS POR VEÍCULOS AUTOMOTORES DE VIA TERRESTRE, OU POR SUA CARGA, A PESSOAS TRANSPORTADAS OU NÃO. O ESPÍRITO DA LEI DO DPVAT CONSISTE EM AMPARAR AS VÍTIMAS DE ACIDENTES DE TRÂNSITO, E NÃO DE RESGUARDAR OS INTERESSES DAS VÍTIMAS DE ACIDENTE DE TRABALHO, CUJA NORMA REGULAMENTADORA É A LEI N. 8.213/91. 2. APELO NÃO PROVIDO.” (TJ-DF – Apelação Cível nº 0003544-34.2008 – Órgão Julgador: 1ª Turma Cível; Relator: Flavio Rostirola; Data de Julgamento: 28/01/2009; Data de Registro: 09/02/2009).

No caso presente, como já anotado, o trator estava em propriedade particular, tendo o acidente ocorrido com sua participação.

Ante o exposto, conheço do recurso interposto, mas nego-lhe provimento, mantendo-se inalterada a sentença de primeiro grau.

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. Fernando Mauro Moreira Marinho

Relator, o Exmo. Sr. Des. Nélcio Stábile.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Nélcio Stábile, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 20 de outubro de 2015.

3ª Câmara Cível**Agravo Regimental n. 1400724-87.2015.8.12.0000/50000 - Aparecida do Taboado**
Relator Des. Nélio Stábile

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA DE IMÓVEL – COMPETÊNCIA – FORO DA SITUAÇÃO DO BEM – NÃO SE APLICA CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

A consequência natural, com a procedência do pedido, é a transferência de domínio, de modo que se revela, além de indevida, contraproducente e desarrazoada a modificação de competência – para Estado diverso daquele em que se encontra o imóvel – em ação diretamente relacionada ao direito real de propriedade.

Em consonância com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, o foro competente para julgamento de ação de adjudicação compulsória é o da situação do imóvel.

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, 27 de outubro de 2015.

Des. Nélio Stábile – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

Braspen Empreendimentos e Participações Ltda. interpôs o presente agravo regimental em face de José Júlio Mendonça e Luiza da Silva Mendonça, pretendendo a reforma da decisão monocrática que negou seguimento ao agravo de instrumento n. 1400724-87.2015.8.12.0000.

Repetiu as alegações daquele recurso, alegando que a ação ordinária originária n. 0801847-68.2013.8.12.024 deve tramitar no Estado de São Paulo, por versar sobre direito pessoal alegado pelos agravados, de cumprimento de obrigação de fazer com respeito a imóvel, em face de contrato celebrado entre as partes.

Aduz que, embora o imóvel esteja situado neste Estado, deve prevalecer o foro de eleição fixado, considerando que o direito reclamado não é de natureza real, portanto não se enquadraria na regra absoluta prevista no artigo 95 do Código de Processo Civil.

Relatei.

Não vislumbro razões suficientes para reconsideração da decisão agravada, por seus próprios fundamentos.

VOTO

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

Braspen Empreendimentos e Participações Ltda. interpôs o presente agravo regimental em face de José Júlio Mendonça e Luiza da Silva Mendonça, pretendendo a reforma da decisão monocrática que negou seguimento ao agravo de instrumento n. 1400724-87.2015.8.12.0000.

Repetiu as alegações daquele recurso, no sentido que a ação ordinária originária n. 0801847-68.2013.8.12.024 deve tramitar no Estado de São Paulo, por versar sobre direito pessoal alegado pelos agravados, de cumprimento de obrigação de fazer com respeito a imóvel, em face de contrato celebrado entre as partes.

A decisão agravada deve ser mantida. O agravante limitou-se a repetir os argumentos já esposados no recurso de agravo de instrumento, insuficientes para afastar os fundamentos lá lançados, que passo a reiterar.

Mesmo dizendo respeito a contrato que não está registrado ou não necessita ser registrado em cartório do registro de imóveis e nada obstante a eleição de foro (São Paulo), trata-se de ação com pedido de adjudicação compulsória do imóvel e, nesse caso, o foro competente é efetivamente o da situação do imóvel, não se aplicando a convenção contratual. O foro eleito serve e pode continuar servindo a eventual discussão de cláusulas contratuais, quando a discussão não se refira a propriedade (adjudicação, registro de venda e compra, entre outros).

A questão cinge-se à subsunção ou não da ação originária ao artigo 95 do Código de Processo Civil. Embora a pretensão de outorga de escritura definitiva ou adjudicação do imóvel em questão seja de direito pessoal, uma vez que não houve registro do contrato de venda e compra na respectiva matrícula (p. 98), enquadra-se na segunda parte do referido dispositivo legal, visto que o litígio recai sobre direito de propriedade.

A consequência natural, com a procedência do pedido, é a transferência de domínio, de modo que se revela, além de indevida, contraproducente e desarrazoada a modificação de competência – para Estado diverso daquele em que se encontra o imóvel – em ação diretamente relacionada ao direito real de propriedade. É de se concluir, portanto, que o foro de eleição deve ficar em segundo plano.

Tamanha a proximidade da obrigação de outorga de escritura definitiva e de seu suprimento pelo juiz (adjudicação compulsória) com o direito de propriedade, que os tribunais superiores têm equiparado tais pretensões a ação real imobiliária, considerando competente o foro da situação do bem.

Assim decidi o Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA – COMPETÊNCIA – FORUM REI SITAE – PRECEDENTES DO STF E DO STJ – MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA – NECESSIDADE – AGRAVO IMPROVIDO.

I - A ação de adjudicação compulsória tem natureza pessoal, pois tem por objeto o cumprimento de uma obrigação de fazer; e, por este motivo, não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis (enunciado n. 239 da Súmula/STJ);

II - Contudo, a doutrina e a jurisprudência têm considerado competente para o julgamento das ações de adjudicação compulsória o forum rei sitae, sob o fundamento de tratar-se de uma ação real imobiliária;

III - Agravo improvido. (AgRg no Recurso Especial Nº 773.942 – SP(2005/0135514-0) Relator: Ministro Massami Uyeda – 19.08.2008)

As ações fundadas em contratos de promessa de venda e compra, inclusive a de adjudicação compulsória, como ocorre na espécie, são, por natureza, pessoais, na medida em que têm por escopo o cumprimento de uma obrigação de fazer. Todavia, doutrina e jurisprudência têm, via de regra, considerado competente para processar e julgar ações de adjudicação compulsória o forum rei sitae, sob a alegação de se tratar de ação real imobiliária. Ovídio Araújo Baptista da Silva, citando José Osório de Azevedo Jr., anota que “o compromissário comprador tem uma postura muito mais de dominação frente à coisa do que de dependência de uma colaboração do compromitente para a outorga da escritura definitiva; além de ter o promitente comprador o direito de seqüela contra a coisa” (Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. 1, Do Processo de Conhecimento – arts. 1º a 100. São Paulo: RT, 2005, 2ª ed., p. 421). [Conflito De Competência Nº 84.752 - RN (2007/0113117-3) Relatora: Ministra Nancy Andrighi – 27.06.2007]

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal adotou o entendimento de que “*não se admite foro de eleição na ação de adjudicação compulsória, para a qual prevalece o foro da situação da coisa*” (em RT 514/423, *apud* NEGRÃO, Theotônio. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 44ª edição, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 222 [nota n. 8 ao artigo 95 do Código do Processo Civil]).

Pelas razões esposadas, impõe-se seja negado provimento ao recurso, que está em confronto com o entendimento dos Tribunais Superiores. A decisão agravada deve ser mantida, permanecendo a ação originária no Juízo em que ingressou.

Ante o exposto, nego provimento ao presente agravo regimental.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Relator, o Exmo. Sr. Des. Nélcio Stábile.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Nélcio Stábile, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 27 de outubro de 2015.

3ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 1409082-41.2015.8.12.0000/50000 – Campo Grande
Relator Des. Nélio Stábile

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL – AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO INDEFERIU O PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA – NÃO COMPROVAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA – RECURSO DESPROVIDO.

Para gozar dos benefícios da assistência judiciária, não basta mera alegação da parte de que não pode arcar com os custos processuais, mas sim comprovação do estado de hipossuficiência financeira, o que pode ser exigido pelo magistrado antes de decidir acerca do pedido de assistência judiciária, conforme jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça.

Se a parte dispõe de patrimônio e renda consideráveis, e não demonstra que o pagamento das custas processuais irá comprometer o seu sustento ou o de sua família, os benefícios da gratuidade da justiça não são devidos.

Agravo Regimental a que se nega provimento, para o fim de manter a decisão monocrática, que negou seguimento, de plano, ao primeiro agravo, por seus próprios fundamentos.

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, 27 de outubro de 2015.

Des. Nélio Stábile – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

O recorrente interpôs o presente agravo regimental contra a decisão monocrática que negou seguimento, de plano, ao recurso de agravo por ele interposto, contra decisão de primeiro grau que indeferiu os benefícios da assistência judiciária, por entender o magistrado que o desemprego recente do agravante não o leva, necessariamente, ao caminho da miserabilidade, ainda mais quando constatado que o ora agravante, desde 1984, trabalha no setor bancário, o que provavelmente lhe oportunizou experiência em seu ramo, passível inclusive de rápida absorção pelo mercado. Ressalta a decisão de primeira instância, ainda, que o recorrente recebeu, recentemente, valor de rescisão de contrato de trabalho (R\$51.000,00), com o que poderia custear as despesas processuais.

O agravante alega em síntese que encontra-se desempregado e afastado do mercado pelo INSS, percebendo apenas auxílio-doença, por ter adquirido patologias que se relacionam com seu labor, pelo que fica impossibilitado de retornar imediatamente ao mercado de trabalho, como constou na decisão recorrida.

Aduz que, além de estar desempregado, o auxílio previdenciário é provisório, sendo devido somente enquanto realiza seu tratamento médico, e que referido benefício cessará em breve, fato que o deixará sem qualquer renda fixa.

Requer seja exercido o juízo de retratação e, não sendo este exercido, seja o presente recurso submetido à apreciação do respectivo órgão colegiado.

VOTO

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

I – Consoante consta em relatório, o recorrente interpôs o presente agravo regimental contra a decisão monocrática que negou seguimento, de plano, ao recurso de agravo por ele interposto, contra decisão de primeiro grau que indeferiu os benefícios da assistência judiciária, por entender o magistrado que o desemprego recente do agravante não o leva, necessariamente, ao caminho da miserabilidade; ainda mais quando constatado que o ora agravante, desde 1984, trabalha no setor bancário, o que provavelmente lhe oportunizou experiência em seu ramo, passível inclusive de rápida absorção pelo mercado. Ressalta a decisão de primeira instância, ainda, que o recorrente recebeu, recentemente, valor de rescisão de contrato de trabalho (R\$51.000,00), com o que poderia custear as despesas processuais. O agravante alega em síntese que encontra-se desempregado e afastado do mercado pelo INSS, percebendo apenas auxílio-doença, por ter adquirido patologias que se relacionam com seu labor, pelo que fica impossibilitado de retornar imediatamente ao mercado de trabalho, como constou na decisão recorrida. Aduz que, além de estar desempregado, o auxílio previdenciário é provisório, sendo devido somente enquanto realiza seu tratamento médico, e que referido benefício cessará em breve, fato que o deixará sem qualquer renda fixa.

II – Em não havendo quaisquer elementos passíveis de modificação fática e ou jurídica da questão, ratifico o entendimento esposado na decisão monocrática recorrida, razão pela qual tenho que o presente regimental não merece provimento.

Como as razões do presente regimental em nada alteram o entendimento anteriormente exposto na referida decisão monocrática, passo a reproduzir a fundamentação utilizada por ocasião de sua lavratura.

O recorrente alega que a presunção fática acolhida pelo julgador de primeira instância não se encontra conforme a realidade, eis que não teria condições de arcar com as custas do processo, por ser pobre na forma da lei.

Entretanto, entendo que os benefícios da assistência judiciária realmente não são devidos ao recorrente. É que, nada obstante ter se declarado pobre na ação originária, há indício de que desfruta de padrão de vida razoável. Conforme aventado pelo juízo *a quo*, é possível aferir-se que o agravante, apesar de estar atualmente desempregado, dispõe de patrimônio e padrão de vida razoáveis, visto ter fixado residência em bairro de alto padrão nesta capital (Carandá Bosque – f.27 dos autos de agravo) e ser beneficiário de auxílio-doença, que tem por base de cálculo 80% dos maiores salários do segurado, que alega ter trabalhado por 31 anos na mesma instituição bancária.

Não há, ainda, comprovação do *quantum* o agravante auferir de renda mensal, visto que o documento de f.27 do agravo, expedido pela autarquia previdenciária, apenas menciona que o benefício é pago, sem informar o valor.

Ademais, o recorrente está representado por advogado particular, como anotado na decisão recorrida, com o que é possível presumir-se que possui condições de arcar com as despesas processuais.

A outra alegação do agravante, de que o artigo 4º da lei n. 1.060/50 dispõe expressamente que “*a parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial,*

de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família”, não fazendo a norma qualquer menção à necessidade de outra providência, a não ser a de mera alegação do estado de hipossuficiência, bem como a de que tal entendimento estaria pacificado na Jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, também não merece guarida.

O artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição da República, estabelece que “*o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos*” é aplicável à hipótese dos autos. Ao mencionar a assistência jurídica integral logicamente que o Constituinte não quis referir-se apenas à prestação de serviços por advogados públicos ou por Defensorias Públicas aos hipossuficientes na forma da lei, mas também ao acesso do jurisdicionado à prestação jurisdicional, de forma gratuita, desde que comprove insuficiência de recursos, o que, como visto, não restou comprovado nos autos.

Mas, ao contrário do que fora alegado no recurso *sub judice*, a jurisprudência dos Tribunais Superiores não está consolidada no sentido de que basta mera alegação para que a parte goze dos benefícios da assistência judiciária em qualquer caso. O magistrado pode, ou antes deve, caso entenda necessário, exigir que a parte comprove o alegado estado de pobreza. É o que se depreende da análise do julgado abaixo transcrito, do E. Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - DECISÃO MONOCRÁTICA NEGANDO PROVIMENTO AO RECURSO. IRRESIGNAÇÃO DO RÉU.

1. É possível a decisão monocrática denegatória de seguimento proferida pelo relator nos casos de recurso manifestamente improcedente ou contrário à jurisprudência dominante do Tribunal, do STF ou de Tribunal Superior. Ademais, a interposição de agravo regimental para o colegiado permite a apreciação de todas as questões suscitadas no reclamo, suprimindo eventual violação do artigo 557, §1º-A, do CPC.

2. Embora milite em favor do declarante a presunção acerca do estado de hipossuficiência, esta não é absoluta, podendo o magistrado negar o benefício pleiteado, quando não se encontrar convencido do estado de miserabilidade da parte. Precedentes.

3. Para o acolhimento do apelo extremo, é imprescindível derruir a afirmação contida no decisum atacado que reconheceu a presença dos requisitos necessários à concessão do benefício, o que demanda em reexame da matéria fática, incidindo, na espécie, o óbice da Súmula n. 7 do STJ.

4. Agravo regimental desprovido. (STJ – AgRg no Ag nº 1.262.528/MG. Órgão Julgador: 4ª Turma. Relator: Min. Marco Buzzi. Julgamento: 02.12.2014). (grifei)

Convém salientar, ainda, que o recorrente veio de juntar documento relativo ao recebimento de auxílio-doença (embora sem mencionar o valor do benefício) somente por ocasião da interposição deste recurso, somente neste segundo grau de jurisdição. Como a questão não foi submetida ao crivo do primeiro grau, o eventual acolhimento da tese ora esposada pelo agravante, com base em tal documento, configuraria a indesejável supressão de instância, o que é vedado pelo ordenamento jurídico, conforme se depreende da análise do julgado abaixo transcrito, do E. Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO FISCAL. PRESCRIÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A decisão agravada limitou-se a afastar a tese de prescrição adotada pelo Tribunal de origem, haja vista que divergindo da jurisprudência do STJ.

2. Nesse ponto, cumpre esclarecer que o Tribunal de origem ao analisar a demanda, não se posicionou acerca dos termos do prazo prescricional.

3. Dessa forma, inviável a sua análise em sede de recurso especial, tendo em vista que vincula-se ao exame de matéria fática ainda não apreciada pela instância ordinária, de sorte que sua apreciação neste momento importaria em indevida supressão de instância recursal.

4. Agravo regimental não provido. (STJ – AgRg no Resp nº 1483306/SP – Órgão Julgador: 2ª Turma. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Julgamento: 25.11.2014).

Anoto, por último, que tendo em vista a ausência de comprovação dos requisitos para a concessão dos benefícios da assistência judiciária tanto na primeira instância quanto em grau recursal, as custas recursais também são devidas pelo recorrente.

Assim, é caso de desprovimento do presente recurso, para manter a decisão monocrática agravada, vez que não comprovada a alegada hipossuficiência por parte do agravante.

III – Ante o exposto, nego provimento ao presente agravo regimental, e mantenho a decisão monocrática recorrida por seus próprios fundamentos.

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. Fernando Mauro Moreira Marinho

Relator, o Exmo. Sr. Des. Nélcio Stábile.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Nélcio Stábile, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 27 de outubro de 2015.

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0000069-39.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO – PACIENTE QUE SOFREU QUEDA DE MACA DO SAMU – DANO E NEXO DE CAUSALIDADE COMPROVADOS – DANO MORAL – CONFIGURADO – VALOR ARBITRADO – RAZOÁVEL E PROPORCIONAL – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – ART. 20, § 4º, DO CPC – FIXAÇÃO EQUITATIVA – VALORES RAZOÁVEIS. RECURSO DESPROVIDO.

A Fazenda Pública responde objetivamente pelos danos que seus agentes causarem a terceiros quando demonstrado o nexo causal e o ato lesivo, bem como ausente qualquer causa excludente de responsabilidade.

Analisadas as condições econômicas das partes e o sofrimento da requerente, o valor arbitrado a título de danos morais mostra-se proporcional e razoável.

Mantém-se a verba honorários fixada em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 9 de dezembro de 2015.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Município de Campo Grande interpôs recurso de apelação em face da sentença proferida por Alexandre Tsuyoshi Ito Juiz da 6ª Vara de Fazenda Pública e de registros públicos da comarca de Campo Grande-MS, que na ação de indenização por danos morais proposta por Joana Barbosa dos Santos, julgou procedente o pedido inicial, condenando o apelante ao pagamento do valor de R\$ 7.000,00 (sete mil reais) a título de indenização por danos morais, corrigido monetariamente pelo IPCA a partir do arbitramento, e juros de mora a partir do evento danoso, com base nos índices aplicados à caderneta de poupança, na forma do art. 1º-F da Lei n.º 9.494/97, bem como honorários advocatícios fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Em razões recursais (f. 119-135), afirma que a obrigação de indenização só ocorreria se o dano fosse imputável diretamente à administração, o que não é o caso dos autos.

Aduz que *“ainda que se admitisse alguma responsabilidade municipal esta não poder ser outra não a de caráter subjetivo não implicando na presunção de culpa do Município”*.

Sustenta que não há prova conclusivas nos autos acerca da culpa do município pela ocorrência de falha do serviço de transporte da paciente, bem como não restou demonstrada a condição da paciente anterior ao acidente.

Ressalta que *“o agente público que atendera a idosa agiu em conformidade com as normas padronizadas de conduta e as características de atendimento definidas para uma unidade de atendimento básica dentro do Sistema Único de Saúde”*.

Argumenta que não restou demonstrado por perícia que a queda foi a causa do alegado dano.

Destaca que *“A autora não se desincumbiu de provar o nexo causal e tampouco os alegados danos morais, e por conseguinte, o julgador em consideração aos termos do artigo 333, inciso I e II do CPC não deveria sentenciar com fundamento em referidos documentos e não poderia ter se calado diante das circunstâncias processuais suscitadas em sede preliminar e que pugnam pela nulidade do processo”*.

Alega que inexistente motivo justo que ampare a condenação do apelante ao pagamento de indenização por dano moral, uma vez que a apelada não demonstrou qualquer sequela ou danos indiretos decorrentes do fato.

Expõe que *“se não afastada a condenação em dano moral por completa falta de provas, como já dissertado anteriormente, que o valor condenatório seja reformado para redução a patamar razoável e proporcional”*.

Prequestiona os artigos 43 e 186 do Código Civil; os artigos 82, 84, 235, 245, 246, 126, 128 e 131 do CPC; e os artigos 37, § 6º, 5º, inciso LV e 93, inciso IX da CF.

Requer:

“Se dignem Vossas Excelências conhecer e dar provimento ao presente recurso de apelação, para reformar a r. Sentença de primeiro grau, da lavra do Ilustre Magistrado da 4ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos desta Comarca, reconhecendo:

A reforma da sentença com o julgamento improcedente do feito por ausência de fundamento probante suficiente a caracterizar a responsabilidade civil do apelante;

Alternativamente,

A reforma da sentença para o fim de rever os valores das condenações em danos morais e honorários reduzindo-os de R\$ 7.000,00 (sete mil reais) e R\$2.000,00 (dois mil reais), respectivamente, para valores razoáveis e proporcionais, por ser medida de justiça.”

Intimada (f. 138), a apelada deixou de apresentar contrarrazões de apelação (f. 139) no prazo legal.

VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por município de Campo Grande, objetivando a reforma da sentença proferida pelo Juiz da 6ª Vara de Fazenda Pública e de registros públicos de Campo Grande-MS que, na ação de indenização por danos morais proposta por Joana Barbosa dos Santos, julgou procedente o pedido inicial, condenando o apelante ao pagamento do valor de R\$ 7.000,00 (sete mil reais) a título de indenização por danos morais, corrigido monetariamente pelo IPCA a partir do arbitramento, e juros de

mora a partir do evento danoso, com base nos índices aplicados à caderneta de poupança, na forma do art. 1º-F da Lei n.º 9.494/97, bem como honorários advocatícios fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Confira-se o dispositivo da sentença de f. 112-115:

“Ante o exposto, julga-se procedente o pedido contido na presente demanda ajuizada para condenar o município de Campo Grande a pagar, em favor da autora, uma indenização por danos morais arbitrada em R\$ 7.000,00 (sete mil reais), extinguindo-se o feito na forma do art. 269, I, do CPC.

A correção monetária pelo IPCA incidirá a partir do arbitramento (Súmula 362/STJ) e os juros moratórios incidirão a partir do evento danoso (Súmula 54/STJ), com base nos índices aplicados à caderneta de poupança (TR), na forma do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com redação da Lei n. 11.960/09.

A parte requerida ficará responsável pelo pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, fixados em R\$ 2.000,00 (mil e quinhentos reais), com base no artigo 20, § 4º, do CPC.

O pagamento dos honorários periciais deverá ser objeto de execução autônoma movida pelo perito, cujo pagamento ficará sob a responsabilidade do município de Campo Grande, em razão da sua sucumbência.

Com o trânsito em julgado, arquivem-se os autos.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.”

A controvérsia dos autos cinge-se em estabelecer a responsabilidade do município apelante, se objetiva ou subjetiva, bem como se devida sua condenação ao pagamento à apelada de indenização a título de danos morais.

Primeiramente faz-se necessário um breve relato dos fatos.

A apelada ajuizou a presente ação de indenização por danos morais ao argumento de que sofreu uma queda da maca, quando era transportada do Posto de Saúde situado no bairro Moreninha III para a Santa Casa, ocasião em que fraturou a clavícula, além de sofrer outros danos.

Ressaltou que possui idade avançada, o que acarretou uma difícil recuperação e maior extensão dos danos causados.

Pleiteou a condenação do município apelante ao pagamento de indenização por danos morais, no valor correspondente a 50 salários mínimos, em razão da má prestação do serviço de saúde.

Juntou os documentos de f. 8-20.

O município apelante apresentou contestação à f. 30-37, sustentando que não estão presentes os elementos fundamentais para a configuração de sua responsabilidade objetiva, uma vez que não restou demonstrado o nexo de causalidade entre o dano e a suposta ação ou omissão atribuída ao ente público.

Pleiteou, ainda, a redução do valor pleiteado a título de danos morais.

Impugnação à contestação apresentada à f. 39-43.

A audiência de instrução e julgamento foi realizada à f. 69-70, oportunidade em que foram ouvidas as testemunhas José Ricardo Barbero Biava e Soimary Marques.

Laudo pericial apresentado à f. 71-78.

O requerido, ora apelado, manifestou-se acerca do laudo à f. 110-111.

Sentença proferida à f. 112-115.

Da responsabilidade civil do município apelante:

A responsabilidade civil, como sabido, é a obrigação imposta por lei a determinada pessoa de reparar os danos causados a outrem por fato de pessoas ou coisas a ela vinculadas (art. 927 CC¹).

No Direito Civil, a regra é a responsabilidade subjetiva, de modo que o dever de reparar exige a ocorrência de fato lesivo, causado por ação ou omissão culposa, dano patrimonial ou moral e nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente causador do dano.

Nesse sentido o teor do art. 186 do CC/2002: *“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”*

Há, porém, casos em que a perquirição do elemento culpa (em sentido amplo) é dispensada, sendo adotada a responsabilização na modalidade objetiva. Contudo, ainda assim deve ser demonstrada a ocorrência de conduta, dano e nexo de causalidade.

Sendo requerido o município de Campo Grande, a responsabilidade é objetiva à luz da teoria do risco administrativo, consagrada no § 6º do art. 37 da Constituição Federal.

“§ 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.”

O ensinamento de José dos Santos Carvalho Filho traz o fundamento da adoção da responsabilidade objetiva e da teoria do risco administrativo:

“Foi com lastro em fundamentos de ordem política e jurídica que os Estados modernos passaram a adotar a teoria da responsabilidade objetiva no direito público.

Esses fundamentos vieram à tona na medida em que se tornou plenamente perceptível que o Estado tem maior poder e mais sensíveis prerrogativas do que o administrado.

É realmente o sujeito jurídica, política e economicamente mais poderoso. O indivíduo, ao contrário, tem posição de subordinação, mesmo que protegido por inúmeras normas do ordenamento jurídico. Sendo assim, não seria justo que, diante de prejuízos oriundos da atividade estatal, tivesse ele que se empenhar demasiadamente para conquistar o direito à reparação dos danos.

Diante disso, passou-se a considerar que, por ser mais poderoso, o Estado teria que arcar com um risco natural decorrente de suas numerosas atividades: à maior quantidade de poderes haveria de corresponder um risco maior. Surge, então, a teoria do risco administrativo, como fundamento da responsabilidade objetiva do Estado.” (Manual de direito administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 556)

Maria Sylvia Zanella Di Pietro observa:

¹ 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.

“Segundo Hely Lopes Meirelles (1996:562) a teoria do risco compreende duas modalidades: a do risco administrativo e a do risco integral; a primeira admite (e a segunda não) as causas excludentes da responsabilidade do Estado: culpa da vítima, culpa de terceiros ou força maior.

No entanto, a maior parte da doutrina não faz distinção, considerando as duas expressões – risco integral e risco administrativo – como sinônimos ou falando em risco administrativo como correspondendo ao acidente administrativo. Mesmo os autores que falam em teoria do risco integral admitem as causas excludentes da responsabilidade.

Yussef Said Cahali (1995:40), criticando a distinção feita por Hely Lopes Meirelles, diz que “a distinção entre risco administrativo e risco integral não é ali estabelecida em função de uma distinção conceitual ou ontológica entre duas modalidades de risco pretendidas, mas simplesmente em função das conseqüências irrogadas a uma outra modalidade (...)”. E acrescenta que “deslocada a questão para o plano da causalidade, qualquer que seja a qualificação atribuída ao risco aos tribunais se permite a atenuação daquela responsabilidade do Estado (...)”.

Portanto, não é demais repetir que as divergências são mais terminológicas, quanto à maneira de designar as teorias, do que de fundo. Todos parecem concordar em que se trata de responsabilidade objetiva, que implica averiguar se o dano teve como causa o funcionamento de um serviço público, sem interessar se foi regular ou não (...)”. (Destaquei)

Diante disso, vislumbra-se que não é necessário indagar se o apelante agiu com culpa ao praticar o evento danoso, bastando verificar se daquele ato resultou algum dano que não tenha origem nas causas excludentes: culpa da vítima, culpa de terceiros e força maior.

Como se sabe, no ordenamento jurídico brasileiro vige a regra dominante de que o ônus da prova recai sobre aquele a quem aproveita o reconhecimento do fato, não bastando alegar, mas provar o fato que irá atrair o direito, ônus que, no caso em tela incumbe à requerente (apelada), quanto ao fato constitutivo do seu direito e ao requerido (apelante), quanto ao fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor, consoante o disposto no art. 333, incisos I e II, do CPC.

Ernane Fidélis dos Santos a respeito do tema ensina que:

“A regra que impera mesmo em processo é a de que ‘quem alega o fato deve prová-lo’. O fato será constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo do direito, não importando a posição das partes no processo. Desde que haja a afirmação da existência ou inexistência de fato, de onde se extrai situação, circunstância ou direito a favorecer a quem alega, dele é o ônus da prova” (Manual de Direito Processual Civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 380).

No mesmo sentido, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

“A distribuição do ônus da prova repousa principalmente na premissa de que, visando a vitória na causa, cabe à parte desenvolver perante o juiz e ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente. O juiz deve julgar secundum allegata et probata partium não secundum propriam suam conscientiam– e daí o encargo que as partes têm no processo, não só de alegar, como também de provar (encargo = ônus).”

O fundamento da repartição do ônus da prova entre as partes é, além de uma razão de oportunidade e de experiência, a ideia de equidade resultante da consideração de que, litigando as partes e devendo conceder-lhes a palavra igualmente para o ataque e a defesa, é justo não impor só a uma o ônus da prova

(do autor não se pode exigir senão a prova dos fatos que criam especificamente o direito por ele invocado; do réu, a prova dos pressupostos da exceção).

No caso em análise, a apelada logrou êxito em comprovar o nexo de causalidade entre a conduta do agente público em serviço e o dano causado, ante a apresentação do documento de f. 10 (Ficha de atendimento – prontuário), que certifica que a “*paciente caiu da maca do SAMU*”.

Em 17 de maio de 2010, foi confeccionado Boletim de Ocorrência, onde o comunicante, filho da apelada, relata que:

“(...) sua mãe Joana, vítima acima qualificada foi lesionada em consequência de um acidente provocado pelo agente de serviço, “Luiz”, da Unidade Móvel UBS 16 do Samu de placas HSH-3571. Que havia conduzido sua mãe ao PS de onde fora encaminhada para Santa Casa e quando o Luiz a transportava do leito do posto para a viatura de resgate, a maca em que ela estava e que estava sendo conduzida pelo Luiz virou e sua mãe caiu violentamente, consequentemente lesionando a Clavícula, lado esquerdo, e a Cabeça. que a vítima foi encaminhada para a Santa Casa onde se constatou Fratura na Clavícula. Que o acidente foi presenciado por Alessandro Marques – celular: (...), Soimary – celular (...) e Renata - (...). Que a viatura era conduzida pelo SR. Moacir o qual estava no interior do Posto de Saúde na ocasião do tombo. Que a vítima ficou muito debilitada, razão pela qual não pode comparecer nesta DP nesta ocasião. Que neste ato manifesta o desejo de representar criminalmente em desfavor do culpado.”

Não fosse isso, as duas testemunhas ouvidas em juízo, Soimary Marques e José Ricardo Barbero Biava, estavam presentes no local e na data dos fatos e confirmaram a versão apresentada na inicial, informando que durante o procedimento de transferência realizado por um único agente público, a apelada sofreu queda da maca, em razão da existência de um buraco na calçada (f. 69-70).

Quanto ao dano sofrido pela apelada, também restou comprovado, diante do laudo de exame de corpo de delito (f. 13) realizado na época dos fatos, que constatou que:

“Ao exame externo observamos: 1) Equimose arroxeada localizada na região parietal esquerda, medindo 2,5cm de comprimento.2) Equimose arroxeada, localizada na orbita ocular esquerda, medindo 1,0 cm de comprimento.3) Aparelho gessado imobilizando a região torácica.”

Também restou evidenciado através da perícia judicial realizada pela apelada à f. 71-78, que “*existem boletim de ocorrência e prontuário médico da rede municipal de saúde confirmando o trauma craniano decorrente da queda citada*”.

Em contrapartida, o apelado não juntou aos autos qualquer elemento probatório que demonstre fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito da apelada, devendo ser mantida a sentença que reconheceu a responsabilidade objetiva do município apelante.

Do dano moral:

O dano moral encontra-se consubstanciado na dor, no sofrimento ocasionado pelas lesões em razão da queda (fratura da clavícula, escoriações, hematomas e trauma craniano), bem como pelo tratamento conservador, através de imobilização gessada da clavícula, pela internação, durante a fase de recuperação, na diminuição da alta estima e na insegurança, por se tratar de pessoa idosa, que na época dos fatos contava com 76 anos de idade e já apresentava quadro delicado de saúde (sofreu parada cardíaca com ressuscitação bem sucedida – f. 102).

Demais disso, as dores sofridas pela apelada dispensam maiores comprovações de danos morais, pois é fenômeno plenamente perceptível a partir da experiência do homem comum.

Caracterizado o dano moral decorrente daquele e o nexo de causalidade, entendo que a fixação do valor da indenização do dano, deve ser suficiente para indenizar o ofendido, bem como servir de desestímulo à prática de atos semelhantes.

Entretanto, mensurar o *quantum* devido, constitui atividade difícil para o julgador, haja vista a falta de critérios objetivos na legislação pátria.

Rui Stoco, em sua obra Tratado de Responsabilidade Civil, Ed. RT, São Paulo: 2001, p. 1.030, traz algumas recomendações a serem seguidas pelo órgão judicante no arbitramento, para atingir a homogeneidade pecuniária na avaliação do dano moral. Veja-se:

a) o Magistrado nunca deverá arbitrar a indenização tomando como base apenas as possibilidades do devedor;

b) também não deverá o julgador fixar a indenização com base somente nas necessidades da vítima;

c) não se deve impor uma indenização que ultrapasse a capacidade econômica do agente, levando-o à insolvência;

d) a indenização não pode ser causa de ruína para quem paga, nem fonte de enriquecimento para quem recebe;

e) deverá o julgador fixá-la buscando o equilíbrio através de critério equitativo e de prudência, segundo as posses do autor do dano e as necessidades da vítima e de acordo com a situação sócio-econômica de ambos;

f) na indenização por dano moral o preço de afeição não pode superar o preço de mercado da própria coisa;

g) na indenização por dano moral a quantia a ser fixada não pode ser absolutamente insignificante, mas servir para distrair e aplacar a dor do ofendido e dissuadir o autor da ofensa da prática de outros atentados, tendo em vista o seu caráter preventivo e repressivo;

h) na fixação do valor do dano moral o julgador deverá ter em conta, ainda e notadamente, a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a sua posição social e política. Deverá, também, considerar a intensidade do dolo e o grau de culpa do agente.

Assim, levando-se em consideração tais fatos, bem como a capacidade financeira da ofendida e do ofensore, já que a indenização não pode constituir em enriquecimento indevido, entendo que o valor de R\$ 7.000,00 (sete mil reais) arbitrado pelo magistrado de primeiro grau, mostra-se proporcional e razoável, devendo ser mantido.

Do honorários advocatícios:

A fixação do valor de honorários advocatícios sucumbenciais está disciplinada no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, nos seguintes termos:

“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.

§ 1º O juiz, ao decidir qualquer incidente ou recurso, condenará nas despesas o vencido.

§ 2º As despesas abrangem não só as custas dos atos do processo, como também a indenização de viagem, diária de testemunha e remuneração do assistente técnico.

§ 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.

§ 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.

§ 5º Nas ações de indenização por ato ilícito contra pessoa, o valor da condenação será a soma das prestações vencidas com o capital necessário a produzir a renda correspondente às prestações vincendas (art. 602), podendo estas ser pagas, também mensalmente, na forma do § 2º do referido art. 602, inclusive em consignação na folha de pagamentos do devedor.”

Considerando-se que na presente demanda o município de Campo Grande foi condenado ao pagamento de indenização a título de danos morais, a fixação dos honorários deve ser feita por equidade, nos termos do § 4º do art. 20 do CPC, levando-se em consideração o § 3º e suas alíneas.

No caso em análise, o valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) fixado pelo magistrado sentenciante, a meu ver, observa o princípio da razoabilidade e remunera dignamente o labor prestado pelo advogado, levando em consideração o grau de zelo do profissional, o tempo de duração da demanda, a natureza, importância e complexidade do feito, bem como o valor atribuído à causa e o valor da condenação, razão pela qual a quantia deve ser mantida.

Dispositivo:

Diante do exposto, conheço do recurso de apelação interposto pelo município de Campo Grande e, no mérito, 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. 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. Amaury da Silva Kuklinski.

Campo Grande, 09 de dezembro de 2015.

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0805245-24.2015.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL – PRETENSÃO DE EXCLUSÃO DE SOBRENOME PATERNO – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À IDENTIFICAÇÃO DA AUTORA E À SOCIEDADE – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

É possível a supressão de sobrenome quando preservados a ancestralidade e o interesse social.

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 provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 9 de dezembro de 2015.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

B.R.O.S.N., B.H.N. e M.K.O.N., menor representada por sua genitora B.R.O.S.N. interpuseram Apelação em face da sentença (f. 41-42) proferida por Fernando Paes de Campos, Juiz da 3ª Vara de Fazenda Pública e de registros públicos que, na ação de retificação de registro civil, julgou improcedentes os pedidos.

Em razões recursais (f. 45-54), aduz que pretende a supressão do patronímico paterno do registro civil da autora B., para que seu nome seja retificado para B.R.O.N. e haja adequação ao *status* familiar, pois sua filha foi registrada com o nome M.K.O.N.

Afirma que, com o casamento, adquiriu o direito de suprimir o patronímico paterno “e Silva” para adotar o sobrenome da família do marido, “Nakao”.

Argumenta que, conforme entendeu o representante do Ministério Público, restou demonstrada a ausência de prejuízo à ancestralidade.

Requer a reforma da sentença, a fim de que o nome civil da primeira recorrente seja alterado para B.R.O.N., alterando-se, assim, seu assento de casamento e o registro de nascimento de sua filha, M.K.O.N.

VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

B.R.O.S.N., B.H.N. e M.K.O.N., esta, menor impúbere, representada por sua genitora, B.R.O., interpuseram recurso de apelação em face da sentença proferida pelo juiz de direito da 3ª Vara da Fazenda Pública e de registros públicos da comarca de Campo Grande que, na ação de retificação de registro civil, que julgou improcedente o pedido inicial.

Confira-se o teor da sentença de f. 41-42:

“Vistos, etc.

B.R.O.S.N., brasileira, casada, funcionária pública, B.H.N., brasileiro, casado, e M.K.O.N., menor impúbere, neste ato representada pela primeira requerente, sua genitora, residentes e domiciliados nesta cidade, ajuizaram a presente ação com o fim de que seja retificado o registro de casamento dos dois primeiros requerentes para excluir um dos patronímicos paternos da nubente, bem como para que essa retificação seja também feita no campo de filiação materna do registro de nascimento de sua filha.

O Ministério Público manifestou-se favorável ao pedido.

Em síntese, é o relatório. Decido.

A legislação brasileira prevê a imutabilidade do nome. Tal regra, todavia, não é absoluta, e há circunstâncias que autorizam a retificação e até mesmo a simples modificação do registro civil. Mas é indispensável, em todo caso, a observância da legislação que regula a matéria, bem como dos princípios que norteiam os registros públicos.

O artigo 56 da lei de registros públicos determina expressamente que os apelidos de família não poderão ser prejudicados, dando assim proteção legal à origem da família e garantindo a segurança dos atos da vida civil.

Assim, em que pese o parecer ministerial favorável, os pedidos constantes na exordial não merecem ser deferidos, haja vista que a supressão do patronímico paterno “Silva” afetará negativamente a identificação da requerente com sua linhagem paterna, objetivo este albergado por lei. Ademais, o fato de a autora considerar seu nome demasiadamente extenso não é motivo suficiente para desconsiderar o texto expresso da lei que estabelece ser o nome imutável.

Diante do exposto, julgo improcedente a presente ação.

Custas pelos requerentes. Sem honorários pela ausência de litígio.

P. R. I.

Oportunamente, archive-se.

Campo Grande, 1º de junho de 2015”.

Em razões recursais, pretendem a procedência da ação, a fim de que o nome civil da primeira recorrente seja retificado para B.R.O.N.

Tenho que a sentença de primeiro grau merece reforma.

Os autores visam à retificação do nome da requerente B.R.O.S.N., para supressão do patronímico paterno “e Silva”, devendo constar B.R.O.N.

Pretendem, ainda, que a alteração seja averbada na certidão de casamento da autora com o requerente B.H.N. e na certidão de nascimento da filha M.K.O.N.

É cediço que a regra geral é a imutabilidade do nome, conforme previsão da Lei de Registros Públicos, que dispõe:

“Art. 55. Quando o declarante não indicar o nome completo, o oficial lançará adiante do prenome escolhido o nome do pai, e na falta, o da mãe, se forem conhecidos e não o impedir a condição de ilegitimidade, salvo reconhecimento no ato. (Renumerado do art. 56, pela Lei nº 6.216, de 1975).”

Parágrafo único. Os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores. Quando os pais não se conformarem com a recusa do oficial, este submeterá por escrito o caso, independente da cobrança de quaisquer emolumentos, à decisão do Juiz competente”.

“Art. 56. O interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa”. (Renumerado do art. 57, pela Lei nº 6.216, de 1975).

“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”.

“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.”

A doutrina e a jurisprudência têm evoluído para, reconhecendo a relatividade do princípio da inalterabilidade do nome civil, admitir a sua retificação além das hipóteses previstas em lei.

Veja-se, a respeito, a doutrina de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹:

“(...) lembrando a compreensão do nome civil como um aspecto integrante da personalidade humana, projetando sua dignidade no seio social e familiar, é preciso repisar a admissibilidade de modificação do nome em situações não previstas, expressamente, em lei.

Assim, reclama-se uma interpretação não exaustiva das hipóteses modificativas do nome, permitindo a sua alteração justificadamente para salvaguardar a dignidade da pessoa humana, de acordo com o caso concreto, por deliberação do juiz – através de procedimento de jurisdição voluntária, na vara de registros públicos, com intervenção do Ministério Público, como fiscal da lei.

Frise-se, nessa linha de ideias, que razões de ordem psicológica (intima) e de ordem social devem confluir para averiguar, na situação concreta, se a alteração é necessária para assegurar a dignidade humana. É postura que ‘abre perspectivas para uma corrente liberal’ na alteração do nome, apesar da regra geral da inalterabilidade. (...)

Pelo fio do exposto, é possível, então, asseverar que o princípio da inalterabilidade relativa do nome implica na possibilidade do juiz modificar, a requerimento do interessado,

¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB*. 10. ed., Salvador: JusPodivm, 2012, p. 282-283. v. 1.

o nome civil (seja o prenome, seja o sobrenome) em casos justificáveis, na defesa da proteção integral da personalidade humana, independentemente de expressa previsão legal”.

Nesse passo, embora o Código Civil preveja a possibilidade de o cônjuge acrescer ao seu o sobrenome do outro², não permitindo expressamente a supressão de sobrenomes após o casamento, no Superior Tribunal de Justiça tem-se admitido a supressão quando preservados a ancestralidade e o interesse social.

Veja-se:

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. CASAMENTO. NOME CIVIL. SUPRESSÃO DO PATRONÍMICO MATERNO. POSSIBILIDADE. JUSTO MOTIVO. DIREITO DA PERSONALIDADE. INTEGRIDADE PSICOLÓGICA. LAÇOS FAMILIARES ROMPIDOS. AUTONOMIA DE VONTADE.

1. Excepcionalmente, desde que preservados os interesses de terceiro e demonstrado justo motivo, é possível a supressão do patronímico materno por ocasião do casamento.

2. A supressão devidamente justificada de um patronímico em virtude do casamento realiza importante direito da personalidade, desde que não prejudique a plena ancestralidade nem a sociedade.

3. Preservação da autonomia de vontade e da integridade psicológica perante a unidade familiar no caso concreto.

4. Recurso especial não provido”. (REsp 1433187/SC, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 26/05/2015, DJe 02/06/2015)

Transcrevo excerto do acórdão:

“A atual legislação de regência (arts. 57, § 2º, da Lei nº 6.015/1973 e 1.565, § 1º, do Código Civil) expressa a possibilidade de “acréscimo” do patronímico de quaisquer dos nubentes ao outro quando da habilitação no casamento, não permitindo a plena e total alteração dos sobrenomes constantes do registro. Todavia, conforme alertado por Nelson Nery Junior, ao comentar o art. 1.565 da Lei Civil, apesar de a norma não autorizar a retirada dos nomes, mas apenas permitir o acréscimo, a interpretação jurisprudencial da matéria se encaminha para outra solução (Código Civil Comentado, 11ª Edição, Revista dos Tribunais, pág. 1.770). De fato, a alteração ora pleiteada não dificultará, na prática, a realização dos atos da vida civil ou gerará transtornos, pois a origem familiar da nubente, algo tão importante na sociedade, ficará resguardada na certidão de nascimento. Por outro lado, a segurança jurídica, que se extrai do novo documento, qual seja, a certidão de casamento, cede lugar ao dever de respeito à própria individualidade do ser humano, consectário da sua personalidade, que se explicita, em grande parte, pelo nome com o qual o indivíduo é reconhecido socialmente a partir de então. Nessa toada, desde que não haja prejuízo à plena ancestralidade nem à sociedade, é possível a supressão de um patronímico, pelo casamento, pois o nome civil é direito da personalidade, como concluiu, com acerto, a sentença de fls. 27-28 (e-STJ)”.

Entendo que, na hipótese em apreço, não há óbice para a retificação do nome da recorrente B., pois sua linhagem e ancestralidade serão preservadas (pois a autora manterá os sobrenomes da mãe – R. - e do pai – O.), a alteração não causará prejuízos à sociedade e haverá melhor identificação entre a requerente e a filha M., já que o nome civil de ambas será composto pelos mesmos sobrenomes.

² “Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. § 1º Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro”.

Pela possibilidade de supressão de sobrenome quando preservada a identificação social, ainda:

“EMENTA: RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL - SUPRESSÃO DE PATRONÍMICO DE FAMÍLIA - MANUTENÇÃO DOS PATRONÍMICOS MATERNO E PATERNO - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO A TERCEIROS - ADMISSIBILIDADE. Legítimo o pedido de retificação no assento de nascimento do autor, relativamente à supressão do sobrenome pretendido, desde que preserve os patronímicos materno e paterno, e não prejudique terceiros, ajustando-o à realidade”. (TJMG - Apelação Cível 1.0106.13.004730-6/001, Relator(a): Des.(a) Selma Marques, 6ª Câmara Cível, julgamento em 29/07/2014, publicação da súmula em 12/08/2014)

Além disso, a requerente não deve ser obrigada a carregar o nome desnecessariamente longo apenas por questões formais.

Tanto é assim que o Ministério Público manifestou-se, em primeira e segunda instância (f. 33-35 e 66-71), favorável à procedência da ação.

Transcrevo excerto do parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 66-71):

“Depreende-se dos autos que o magistrado a quo julgou improcedente o pleito de retificação do nome da primeira apelante por entender que o apelido de família não pode ser prejudicado e que a supressão do patronímico paterno afetará negativamente a identificação desta com a linhagem paterna.

Acerca do tema, prevê a Lei de Registros Públicos, em seus artigos 56 e seguintes, que o nome da pessoa natural é regido pelo princípio da imutabilidade, tendo por objetivo distinguir o ser humano dos demais membros da família e da sociedade.

No entanto, a norma em comento admite excepcionalmente a alteração do nome, desde que não implique em prejuízo aos apelidos de família e aos valores protegidos pela norma legal.

In casu, pretende a primeira recorrente que seja suprimido um dos dois patronímicos paternos constantes em seu nome.

Denota-se dos autos que no registro de civil de B. constam um patronímico materno e dois apelidos da família paterna, quais sejam, O. e S. (fl. 11). Assim, eventual supressão de um desses nomes não prejudicará a identificação da parte com sua linhagem paterna.

Confirmando a possibilidade de se mitigar o princípio da imutabilidade do nome, com a finalidade de excluir um dos nomes da família paterna, colhe-se a jurisprudência que segue:

APELAÇÃO CÍVEL. REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO. PEDIDO DE RETIFICAÇÃO. PRETENSÃO DE SUPRESSÃO DE UM DOS DOIS PATRONÍMICOS PATERNOS, DEFERIMENTO. MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IMUTABILIDADE DO NOME. SUPRESSÃO PLAUSÍVEL. REGULARIDADE DA CADEIRA REGISTRAL. MERO EXPURGO DE EXCESSO. SENTENÇA REFORMADA. DECISÃO POR ATO DA RELATORA (ART. 557 DO CPC). APELO PROVIDO. (TJ-RS - AC: 70055413058 RS, Relator: Sandra Brisolará Medeiros, Data de Julgamento: 26/08/2013, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 29/08/2013).

APELAÇÃO CÍVEL. REGISTRO CIVIL. TROCA DO SOBRENOME PATERNO. POSSIBILIDADE. ART. 57 DA LEI Nº 6.015/73. Não há óbice legal ao acolhimento do pedido de retificação no registro civil, para que o outro sobrenome do pai conste no lugar do que foi usado pelo registrador. Apelação Provida. (TJ-RS - AC: 70057350233 RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Data de Julgamento: 27/02/2014, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 07/03/2014).

Ante a possibilidade de retificação do registro civil para que seja mantido apenas um dos nomes paternos, garantindo dessa forma o reconhecimento das linhagens materna e paterna, somos favoráveis ao pleito da primeira apelante para que passe a se chamar B. R.O.N..

Decorrente da alteração do nome da requerente B. é a necessidade de se averbar a alteração no assento de nascimento da menor M.K.O.N., conforme determina o art. 3º da Lei n. 8.560/92:

“Art. 3º É vedado legitimar e reconhecer filho na ata do casamento.

Parágrafo único. É ressalvado o direito de averbar alteração do patronímico materno, em decorrência do casamento, no termo de nascimento do filho”.

Portanto, procedente a ação proposta por B.R.O.S.N., B.H.N. e M.K.O.N..

Dispositivo

Pelo exposto, conheço o recurso de apelação interposto por B. R.O.S.N., B.H.N. e M.K.O.N. e, com o parecer, dou-lhe provimento, determinando a exclusão do patronímico “e Silva” do nome da primeira requerente, que passará a se chamar B. R.O.N., procedendo-se às averbações das respectivas alterações na certidão de casamento de B. e B. e no registro de nascimento da filha M.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e provimento do recurso (f. 66-71).

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. Claudionor Miguel Absz 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 Absz Duarte e Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Campo Grande, 09 de dezembro de 2015.

1ª Seção Cível**Ação Rescisória n. 1414853-34.2014.8.12.0000 - Três Lagoas****Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa**

EMENTA – AÇÃO RESCISÓRIA – AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL PÓS-MORTE – ALEGAÇÕES DE VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSITIVO DE LEI E DE ERRO DE FATO – ART. 485, INCISOS V E IX, DO CPC – INOCORRÊNCIA – AÇÃO IMPROCEDENTE.

A ação rescisória não pode ser concebida como sucedâneo recursal, com a finalidade de reapreciação do objeto da ação ou má interpretação dos fatos, reexame ou complementação de provas produzidas. É restrita às hipóteses de cabimento insertas nos incisos do art. 485 do Código de Processo Civil.

As sanções previstas no artigo 18 do Código de Processo Civil pressupõem a demonstração inequívoca de conduta maliciosa da parte e evidente intenção fraudulenta do litigante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por unanimidade, julgaram improcedente a ação rescisória, nos termos do voto do relator. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 7 de dezembro de 2015.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Pâmela Andrea Theodoro ajuiza ação rescisória objetivando a rescisão do acórdão proferido pelos membros da 5ª Câmara Cível desta Corte que, por unanimidade, negaram provimento ao recurso de apelação interposto pela requerente em face da sentença de improcedência proferida nos autos da ação declaratória de reconhecimento de união estável *post mortem* que propôs em desfavor de Valdemir Roberto Sana e Maria Inez de Lima Sana, herdeiros e genitores do falecido Fábio Lima Sana.

Narra ter ajuizado ação ordinária de reconhecimento de união estável *pos mortem* em face dos requeridos visando obter pensão por morte do finado convivente, filho daqueles.

Diz que o aludido feito é nulo desde a realização da audiência de instrução e julgamento, na qual o magistrado indeferiu o pedido de oitiva das testemunhas que compareceram à audiência independentemente de intimação, causando-lhe prejuízo, em detrimento de suspender o processo, conforme determina o art. 13 do CPC, já que a autora, à época menor, não estava assistida por sua representante legal no ato, para o qual compareceu apenas a advogada contratada pela sua genitora biológica.

Sustenta a possibilidade de ajuizamento da ação rescisória com fulcro em violação literal ao art. 13 do CPC.

Refere que malgrado a 5ª Câmara Cível desta Corte tenha entendido pela preclusão da questão relativa ao cerceamento de defesa por ter sido indeferido o pedido de oitiva das testemunhas que compareceram à audiência sem necessidade de intimação, visto que não foi interposto agravo retido, o magistrado sequer se pronunciou acerca das fotografias acostadas àquele feito e que comprovam a existência de união estável.

Defende que ao não ter inquirido as testemunhas que a autora levou à audiência, independentemente de intimação, sequer como testemunhas do juízo, em busca da verdade real, caracteriza *error in procedendo*.

Discorre acerca da possibilidade de o Poder Judiciário inquirir testemunhas do juízo com o intuito de esclarecer os fatos.

Refere que a jurisprudência dos Tribunais Superiores vem admitindo que o erro de fato que configure erro de atividade (*error in procedendo*) possa vir a justificar a anulação do processo e sua retomada a partir do momento da invalidade, e não só o erro de fato que configure erro de juízo (*error in judicando*).

Argumenta que a decisão que prescinde de fundamentação adequada ou apresenta motivação deficiente, sem dúvida, desafia ação rescisória mediante erro de fato consistente em considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido, nos termos do § 1º do inciso IX do art. 485, *caput*, do CPC.

Requer seja “*julgada procedente a presente ação, com a decretação da anulação da r. sentença que foi confirmada pelo V. Acórdão atacado sem o vício ocorrido na audiência de instrução e julgamento que culminou com a decisão proferida em erro in procedendo e in judicando para decretar a anulação da r. sentença e V. Acórdão e nos termos do artigo 488, inciso I do CPC devolver a decisão ao juízo primevo para abertura da instrução processual respectiva e prolação de nova decisão sobre o provimento jurisdicional atual que padece de erro de fato por considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido, qual seja, a união estável*”.

Foi deferida justiça gratuita à autora (f. 238).

Em contestação, os requeridos alegam que na audiência de instrução e julgamento, a demandante, menor à época dos fatos, não estava desacompanhada de sua representante legal na data da audiência de instrução, pois quem detinha a guarda da requerente era a sua irmã, a qual compareceu à audiência, embora seu nome não tenha constado da respectiva ata, o que pode ser confirmado pela antiga advogada da autora, e não a sua genitora.

Aduzem que ainda que a autora estivesse desassistida de sua representante legal na audiência de instrução e julgamento, tal ausência não teria o condão de nulificar o ato, porquanto ausente prejuízo.

Discorrem acerca do princípio da instrumentalidade das formas e colacionam jurisprudência.

Sustentam não prosperar também a pretensão da autora de refazimento da audiência de instrução e julgamento em decorrência do indeferimento da oitiva das testemunhas levadas à audiência sem prévio arrolamento, sob pena de se negar vigência ao art. 407 do CPC.

Asseveram que para comprovação de que a autora estava acompanhada de sua irmã e representante legal, necessária a oitiva da advogada da autora à época, Dra. Jackeline Torres de Lima.

Mencionam que à autora deve ser aplicada pena por litigância de má-fé por alterar a verdade dos fatos, nos termos do art. 17 do CPC.

Pugnam pelo julgamento de improcedência da demanda.

À f. 288-309, a autora suscita preliminar de ausência de procuração específica para contestar ação rescisória, a ensejar o reconhecimento da revelia dos co-réus; a inexistência de outorga de procuração do co-réu Valdemir para o Dr. Rafael, subscritor da contestação, e arguiu a falsidade da procuração de f. 266. No mérito, refuta as alegações dos demandados.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela improcedência do pedido (f. 314-321).

À f. 323-325, foi determinada a intimação do demandado Valdemir Roberto Sana para que regularizasse a sua representação processual, apresentando a procuração outorgada ao advogado subscritor da contestação, Dr. Rafael da Costa Fernandes, sob pena de revelia, nos termos do inciso III do art. 13 do CPC, uma vez que a procuração de f. 252, além de não estar atualizada, outorga poderes à Dra. Keyla Lisboa Sorelli, cuja assinatura não consta da contestação de f. 267-280; foi indeferido o pedido para apresentação de procuração com poderes específicos para a ação rescisória, bem como considera indevida arguição de falsidade da procuração de f. 266.

À f. 329-330 foi juntada procuração outorgada por Valdemir Roberto Sana para a Dra. Keyla Lisboa Sorelli e o Dr. Rafael da Costa Fernandes.

VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Trata-se de ação rescisória ajuizada por Pâmela Andrea Theodoro em face de Maria Inez de Lima Sana e Valdemir Roberto Sana, objetivando a rescisão do acórdão proferido pelos membros da 5ª Câmara Cível desta Corte que, por unanimidade, negaram provimento ao recurso de apelação interposto pela requerente em face da sentença de improcedência proferida nos autos da ação declaratória de reconhecimento de união estável *post mortem* que moveu em desfavor dos requeridos, forte no argumento de violação a literal disposição de lei e de erro de fato, ao considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido, nos termos do art. 485, incisos V e IX, do CPC.

Inicialmente, a fim de evitar eventual arguição de nulidade, registro que a representação processual do demandado Valdemir Roberto Sana foi regularizada com a juntada da procuração de f. 330, conforme determinado na decisão de f. 323-324.

Quanto à questão de fundo, a via da ação rescisória é estreita, prevendo o diploma de direito processual hipóteses taxativas para sua admissão.

Confira-se:

“Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar literal disposição de lei;

VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;

VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;

IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;

§ 1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

§ 2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.”

A requerente alega que a sentença rescidenda incorreu em violação literal ao art. 13 do CPC, visto que na data em que realizada a audiência de instrução e julgamento a autora era menor e estava desassistida de sua representante legal, fato que deveria ter ensejado a suspensão do feito, o que não ocorreu, de modo que o processo é nulo desde a realização da audiência de instrução e julgamento.

Confira-se o teor do art. 13 do CPC:

“Art. 13. Verificando a incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes, o juiz, suspendendo o processo, marcará prazo razoável para ser sanado o feito. Não sendo cumprido o despacho dentro do prazo, se a providência couber:

I – ao autor, o juiz decretará a nulidade do processo.”

Compulsando os autos, verifica-se que na ata da audiência de instrução e julgamento realmente não consta dentre os presentes ao ato o nome de Priscila Rodrigues da Silva Theodoro, irmã e guardiã da autora (f. 27), então menor de idade (16 anos), circunstância que, em princípio, faz presumir a sua ausência.

Confira-se (f. 114):

Termo de Assentada

Aos 03 de setembro de 2013, nesta cidade e comarca de Três Lagoas, Estado de Mato Grosso do Sul, Às 15h, na sala das audiências deste Juízo, sito à Praça da Justiça nº 10, Centro, no Edifício do Fórum, onde se achava o Dr. Rogério Ursi Ventura, Juiz de Direito 1ª Vara Cível, comigo, estagiária, foi feito o pregão das partes nos autos de Procedimento Ordinário, sob nº 0801480-53.2013.8.12.0021, que Pâmela Andréa Theodoro promove contra Valdemir Roberto Sana, Maria Inez de Lima Sana.

*Declarada aberta a audiência e conforme Provimento 70, de 09 de janeiro de 2012, do Tribunal de Justiça de MS, que instituiu o Processo Eletrônico, pelo Juiz, constatou-se a presença da parte autora Pâmela Andréa Theodoro o requerido Valdemir Roberto Sana e Maria Inez de Lima Sana. **Presentes o Ministério Público, o advogado do autor Dra Jackeline Torres de Lima** e a advogada da requerida Keyla Lisboa Sorelli, bem como a(s) testemunhas Ana Cláudia da Silva, RG 001497570 SSP/MS, Valnice Rodrigues de Jesus, RG 268113 SSP/MS (ouvida como informante do juízo) o(s) quais foi(ram) devidamente compromissado(s) na forma da lei. Declarada aberta a audiência, foi colhido depoimento das testemunha(s), através de sistema de audio e video disponibilizados no SAJ.*

Declarada aberta a audiência, foram colhidos depoimentos de duas testemunhas; pela advogada da parte autora foi formulado o seguinte requerimento: que a parte autora trouxe cinco testemunhas para esclarecimento dos fatos, as quais deveriam ser ouvidas independentemente de intimação; pelo MM Juiz foi dito: Foi indeferido a oitiva das testemunhas trazidas pela parte autora porque não houve requerimento prévio e tempestivo arrolando as testemunhas, nem mesmo protesto pelo comparecimento, independente de intimação; dou por encerrada a instrução, memoriais no prazo de 10 dias. Saem os presentes intimados. Nada mais. Eu, (LCC) Analista Judiciário, digitei e subscrevi.” (destaquei)

Ocorre que, ainda que desconsiderado eventual equívoco na nomeação dos presentes em ata, já que os demandados afirmam que a representante legal da autora estava presente na audiência de instrução e julgamento, do ato participaram a advogada da autora, Dra. Jackeline Torres de Lima, assim como o representante do Ministério Público, de modo que os interesses da autora, então com 16 (dezesesseis) anos de idade, ao contrário do afirmado na inicial, estavam devidamente resguardados.

Ademais, sequer verifico a ocorrência de prejuízo à autora passível de ensejar a anulação da audiência de instrução e julgamento realizada nos autos da ação de reconhecimento de união estável, na medida em que a advogada que a representava estava presente ao ato, tendo, inclusive, formulado perguntas às testemunhas da requerida e pleiteado que fossem inquiridas testemunhas que não foram tempestivamente arroladas, mas que compareceram independente de intimação, o que foi indeferido, ao argumento de que “*não houve requerimento prévio e tempestivo arrolando as testemunhas, nem mesmo protesto pelo comparecimento*” (f. 114).

Desta decisão, a autora poderia/deveria ter interposto recurso de agravo na forma retida, oralmente e imediatamente, nos termos do § 3º do art. 523 do CPC, mas não o fez, operando-se, portanto, a preclusão quanto à matéria, razão de o acórdão rescindendo ter rejeitado a preliminar de cerceamento de defesa arguida pela autora/apelante (f. 184-189).

Em verdade, pretende a autora utilizar a presente demanda como sucedâneo recursal, para rediscutir a justiça da decisão, já que não interpôs recurso de agravo da decisão proferida em audiência de instrução e julgamento, o que é manifestamente inadmissível.

No que interessa, a violação de dispositivo de lei deve ser literal, frontal, evidente, dispensando o reexame dos fatos da causa, ou seja, a violação ocorre não só quando há afronta direta ao preceito, mas também quando há interpretação manifestamente errônea, o que não se verificou ao artigo de lei invocado na inicial.

Outrossim, a autora alega que “*a decisão que prescinde de fundamentação adequada ou apresenta motivação deficiente, sem dúvida, desafia ação rescisória mediante erro de fato*” (f. 14), quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido (a existência de união estável entre a autora e o falecido convivente, filho dos requeridos).

Na senda da jurisprudência que emana da corte superior sobre a exegese do inciso IX do artigo 485 do CPC, somente ocorre erro de fato a ensejar a rescisória quando for admitido um fato inexistente ou considerado inexistente um fato efetivamente ocorrido sendo indispensável em ambos os casos que não tenha havido controvérsia nem pronunciamento judicial sobre o fato. Neste sentido, o recurso especial n. 8830-SP, julgado pela 1ª Turma do STJ, relator o Ministro Garcia Vieira.

Ocorre que o fato (união estável) relativamente ao qual a autora entende ter havido erro (não foi reconhecida em juízo), porquanto desconsideradas as fotografias acostadas aos autos da ação que deu

1 Art. 523 (...)

§ 3º. Das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento caberá agravo na forma retida, devendo ser interposto oral e imediatamente, bem como constar do respectivo termo (art. 457), nele expostas sucintamente as razões do agravante.

origem a presente demanda, e não realizada a oitiva das testemunhas que compareceram à audiência como testemunhas do juízo (*error in procedendo*), já foi objeto de controvérsia e de pronunciamento judicial (sentença e acórdão), não havendo como vingar a pretensão inicial com lastro no inciso IX do art. 458 do CPC, consoante se infere da ementa do acórdão rescindendo (f. 184-189):

“EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL - AUSÊNCIA DE PROVA ROBUSTA QUANTO AOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À CARACTERIZAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL NO PERÍODO PRETENDIDO - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Para o reconhecimento da união estável há de se verificar os requisitos exigidos pela lei, quais sejam a convivência entre o homem e a mulher de forma pública, duradoura e contínua, bem como o objetivo de constituição de família. Caso não se demonstre a presença de tais requisitos através de prova robusta, não há falar em união estável.” (Apelação Cível n. 0801480-53.2013.8.12.0021).

Assim, o que se verifica das alegações da autora é que, ao argumento de violação de dispositivo de lei (art. 13, do CPC) e de erro de fato, pretende rediscutir matérias cobertas pelo manto da coisa julgada, não só em relação a questão decidida na audiência de instrução e julgamento (f. 114), mas também na sentença (f. 138-142) e no acórdão rescindendo (f. 184-189), proferidos nos autos da ação de reconhecimento de união estável *post mortem*, o que não se admite na via estreita da ação rescisória, notadamente quando não se verifica na sentença rescindenda violação ao dispositivo legal invocado pela autora e tampouco erro de fato.

Por fim, os requeridos pleiteiam a condenação da autora às penas de litigância de má-fé, com fulcro nos arts. 16, 17 e 18 do CPC.

No entanto, as sanções do artigo 18 do Código de Processo Civil constituem medida extrema, que somente podem ser aplicadas em casos excepcionais, com a demonstração inequívoca de conduta maliciosa da parte e evidente intenção fraudulenta do litigante, o que não ocorreu no presente caso.

Sobre o assunto, têm-se os seguintes julgados deste Tribunal:

“EMENTA-AÇÃO RESCISÓRIA - PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO - AFASTADA - MÉRITO - AÇÃO DE USUCAPIÃO - VIOLAÇÃO LITERAL DE DISPOSIÇÃO DE LEI - INOCORRENCIA - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - IMPROCEDENTE. 1. Afasta-se a preliminar de carência de ação, por ter a presente ação rescisória lastreada em uma das hipóteses previstas no art. 485 do Código de Processo Civil. 2. O sistema processual civil brasileiro determina que cabe ao autor o ônus da prova quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu quando alega fato modificativo, extintivo e impeditivo. 3. A inconformidade com a interpretação emprestada pela decisão rescindenda não se constitui em fundamento para a procedência da ação rescisória, pois a eventual injustiça da decisão não autoriza tal procedimento, além de implicar o reexame do conjunto fático-probatório contido na ação originária e ali exaustivamente examinado, o que igualmente não se admite na via eleita. 4. A má-fé processual só se configura se presente a intenção clara de causar gravame por atos positivos dos quais se inferisse a vontade malévola e ardisosa. (AR. 0603287-92.2012.8.12.0000. Relator(a): Des. Fernando Mauro Moreira Marinho Comarca: Campo Grande Órgão julgador: 4ª Seção Cível. Data do julgamento: 28/08/2013. Data de registro: 15/05/2014)

“EMENTA-AÇÃO RESCISÓRIA - ACÓRDÃO TRANSITADO EM JULGADO - NÃO OCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO LITERAL DE LEI OU ERRO DE FATO - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - NÃO COMPROVAÇÃO - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO FORMULADO. Deve ser julgado improcedente o pedido formulado na ação rescisória, quando não comprovada a violação literal da lei ou o erro de fato do acórdão. A aplicação de multa por litigância de má-fé

depende da evidenciação da conduta desleal por parte do requerente, configurando o emprego doloso de artifício ardil para auferir vantagem indevida. (AR. 0603027-15.2012.8.12.0000. Relator(a): Des. Vladimir Abreu da Silva Comarca: Campo Grande. Órgão julgador: 4ª Seção Cível. Data do julgamento: 25/11/2013. Data de registro: 04/12/2013).

Assim, indefiro o requerimento de condenação em litigância de má-fé.

Posto isso, com o parecer, julgo improcedente a ação rescisória.

Condeno a autora ao pagamento das custas e das despesas processuais, além dos honorários advocatícios, os quais fixo em R\$ 1.000,00, devendo, todavia, ser observado o disposto no art. 12 da lei n. 1.060/50-LAJ, por ser parte beneficiária da justiça gratuita.

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. 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, Juiz José Ale Ahmad Netto, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Divoncir Schreiner Maran e Des. Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 07 de dezembro de 2015.

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0043140-57.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO RENOVATÓRIA – AGRAVO RETIDO – CONHECIDO E NÃO PROVIDO – PRELIMINAR DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA – NÃO CONHECIDA – MÉRITO – LOCAÇÃO RESIDENCIAL – CONTRATO ESCRITO – PRAZO INDETERMINADO – ART. 51 DA LEI N. 8.245/91 – PRESSUPOSTO LEGAL – LEI N. 8.245/91 – PEDIDO RENOVATÓRIO JULGADO IMPROCEDENTE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

O não atendimento aos requisitos essenciais e absolutamente indispensáveis previstos na Lei n. 8.245/91 inviabiliza ao locatário obter a renovação da locação de imóvel não residencial.

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 agravo retido, não conhecer da preliminar e negar provimento ao apelo.

Campo Grande, 13 de outubro de 2015.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de apelação cível interposta por Verany de Oliveira Taniguchi contra sentença (fls. 175-177) que julgou improcedente a ação renovatória de locação com revisional de aluguel e pedido de liminar ajuizada em desfavor de Ecisa - Engenharia, Participações S.A. e outros.

A ora apelante alega, em suas razões recursais, que:

A atribuição de efeito suspensivo ao recurso - como se espera - não causará, por outro lado, lesão irreparável ou de difícil reparação às Apeladas, que continuarão a receber alugueros durante o processamento do recurso, a permanecer situação de fato que não as incomodou até o presente momento, tanto é que não requereram nenhuma medida liminar de imissão na posse (f. 180).

Citadas, as Apeladas apresentaram contestação aventando preliminar de impossibilidade jurídica do pedido (não seria possível renovação de locação por se tratar de contrato por prazo indeterminado), e, no mérito, pugnando pela improcedência dos pedidos (o interesse de findar a locação estaria relacionado à infração contratual cometida pela autora) (f. 183).

Com todo respeito, mas não é verdade que “a parte autora não justificou a necessidade e pertinência da mesma, devendo o mero requerimento de forma geral ser entendido como desinteresse da dilação probatória neste aspecto” (f. 185).

Evidenciando-se a necessidade da avaliação técnica, pois controvertendo as partes acerca do valor do aluguel, o juiz deveria autorizar a perícia, considerada indispensável à instrução da causa, atendendo às circunstâncias delineadas nos autos e o expresso requerimento do interessado (f. 186).

A sentença se afastou dos fatos verdadeiramente invocados pelas locadoras na ação de despejo e, por isso mesmo, autorizou despejou sob o fundamento de denúncia vazia (f. 188).

(...) como o pedido veio alicerçado na causa de pedir consistente em “retomada do imóvel, visto que, além do término do prazo, ficou comprovada a infração contratual” (fls. 4 da ação de despejo), ao admitir a denúncia vazia para solução da lide, a sentença violou os limites impostos ao juiz por força do princípio da congruência, consagrado pelos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil (f. 189).

Houve manifesto cerceamento de defesa ante o fato de o ilustrado juízo a quo não ter realizado dilação probatória consistente no depoimento pessoal das Apeladas, prova esta requerida, especificada em referidos despachos saneadores de ambos os feitos conexos (f. 190).

A pretensão da apelante veio lastreada no fato de que as Apeladas incluíram, manu militare, a cláusula sexta do contrato de locação veiculando uma simulação para esconder que o contrato, na verdade, tem vigência por prazo determinado, justamente para impedir exercício da ação renovatória de locação e impor elevações abusivas no valor do aluguel, sob pena de despejo imediato (f. 192).

Vale dizer, na mesma contestação elas não negaram, nem direta nem indiretamente, que incluíram, sponte sua, a cláusula sexta do contrato de locação veiculando uma simulação para esconder que o contrato tem vigência por prazo determinado, justamente para impedir exercício da ação renovatória de locação e impor elevações abusivas no valor do aluguel, sob pena de despejo imediato (f. 192).

Provas da suposta infração contratual ou do término do prazo da locação não foram produzidas, entretanto. Assim, a sentença também incorreu em erro ao não observar que as Apeladas não se desincumbiram do ônus de provar referida infração contratual ou mesmo o término do contrato de locação (f. 196).

Ao final, requer “(...) seja este recurso conhecido e provido para acolher as preliminares, inclusive a de conhecimento e provimento do agravo retido, bem como as de nulidade do decisum, ou então, para prover o recurso a fim de reformar a sentença, invertendo-se o resultado do julgamento, isto é, julgando-se procedente a ação renovatória com pedido de majoração do aluguel e, conseqüentemente, improcedente a ação de despejo, invertendo-se ainda o ônus da sucumbência.” (f. 197).

Os apelados, devidamente intimados, apresentaram contrarrazões às fls. 210-219, pugnando pelo improvimento do recurso e pela manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se, como relatado, de apelação cível interposta por Verany de Oliveira Taniguchi contra sentença (fls. 175-177) que julgou improcedente a ação renovatória de locação com revisional de aluguel e pedido de liminar ajuizada em desfavor de Ecisa - Engenharia, Participações S.A. e Outros.

A sentença, naquilo que interessa à solução do presente recurso, tem a seguinte redação:

(...) Verany de Oliveira Taniguchi aforou a presente ação renovatória de locação com revisional de aluguel e pedido de liminar em face de Ecisa - Engenharia, Participações S/A e outros, todos qualificados nos autos, aduzindo, em resumo, que é locatária de um quiosque junto aos requeridos, e que não tem tido outra opção senão subordinasse à celebração de uma cadeia de contrato de locação, com cláusula de vigência estabelecida unilateralmente pelo shopping requerido. Que tal ato substancia abusividade. Ao par disso tem sido instaurado contra a autora um terrorismo emocional com ameaça de ação de despejo, caso não seja aceita realização de novo contrato de locação em condições absurdamente onerosas, inclusive com proibição de venda de narguilé e aumento desproporcional do valor do aluguel. Requer fixação e aluguel provisório, em caráter liminar; que seja garantido a autora direito de prosseguir na locação até o trânsito em julgado da demanda, ao par de ser determinada revisão do aluguel para o valor declinado na inicial e ainda a renovação da locação pelo prazo de 4 anos e 10 meses ou por mais 5 anos. Junta documentos. As requeridas, citadas, contestaram a ação. Sustenta impossibilidade jurídica do pedido ao argumento de que o contrato de locação tem prazo indeterminado, o que caracteriza impossibilidade de sua renovação. Quanto à aludida comercialização de narguile no espaço locado, sustentam que não consta do pacto locatício possibilidade específica de venda de referido produto. Ademais disso, o Ministério Público já havia alertado para a ocorrência de venda dessa substancia para menores de 18 anos, o que poderia acarretar sérios prejuízos às próprias locadoras na hipótese de desobediência em relação a advertência formulada pelo MPE. No que atina à majoração do aluguel, manifestam as requeridas discordância com o valor proposto pela autora. Requerem a extinção do feito ante a preliminar e no mérito a improcedência dos pedidos formulados. Intimadas a especificar provas a parte autora manifestou-se a fls 133. Saneador a fls. 134-5. Foi tentada a conciliação e mais de uma oportunidade, resultando em infrutífera. Embora tenha protestado pela produção de prova testemunhal a parte autora não apresentou o rol, bem como não se fez acompanhar nesta audiência de testemunha. A fls. 148/54 a autora interpõe agravo retido. De outro lado Ecisa - Engenharia, Participações S/A e outros, qualificados nos autos número 05980-02.2012, em apenso, aforam a presente ação de despejo em face de Verany de Oliveira Taniguchi, sob o palio da denúncia vazia, argumentando em resumo que figuram como locadores da requerida sendo que a locação vigora por prazo indeterminado, pretendendo a retomada do imóvel, sustentam ainda que o contrato de locação especifica os produtos que podem ser comercializados no espaço locado pela requerida, não constando dessa especificação o comércio do produto narguile, sendo que uma eventual renovação do contrato implicaria a condição de suspender venda desse produto, tendo em vista que o MPE já alertou as requerentes sobre ocorrência de venda desse produto para menores de 18 anos, atribuindo culpa solidaria com a requerida. Que impossível uma fiscalização rigorosa por parte das autoras para que a requerida observe a proibição desse produto no quiosque locado no espaço no shopping. Que a requerida foi devidamente notificada de forma extrajudicial, sendo assinalado o prazo de 30 dias para desocupação do local. Requerem a procedência da ação de despejo. Juntam documentos. A requerida citada, contestou a ação, sustentando em resumo preliminar de falta de interesse processual, ao argumento de que as autoras manifestaram vontade de prorrogar o contrato de locação conforme documentos contidos na ação renovatória em apenso. Que a ação de despejo não merece prosperar, pois a alegada impossibilidade das autoras fiscalizarem de forma rígida a venda pela locatária de narguile não é causa para o despejo da autora. A requerida não cometeu qualquer infração contratual; que a rigor um contrato de locação tem prazo indeterminado. Requer acolhimento da preliminar e a

improcedência dos pedidos formulados. Junta documentos. Manifestaram-se as autoras em impugnação à contestação. Em suma, reiteram os termos da inicial, sustentando que a locação tem prazo indeterminado e que houve infração contratual no que diz respeito à venda de narguile. Requerem a procedência da ação. Saneador a fls. 106/7, imprimindo o feito a fase probatória. Deixou-se de produzir provas na audiência ante a ausência de testemunhas arroladas pela parte requerida. Estes autos foram apensados a renovatória por força do instituto da conexão. Este o breve relato. Decido. Trata-se de ação de renovatória e de ação, apensa, despejo, onde pretende a parte a tora da renovatória seja a locação renovada pelo prazo e valor declinados naquela ação, bem assim ação de despejo onde as autoras de referida ação buscam o despejo da parte requerida pela denúncia vazia. As preliminares sustentadas, seja na ação renovatória (impossibilidade jurídica do pedido) seja na ação de despejo falta interesse processual, não merecem acolhimento, tendo em vista que, a rigor, a preliminar de impossibilidade jurídica diz respeito ao mérito da pretensão renovatória e aquela sustentada na ação de despejo não substancia ausência de interesse processual da parte locadora em aforar ação de despejo, que a princípio é derivada da própria natureza jurídica estabelecida entre as partes, ou seja uma locação, sendo a ação de despejo aquela adequada para a parte locadora fazer valer seu direito sobre a retomada do imóvel e rescisão da locação. No que diz respeito ao agravo retido, nesta instância a matéria encontra-se dirimida no que diz respeito à produção de provas adequadas ao deslinde desta ação e da conexa. Quanto à pretensão renovatória não se pode deslembrar o que determina o artigo 51, I, da lei de locações, sendo essencial a existência de um contrato por prazo determinado. Não se vislumbra nas provas destes autos qualquer demonstração de que a cláusula sexta do contrato de locação veicula uma simulação ou faz afirmação não correspondente à realidade; o fato é que a locação, segundo a cláusula sexta do contrato, vigora por prazo indeterminado (fls. 18). De outro lado, nos exatos termos do artigo 57 da lei de locações o contrato de locação por prazo indeterminado pode ser denunciado por escrito, pelo locador, concedendo-se 30 dia para a desocupação. Diante de tais circunstâncias este juízo não vislumbra outra alternativa salvo a de que se impõe a improcedência da ação renovatória e a procedência da ação de despejo, pois as locadoras denunciaram a locação que vigora por prazo indeterminado, consoante fls. 35/6 da ação de despejo. Como se vê as locadoras cumpriram as determinações contidas na lei de locação e não resta outra alternativa a não ser o despejo da parte locatária, por expressa dicção normativa, pois é direito das locadoras não prosseguir com a locação; as locadoras detém o direito de locar o espaço no shopping, não podendo ser obrigadas a permanecer com a relação locatícia no modo e forma pretendidos pela locatária, que, nos termos da legislação, tem o dever de proceder à entrega do espaço locado, que pertence às locadoras. Assim sendo, considerando o que mais dos autos consta, julgo improcedente a ação renovatória e procedente o despejo, condenando-se a parte locatária ao pagamento das custas e verba honorária arbitrada em R\$ 2.500,00, para ambos os feitos. Considerando que dispõe o artigo 58, V, da lei de locações no sentido que os recursos interpostos terão efeito devolutivo, nos termos do artigo 64, fica estabelecido caução no valor de 6 meses do aluguel para hipótese de execução provisória; nos termos do artigo 63, parágrafo 1º A, do mesmo diploma legal, tendo em vista que citação da parte locatária e sentença decorrerão mais de 4 meses, o prazo para a desocupação voluntária é de 15 dias. Transitada em julgado a sentença ou oferecida a caução, expeça-se mandado de notificação para a entrega do espaço locado em 15 dias. Sentença prolatada em audiência, com julgamento do mérito. Intimados os presentes. Tanto que decorrido o prazo e providências necessárias arquivem-se estes autos. Transladem-se cópias deste termo para os autos em apenso, número 005980-02.2012.8.12.01. Após, tratando-se de processo digital, pelo MM. Juiz foi certificada a presença de todas as pessoas supracitadas, seguindo-se o presente termo somente com a assinatura deste Magistrado, tendo os presentes plena ciência do contido neste termo, manifestando concordância. (Destaquei)

É contra noticiada sentença que se insurge a ora apelante.

Agravo retido (fls. 148-154)

Verany de Oliveira Taniguchi, interpondo agravo retido, insurgiu-se contra a decisão interlocutória que, ao sanear o processo, indeferiu o pedido de realização de prova pericial.

A agravante afirma, em suma, que “evidenciando-se a necessidade da avaliação técnica, pois controvertendo as partes acerca do valor do aluguel, o juiz deve autorizar a perícia, considerada indispensável à instrução da causa, atendendo às circunstâncias delineadas nos autos e o exposto requerimento do interessado” (f. 150).

Ao final, requer “*seja o presente conhecido e provido para reconsiderar o respeitável despacho agravado para admitir a produção de prova pericial, bem como aplicar os efeitos da confissão ficta aos fatos não contestados especificamente pelas agravadas*” (f. 153).

Alternativamente, pugna, “*caso não seja reformada a respeitável decisão agravada, desde já se pede para que o Egrégio Tribunal de Justiça, oportunamente, através de uma de suas Câmaras, por ocasião do julgamento de eventual apelação, conheça em preliminares o presente recurso, dando-lhe total provimento*” (f. 154).

O agravo não merece provimento.

Como cediço, nos termos do art. 130 do Código de Processo Civil¹, cabe ao juiz, único destinatário das provas, decidir sobre a necessidade da produção das mesmas, podendo o julgador indeferir aquelas que julgar desnecessárias e deferir aquelas que entender pertinentes para a solução da lide.

Assim, se a matéria a ser comprovada em juízo não demanda a realização de prova pericial, nenhuma irregularidade há no despacho de indeferimento de pedido nesse sentido, mesmo porque poderia o magistrado tê-lo deferido se julgasse a medida necessária à resolução da demanda. Portanto, pela regra estabelecida na norma de regência, é de livre convencimento do julgador a realização de provas.

Este, aliás, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme se depreende dos seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LIVRE CONVENCIMENTO. ILEGITIMIDADE ATIVA. CONFIGURAÇÃO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. ENUNCIADO 7 DA SÚMULA DO STJ.

1. Como destinatário final da prova, cabe ao magistrado, respeitando os limites adotados pelo Código de Processo Civil, a interpretação da produção probatória, necessária à formação do seu convencimento.

2. O Tribunal de origem, com base nos fatos e provas dos autos, entendeu pela legitimidade ativa dos agravados. O acolhimento das razões de recurso, na forma pretendida, demandaria o reexame de matéria fática. Incidência do verbete 7 da Súmula desta Corte.

*3. Agravo regimental a que se nega provimento.*²

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. ACERVO DOCUMENTAL SUFICIENTE. INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA.

¹ Art. 130 - Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

² AgRg nos EDcl no AREsp 170.678/PR, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 06/11/2012, DJe 21/11/2012.

PRECEDENTES MÚLTIPLOS. TAXA DE LICENÇA PARA FISCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL OU INDUSTRIAL. RENOVAÇÃO. DECISÃO DA MATÉRIA PELO STF. CANCELAMENTO DA SÚMULA Nº 157/STJ.”

(...)

3. Nos termos da reiterada jurisprudência desta Corte Superior, *“a tutela jurisdicional deve ser prestada de modo a conter todos os elementos que possibilitem a compreensão da controvérsia, bem como as razões determinantes de decisão, como limites ao livre convencimento do juiz, que deve formá-lo com base em qualquer dos meios de prova admitidos em direito material, hipótese em que não há que se falar cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide”* e que *“o magistrado tem o poder-dever de julgar antecipadamente a lide, desprezando a realização de audiência para a produção de prova testemunhal, ao constatar que o acervo documental acostado aos autos possui suficiente força probante para nortear e instruir seu entendimento”* (Resp nº 102303/PE, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 17/05/99)

4. Precedentes no mesmo sentido: MS nº 7834/DF, Rel. Min. Félix Fischer; Resp nº 330209/SP, Rel. Min. Ari Pargendler; Resp nº 66632/SP, Rel. Min. Vicente Leal, Resp nº 67024/SP, Rel. Min. Vicente Leal; Resp nº 132039/PE, Rel. Min. Vicente Leal; AgReg no AG nº 111249/GO, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; (...).

7. Agravo regimental parcialmente provido, nos termos do voto.³ (Grifei)

Diante do exposto, nego provimento ao presente agravo retido, mantendo intacta a decisão hostilizada.

Preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa.

A apelante sustenta que *“houve manifesto cerceamento defesa ante o fato de o ilustrado juízo a quo não ter realizado dilação probatória consistente no depoimento pessoal das apelantes, prova esta requerida, especificada em e deferidos nos despachos saneadores de ambos os feitos conexos”* (f. 190).

Não conheço da preliminar.

A mola propulsora da questão é a decisão de fls. 134-135, indeferitória da prova pericial. Vigem em nosso ordenamento jurídico os princípios da unicidade recursal e da preclusão consumativa.

A questão trazida como preliminar - cerceamento de defesa pelo indeferimento da prova pericial -, como se vê no tópico anterior, foi impugnada através do agravo retido, o qual foi conhecido e desprovido.

Ao exercer sua irresignação através do referido agravo, resta impertinente a faculdade da parte apelante em impugnar a decisão novamente, agora em sede de apelação, ainda que como preliminar. Praticado o ato processual não poderá mais uma vez exercê-lo, haja vista a ocorrência da chamada preclusão consumativa.

Com este fundamento, não conheço da preliminar

No mérito, o recurso não merece provimento.

Verifico, com efeito, que o art. 51, incisos I, II e III, e § 5º, da Lei n. 8.245/91, estabelece expressamente os pressupostos cumulativos e indispensáveis à propositura da ação renovatória. Veja-se:

Art. 51. Nas locações de imóveis destinados ao comércio, o locatário terá direito a renovação do contrato, por igual prazo, desde que ,cumulativamente:

³ STJ, AgRg no AG nº 605552 – SP, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, Data do Julgamento: 03/02/2005.

I - o contrato a renovar tenha sido celebrado por escrito e com prazo determinado;

II - o prazo mínimo do contrato a renovar ou a soma dos prazos ininterruptos dos contratos escritos seja de cinco anos;

III - o locatário esteja explorando seu comércio, no mesmo ramo, pelo prazo mínimo e ininterrupto de três anos.

(...)

Parágrafo 5º - Do direito à renovação decai aquele que não propuser a ação no interregno de um ano, no máximo, até seis meses, no mínimo, anteriores à data da finalização do contrato em vigor.

No caso, observo através da análise de fls. 14-25 (autos da ação de despejo), em especial da sua cláusula 6ª, que as partes celebraram um contrato de locação não residencial com prazo indeterminado, tendo como termo inicial a data de 1º de setembro de 2005.

Dessa forma, como no momento da propositura da ação a apelante não detinha contrato por prazo determinado, mas sim por prazo indeterminado, incabível a pretendida renovatória, isto porque ausente um dos requisitos indispensáveis (e cumulativos) exigidos pelo art. 51 da Lei n. 8.245/91.

Anoto, por necessário, que a conclusão de impossibilidade de renovatória do contrato por prazo indeterminado é reforçada pela simples previsão contida no § 5º do art. 51 da Lei n. 8.245/91, considerando que tal norma estabelece o prazo de decadência do direito do locatário para o ajuizamento da renovatória de aluguel, cujo marco para a sua contagem é exatamente o término do contrato de locação e, por óbvio, sendo o contrato por prazo indeterminado, a aplicação de tal disposição se mostraria totalmente inócua, na medida em que referido pacto não possui data certa para o seu término.

Por outro lado, nos exatos termos do artigo 57 do referido diploma legal o contrato de locação por prazo indeterminado pode ser denunciado por escrito, pelo locador, desde que seja concedido ao locatário 30 dias para a desocupação do imóvel locado.

Diante de tais circunstâncias não vislumbro outra alternativa senão manter a sentença que julgou improcedente o pedido inicial, pois os senhorios denunciaram a locação que, como afirmado, vigorava por prazo indeterminado (fls. 35-36 da ação de despejo).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, mantendo intacta a sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao agravo retido, não conheceram da preliminar e negaram provimento ao apelo.

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. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 13 de outubro de 2015.

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0805555-95.2013.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – PRISÃO ILEGAL – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO – DEVER DE INDENIZAR – DANOS MATERIAIS E MORAIS FIXADOS EM OBSERVÂNCIA À PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

A prisão ilegal, por si só, gera o dever de indenizar aquele que foi injustamente recolhido ao cárcere.

Deve ser mantido o valor fixado a título de indenização por danos morais se o mesmo foi alcançado observando-se os critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

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, 13 de outubro de 2015.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de recurso de apelação cível interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul contra sentença (fls. 67-70) que julgou procedente a ação indenizatória por danos materiais e morais ajuizada por Lindomar da Silva Bertholdo.

O Estado ora apelante busca a reforma da sentença hostilizada, alegando, em síntese, que:

Não subsiste dúvida de que o mandado de prisão contra o autor foi expedido corretamente. Contudo, como no curso do processo criminal reconheceu-se a prescrição, aquele feito foi extinto. Ocorre que não foi feita a exclusão do mandado no sistema SIGO. (f. 77).

O mandado de fato motivou a prisão no dia 3 de abril de 2013 e o encaminhamento do autor para a Penitenciária de Segurança Máxima. Contudo, tão logo contratou advogado, houve sua liberação, no dia 20 de junho de 2013, após 78 dias. (f. 77).

Esta demora de 78 dias não pode ser carregada para o Estado de Mato Grosso do Sul, pois na inicial o próprio autor afirma que “Só foi solto, após ter que constituir advogado e impetrar ordem de habeas corpus [...]”. Ora, afigura-se no mínimo intrigante o autor não ter adotado esta providência de solicitar um defensor antes, imediatamente após a prisão. (f. 77).

Obtempere-se que sua desídia também contribuiu para a demora de sua soltura. Se esta desídia for aproveitada para lhe conferir direito a maior valor indenizatório, estar-se-á diante da configuração de pretensão de se beneficiar da própria torpeza. (f. 77).

Os policiais que efetuaram a prisão cumpriram seu dever de ofício, inclusive sob pena de incorrer em prevaricação. A verificação da extinção da punibilidade dar-se-ia mais facilmente se desde o início o autor tivesse buscado o auxílio de um advogado ou Defensor Público. (f. 78).

Caso seja mantida a condenação por dano moral, espera-se que seja afastada a condenação ao pagamento de dano material pelos supostos dias não trabalhados. Isto porque o requerente não provou que desempenhava atividade laborativa lícita, ônus que lhe competia por força do art. 333, I do CPC. (f. 78).

Ao final, requer “(...) seja dado provimento ao presente recurso para o fim de reformar in totum a sentença invectivada para julgar improcedente o pedido contido na inicial, com inversão do ônus de sucumbência, dada a ausência de responsabilidade civil do Estado quando seus agentes agem no estrito cumprimento do dever legal. Alternativamente pugna pela reforma parcial da sentença, para o fim de afastar a condenação do Estado ao pagamento de dano material, pois não há prova de que o autor trabalhava lícitamente, ônus que competia ao autor, por força do art. 333, I do CPC. Pede, ainda, a redução do quantum fixado a título de dano moral, pois a inércia proposital do próprio autor em informar sua condição e pedir representação de advogado contribuiu para que ficasse mais de 70 dias preso. Do contrário admitir-se-á que o autor se beneficie de sua própria torpeza.” (fls. 79-80).

Devidamente intimado, o apelado apresentou contrarrazões às fls. 92-101, pugnando pelo improvimento do recurso e pela manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação cível interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul contra sentença (fls. 67-70) que julgou procedente a ação indenizatória por danos materiais e morais ajuizada por Lindomar da Silva Bertholdo.

A sentença apelada, no que pertine ao julgamento do presente recurso, restou vertida nos seguintes moldes:

Na hipótese versanda, o conjunto probatório estampa a declaração de extinção da punibilidade por prescrição da pretensão executória em 13.6.2012. Todavia, o pleiteante foi preso em 2.4.2013, sendo posto em liberdade apenas em 20.6.2013, após concessão da ordem de Habeas Corpus – f. 16/3 -. E isso, evidentemente, é causa eficiente dos danos reclamados, porquanto ofende a liberdade pessoal, dando azo a indenização do lesado. (f. 69)

Exsurge, então, a necessidade de fixação do montante adequado para punir o ofensor e satisfazer a vítima. (f. 69)

No concernente ao dano material, como o postulante não pode provar o prejuízo, imperativo é fixar-lhe o valor equitativamente. Logo, a par da garantia constitucional de um salário mínimo ao trabalhador (art. 7º, IV), e a incontroversa capacidade dele auferir este numerário dignamente, fixo a indenização na proporção dos dias de cárcere (setenta e oito) pelo valor mínimo do dia de trabalho à época (R\$ 22,60), perfazendo a quantia de R\$ 1.762,80 (mil setecentos e sessenta e dois reais e oitenta centavos). Incidirá sobre tanto, conforme a peculiaridade dantes assentada combinada com as súmulas 43 e 54 do STJ, juros moratórios e correção monetária desde o efetivo prejuízo (2.4.2013). (f. 69)

Respeitante ao dano moral, arbitro, por razoável e proporcional, visando a reparação do constrangimento sofrido pela vítima e repressão pedagógica do réu, o valor de 20 vezes o salário mínimo vigente. Eis que não enriquecerá ilicitamente a parte autora, e punirá eficazmente o demandado, conforme requer as circunstâncias do caso, considerado precipuamente o elevado tempo de aprisionamento. E, frente a súmula 362 do STJ, esse quantum será corrigido monetariamente desde a data da prolação da sentença; terá, ainda, o acréscimo de juros moratórios a partir do trânsito em julgado, momento em que é reconhecida a prática da conduta ilícita e surge o dever de indenizar. (f. 69)

Posto isso, julgo procedente o pedido. Em consequência, condeno a parte vencida ao pagamento de: 1. Indenização por danos: a) materiais, no importe de R\$ 1.762,80 (mil setecentos e sessenta e dois reais e oitenta centavos) com juros de mora nos termos do art. 1º-F da Lei 9.494/97 e correção monetária pelo IPCA, contados da data do dano (2.4.2013); b) morais, em R\$ 14.480,00 (quatorze mil, quatrocentos e oitenta reais), com correção monetária pelo IPCA, a partir desta sentença e, juros moratórios (art. 1º-F da Lei 9.494/97) do trânsito em julgado; 2. Honorários advocatícios, fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais), considerado o grau leve de dificuldade da causa, bem como o local de prestação dos trabalhos e os requisitos indicados no art. 20, § 4º, da Processual Civil. (f. 70)

Da análise dos autos, verifico não assistir razão ao Estado apelante, devendo permanecer intacta a sentença proferida pelo magistrado de piso, juiz José Domingues Filho.

Nego, portanto, provimento à apelação cível.

Com efeito, é assente o entendimento de que a responsabilidade do Estado é objetiva em caso de danos causados a particulares, ou seja, independe a mesma da comprovação de culpa, caso reste comprovada a conduta ilícita, o nexo causal e o prejuízo suportado pela parte.

Nesse sentido, eis o seguinte precedente deste Tribunal de Justiça:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – RECURSO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – PRISÃO ILEGAL – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO – COMPROVADO O ATO ILÍCITO, O DANO E O LIAME DE CAUSALIDADE – DANOS MATERIAIS CARACTERIZADOS – ATUALIZAÇÃO DA DÍVIDA – ARTIGO 1º-F, DA LEI N.º 9.494/97 – DA INVERSÃO DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A responsabilidade do Estado é objetiva quando se tratar de indenização por danos morais por atos praticados por seus agentes, independente de culpa, pois é seu dever zelar, no caso, pela integridade física dos detentos que estão sob sua custódia, nos termos do artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal.

Se, pela conduta omissiva dos agentes públicos do Estado, o autor da ação foi obrigado a contratar advogado para promover a sua defesa em virtude da prisão ilegal a que foi submetido, coerente se afigura atribuir ao demandado a responsabilidade pela reparação do dano material causado ao ofendido.

Nos termos do artigo 1º-F, da Lei n.º 9.494/97 a dívida deve ser atualizada com base nos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

Decaindo o autor de parte mínima de seus pedidos, deve o Estado/apelante arcar integralmente com o pagamento das custas processuais e honorários, nos termos do artigo 20, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil, tal qual como lançado na sentença.

Se todas as questões são amplamente debatidas e decididas, dispensável qualquer manifestação expressa sobre os dispositivos prequestionado.¹

No caso, o próprio recorrente alega, em suas razões recursais, que não foi feita a exclusão do mandado de prisão no sistema SIGO (f. 77). Ou seja, restou demonstrada a falha imputável à administração pública que lesionou importante bem jurídico do apelado, qual seja, a sua (dele) liberdade.

Nesse passo, caracterizado o ilícito praticado, o dever de indenizar é medida que se impõe, porquanto a prisão ilegal, por si só, gera tal dever.

Em relação aos danos materiais, bem asseverou a sentença apelada que restou incontroversa a capacidade do recorrido em auferir um salário mínimo, pelo menos, vez que viu-se impedido indevidamente para tanto pelo estado de cárcere em que permaneceu.

Assim, o valor da indenização por danos materiais está bem posto quando fixado pela sentença combatida em R\$ 22,60 (vinte e dois reais e sessenta centavos) por dia em que o apelado ficou preso, ou seja, 78 dias, o que perfaz um total de R\$ 1.762,80.

O dano moral igualmente está criteriosamente mitigado pela quantia de 20 salários mínimos estabelecidos como forma de compensação pela dor sofrida pelo ocorrido.

Ante o exposto, nego provimento à apelação cível promovida pelo Estado de Mato Grosso do Sul, mantendo 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. Marcelo Câmara Rasslan e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 13 de outubro de 2015.

¹ Apelação / Reexame Necessário – Nº 0006507-55.2010.8.12.0021. Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. Julgamento 10.6.2014.

1ª Seção Cível**Mandado de Segurança n. 1406007-91.2015.8.12.0000 - Campo Grande****Relator Des. Sérgio Fernandes Martins**

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – ISENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA – REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA – PORTADOR DE CARDIOPATIA GRAVE – SEGURANÇA CONCEDIDA.

Considerando ser o impetrante portador de cardiopatia grave, o conjunto probatório dos autos demonstra a possibilidade de aplicação das hipóteses previstas no artigo 6º, XIV, da Lei n. 7.713/1988 e artigo 20, V, da Lei Estadual 3.150/2005, consistentes na isenção de imposto de renda e redução da base de cálculo da contribuição previdenciária.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar as preliminares e, no mérito, conceder a segurança, nos termos do voto do relator. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 5 de outubro de 2015.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Jorge Marques Garcia contra ato do Secretário de Estado de Administração e do Diretor-Presidente da Agência Estadual de Previdência Social de Mato Grosso do Sul – AGEPREV, consistente na negativa de isenção de imposto de renda e redução da base de cálculo da contribuição previdenciária requerida pelo ora impetrante, em razão de ser o mesmo portador de doença grave.

O impetrante alega, em síntese, que (i) “*é portador de cardiopatia grave, como afirmado pela cardiologista que acompanha seu caso e outros especialistas da área que analisaram seus exames, condição aliviada com o uso de diversos remédios*” (f. 6); (ii) “*A orientação é bastante clara: para a verificação de estar ou não o paciente acometido de cardiopatia grave, há de se analisar diversos dados do paciente, por três cardiologistas. É justamente o que propõe o impetrante, que traz aos autos três Atestados de especialistas afirmando que, pelo conjunto de suas condições de saúde, é portador de cardiopatia grave*” (f. 10); e (iii) “*Preenchendo o Impetrante os requisitos no momento do requerimento administrativo, não pode o seu pedido ser indeferido, sob a argumentação de que a coronária onde se colocou o stent apresentou melhora*” (f. 12).

Ao final, requer “*a) Que, liminarmente, seja determinada a interrupção dos descontos relativos ao imposto sobre a renda que são feitos mensalmente, especificados no contracheque do impetrante, repassando os valores integralmente ao mesmo, para que custeie seu tratamento médico dispendioso; b) Alternativamente ao pedido anterior, caso o mesmo seja indeferido, o que não se espera, seja determinado, também liminarmente, que os valores referentes ao imposto sobre a renda sejam depositados em conta judicial, até o julgamento final*”

desta ação; c) Concedida a liminar, sejam dela intimadas as dignas autoridades apontadas como coatoras, bem como o litisconsorte passivo necessário, para seu integral cumprimento, notificando-lhes ainda para prestarem as informações que entenderem necessárias, no prazo de lei; d) Ao final, confirmando-se a liminar, seja assegurado definitivamente ao Impetrante o direito líquido e certo à isenção do pagamento do imposto de renda, com fulcro no artigo 6º, XIV da Lei 7.713/88, bem como seja determinada a redução da base de cálculo da contribuição previdenciária, com espeque no artigo 20, V, da Lei Estadual n. 3.150/2005, haja vista a absurda ilegalidade do ato impugnado, que contraria vários laudos oficiais atestando a existência da doença com caráter progressivo e permanente;” (f. 14).

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 89-90).

A autoridade estatal, apontada como coatora, prestou informação às fls. 105-149, requerendo, em suma, a “(...) *extinção do processo sem julgamento do mérito, seja pelas preliminares arguidas, seja pelo mérito; ultrapassadas tais premissas, que seja denegada a segurança, (...).*” (f. 148)

O Estado de Mato Grosso do Sul, por sua vez, apresentou informações às fls. 151-162, pleiteando a denegação da ordem “(...) *ante a absoluta ausência de direito líquido e certo.*”

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer, opina “(...) *pelo afastamento das preliminares aventadas pelas autoridades impetradas e, no mérito, pela concessão da ordem, eis que restou comprovado o direito líquido e certo apontado pelo Impetrante.*” (fls. 165-176).

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Jorge Marques Garcia contra ato do Secretário de Estado de Administração e do Diretor-Presidente da Agência Estadual de Previdência Social de Mato Grosso do Sul – AGEPREV, consistente na negativa de isenção de imposto de renda e redução da base de cálculo da contribuição previdenciária requerida pelo ora impetrante, em razão de ser o mesmo portador de doença grave.

Alega o impetrante que, ao apresentar os pedidos suprarreferidos na esfera administrativa, teve sua intenção negada sob o fundamento de que não é portador da doença, o que teria sido atestado por apenas um cardiologista (outros dois não especialistas), de forma bastante singela, em laudo não fundamentado.

Todavia, aduz que restou devidamente comprovado nos autos que o impetrante, efetivamente, é portador de moléstia grave noticiado na inicial, fazendo jus, portanto, às benesses que persegue e que, pelo conjunto de suas condições de saúde, seu pedido não poderia ter sido indeferido.

Afirma que o fato de a junta médica do Estado não ter reconhecido a existência da doença não é óbice para o indeferimento do pedido, quando a prova for satisfatoriamente produzida em sentido diverso. Outros cardiologistas, ao analisar a condição do impetrante, o fizeram de forma global, levando em consideração todo o quadro de saúde do paciente, não se limitando a analisar apenas a artéria onde foi colocado o *stent*, como limitaram-se a fazer os médicos que compuseram a junta oficial.

O uso de medicamentos caríssimos é outro fator que embasa o pedido do impetrante. Faz prova do que alega com a juntada dos recibos de compra de remédios, afirmando que os gastos com os mesmos atingem mais de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por mês.

Assim, pugnou pela concessão de liminar e, ao final, pela concessão da segurança em definitivo, para que seja isentado do pagamento do imposto de renda, com fulcro no artigo 6º, XIV da Lei n. 7.713/88,

bem como para que lhe seja concedida a base da contribuição previdenciária, de acordo com artigo 20, V, da lei Estadual n. 3.150/2005.

A liminar pleiteada foi indeferida, tendo sido determinada a intimação das autoridades impetradas para prestarem informações (fls. 89/90).

O Diretor-Presidente da Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul – AGEPREV manifestou-se às fls. 105-149, afirmando que o processamento compete à Justiça Federal.

O Estado de Mato Grosso do Sul compareceu aos autos, requerendo o reconhecimento da incompetência do juízo e sua ilegitimidade passiva (fls. 151/162).

Analiso, em primeiro lugar, as preliminares trazidas nas informações suprarreferidas.

Da preliminar da inadequação da via eleita.

O Diretor-Presidente da Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul - AGEPREV sustenta que a via eleita é inadequada, porquanto o impetrante, para comprovar o direito alegado, necessita produzir provas, o que não é admitido em sede de mandado de segurança.

Nota-se que o impetrante, ao contrário do alegado pelo impetrado, trouxe aos autos elementos suficientes para a solução da lide, sendo dispensável a dilação probatória, não havendo, portanto, falar em inadequação da via eleita, razão pela qual a preliminar deve ser rechaçada.

Das preliminares de ilegitimidade passiva e de incompetência da Justiça Estadual.

Tanto o Estado de Mato Grosso do Sul quanto o Diretor-Presidente da Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul - AGEPREV, pugnam pelo reconhecimento da sua ilegitimidade passiva, bem como da incompetência do juízo, sob o pálio de que o imposto de renda é tributo federal, de responsabilidade da União, o que, segundo os mesmos, tornaria competente a Justiça Federal para processar e julgar a presente demanda.

Todavia, compulsando os autos, verifica-se que o impetrante é servidor público estadual aposentado, o que, em consonância com o disposto no art. 157 da Constituição Federal, confere ao Estado de Mato Grosso do Sul o produto da arrecadação do imposto de renda.

Nesse contexto, extrai-se que o Estado e, conseqüentemente, a agência previdenciária deste, possui legitimidade para figurar no polo passivo das demandas que tenham como objetivo a concessão de isenção do referido imposto.

A propósito, eis o entendimento deste sodalício:

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – DECLARATÓRIA DE ISENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA EM RAZÃO DE CARDIOPATIA GRAVE – ALTERAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO AFASTADAS. Os Estados da Federação e, por consequência, suas autarquias, são partes legítimas para figurar no polo passivo das ações propostas por servidores públicos estaduais que visam o reconhecimento do direito à isenção ou à repetição do indébito relativo ao imposto de renda retido na fonte, e, por consequência, é a Justiça Estadual a competente para o julgamento de tais lides. Preliminares afastadas.¹

Com efeito, não há falar, como se vê em ilegitimidade passiva das autoridades impetradas.

1 TJMS, Agravo Regimental – Nº 0800288-39.2014.8.12.0025/50000, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Dorival Renato Pavan, j. 21.07.2015

Por consequência, a preliminar de incompetência da justiça estadual também deve ser rejeitada, pois, reconhecida a legitimidade passiva do ente estadual, automaticamente a competência para a referida ação passa a ser da Justiça Estadual.

Eis o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

PROCESUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – IMPOSTO DE RENDA – SERVIDOR MUNICIPAL – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL – LEGITIMIDADE DO MUNICÍPIO – INTERESE PROCESUAL – VALORES RECEBIDOS DE FORMA CUMULADA. SENTENÇA PROFERIDA EM RECLAMAÇÃO TRABALHISTA – CÁLCULO COM BASE NO MONTANTE GLOBAL – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 83/STJ. 1. É da competência da Justiça estadual processar e conhecer demanda contra a retenção do imposto de renda, no pagamento de vencimento de servidor público estadual ou municipal, haja vista que, a teor do art. 157, I, da CF, tal tributo é arrecadado e se incorpora ao patrimônio dos estados ou dos municípios. 2. A jurisprudência também é assente no sentido de que os municípios e os estados têm legitimidade passiva para figurar nas ações propostas por servidores públicos municipais e estaduais a fim de reconhecer o direito à isenção ou à repetição do indébito de imposto de renda retido na fonte. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1480438/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 23.10.2014, DJe 30.10.2014).

Desse modo, devem ser afastadas as preliminares de ilegitimidade passiva e de incompetência de juízo, arguidas pelas autoridades impetradas.

Mérito.

No caso vertente, verifico que os documentos anexados pelo requerente são suficientes para comprovar a cardiopatia grave que acomete o impetrante, restando evidente seu direito líquido e certo à isenção tributária requerida.

No caso, a ação mandamental destinada a buscar direito líquido e certo encontra-se prevista no art. 5º, inciso LXIX,² da Constituição Federal.

Como se vê, a carta magna dispõe expressamente que o mandado de segurança deve e pode ser manejado diante de violação de direito líquido e certo.

A propósito, Hely Lopes Meireles, afirma que “*direito líquido e certo é o que 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 a sua existência for duvidosa, se a sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais*”.

Destarte, observa-se que o direito líquido é aquele que se encontra perfeitamente individualizado e o direito certo verifica-se quando não pairam dúvidas sobre sua existência.

Ora, no caso, é certo que o artigo 6º, XIV, da Lei n. 7.713/88, com a redação dada pela Lei n. 1.052/04, dispõe que ficam isentos do imposto de renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas:

2 Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

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;

XIV - os proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma.

Por sua vez, o art. 20, inciso V, da lei Estadual n.º 3.150/2005, dispõe que:

São consideradas remuneração-de-contribuição para fins de contribuição para o MSPREV: (.) V - o valor dos proventos de aposentadoria, reforma ou reserva remunerada ou da pensão que supere o dobro do limite máximo estabelecido para os benefícios do RGPS, quando o beneficiário for portador de doença grave, contagiosa, incurável ou incapacitante, conforme definido nesta Lei, do segurado inativo ou pensionista.

No caso vertente, verifica-se que o impetrante requereu os referidos benefícios administrativamente, anexando atestados médicos que confirmam ser o impetrante portador de cardiopatia grave, portanto, fazendo jus à benesse pleiteada.

Contudo, teve o mesmo seu pedido indeferido, com base no laudo pericial de f. 36 e no parecer cardiológico de f. 70, ambos firmados por médicos da FUNSAU, cujas conclusões foram no sentido de que após a realização de angioplastia com *stent*, não subsiste a cardiopatia grave no impetrante.

Ocorre que, em primeiro lugar, apenas o parecer de f. 70 foi assinado por médico cardiologista, haja vista que o laudo pericial de f. 36 foi firmado por dois médicos com especialidades diversas, conforme se extrai das consultas ao Conselho Regional de Medicina CRM-MS, acostadas às f. 6-67, não sendo, portanto, suficientes os mesmos para desconstituir os laudos de especialistas apresentados pelo impetrante.

Além disso, não obstante o parecer cardiológico de f. 70 apresente a conclusão de que “*o periciado apresenta bom resultado cintilográfico após angioplastia com stent, não justificando a existência de cardiopatia grave*”, certo é que tal entendimento se mostra isolado, pois o conjunto dos elementos carreados aos autos demonstram que a enfermidade do impetrante persiste.

O atestado médico de f. 16, firmado em 7.5.2015 pelo especialista em cardiologia, Dr. Resala Elias Junior, conclui que o paciente é portador de cardiopatia grave. Veja-se:

Atesto para os devidos fins que o paciente Jorge Marques Garcia é portador de cardiopatia grave por critérios clínicos. Paciente hipertenso, portador de doença pulmonar obstrutiva crônica de grau moderado, Insuficiência coronária crônica com stent em coronária direita e lesões obstrutivas de 70 e 50% em ramos da coronária esquerda. A doença pulmonar piora o desempenho cardiológico e exacerba os sintomas. (Grifei).

Já o médico cardiologista Dr. Gerson Gatas Orro de Campos, em 24.4.2015, atestou que o impetrante é portador de hipertensão arterial sistêmica, doença pulmonar obstrutiva crônica, insuficiência coronariana crônica com angioplastia em coronária direita em maio de 2014 e hiperferritina, concluindo que:

“O fato é que o paciente possui doenças cardíacas e pulmonares consideradas crônicas, irreversíveis, e devendo fazer o uso de medicamentos de alto custo pelo resto da vida”. (f. 17)

Corroborando tal diagnóstico, o impetrante juntou aos autos laudo de uma terceira especialista em cardiologia, Dra. Claudia Luiza Franco Chacha, no seguinte sentido:

Atesto para devidos fins, que o paciente Sr Jorge Marques Garcia, é portador de insuficiência coronariana crônica, doença pulmonar obstrutiva crônica, HAS com LOA, dislipidemia, submetido a angioplastia com stent farmacológico na coronária direita (10/05/2014), estando sob tratamento clínico, mesmo otimizando tratamento clínico, persiste muito sintomático. Submetido a novo cateterismo cardíaco (03/02/2015), apresentando novas lesões obstrutivas em outras artérias (primeira diagonal, e segunda marginal esquerda), devendo permanecer afastado de suas funções profissionais. (Grifei)

Extraí-se, ainda, do ecocardiograma anexado à f. 20, diagnóstico no sentido de que há a persistência de “doença coronariana crônica pós angioplastia”.

Com efeito, os documentos anexados pelo requerente são suficientes para comprovar a enfermidade contemplada com a isenção do imposto de renda e com a redução da base de cálculo da contribuição previdenciária, sendo certo que, ao sopesar os elementos dos autos (quais sejam, atestados médicos de três especialistas em cardiologia e exames médicos, contra laudo de dois médicos sem especialização em cardiologia e um parecer de cardiologista que levou em consideração um único exame para afirmar que não resta caracterizada a patologia apontada), conclui-se pela existência da cardiopatia grave, detendo o impetrante direito líquido e certo às benesses pleiteadas.

Até porque, como é cediço, o juiz não está vinculado ao resultado do laudo médico oficial para conceder ou denegar o *mandamus*, em consonância com o princípio da livre apreciação das provas.

Sobre o tema, veja-se:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IRRF. ISENÇÃO. PORTADOR DE MOLÉSTIA GRAVE. VIOLAÇÃO ART. 30 DA LEI 9.250/95. INOCORRÊNCIA. LAUDO PERICIAL. SERVIÇO MÉDICO OFICIAL. PRESCINDIBILIDADE. LIVRE CONVICÇÃO MOTIVADA DO MAGISTRADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ.

*“O Superior Tribunal de Justiça vem entendendo ser desnecessária a apresentação de laudo médico oficial para o reconhecimento da isenção de imposto de renda no caso de moléstia grave, tendo em vista que a norma prevista no art. 30 da Lei 9.250/95 não vincula o Juiz, que, nos termos dos arts. 131 e 436 do CPC, é livre na apreciação das provas”.*³
(Grifei)

No mesmo sentido:

AgRg no AREsp 371.436/MS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 1/04/2014; AgRg no AREsp 436.268/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27/03/2014. 2. Incide, na espécie, a Súmula 83/STJ. 3. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no AREsp 540.471/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 19/03/2015, DJe 27/03/2015)

Com efeito, se o conjunto probatório dos autos demonstra que o impetrante se encaixa nas hipóteses previstas no art. 6º, inciso XIV, da Lei 7.713/198, e no art. 20, inciso V, da Lei Estadual 3.150/205, resta evidente seu direito líquido e certo à isenção de imposto de renda e à redução da base de cálculo da contribuição previdenciária, revelando-se ilegal o ato que indeferiu o seu pedido administrativo, razão pela qual a segurança deve ser concedida.

Ante o exposto, com o parecer, concedo a segurança, a fim de isentar o impetrante do imposto de renda e reduzir a base de cálculo da contribuição previdenciária.

³ AgRg no REsp 1.23.845/PR Rel. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 16/12/2011.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram as preliminares e, no mérito, concederam a segurança, nos termos do voto do relator. Decisão com o parecer.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, Juiz José Ale Ahmad Netto, Des. Claudionor Miguel Abs Duarte e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 05 de outubro de 2015.

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0000065-97.1996.8.12.0010 - Fátima do Sul
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – NOTA PROMISSÓRIA – PENHORA NO ROSTO DOS AUTOS – PROCESSO REMETIDO AO ARQUIVO PROVISÓRIO ATÉ SOLUÇÃO DOS AUTOS DE INVENTÁRIO – PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE AFASTADA – PARTILHA DE BENS – FASE SEGUINTE PARA EFETIVA ENTREGA DO QUINHÃO PERTENCENTE AO DEVEDOR – TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Apesar da sentença proferida na ação de inventário ter transitado em julgado no dia 06/04/2010, somente com o formal de partilha foi que o devedor/executado recebeu o quinhão que lhe cabia, deixando de ter mera expectativa de direito sobre o patrimônio do *de cuius*, direito este que já era objeto de penhora nos rosto dos autos de inventário. Consequentemente, expedido o formal de partilha em novembro/2013, o exequente que também era inventariante, pode dar continuidade aos atos de expropriação da ação executiva, sendo este o marco inicial para a contagem do prazo prescricional. Note-se que já prevendo a finalização do inventário e partilha, em setembro/2013 o exequente requereu o desarquivamento dos autos da ação executiva, com a expedição de certidão para averbação no CRI acerca da realização no rosto dos autos. Posteriormente, foi requerida a reavaliação do imóvel penhorado, informando-se o valor atualizado do débito. Daí que não há se falar em desídia e muito menos no decurso do lapso temporal de três anos (nota promissória) a justificar a prescrição intercorrente. Sentença de extinção da ação de execução reformada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 20 de outubro de 2015.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Moacir Silvestre interpôs recurso de apelação, objetivando a reforma da sentença que declarou a prescrição intercorrente nos autos da Ação de Execução promovida em face de Vicente Pallote do Nascimento. Destaca que foi realizado nos autos a penhora dos direitos da quota parte da herança pertencente ao executado; que como o processo de inventário estava no início foi pedido a suspensão da ação executiva; que o apelante assumiu o cargo de inventariante, em razão de ser credor do executado/herdeiro, já que os

demais se recusaram; que tendo sido deferida a suspensão da ação executiva até o desenrolar do inventário, isto somente aconteceu com o pagamento do ITCO em 08/06/2011, o pagamento das custas em 10/09/2012 e a manifestação Estadual em 25/10/2013, e finalmente a expedição do formal de partilha em 18/11/2013; que se equivocou o juiz *a quo* ao declarar a prescrição intercorrente, pois a data do trânsito em julgado da sentença que homologou a partilha é que pode servir de marco inicial para contagem do prazo prescricional. Pugnou pelo provimento do recurso.

O apelado não apresentou contrarrazões (f.358).

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Moacir Silvestre, objetivando a reforma da sentença que declarou a prescrição intercorrente nos autos da ação de execução promovida em face de Vicente Pallote do Nascimento.

Pelo que se vislumbra dos autos, proposta a ação de execução em junho/1996, ante a impossibilidade de encontrar bens em nome do executado, em maio/1998 foi requerida a suspensão do feito por 60 dias; em fevereiro/2001 o exequente requereu a penhora no rosto dos autos da quota parte de herança pertencente a Vicente Palotte do Nascimento (f.63), o que foi efetivado em abril/2001 (f.79), com a manifestação do executado em agosto/2002 (f.127-133). Em março/2003, o exequente requereu a suspensão do processo por 180 dias até a definição do processo de inventário (f.158), o que foi deferido (f.161); em dezembro/2003 foi reiterado a suspensão por mais 180 dias. Decorrido o prazo, em julho/2004 o exequente requereu a remessa dos autos para o arquivo provisório, a fim de que fosse aguardado o desenrolar do processo de inventário (f.171), o que foi deferido nos seguintes termos:

“F. 144 – Defiro. Aguarde-se em arquivo provisório até ulterior manifestação dos interessados.” (f.173)

Assim, em setembro/2013 o exequente requereu o desarquivamento dos autos, pedindo a expedição de certidão para averbação no CRI acerca da realização de penhora no rosto dos autos. Em outubro/2014 foi requerida a reavaliação do imóvel penhorado (f.190). Em fevereiro/2015, o credor informou seu crédito como sendo R\$ 363.120,68 (f.199). Às f. 209-211 o devedor arguiu a ocorrência de prescrição intercorrente. Intimado, o exequente esclareceu que tão logo foi finalizado o inventário houve a comunicação, requerendo o prosseguimento da execução; que não foi intimado para dar andamento ao feito; que em razão do executado ter renunciado à qualidade de inventariante, o credor se prontificou a ser inventariante tomando todas as providências no desenvolvimento processual até a expedição do formal de partilha. Foram juntados os documentos de f.229-230, comprovando que a sentença proferida em inventário transitou em julgado em 06/04/2010.

Ao sentenciar a lide o juiz *a quo* entendeu que desde o trânsito em julgado dos autos de inventário até a manifestação do credor no processo executivo havia decorrido lapso temporal superior a 03 (três) anos, daí a ocorrência da prescrição intercorrente. (f.237-241).

Inconformado, o exequente recorre a este Tribunal de Justiça aduzindo que tendo sido deferida a suspensão da ação executiva até o desenrolar do inventário, isto somente aconteceu com o pagamento do ITCO em 08/06/2011, o pagamento das custas em 10/09/2012 e a manifestação Estadual em 25/10/2013, e finalmente a expedição do formal de partilha em 18/11/2013; que se equivocou o juiz *a quo* ao declarar

a prescrição intercorrente, pois a data do trânsito em julgado da sentença que homologou a partilha é que pode servir de marco inicial para contagem do prazo prescricional.

Em relação à matéria leciona Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira:

“Terminada a fase do inventário dos bens do autor da herança, que importa em atos preparatórios de arrecadação e nomeação do acervo hereditário, passa-se para a fase de partilha, que é a divisão desses bens para atribuição aos sucessores.” (Inventários e Partilhas Direito das Sucessões Teoria e Prática. Editora Leud. 2008. pág. 450) destaquei.

Frise-se que ao tratar da partilha, dispõe o art. 1.027 do CPC:

“Passada em julgado a sentença mencionada no artigo antecedente, receberá o herdeiro os bens que lhe tocarem e um formal de partilha (...)” destaquei.

Ainda de acordo com a jurisprudência:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS. ESCRITURA PÚBLICA. EXPEDIÇÃO IMEDIATA DE CARTA DE ADJUDICAÇÃO. PARTE DOS BENS DO ESPÓLIO. NECESSIDADE DE SE AGUARDAR O ENCERRAMENTO DO INVENTÁRIO. PARTILHA. A QUE SE NEGA PROVIMENTO AO RECURSO “IN SPECIE” - A escritura de cessão de direitos hereditários não autoriza a expedição imediata da carta de adjudicação, somente se revelando possível expedição desta ao final do processo de inventário com a partilha dos bens. - Enquanto não houver partilha dos bens, o cessionário detém apenas expectativa de direito, que só se irá concretizar de forma efetiva após as especificações dos quinhões destinados aos herdeiros cedentes. - Somente no momento da partilha é que será determinado e especificado o quinhão de cada herdeiro e, automaticamente, o objeto da cessão.” (TJ-MG - AI: 10701980060860001 MG, Relator: Belizário de Lacerda, Data de Julgamento: 13/08/2013, Câmaras Cíveis/7ª Câmara Cível, Data de Publicação: 21/08/2013) destaquei.

“AGRAVO DE INSTRUMENTO - INVENTÁRIO – Pedido de Levantamento de valores depositados. Decisão que inferiu o pedido. Diversas penhoras realizadas no rosto dos autos. Inventário que é instaurado para liquidação e eventual partilha – Pagamento no inventário inicialmente de dívida do espólio - (não dívida do herdeiro) – Credor do herdeiro precisa aguardar a partilha – Penhora no rosto dos autos que não significa direito de recebimento do crédito antes do encerramento do inventário ou ação - Recurso desprovido.” (TJ-SP - AI: 20729603220148260000 SP 2072960-32.2014.8.26.0000, Relator: Silvério da Silva, Data de Julgamento: 20/07/2015, 8ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 20/07/2015) destaquei.

“PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. Execução contra devedor solvente fundada em nota promissória. Hipótese em que ocorreu a penhora no rosto dos autos de inventário. Inexistência de desídia do credor em adotar providências voltadas ao regular curso do processo executivo, porquanto, na hipótese em apreço, houve a necessidade de se aguardar a ulatimação do inventário. Impossibilidade de fluência do prazo prescricional neste período. Determinação do regular prosseguimento da execução. Sentença anulada. Recuso provido.” (TJ-SP - APL: 9198488642008826 SP 9198488-64.2008.8.26.0000, Relator: João Camillo de Almeida Prado Costa, Data de Julgamento: 08/11/2011, 19ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 18/11/2011) destaquei.

Com efeito, apesar da sentença proferida na ação de inventário ter transitado em julgado no dia 06/04/2010, não se pode negar que somente com o formal de partilha foi que o devedor/executado recebeu o quinhão que lhe cabia, deixando de ter mera expectativa de direito sobre o patrimônio do de cujus, direito este que já era objeto de penhora no rosto dos autos de inventário. Consequentemente, expedido o formal de partilha em novembro/2013 (f.259), o exequente que também era inventariante, pode dar continuidade aos atos de expropriação da ação executiva, sendo este o marco inicial para a contagem do prazo prescricional. Note-se que já prevendo a finalização do inventário e partilha, em setembro/2013 o exequente requereu o desarquivamento dos autos, com a expedição de certidão para averbação no CRI, acerca da realização da penhora no rosto dos autos. Posteriormente, outubro/2014, foi requerida a reavaliação do imóvel penhorado (f.190) e informado o valor atualizado do débito.

Daí que, não há se falar em desídia e muito menos no decurso do lapso temporal de três anos (nota promissória) a justificar a prescrição intercorrente.

Posto isto, conheço do presente recurso e dou-lhe provimento para o fim de tornar insubsistente a sentença que acolheu a prescrição intercorrente, devendo os autos retornar a sua origem para regular prosseguimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram as preliminares. No mérito, por maioria, vencido o 2º vogal, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Campo Grande, 20 de outubro de 2015.

4ª Seção Cível**Embargos Infringentes n. 0007384-21.2011.8.12.0001/50001 - Campo Grande
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel**

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO – INSTRUMENTO PARTICULAR DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – CLÁUSULA PREVENDO A COBRANÇA DE RESÍDUO – LEGALIDADE – PREVISÃO DE REAJUSTE MENSAL DO SALDO DEVEDOR – NULIDADE DE PLENO DIREITO DA CLÁUSULA – APLICAÇÃO DA LEI N. 9.069/95 – PRESERVAÇÃO DO CONTRATO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Em conformidade com precedentes desta Corte e do STJ, é lícita a previsão contratual do pagamento de resíduo no saldo devedor final. 2. Nos termos do artigo 28 da Lei n. 9.069/95, é nula de pleno direito cláusula que prevê correção monetária em periodicidade inferior a um ano. 4. É pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de que eventual nulidade de cláusula contratual leva à exclusão da obrigação ilícita, preservando, tanto quanto possível, a manifestação de vontade das partes reduzida a termo. 3. Prevalência de voto médio, para acolher parcialmente o recurso originário reformar a sentença e julgar parcialmente procedentes a pretensão inicial.

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 maioria, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, vencido o Revisor.

Campo Grande, 23 de novembro de 2015.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Edson Brandão Alves interpôs embargos infringentes contra decisão proferida pela 3ª Câmara Cível do recurso de apelação tirado contra sentença proferida nos autos da ação de revisão de cláusulas contratuais que promove em face de Progemix – Programas Gerais de Engenharia e Construções Ltda. Referida decisão proveu, por maioria de votos, o apelo da defesa e reformou a sentença, julgando improcedente a pretensão veiculada na inicial. Inconformado, reafirma o recorrente que o artigo 28 da Lei n. 9.069/95 somente admite cláusula contratual que estabeleça correção monetária com periodicidade anual, sendo nula de pleno direito a correção monetária cuja periodicidade seja inferior a um ano; que em conformidade com a cláusula quarta do Instrumento Particular de Compromisso de Compra e Venda, apesar do valor das parcelas ser reajustado de forma anual, o saldo devedor era reajustado mensalmente, fato que propiciou o estabelecimento de resíduo. Pretende, assim, prevaleça o voto vencido, da lavra do eminente Desembargador Oswaldo Rodrigues de Melo, ratificando-se os efeitos da sentença de procedência, proferida em primeiro grau de jurisdição.

Contrarrazões pelo improvimento do recurso (f. 246-249).

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Trata-se de Embargos Infringentes opostos por Edson Brandão Alves contra o v. acórdão preferido pela 3ª Câmara Cível deste Tribunal no julgamento do recurso de apelação tirado em ação revisional de contrato que move contra Progemix – Programas Gerais de Engenharia e Construções Ltda., onde se discute a nulidade de cláusula contratual prevendo resíduo do saldo devedor. Os pedidos foram julgados procedentes em primeiro grau de jurisdição. A parte requerida manejou recurso de apelação, provido, por maioria de votos, para o fim de reformar a sentença e julgar improcedente a pretensão inicial. Pretende o ora embargante fazer prevalecer o voto vencido, da lavra do eminente Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, no sentido de ratificar os termos da sentença.

Invoca a recorrente a aplicação do disposto no art. 28 da Lei 9.069/95 ao caso dos autos. Destaca que, em conformidade com a cláusula quarta do Instrumento Particular de Compromisso de Compra e Venda, o valor das parcelas era reajustado anualmente, contudo o saldo devedor era reajustado mensalmente, fato que propiciou o estabelecimento de resíduo, valor que reputa indevido. Sustenta a nulidade de pleno direito da cláusula estabelecendo correção monetária em periodicidade inferior a um ano.

Pois bem.

A meu juízo, a previsão de pagamento do resíduo não encontra óbice na lei, desde que decorra de correção monetária baseada em índices legais, cuja aplicação deve respeitar a periodicidade anual exigida pelo art. 28 da Lei n. 9.069/1995, bem como calculados em fórmulas compatíveis com a lei.

Analisando-se o contrato avençado entre as partes (f. 12-16), tem-se que a cláusula quarta fixa o preço ajustado e a forma de pagamento. No parágrafo quarto há limitação ao valor das parcelas, prevendo o parágrafo quinto o resíduo, qual seja, a diferença entre o valor da prestação paga no limite máximo fixado e as eventuais diferenças que forem apuradas mensalmente em decorrência da variação no INCC/FGV.

A partir dessas observações iniciais é possível afirmar que as parcelas tinham limite no salário mínimo, que possui índice de reajuste diverso do INCC, utilizado para atualização do valor das prestações a serem pagas, o que justifica a previsão de resíduo, ou seja, para o caso do salário mínimo ter menor variação do que a correção monetária adotada.

Assim, havendo limitação do valor da parcela, é justo que eventual saldo devedor venha compor o resíduo a ser pago no final do contrato, pois tal resíduo não é senão um valor remanescente da correção monetária das parcelas pagas mensalmente pelo devedor. Ademais, a cláusula que prevê a correção monetária assentada em índices legais não é abusiva.

Por outro lado, tenho que o contrato, ao prever a cobrança do resíduo apenas beneficia o devedor, já que procura assegurar-lhe limite na cobrança das parcelas, quando do reajuste anual, mantendo equilíbrio contratual conveniente a um adimplemento seguro das prestações devidas. Vale reforçar que a legalidade que vislumbro reside no fato da correção da dívida ser feita com base em índices legais, visto que, em hipótese contrária, com correção monetária segundo índices não previstos em lei, ter-se-ia cobrança ilegal, que geraria pagamento a maior, inclusive independentemente da forma de pagamento estipulada contratualmente. Conforme já esclarecido, a referida cláusula prevê forma de pagamento, de modo a postergar a quitação e não cobrança a maior, já que a atualização do débito é feita com base em indexadores legais.

Aliás, nesse sentido já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - REAJUSTE DE SALDO DEVEDOR COM COBRANÇA DE RESÍDUOS INFLACIONÁRIOS EM CONTRATOS PADRONIZADOS DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS - PLANO REAL - POSSIBILIDADE - A Medida Provisória nº 542/94, convertida na Lei nº 9.069/95, não vedou a cobrança dos resíduos inflacionários, admitindo-se a pactuação do reajuste do saldo devedor, desde que observada a periodicidade anual – Recurso Provido”. (Resp 815385/SP. Min. Masami Uyeda. 4ª Turma.DJ.18/12/206.)

E também este Tribunal:

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – CLÁUSULA SURPRESA – INOCORRÊNCIA – PARCELAS QUE DEVEM SER ATUALIZADAS ANUALMENTE – ART. 28 DA LEI 9.069/95 – SALDO RESIDUAL – LEGALIDADE DA COBRANÇA PROPAGANDA ENGANOSA – INOCORRÊNCIA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Caracteriza-se como propaganda enganosa aquela que contém informação falsa ou capaz de induzir o consumidor em erro a respeito das características do produto ou do serviço oferecido. Se o contrato de promessa de compra e venda prevê expressamente a possibilidade da cobrança de saldo residual ao final do financiamento, não se há falar em propaganda enganosa. 2. Não é considerada cláusula surpresa aquela que prevê expressamente, de forma clara e de fácil compreensão e verificação, a cobrança do saldo residual. 3. É legal a cobrança de saldo residual nos contratos de compra e venda de bem imóvel, desde que a correção das parcelas ocorra em periodicidade anual e haja expressa previsão contratual, como no caso concreto. Precedentes do STJ”. (apelação cível 0051352-67.2012.8.12.0001. Rel. Des. Luis Tadeu Barbosa Silva. 5ª Câmara Cível. J. 10/04/2014)

De outro vértice, em relação ao pedido de nulidade da cláusula quarta em razão da previsão de reajuste mensal do saldo devedor, entendo que assiste razão ao recorrente.

Analisando o teor do contrato que vincula as partes, tem-se que a Cláusula 4ª, parágrafo segundo, prevê o seguinte:

“O saldo residual será reajustado mensalmente conforme o índice pactuado, mas será aplicado nos termos do parágrafo primeiro desta cláusula.”

Com isso, ao se analisar o parágrafo primeiro da cláusula 4ª, constata-se que o indexador utilizado para a atualização do saldo devedor, como visto, compreendido no INCC – Índice Nacional do Custo da Construção - para incidir no reajuste das parcelas, embora legal, foi utilizado de forma abusiva enquanto pactua o reajuste do saldo devedor em periodicidade mensal.

Frise-se que com relação à aplicação de tal índice, a Lei n. 9.069/1995, em seu art. 28, estabelece a obrigatoriedade de aplicação da correção monetária anual, sob pena de nulidade, ao prescrever, *in verbis*:

“Nos contratos celebrados ou convertidos em real com cláusula de correção monetária por índices de preço ou por índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, a periodicidade de aplicação dessas cláusulas será anual.

§ 1º É nula de pleno direito e não surtirá nenhum efeito cláusula de correção monetária cuja periodicidade seja inferior a um ano.

§ 2º O disposto neste artigo aplica-se às obrigações convertidas ou contratadas em URV até 27 de maio de 1994 e às convertidas em real.”

O contrato *sub judice*, conforme já dito, fixa o INCC para a correção do débito, índice esse que se enquadra à espécie prevista no *caput* da citada norma e, ademais, fora celebrado antes da entrada em vigor da Medida Provisória 2.223/2001, que, em seu art. 15, liberou a correção mensal por índices de preços, no âmbito do mercado imobiliário. Por conseguinte, a correção da moeda deverá pautar-se pela periodicidade anual, nos termos da Lei n. 9.069/95.

Feitas essas considerações, é de se apreciar a legalidade da estipulação contratual de possibilidade de cobrança do resíduo, mas calculados a partir de reajuste anual.

Aliás, nesse sentido já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. RESÍDUO INFLACIONÁRIO. PERIODICIDADE MENSAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RAZÕES DO AGRAVO REGIMENTAL DISSOCIADAS DA FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. INÉPCIA. 1. A decisão agravada afirmou claramente que a jurisprudência desta Corte admite a cobrança do resíduo inflacionário na forma anual, e não na forma mensal. Assim, como o Tribunal local decidiu que “não se pode admitir a cobrança de resíduo inflacionário mensalmente, como estabelece o artigo 28 da Lei 9.069/95, sob pena de ser considerada abusiva [a cláusula]”, negou-se provimento ao recurso especial, visto que tal decisão está em conformidade com o entendimento do STJ. 2. A interposição de recurso manifestamente inadmissível ou infundado autoriza a imposição de multa com fundamento no art. 557, § 2º, do CPC. 3. Agravo regimental a que se nega provimento, com a condenação da agravante ao pagamento de multa no percentual de 1% (um por cento) sobre o valor corrigido da causa, ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do respectivo valor (art. 557, § 2º, do CPC).” (AgRg no REsp 1186761/MS, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 04/06/2013, DJe 10/06/2013)

Logo, reputa-se nula de pleno direito e não surtirá nenhum efeito o parágrafo segundo da cláusula quarta do Contrato de Compra e Venda firmado entre as partes.

Consequentemente, a sentença recorrida merece ser reformada para que seja declarada a nulidade do dispositivo contratual citado.

Todavia, é pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de que eventual nulidade de cláusula contratual leva à exclusão da obrigação ilícita, preservando, tanto quanto possível, a manifestação de vontade das partes reduzida a termo.

Nesse norte, já se pronunciou o STJ em recurso repetitivo:

“DIREITO COMERCIAL E BANCÁRIO. CONTRATOS BANCÁRIOS SUJEITOS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. VALIDADE DA CLÁUSULA. VERBAS INTEGRANTES. DECOTE DOS EXCESSOS. PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS. ARTIGOS 139 E 140 DO CÓDIGO CIVIL ALEMÃO. ARTIGO 170 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. (.) 4. Constatada abusividade dos encargos pactuados na cláusula de comissão de permanência, deverá o juiz decotá-los, preservando, tanto quanto possível, a vontade das partes manifestada na celebração do contrato, em homenagem ao princípio da conservação dos negócios jurídicos consagrado nos arts. 139 e 140 do Código Civil alemão e reproduzido no art. 170 do Código Civil brasileiro. 5. A decretação de nulidade de cláusula contratual é medida excepcional, somente adotada se impossível o seu aproveitamento. 6. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.” (REsp 106343/RS, Rel. Ministra Nancy Andrigli, Rel. p/ Acórdão Ministro João Otávio De Noronha, Segunda Seção, julgado em 12/08/2009, DJe 16/1/2010)

No mesmo norte, o Enunciado nº 149 - II Jornada de Direito Civil - Conselho da Justiça Federal (02 a 03.12.2004):

“Em atenção ao princípio da conservação dos contratos, a verificação da lesão deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial do negócio jurídico e não à sua anulação, sendo dever do magistrado promover o incitamento dos contratantes a seguir as regras do art. 157, § 2º, do CC de 2002. A lesão de que trata o art. 157 não exige dolo de aproveitamento.”

Com efeito, se é admitida apenas a correção anual de valores alusivos ao saldo residual, a estipulação contratual prevendo-a mensal não pode levar à inexistência de correção monetária, que as partes efetivamente contrataram, devendo ser extirpado do contrato apenas a obrigação ilegal (periodicidade mensal da correção monetária).

À luz destas considerações, deve ser mantida cláusula quarta, extirpando-se apenas seu parágrafo segundo que prevê o reajuste mensal do saldo devedor, que deverá ser anual.

Aliás, essa foi a pretensão deduzida pela Progemix, ora recorrida, em seu recurso de apelação, veja:

“(…) Diante do exposto, requer seja o recurso provido, reformando-se a sentença recorrida de modo a julgar totalmente improcedente a pretensão declinada na ação revisional, reconhecendo-se como válida a cobrança de resíduo com base na correção monetária anual, invertendo-se, por consequência, os ônus sucumbenciais.” (p. 180)
[grivo no original]

Nesse sentido foi o voto condutor do aresto, conforme se infere a f. 202-209, que restou assim ementado:

“EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO - COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - SALDO RESIDUAL COM REAJUSTE ANUAL - LEGALIDADE - RECURSO PROVIDO. É possível a cobrança de saldo residual nos contratos de compra e venda de imóvel, desde que a correção seja anual e haja expressa previsão contratual (AgRg no REsp 1188773/MS).”

Reconheceu-se, portanto, a ilegalidade da cláusula contratual prevendo incidência de correção monetária em periodicidade mensal, admitindo-a apenas anualmente. Em razão disso, “a cobrança de resíduo com base na correção monetária anual” leva ao julgamento de parcial procedência, posto que implicará efetivamente em revisão da cláusula quarta do contrato.

Deverá prevalecer, assim, voto médio, compreendido nas balizas postas no voto condutor e no voto vencido, qual seja o de parcial provimento do recurso originário e parcial reforma da sentença.

Em outras palavras, deverá prevalecer o voto vencedor, mas em menor extensão.

Posto isso, conheço e dou parcial provimento aos infringentes para fazer prevalecer o voto médio, no sentido de prover o recurso originário e julgar parcialmente procedentes os pedidos contidos na inicial, declarando a nulidade do parágrafo segundo, da cláusula quarta do contrato, prevendo a incidência de correção monetária do valor das parcelas em periodicidade mensal, admitida a correção anual. Em consequência, diante da sucumbência recíproca, nos termos do art. 21 do CPC, condeno dada parte ao pagamento de 50% das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios, já fixado na sentença recorrida.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Revisor)

Peço vênia ao eminente relator para preferir voto divergente.

Edson Brandão Alves ajuizou a presente ação de revisão contratual em face de Progemix – Programas Gerais de Engenharia e Construções Ltda., narrando e alegando que: i) adquiriu um imóvel da requerida em fevereiro de 1995, em 100 parcelas mensais e consecutivas, conforme publicidade da época; ii) todas as parcelas foram quitadas, não havendo qualquer pendência financeira no contrato; iii) no dia 21.5.2009, recebeu uma notificação da requerida cobrando a quantia de R\$ 20.260,80 (vinte mil, duzentos e sessenta reais e oitenta centavos), referente ao resíduo do preço do apartamento; iv) a cobrança se deu de forma ilegal, pois não era prevista na publicidade realizada na época e o requerente firmou contrato crendo que pagaria o imóvel em apenas 100 parcelas; v) somente quando assinou o contrato definitivo é que foi avisado de que poderia haver resíduo ao final do parcelamento; vi) a cobrança do resíduo decorreu de propaganda enganosa, ludibriando o requerente; vii) a cobrança do resíduo somente se justificaria para a atualização de dívidas contraídas enquanto existente a inflação, assim entendido o período anterior a 15.3.1994, o que não se verifica no caso, visto que o contrato foi assinado em fevereiro de 1995; viii) os cálculos de apuração dos resíduos cobrados encontram-se em desacordo com o pactuado no contrato; ix) a requerida aguardou quase 6 anos para efetuar a cobrança, o que elevou em grande monta o valor “devido”; x) a notificação do requerente sobre a suposta dívida se deu em 21.7.2009, pelo que os juros somente são devidos a partir desta data; xi) a jurisprudência consolidada entende que o resíduo, quando devido, deve ser apurado mediante a aplicação da correção anual do saldo devido, ou seja, o saldo somente pode ser corrigido após o abatimento do valor pago no período, aplicando-se o índice de correção acumulado no último ano; xii) a correção se dava mês a mês, o que é ilegal, conforme a Medida Provisória n. 566/94, mesmo que sua efetiva cobrança obedeça ao intervalo de um ano; xiii) a previsão contratual narra que o pagamento de resíduo se daria parceladamente, mediante a divisão do saldo total pelo valor de 1,5 (um e meio) salário mínimo (parágrafo 5º, itens 1 e 2, da cláusula quarta do contrato), mas o saldo residual foi cobrado em sua totalidade em uma única parcela.

Alfim, requereu: i) a declaração de nulidade da cláusula contratual que prevê a cobrança de resíduo inflacionário, sendo declarada a sua ilegalidade com a consequente quitação do imóvel e a inexistência da dívida de R\$ 20.260,80; ii) diante da quitação do imóvel, a adjudicação compulsória, determinando-se a escrituração definitiva do imóvel em nome da requerente; iii) caso se entenda pela legalidade da cobrança do resíduo, que sejam revistos os cálculos para que eventual diferença seja apurada mediante liquidação por artigos.

Na sentença, foram julgados procedentes o pedido declaratório de nulidade da cláusula que prevê a cobrança do resíduo e o pedido declaratório de quitação do contrato, bem como o pedido de adjudicação compulsória.

Inconformada, a requerida recorreu da sentença, alegando, em síntese, que: i) é lícita a cobrança de saldo complementar nos contratos de financiamento imobiliário; ii) “ficou estipulado no contrato que o valor vigente do salário mínimo seria utilizado tão-somente para limitar a importância a ser paga mensalmente pela adquirente, não eximindo a contratante de efetuar o pagamento da diferença remanescente existente entre o valor efetivamente pago e o valor da prestação contratada, ao final das parcelas” (f. 174); iii) o parágrafo primeiro da cláusula quarta prevê o reajuste anual das prestações, não sendo possível eximir a recorrida do pagamento do saldo devedor; iv) o entendimento do STJ é no sentido de ser possível a cobrança do saldo residual, desde que a correção seja feita anualmente.

Requereu o provimento do apelo para reformar a sentença e julgar improcedentes os pedidos iniciais.

O relator da apelação cível, Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, expôs que: i) em 23 de fevereiro de 1995, o Sr. Edson Brandão Alves celebrou um instrumento particular de compromisso de compra e venda n. 217 com a empresa Progemix, objetivando a aquisição de uma unidade de um apartamento Standard, no Parque Residencial Nova Europa, conforme descrição contida na cláusula segunda do instrumento contratual (f. 12) e no item 02 do Quadro Resumo do Instrumento Particular de Compromisso de Compra e Venda n. 217

(f. 16) pelo valor total de R\$ 17.150,00 (dezessete mil, cento e cinquenta reais); ii) o pagamento seria feito com um sinal no valor de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais) e o remanescente em 100 (cem) parcelas mensais e sucessivas de R\$ 169,00 (cento e sessenta e nove reais), conforme item 03 do Quadro Resumo (f. 16); iii) todavia, após o pagamento de todas as parcelas ajustadas no contrato, o apelado foi surpreendido com a notícia de que o contrato somente seria quitado após o pagamento do “saldo residual”, o qual não foi informado quando da contratação, justificando o ajuizamento desta demanda; iv) a cobrança de resíduo, ainda que contratualmente prevista, é abusiva; v) a apelante está pretendendo cobrar um resíduo contratual que extrapola o valor do imóvel fixado no contrato de promessa de compra e venda, ou seja, mesmo na hipótese de se admitir a exigibilidade do aludido resíduo, não poderia ser no valor cobrado pela empresa, porquanto essa operação posterior redundaria, absurdamente, na formação de mais um resíduo, que supostamente adviria de mais um período que necessitará de correção, e sabe-se quando não surgiriam mais resíduos, diga-se, mais prejuízos para o consumidor; vi) o consumidor, diante de uma cláusula dessa natureza, encontra-se em situação de evidente desvantagem; vii) o enriquecimento ilícito estaria presente se mantida essa disposição contratual; viii) o resíduo não poderia ser inflacionário, visto que tanto as parcelas foram reajustadas mensalmente quanto o salário mínimo é ajustado anualmente; ix) assim, não há motivo para a existência de resíduo inflacionário e, por outro lado, a construtora não comprovou nenhum prejuízo no decorrer dos pagamentos mensais efetuados pela apelada que justificasse o resíduo cobrado; x) quanto à cobrança do valor residual, o art. 28 da Lei n. 9.069/95 é expressa ao determinar que a periodicidade de cobrança de eventual resíduo é ânua, sendo que o seu pagamento em parcelas mensais e na forma como consta no contrato evidencia a abusividade.

Por tais fundamentos, conheceu do recurso e negou-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença recorrida.

O revisor, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, proferiu voto divergente, por entender que: i) o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que é possível a cobrança de saldo residual nos contratos de compra e venda de imóvel, desde que a correção seja anual e haja expressa previsão contratual; ii) o art. 28 da Lei n. 9.069/95 não veda a exigência do referido resíduo, mas diferiu para um ano a possibilidade de exigência de seu pagamento; iii) se o objetivo do financiamento é a aquisição de bem imóvel com o pagamento distribuído ao longo dos anos, é perfeitamente previsível que, ao final do contrato, haja divergência entre os valores efetivamente pagos e o valor do bem; iv) nesse norte, a aplicação do resíduo apenas representa o repasse da correção monetária não transferida ao consumidor durante a vigência do contrato, em razão da limitação do valor das parcelas ao salário mínimo; v) dessa feita, é perfeitamente possível a correção anual, nos termos do art. 28 da Lei n. 9.069/95; vi) embora o contrato não tenha adotado a melhor técnica na sua redação, não é possível se concluir pela abusividade de suas cláusulas quando expressamente dispôs acerca da existência de saldo devedor; vii) o instrumento previu de forma expressa o valor total do débito como sendo de R\$ 17.150,00 a ser pago da seguinte forma: (a) R\$ 250,00 de sinal; (b) 100 prestações mensais de R\$ 169,00, totalizando R\$ 16.900,00; viii) a primeira parcela venceu no dia 23.3.1995, porém, como eram limitadas ao valor correspondente a 1,5 salário mínimo de R\$ 150,00, situação recorrente até o final das 100 parcelas; ix) a limitação com base no salário mínimo incide apenas no valor das prestações mensais, e não no valor do débito integral do imóvel, o que torna evidente que em razão do comprovado pagamento a menor há necessidade de correção do débito, há um saldo restante a pagar, que é justamente o resíduo cobrado pela Progemix; x) diante disso, constata-se ser perfeitamente compreensível o contrato, já que basta para essa conclusão se proceder a simples cálculo matemático, pois o consumidor assinou o instrumento que previa o pagamento de um determinado valor e pagou ao longo da contratação quantia inferior àquela expressa, o que torna lícito concluir que sabia desde o princípio da existência do resíduo, não havendo, assim, se falar em abusividade; xi) no caso dos autos, há previsão expressa da cobrança de saldo residual e a correção das parcelas de forma anula pelo INCC (Índice Nacional do Custo de Contratação), logo, não há motivos para a declaração de nulidade da cláusula contratual que prevê a cobrança de resíduo do financiamento; xii) a correção do saldo residual e

das parcelas realizadas de forma anula pelo índice do INCC respeita o contrato firmado entre as partes, o art. 28 da Lei n. 9.069/95 e a atual jurisprudência do STJ.

Em decorrência, deu provimento ao apelo da Progemix para julgar improcedente o pleito exordial.

O revisor foi acompanhado pelo vogal, Des. Marco André Nogueira Hanson, para quem é pertinente o pleito recursal, porquanto devido o valor a título de resíduo decorrente da aplicação de índices legais, com a observância do limite máximo de 1,5 salários mínimos para fins de cobrança das parcelas, conforme item 4 do quadro resumo e em observância ao parágrafo quarto da cláusula quarta do contrato *sub judice*, obedecendo-se, pois, os mesmos índices de correção, com incidência apenas anual.

Assim, por maioria, no julgamento da apelação cível a 3ª Câmara Cível reformou a sentença e julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Contra o acórdão, Edson Brandão Alves ofereceu embargos de declaração aduzindo que: i) há erro de julgamento no acórdão quando sustenta que “*A correção do saldo residual e das parcelas realizadas de forma anula pelo índice do INCC, respeita o contrato firmado entre as partes, o art. 28 da Lei 9.069/95 e a atual jurisprudência do STJ, o que a leva a improcedência do pleito exordial*”, pois o saldo residual foi corrigido mensalmente e o valor cobrado pela empresa, conforme planilha por ela própria juntada, decorre de correção mensal do saldo devedor, infringindo a Lei 9.069/95 e a atual jurisprudência do STJ; ii) a previsão do art. 28 da Lei n. 9.069/95 e o entendimento do STJ somente consideram válida a cobrança do resíduo quanto este decorrer de correção anual do saldo devedor, o que não ocorreu; iii) o voto condutor omitiu-se quanto à forma de pagamento do saldo residual, a saber, se as condições de pagamento do saldo residual devem seguir a previsão contratual – parcelado de modo a garantir o limite da parcela em 1,5 salário mínimo ou se deve ser pago à vista, como pretende a embargada; iv) também é preciso esclarecer desde quando devem ser aplicados os juros moratórios; v) mesmo sendo considerada legal a cobrança do saldo residual, mas sendo deferida a pretensão da embargante em ver cumprida a previsão contratual do parcelamento do resíduo, deve ser redimensionado o ônus da sucumbência, para o considerar como recíproco.

Requeru o acolhimento dos embargos de declaração com efeitos infringentes ou, sucessivamente, que se esclarecesse e definisse a forma de pagamento do saldo residual, a saber, se em uma única parcela ou na forma do contrato, assim como o marco inicial dos juros moratórios.

Os embargos de declaração foram rejeitados, tendo se consignado que o prazo para parcelamento não foi objeto de discussão na exordial, razão pela qual não há falar em omissão; delimitado o objeto da insurgência pelo autor, não pode a Corte, em embargos de declaração, decidir além do que foi discutido até então. No tocante aos juros de mora, ficou ressaltado que não há mora a ser reconhecida nos autos, mas tão somente legalidade das cláusulas contratuais.

Irresignado com o acórdão, Edson Brandão Alves interpôs os presentes embargos infringentes, objetivando a prevalência do voto vencido, argumentando que: i) de acordo com o art. 28, § 1º, da Lei n. 9.069/95, a cobrança de eventual resíduo deve ser anual, sendo nula e abusiva a previsão contratual da cláusula quarta, parágrafo segundo, que fixa o reajuste mensal; ii) o recorrente é parte hipossuficiente, por se tratar de relação de consumo, incorrendo na necessidade de interpretar a lei in dubio pro misero; iii) sendo nula a previsão de cobrança do resíduo, na forma como estipulada no contrato, não há outra cláusula contratual que preveja a cobrança de saldo residual, o que, diante, da quitação das parcelas avençadas, configura o cumprimento da obrigação.

Requer a reforma do acórdão embargado e a restauração da sentença monocrática.

Os embargos infringentes constituem recurso que “visa a atacar tão somente a parte dispositiva da decisão, de modo que não é lícito utilizá-lo apenas para alterar premissas, antecedentes ou fundamentações do voto que a justifica.”¹ “*Seu conhecimento fica restrito ao que tenha sido objeto do voto vencido.*”²

Depois de analisar criteriosamente os votos condutor e vencido proferidos na apelação cível, cheguei à conclusão de que deve ser confirmado o voto condutor do acórdão, seja porque, “*muito embora o contrato não tenha adotado a melhor técnica na sua redação*” (f. 204), “*há previsão expressa da cobrança de saldo residual e a correção das parcelas de forma anual pelo INCC (Índice Nacional do Custo de Construção), não há motivos para a declaração de nulidade da cláusula contratual que prevê a cobrança de resíduo do financiamento*” (f. 205), seja porque “*o art. 28 da Lei 9.069/95 não veda a exigência do referido resíduo, mas diferiu para um ano a possibilidade de exigência de seu pagamento*” (f. 204).

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

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (1º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho (2º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (3º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 23 de novembro de 2015.

1 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. vol. I: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 52. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2011. p. 632. Item 555.

2 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil 2**: processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 136.

5ª Câmara Cível**Apelação n. 0801332-20.2014.8.12.0017 - Nova Andradina****Relator Des. Sideni Soncini Pimentel**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – RECURSO DO AUTOR – DANOS MORAIS – VEÍCULO – VISTORIA REALIZADA PELO DEPARTAMENTO DE TRÂNSITO – SUSPEITA DE ADULTERAÇÃO NO CHASSI – COMUNICAÇÃO A AUTORIDADE POLICIAL – EXERCÍCIO REGULAR DE UM DEVER – LAUDO PERICIAL – INEXISTÊNCIA DE VESTÍGIOS DE ADULTERAÇÃO – DANOS NÃO CONFIGURADOS – SENTENÇA MANTIDA – APELO CONHECIDO E DESPROVIDO.

No caso dos autos não houve abuso de direito ou de poder por parte do DETRAN/MS, pois agiu com cautela após constatar em vistoria suspeita de adulteração da numeração do chassi, pois comunicou as partes e as autoridades policiais para à devida apuração dos fatos, conforme determina a legislação específica.

Ademais, ainda que posteriormente houve demonstração através de perícia técnica da inexistência do ilícito, a suspeita foi devidamente fundada, conforme se colheu no depoimento da testemunha arrolada pelo autor, pois foi necessária a remarcação do número de chassi.

RECURSO ADESIVO DO DETRAN/MS – VEÍCULO APREENDIDO PELA AUTORIDADE POLICIAL – DEPOSITADO NA DELEGACIA – DESPESAS PROVENIENTES DE AVARIAS – NEXO CAUSAL ENTRE O ATO E O RESULTADO – INEXISTENTE – DANO MATERIAL INDEVIDO – SENTENÇA REFORMA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

No caso em apreço inexistente responsabilidade do Departamento de Trânsito com relação as avarias provenientes do período em que o veículo esteve sob a custódia da autoridade policial (f. 23-28 e depoimento de f. 182-183). Conforme esclarecido o veículo não esteve sob a guarda do DETRAN/MS, que apenas comunicou os fatos em regular exercício de um dever e direito ante fundada suspeita de adulteração.

Assim, inexistente nexo causal entre o ato do DETRAN/MS e o resultado (avarias no veículo), daí que, por consequência, a sentença merece reforma nesse capítulo para excluir a condenação ao pagamento de danos materiais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, não conhecer do agravo retido, negar provimento ao recurso de Edilson Marreiro de Souza e dera provimento ao apelo de Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul - DETRAN/MS, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 20 de outubro de 2015.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Edilson Marreiro de Souza interpôs recurso de apelação, objetivando a reforma da sentença que julgou parcialmente procedente os pedidos formulados em face do DETRAN/MS (Departamento de Trânsito de Mato Grosso do Sul), nos autos da ação de indenização por danos morais e materiais, para condenar o apelado ao pagamento do valor de R\$ 803,00, acrescido de 50% do valor atualizado da indenização a título de honorários. Sustenta que o apelado também deve indenizá-lo pelos danos morais causados em decorrência da apreensão ilícita de seu veículo. Aduz que o equívoco foi comprovado, tanto que a Polícia Civil emitiu laudo confirmando a inexistência de adulteração em seu veículo, que foi devolvido após 45 (quarenta e cinco) dias. Afirma que em razão da apreensão não pode utilizar o veículo como parte do pagamento de outro veículo, fato que o obrigou a fazer empréstimo para honrar o compromisso já firmado com uma revendedora de automóveis. Por fim, afirma que o fato de ter sido chamado às pressas em seu local de trabalho para responder a falsa acusação, somado ao fato de ter ficado 45 dias sem o veículo, causaram-lhe danos morais que extrapolam o mero aborrecimento. Pugnou pelo provimento do recurso e majoração dos honorários de sucumbência.

Por sua vez, o DETRAN/MS (Departamento de Trânsito de Mato Grosso do Sul) interpôs recurso adesivo alegando, em síntese, que não houve conduta lesiva por parte da servidora da apelante a ensejar a indenização material.

As partes apresentaram contrarrazões pelo desprovimento dos recursos às f. 238-240 e 241-247.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Edilson Marreiro de Souza, objetivando a reforma da sentença que julgou parcialmente procedente os pedidos formulados em face do DETRAN/MS (Departamento de Trânsito de Mato Grosso do Sul) nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais, para condenar o apelado ao pagamento do valor de R\$ 803,00, acrescido de 50% do valor atualizado da indenização a título de honorários. Sustenta que o apelado também deve indenizá-lo pelos danos morais causados em decorrência da apreensão ilícita de seu veículo. Aduz que o equívoco foi comprovado, tanto que a Polícia Civil emitiu laudo confirmando a inexistência de adulteração em seu veículo, que foi devolvido após 45 (quarenta e cinco) dias. Afirma que em razão da apreensão não pode utilizar o veículo como parte do pagamento de outro veículo, fato que o obrigou a fazer empréstimo para honrar o compromisso já firmado com revendedora de automóveis. Por fim, afirma que o fato de ter sido chamado às pressas em seu local de trabalho para responder a falsa acusação, somado ao fato de ter ficado 45 dias sem o veículo, causaram-lhe danos morais que extrapolam o mero aborrecimento. Pugnou pelo provimento do recurso e majoração dos honorários de sucumbência.

Por sua vez, o DETRAN/MS (Departamento de Trânsito de Mato Grosso do Sul) interpôs Recurso Adesivo alegando, em síntese, que não houve conduta lesiva por parte da servidora da apelante a ensejar a indenização material.

As partes apresentaram contrarrazões pelo desprovimento dos recursos às f. 238-240 e 241-247.

Pois bem.

Cumprido consignar que o autor interpôs agravo retido às f. 186-187, porém no decorrer de seu recurso de apelação não há qualquer requerimento para que este Tribunal aprecie primeiramente referido agravo retido, daí que deixo de conhecê-lo, nos termos do § 2º do artigo 523 do CPC.

Analiso inicialmente as questões preliminares apresentadas com o recurso de apelação do autor e ao depois o adesivo do requerido.

Apelação de Edilson Marreiro de Souza

Conforme relatado, o autor, ora apelante, insurgiu-se contra o capítulo da sentença que julgou improcedente seu pedido de indenização por danos morais decorrentes da apreensão do veículo.

Sustenta o apelante desde início que foi surpreendido pela suspeita de adulteração de numeração de motor quando seu veículo passou por vistoria junto ao Detran/MS e que esses fatos causaram-lhe aborrecimentos.

Contudo, em que pese os argumentos do apelante, após exaustiva análise do conjunto probatório produzido nos autos, entendo que melhor razão não lhe assiste, pois adequado o agir da administração pública no caso concreto, ainda que tenha ocasionado dissabores ao apelante.

Explico.

Acerca da identificação dos veículos o Código de Trânsito Brasileiro estabelece que:

“Art. 114. O veículo será identificado obrigatoriamente por caracteres gravados no chassi ou no monobloco, reproduzidos em outras partes, conforme dispuser o CONTRAN.

§ 1º A gravação será realizada pelo fabricante ou montador, de modo a identificar o veículo, seu fabricante e as suas características, além do ano de fabricação, que não poderá ser alterado.

§ 2º As regravações, quando necessárias, dependerão de prévia autorização da autoridade executiva de trânsito e somente serão processadas por estabelecimento por ela credenciado, mediante a comprovação de propriedade do veículo, mantida a mesma identificação anterior, inclusive o ano de fabricação.

§ 3º Nenhum proprietário poderá, sem prévia permissão da autoridade executiva de trânsito, fazer, ou ordenar que se faça, modificações da identificação de seu veículo”.

O CONTRAN (Conselho Nacional de Trânsito), através da Resolução 282/2008, que estabelece critérios para a regularização da numeração de motores dos veículos registrados ou a serem registrados no País, dispõe que:

“Art. 7º Deverão ser imediatamente encaminhados à autoridade policial os veículos que apresentarem numeração de motor nas seguintes situações:

I – com a numeração em desacordo com o padrão do fabricante e que não atenda ao disposto no art. 6º;

II – com a numeração removida por qualquer tipo de processo constatados pela vistoria, ou ainda, formalmente devolvidos pela autoridade competente e recuperados em decorrência de furto ou roubo, que serão regularizados conforme as regras de gravação previstas nas alíneas “a” e “b” do art. 10;

III – com a numeração vinculada a veículo furtado ou roubado, exceto se a mesma constar na BIN para o veículo apresentado e se o fabricante informar que o mesmo foi

montado com aquele motor”.

Assentadas essas premissas, dá análise do caso em apreço entendo que não houve qualquer ato ilícito da parte do agente público responsável pelo Departamento de Trânsito de Mato Grosso do Sul, em Nova Andradina, pois ao verificar a possibilidade de adulteração adotou o procedimento aplicado nessas situações, qual seja, a comunicação à autoridade policial para as medidas cabíveis, entre elas: averiguar a necessidade de apreender o veículo, ouvir os envolvidas e realizar perícia para apurar os fatos.

Merece destaque ainda que em nenhum momento foi imputado ao apelante a prática de qualquer ilícito, conforme se extrai do Boletim de Ocorrência acostado às f. 23-28. Portanto, a cautela do apelado mostra-se legítima, não cabendo arcar com o pagamento de indenização por danos morais, pois agiu em estrito cumprimento de um dever.

No que tange a suspeita de adulteração, o testemunho de Wilhans Fernando da Silva esclareceu que a servidora responsável explicou a ele e ao apelante, em uma conversa reservada na sua sala, que foi impossível o vistoriador do órgão verificar com clareza o número do chassi do veículo e por tal razão surgiu a suspeita de adulteração, inclusive que é comum naquele Município receber veículos produtos de roubos/furtos que também possuem placas do Estado do Paraná, sendo que o procedimento é comunicar as autoridades policiais para averiguarem os fatos.

Assim, exauri-se o procedimento no Detran/MS e a Polícia Civil seguiu com o caso.

Destaca-se que a testemunha informou que após a perícia concluir que não havia adulteração e entregar o veículo ao apelante, foi necessário que ele providenciasse a remarcação do chassi para que o número ficasse nítido (04:07 – áudio f. 182-183). Logo, a comunicação as autoridades policiais não foi ilícita, agindo o apelado em estrito cumprimento de um dever para apurar eventual prática de adulteração, cuja suspeita foi devidamente fundada.

Nesse sentido a jurisprudência dos Tribunais:

*“APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. SUSPEITA DE ADULTERAÇÃO NO CHASSI DO VEÍCULO. APREENSÃO. EXERCÍCIO REGULAR DO PODER DE POLÍCIA NO PERÍODO. LAUDO PERICIAL. INEXISTÊNCIA DE VESTÍGIOS DE ADULTERAÇÃO. POSTERIOR ALIENAÇÃO PELO AUTOR. DANOS MORAIS, DANOS MATERIAIS E LUCROS CESSANTES. DESCABIMENTO. FALTA DE COMPROVAÇÃO. **Havendo suspeita de adulteração no chassi de veículo do autor, sua apreensão pelos prepostos dos réus para apurar suspeita de adulteração de chassi, não confirmada posteriormente pelo laudo pericial, não enseja, por si só, indenização por danos morais, materiais ou lucros cessantes, pois, conquanto tenha o demandante experimentado eventuais transtornos com a situação, a medida visava apurar ilícito penal, decorrendo do regular exercício do poder de polícia, ausente ainda prova das alegações da parte autora, que descumpriu com o ônus do inciso I do art. 333 do CPC, e que logo após a conclusão do laudo pericial alienou o veículo a terceiro. Precedentes TJRS. Apelação com seguimento negado. (Apelação Cível Nº 70062516331, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 17/11/2014). Grifei.***

*“APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO. TRANSFERÊNCIA DE AUTOMÓVEL. SUSPEITA DE ADULTERAÇÃO DE CHASSI AFASTADA. POSSIBILIDADE DE REGULARIZAÇÃO. Não se revela crível, apurada a inexistência de qualquer ilícito envolvendo o motor; seja obstada a regularização da situação do automóvel perante os órgãos de trânsito. Acolhimento do pedido no particular. **DANO MORAL. IMPOSSIBILIDADE. Uma vez inexistente o nexó de causalidade entre a ação ou omissão do Poder Público e o dano alegado, descabe conferir a indenização pleiteada, haja vista ter agido a administração pública no estrito cumprimento do dever legal. Expressivas estatísticas de crimes de furto e roubo de veículos no Estado que reforçam a necessidade de cautela. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME”.*** (TJ-RS - AC: 70058156886 RS, Relator: Laura Louzada Jaccottet, Data de Julgamento: 02/07/2014, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 14/07/2014). Grifei.

Nessa mesma esteira, decidiu o ilustre Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, nos autos do Resp n. 468.377/MG, *in verbis*:

“(...) Salvo casos de má-fé, a notitia criminis levada à autoridade policial para apuração de eventuais fatos que, em tese, constituam crime, em princípio não dá azo à reparação civil, por constituir regular exercício de direito, ainda que posteriormente venha a ser demonstrada à inexistência de fato ilícito”.

Quanto ao procedimento adotado, em que entender que no caso em apreço seria razoável a Polícia Civil ter deixado o veículo sob a custódia do autor até a realização da perícia, da análise dos autos consta que não houve abuso da autoridade policial, pois a perícia se deu em tempo razoável (45 dias) e, assim que constatada inexistência de adulteração no chassi, o bem foi restituído ao proprietário, conforme dispõe a Resolução SEJUSP/MS n. 525/2010, acostada às f. 78-82.

Assim, inexistente o nexó de causalidade entre a ação ou omissão do apelado e o dano alegado, não há como condena o DETRAN-MS ao pagamento de danos morais, já que agiu em estrito cumprimento de um dever legal de acordo com a legislação específica.

Portanto, não há que se falar em indenização por danos morais, pelo que merece desprovimento o apelo do autor.

Recurso Adesivo do DETRAN/MS

Por sua vez, insurge-se o apelante DETRAN/MS no tocante ao capítulo da sentença que julgou procedente o pedido de condenação em danos materiais no valor de R\$ 803,00, proveniente de despesas com reparo do veículo, cujos comprovantes estão acostados às f. 30-32.

Como se observa, o fato descrito na inicial para demonstrar o dano material foram os desgastes sofridos durante a apreensão:

“(...) No que se refere aos danos materiais, as notas fiscais anexas comprovam que o veículo Gol sofreu desgastes durante o tempo em que ficou apreendido e que foram necessários reparos na parte de mecânica e de lataria”. (f. 4).

O Código Civil institui que:

“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”

Logo, o depositário que tem veículo apreendido sob sua guarda é responsável por qualquer dano causado ao mesmo.

Verifico que o juízo singular não observou que tais fatos ocorreram durante o período em que citado veículo esteve apreendido e depositado em mãos da autoridade policial. Como se nota do depoimento da testemunha referenciada, o automóvel ficou na delegacia de polícia sob sol e chuva e por tal razão sofreu avarias (depoimento 07:45).

Por derradeiro, não há como imputar ao departamento de trânsito as avarias que o automóvel sofreu, já que o bem não estava sob os seus cuidados, ao reverso, estava sob a custódia da autoridade policial para a realização dos procedimentos de praxe, conforme se nota do registro de ocorrência, auto de depósito e auto de entrega (fls. 23-28). De forma que a apreensão do bem pela autoridade policial e sua conservação durante o tempo de custódia são fatos alheios às responsabilidades do órgão de trânsito apelante que apenas cumpriu seu dever de comunicar as autoridades.

Sendo assim, inexistente nexos causal entre o fato (comunicação à autoridade policial do resultado da vistoria em cumprimento de um dever) e o resultado lesivo (a Polícia Civil ter apreendido o carro e este ter sofrido avarias nesse período de guarda).

A pretensão indenizatória do autor por danos materiais, portanto, deve dirigir-se não ao DETRAN/MS - pois não foi quem teve a responsabilidade de manter sob guarda e depósito o veículo apreendido, mas a quem não zelou pelo bem enquanto este estava sob sua guarda, no caso a autoridade policial civil, o Estado.

Assim, merece reforma a sentença para excluir a condenação em dano material, pois inexistente o nexos causal entre o ato e o resultado e muito menos omissão por parte do apelante DETRAN/MS.

Diante do exposto, conheço do presente recurso de apelação e nego-lhe provimento, mantendo a sentença quanto a improcedência dos danos morais. Por outro lado, conheço do presente recurso adesivo e dou-lhe provimento para reformar a sentença recorrida com o fim de excluir a condenação em danos materiais. Em consequência, condeno o autor ao pagamento da totalidade dos honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor da causa e as custas judiciais, cuja exigibilidade fica sobrestada à luz do artigo 12 da Lei 1.060/50.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, não conheceram do agravo retido, negaram provimento ao recurso de Edilson Marreiro de Souza e deu provimento ao apelo de Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul - DETRAN/MS, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Campo Grande, 20 de outubro de 2015.

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0046426-43.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relatora Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE – MAJORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – FIXAÇÃO CONDIZENTE COM VALOR DAS BENFEITORIAS – TAXA DE FRUIÇÃO – LEGALIDADE – CÁLCULO SOBRE O VALOR ATUAL DO CONTRATO – MULTA MORATÓRIA – PERCENTUAL DE 20% – CONFORME JURISPRUDÊNCIA DESTES TRIBUNAL E DO STJ – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – COMPENSAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

O valor da indenização deve ser fixada de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, levando-se em conta o montante das benfeitorias realizadas pela parte.

Revela-se adequada a manutenção da taxa de fruição, no percentual de 0,5% sobre o valor atual do contrato, tendo o papel de remunerar o período em que o comprador utilizou-se do imóvel, sem estar cumprindo, em contrapartida, com as obrigações financeiras necessárias para tanto.

A multa moratória, no percentual de 20% (vinte por cento), é devida, não havendo falar em minoração de tal percentual.

Se cada parte restou vencida e vencedora na lide, ambas devem arcar com as despesas do processo na medida de sua sucumbência, bem como com os honorários do advogado da parte contrária, sendo certo que tal verba não pode ser compensada, uma vez que não pertence aos litigantes, e sim aos seus patronos.

Recurso conhecido e parcialmente provido.

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 maioria, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o revisor.

Campo Grande, 24 de novembro de 2015.

Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Sandro de Souza Nobrega, inconformado com a sentença proferida nos autos da ação de rescisão contratual c/c reintegração de posse e indenização por perdas e danos, movida por Hedge Prestadora de Serviços Ltda, apela a este Tribunal.

Aduz, em síntese, que o valor fixado a título de indenização deve ser majorado para o montante de R\$ 122.900,00 (cento e vinte e dois mil e novecentos reais), uma vez que o apelante realizou benfeitorias úteis, necessárias e voluptuárias, tendo construído uma casa e muro em volta do terreno.

Assevera que a multa moratória no percentual de 20% é abusiva e ilegal, devendo ser limitada em 2% sobre as prestações pagas, nos termos no artigo 52, §1º do Código de Defesa do Consumidor.

Sustenta que a taxa de fruição fixada em 0,5% sobre o valor do contrato configura enriquecimento ilícito da empresa apelada, sendo sua exclusão imperativa. Alternativamente, pede que a taxa de fruição seja calculada sobre o valor das parcelas pagas.

Alega que não é possível a compensação dos honorários advocatícios, em respeito ao artigo 23 da Lei nº 8.906/94.

Ao final, requer o provimento do recurso.

Contrarrazões pela manutenção da sentença.

VOTO (17.11.2015)

A Sra. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges. (Relatora)

Trata-se de apelação cível interposta por Sandro de Souza Nobrega, inconformado com a sentença de fls. 294/306 que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nos autos da ação de rescisão contratual c/c reintegração de posse e indenização por perdas e danos, movida por Hedge Prestadora de Serviços Ltda.

O dispositivo da decisão singular restou assim redigido, *in verbis* (fl. 305/306):

Destarte, em razão dos argumentos expostos, julgo em parte procedentes os pedidos formulados na inicial para declarar a rescisão do contrato celebrado entre as partes, determinar a reintegração da requerente na posse do imóvel objeto do referido contrato e condenar o requerido ao pagamento da multa de 20% sobre o valor das prestações pagas, além de indenizar a requerente em 0,5% do valor atualizado do contrato por mês pelo período que deixou de usufruir o imóvel (tendo como termo inicial a data em que o imóvel foi entregue ao requerido e incidência de correção monetária na forma estipulada no contrato desde a data de cada pagamento e dos juros de mora a contar da citação e a cada mês de acordo com a Taxa Selic, sendo que tais valores deverão ser descontados daqueles relativos às prestações pagas pelo requerido. A requerente deverá indenizar o requerido pelas benfeitorias apuradas no imóvel no valor de R\$ 66.000,00 com a incidência da correção monetária pelo IGP-M/FGV desde julho de 2013. Em relação aos valores a serem restituídos pela requerente ao requerido, somente incidirão os juros de mora pela Taxa Selic e a cada mês a contar do trânsito em julgado desta sentença, com a ressalva de que no período em que se aplicar a Taxa Selic não será cumulada com a correção monetária pelo IGP-M/FGV. Como houve sucumbência recíproca, cada parte arcará com 50% das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da condenação em atenção ao que dispõe o artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil, especialmente considerando a natureza, a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o serviço. Admitida a compensação na forma prevista no artigo 21, caput, do CPC. Conflito dirimido com resolução de mérito na forma prevista no artigo 269, I, do Código de Processo Civil.

Passo a analisar a sentença objeto deste recurso.

Do valor da indenização

Entende o apelante que o valor fixado a título de indenização, no montante de R\$ 66.000,00 (sessenta e seis mil reais) deve ser majorado, levando-se em consideração, para tanto, a realização de benfeitorias no imóvel pactuado entre as partes.

O recorrente era o promitente-comprador de lote localizado no Jardim Cristo Redentor, no qual edificou

“Residência em alvenaria rebocada e pintada interna e externamente, com piso cerâmico, forro de PVC, cobertura com telhas cerâmicas sobre estrutura de madeira, totalizando 64,64 m², piso cimentado externo (109,80 m²), além de parte dos muros de divisa (65 m). (fl. 178)

Desta feita, como resultado da perícia judicial encomendada pelo juízo singular, restou fixado o seguinte (fl. 182):

De acordo com o exposto no decorrer deste laudo, tem-se para as benfeitorias existentes no lote 26 da quadra 04, no Jardim Cristo Redentor, localizado na Rua Ernesto Antonio Figueiró, nº 188, nesta capital, um valor de aproximadamente, R\$66.00,00 (sessenta e seis mil reais), para julho de 2013, valor este já depreciado, tendo em vista o estado de conservação e o tempo decorrido desde a implantação das benfeitorias.

Assim, não há que se falar em majoração do valor supratranscrito, uma vez que se encontra em consonância com montante fixado através de perícia judicial.

Deve ser mantida a sentença singular, neste particular.

Da multa moratória

Em relação à multa moratória, entende o recorrente que deve ser minorada para o percentual de 2% (dois por cento), em respeito às disposições do Código de Defesa do Consumidor.

A multa prevista no contrato ora discutido era de 50% (cinquenta por cento), tendo sido reduzida pelo magistrado *a quo*, nos seguintes termos (fl. 301):

Em relação à multa pela rescisão do contrato, mostra-se razoável a sua redução para 20% do valor pago, especialmente para evitar o enriquecimento sem causa de uma das partes, o que, aliás, encontra apoio em precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

Entendo que a manutenção do percentual de 20% (vinte por cento) sobre o valor pago obedece aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, não havendo falar em diminuição de tal percentual, porquanto não se trata aqui de juros moratórios, mas sim de multa contratual, mantendo-se a decisão singular, neste tópico.

Da taxa de fruição

Alega o recorrente que é indevido o pagamento da taxa de fruição, uma vez que configura enriquecimento ilícito por parte da empresa ora apelada.

Porém, razão não lhe assiste.

Tem-se que a taxa de fruição tem o objetivo de remunerar o período em que o comprador utilizou-se do imóvel, sem estar cumprindo, em contrapartida, com as obrigações financeiras necessárias para tanto.

No caso em tela, restou comprovado que as partes firmaram instrumento particular de compra e venda de imóvel (fls. 26/28), no qual se pactuou o valor total do contrato em R\$ 48.148,90 (quarenta e oito mil, cento e quarenta e oito reais e noventa centavos), a ser pago em 112 parcelas de R\$ 429,90 (quatrocentos e vinte e nove reais e noventa centavos). De tais prestações, o recorrente pagou tão somente as de nº 001 a 009 e 012, dando ensejo, portanto, à rescisão contratual.

Nesta senda, o apelante foi devidamente notificado acerca da inadimplência, conforme atestam a notificação enviada através de carta registrada com aviso de recebimento (fl. 31), para o endereço do recorrente, bem como o edital de notificação publicado em jornal de grande circulação da capital (fl. 32).

O contrato prevê o seguinte (fl. 27):

Cláusula Oitava – Da Rescisão por Culpa do comprador: O descumprimento de quaisquer das cláusulas desse contrato pelo comprador poderá dar ensejo a rescisão do mesmo, que deverá ser denunciado mediante notificação via Correios, com AR – Aviso de Recebimento, ou por via editalícia a ser publicada em jornal de grande circulação.

Parágrafo Primeiro: A inadimplência de 02 (duas) ou mais parcelas, sucessivas ou alternadas, incluindo reembolso de IPTU e tarifas, do presente compromisso, dará ensejo à rescisão contratual por culpa do comprador, como também tornará automaticamente vencidas as demais parcelas do presente contrato, tornando-as líquidas e exigíveis.

Parágrafo Segundo: Em atendimento ao disposto no Art. 53 da Lei 8.078/90, obriga-se o vendedor, no caso da rescisão por culpa do comprador, seja ela por inadimplência ou pela quebra de quaisquer outra cláusula deste contrato, a devolver ao comprador, 50% (cinquenta por cento) das parcelas descritas na Cláusula Segunda deste contrato, que tiverem sido devidamente pagas, descontando todas as despesas do vendedor, e a taxa de aluguel (taxa de fruição e ocupação). (sic)

Desta feita, não há que se falar em ilegalidade na cobrança da taxa de fruição, sendo a manutenção de seu cálculo em 0,5% sobre o valor atualizado do contrato medida que se impõe.

Não é diverso o entendimento deste e. Tribunal de Justiça acerca da matéria, *in verbis*:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REIVINDICATÓRIA – PRELIMINAR DE JULGAMENTO EXTRA PETITA – AFASTADA – BENFEITORIAS E PAGAMENTO DE IPTU – DIREITO À RETENÇÃO ENQUANTO NÃO CONFIGURADA A MÁ-FÉ – BOA-FÉ CESSA QUANDO DA CITAÇÃO NA AÇÃO REIVINDICATÓRIA, QUANDO A PARTE TOMA CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA OPOSIÇÃO À SUA POSSE – TAXA DE FRUIÇÃO – 1% DO VALOR DO IMÓVEL A PARTIR DA CITAÇÃO – VALOR RAZOÁVEL E CONDIZENTE COM A REALIDADE – NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO. A imissão na posse deve ser condicionada à retenção pelas benfeitorias realizadas no imóvel pelo período em que a parte permaneceu na posse de boa-fé, mas a partir da citação na demanda reivindicatória, tem-se que a parte toma ciência da oposição à sua posse. A taxa de fruição no percentual de 1% representa valor razoável e condizente com a recente jurisprudência, aplicável ao tema. (Apelação Cível nº 0071965-16.2009.8.12.0001, Rel. Des. João Maria Lós, 1ª Câmara Cível, Julgado em 27.01.2015)

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE - PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - INADIMPLENTO DO PROMITENTE COMPRADOR - TAXA DE FRUIÇÃO -

CABIMENTO RECURSO PROVIDO. É devida a indenização a título de fruição do imóvel, no percentual de 1% ao mês sobre o valor de mercado do bem, como forma de aluguel pelo tempo em que o devedor permaneceu inadimplente até a data de sua devolução, conforme pedido expresso da parte. (Apelação Cível nº 0002549-57.2008.8.12.0045, Rel. Des. Eduardo Machado Rocha, 3ª Câmara Cível, Julgado em 02.12.2014)

*EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL. PRELIMINARES. AFASTADAS. ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA IGP-DI. AUSÊNCIA DE ABUSIVIDADE. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. INADMISSIBILIDADE. TABELA PRICE. APLICABILIDADE. ATUALIZAÇÃO DO DÉBITO ANTES DA AMORTIZAÇÃO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO NA FORMA SIMPLES. RESCISÃO CONTRATUAL EM RAZÃO DA INADIMPLÊNCIA. CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. TAXA DE FRUIÇÃO. 1% SOBRE O VALOR ATUALIZADO DO BEM. RECONVENÇÃO. EXTINTA SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. LITISPENDÊNCIA. ABUSIVIDADE NA FIXAÇÃO DO VALOR DO IMÓVEL. NÃO DEMONSTRADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Havendo previsão contratual de utilização do sistema da Tabela Price, esta pode ser aplicada, permitindo-se a atualização do débito antes da amortização, desde que excluída a capitalização mensal de juros. Prevista cláusula contratual que estabelece a utilização do IGP-DI como índice de correção das parcelas, não pode o Poder Judiciário, em face da ausência de desequilíbrio contratual e onerosidade excessiva superveniente para o consumidor, aplicar índice diverso do pactuado. Em caso de inadimplemento, a rescisão contratual é medida que se impõe. As prestações pagas pelo apelante serão devolvidas de uma única vez e de forma simples, sendo admitida, inclusive, a compensação de valores, conforme determinado na sentença. **É devido o pagamento de indenização pela fruição do bem a partir do momento em que o promitente comprador permanece no imóvel sem pagar as parcelas do financiamento.** (Apelação Cível nº 0062531-03.2009.8.12.0001, Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins, 1ª Câmara Cível, Julgado em 07.07.2015) (destaquei)*

Desta feita, mantenho a sentença, neste particular.

Da compensação de honorários advocatícios

Pretende o apelante que seja impossibilitada a compensação dos honorários advocatícios.

Entendo que razão lhe assiste.

Em que pese o conteúdo da Súmula 306 do Superior Tribunal de Justiça, bem como sua jurisprudência reiterada, reputo correto o entendimento segundo o qual, restando vencedores e vencidos na demanda, as despesas e os honorários advocatícios devem ser distribuídos proporcionalmente entre as partes litigantes, não se admitindo a compensação.

Isso porque, conforme a Lei nº 8.906/94, os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, constituindo verba de natureza alimentar.

Destarte, evidenciada a natureza alimentar da verba honorária, equiparável ao salário, resta impossibilitada a compensação de honorários advocatícios, merecendo reforma a decisão singular, neste ponto.

Em face do exposto, conheço do recurso, dando-lhe parcial provimento tão somente para excluir a compensação de honorários fixada pelo juízo singular, mantendo-se os demais termos da sentença invectivada.

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Revisor):

Rescisão contratual cumulada com reintegração de posse e indenização por perdas e danos ajuizada por Hedge Prestadora de Serviços Ltda.

Aduz, em síntese, que o valor fixado a título de indenização deve ser majorado para o montante de R\$ 122.900,00 (cento e vinte e dois mil e novecentos reais), uma vez que o apelante realizou benfeitorias úteis, necessárias e voluptuárias, tendo construído uma casa e muro em volta do terreno em questão.

Assevera que a multa moratória no percentual de 20% é abusiva e ilegal, devendo ser limitada em 2% sobre as prestações pagas, nos termos no artigo 52, §1º, do Código de Defesa do Consumidor.

Sustenta que a taxa de fruição fixada em 0,5% sobre o valor do contrato configura enriquecimento ilícito da empresa apelada, sendo sua exclusão imperativa. Alternativamente, pede que a taxa de fruição seja calculada sobre o valor das parcelas pagas.

Alega que não é possível a compensação dos honorários advocatícios, em respeito ao artigo 23 da Lei n. 8.906/94.

Ao final, requer o provimento do recurso.

A relatora, Desembargadora Tânia Garcia de Freitas Borges, deu parcial provimento ao recurso tão somente para excluir a compensação de honorários fixada pelo juízo singular.

O recurso não merece provimento.

Com efeito, consoante entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo, por ocasião do julgamento do Resp 963.528, “os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte.”

Assim, não há falar em impossibilidade de compensação.

Veja-se, a propósito, a ementa do julgado epigrafado:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. COMPENSAÇÃO. SÚMULA 306 DO STJ. TRIBUTÁRIO. MULTA FISCAL. REDUÇÃO. ALEGADO EFEITO CONFISCATÓRIO. SÚMULA 284 DO STJ. INAPLICABILIDADE DO CDC. DÉBITOS TRIBUTÁRIOS. MULTA MORATÓRIA. ART. 17 DO DECRETO 3.342/00. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO C. STF.

1. “Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte.” (Súmula 306, corte especial, julgado em 03/11/2004, DJ 22/11/2004)

2. O Código de Processo Civil, quanto aos honorários advocatícios, dispõe, como regra geral, que: “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.” “Art. 21. Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas.” 3. A seu turno, o Estatuto da OAB - Lei 8.906/94, estabelece que, in verbis:

“Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.”

“Art. 23. Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor.”

“Art. 24. A decisão judicial que fixar ou arbitrar honorários e o contrato escrito que os estipular são títulos executivos e constituem crédito privilegiado na falência, concordata, concurso de credores, insolvência civil e liquidação extrajudicial.

(omissis) § 3º É nula qualquer disposição, cláusula, regulamento ou convenção individual ou coletiva que retire do advogado o direito ao recebimento dos honorários de sucumbência.”

4. *A Lei nº 8.906/94 assegura ao advogado a titularidade da verba honorária incluída na condenação, sendo certo que a previsão, contida no Código de Processo Civil, de compensação dos honorários na hipótese de sucumbência recíproca, não colide com a referida norma do Estatuto da Advocacia. É a ratio essendi da Súmula 306 do STJ. (Precedentes: AgRg no REsp 620.264/SC, Rel. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (desembargador convocado do TJ/AP), Quarta Turma, julgado em 15/10/2009, DJe 26/10/2009; REsp 1114799/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 13/10/2009, DJe 28/10/2009; REsp 916.447/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 12/08/2008, DJe 29/09/2008; AgRg no REsp 1000796/BA, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 19/08/2008, DJe 13/10/2008; AgRg no REsp 823.990/SP, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 25/09/2007, DJ 15/10/2007; REsp 668.610/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 21/03/2006, DJ 03/04/2006)*

5. *“O artigo 23 da Lei nº 8.906, de 1994, não revogou o art. 21 do Código de Processo Civil. Em havendo sucumbência recíproca e saldo em favor de uma das partes é assegurado o direito autônomo do advogado de executar o saldo da verba advocatícia do qual o seu cliente é beneficiário.” (REsp nº 290.141/RS, Relator o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJU de 31/3/2003)*

6. *A redução da multa moratória para o percentual máximo de 2% (dois por cento), nos termos do que dispõe o art. 52, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, nesta parte alterado pela Lei nº 9.298/96, aplica-se às relações de consumo, de natureza contratual, atinentes ao direito privado, não incidindo sobre as sanções tributárias, que estão sujeitas à legislação própria de direito público. (Precedentes: REsp 904.651/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18/11/2008, DJe 18/02/2009; REsp 897.088/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 04/09/2008, DJe 08/10/2008; AgRg no Ag 1026229/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 17/06/2008, DJe 27/06/2008; REsp 665.320/PR, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 19/02/2008, DJe 03/03/2008)*

7. *A incidência da Súmula 284 do STF (‘É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia’) revela-se inarredável, acarretando a inadmissibilidade do recurso especial, quando o recorrente não aponta os dispositivos de lei supostamente violados, sequer desenvolvendo argumentação hábil à compreensão da controvérsia, como ocorre in casu, em relação ao alegado efeito confiscatório da multa imposta pelo Fisco.*

8. *O requisito do prequestionamento é indispensável, por isso que inviável a apreciação, em sede de recurso especial, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem, incidindo, por analogia, o óbice das Súmulas 282 e 356 do STF.*

9. *In casu, o art. 17, do Decreto 3.342/00, não foi objeto de análise pelo acórdão recorrido, nem sequer foram opostos embargos declaratórios com a finalidade de prequestioná-lo, razão pela qual impõe-se óbice intransponível ao conhecimento do recurso quanto ao aludido dispositivo.*

10. *Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008¹.*

Friso, consoante se extrai do entendimento supratranscrito, que a Lei n. 8.906/94 assegura ao advogado a titularidade da verba honorária incluída na condenação, sendo certo que a previsão contida no Código de Processo Civil, de compensação dos honorários na hipótese de sucumbência recíproca, não colide com a referida norma do Estatuto da Advocacia.

Assim, não há falar em reforma da sentença também neste ponto.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Conclusão de julgamento adiada para a próxima sessão, em razão do pedido de vista do vogal (Des. Divoncir), após a relatora dar parcial provimento e o revisor negar provimento ao recurso.

VOTO (24.11.2015)

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Vogal):

Pretende o apelante que seja impossibilitada a compensação dos honorários advocatícios.

Há divergência em relação a compensação dos honorários advocatícios, uma vez que a Relatora Des. Tânia rechaçou a compensação, visto que os honorários possuem natureza alimentar, enquanto que o revisor Des. Sergio admite a compensação, nos termos da Súmula n. 306 do STJ. Pois bem.

O art. 23 do Estatuto da Advocacia, estabelece que os honorários advocatícios incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este o direito autônomo para executar a sentença nesta parte.

Se assim é, não pode ser admitida a compensação dos honorários, justamente por ser verba autônoma, pertencente ao profissional da advocacia, que patrocina o direito da parte e deve ser retribuído pelo serviço prestado. Aliás, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante n. 85 em que assevera que os honorários advocatícios possuem verba de natureza alimentar.

Ressalta-se, por oportuno, que o Novo Código de Processo Civil, no qual entrará em vigor no mês de março de 2016, não admitirá a compensação, segundo o artigo 85, § 14 que reza “*Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial*”.

Isto posto, acompanho a Relatora Des. Tânia para dar parcial provimento ao apelo a fim de rechaçar a compensação de honorários.

¹ REsp 963.528/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Corte Especial, julgado em 02/12/2009, DJe 04/02/2010

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Relatora, Exma. Sra Relator, Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges.

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

Campo Grande, 24 de novembro de 2015.

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0059932-23.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relatora Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE USUCAPIÃO – PRELIMINARMENTE – JUNTADA DE DOCUMENTO NOVO – AFASTADA – MÉRITO – USUCAPIÃO ESPECIAL CONSTITUCIONAL – ARTIGO 183 DA CARTA MAGNA – IMÓVEL COM MAIS DE 250 M² – IMPOSSIBILIDADE – ALTERNATIVAMENTE – USUCAPIÃO ORDINÁRIA – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS CARACTERIZADOS DA PRESCRIÇÃO AQUISITIVA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

A juntada de novos documentos, em sede recursal, só é possível em situações excepcionais, devendo estar acompanhada de justificativas para a falta de apresentação anterior.

Em possuindo o imóvel área de 300 m², não há que se falar em caracterização da usucapião especial constitucional.

Nem há que se reconhecer a ocorrência de usucapião ordinária, quando o lastro probatório não comprova os requisitos necessários para o reconhecimento da prescrição aquisitiva.

Recurso conhecido e não provido.

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, 24 de novembro de 2015.

Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Jandira Cayres Dias, inconformada com a sentença proferida nos autos da ação de usucapião especial urbana, movida em desfavor de Alady Souza Nogueira, apela a este Tribunal.

Pede, preliminarmente, que o documento anexado ao recurso seja recebido, uma vez que é novo, obtido tão somente após a sentença.

No mérito, assevera que, *“ainda que o pedido inicial tenha sido fundamentado equivocadamente na regra constitucional da usucapião, estão presentes todos os requisitos para que possa haver a apreciação do pedido em sua forma ordinária”*.

Alega que restam preenchidos os requisitos contidos nos artigos 1.238 do Código Civil e 941 e 945 do Código de Processo Civil.

Sustenta que houve posse mansa e pacífica do imóvel por mais de trinta anos, conforme documentos juntados aos autos.

Ao final, requer o provimento do recurso.

Em contrarrazões a apelada requer a manutenção da sentença de primeira instância.

VOTO

A Sra. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges. (Relatora)

Trata-se de apelação cível interposta por Jandira Cayres Dias, inconformada com a sentença de fls. 179/183 que julgou improcedentes os pedidos formulados nos autos da *Ação de usucapião especial urbana*, que moveu contra Alady Souza Nogueira.

O dispositivo da decisão singular restou assim redigido, in verbis (fl.S. 182/183):

Diante do antes exposto julgo improcedente o pedido e decreto a extinção do feito, firma na previsão do artigo 269, I do CPC.

Custas pela autora que também suportará honorários aqui arbitrados em R\$800,00 (oitocentos reais), cuja a exigibilidade fica condicionada à hipótese do art. 12 da Lei 1060/50.

Passo a analisar a sentença objeto deste recurso.

Da juntada de novos documentos em fase recursal

Inicialmente, mister esclarecer que a juntada de documentos novos em fase recursal, só é autorizada em casos excepcionais, porque não amparada pelo crivo do contraditório. Veja o disposto, a esse respeito, nos artigos 397 e 517, do CPC:

Art. 397. É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapor-los aos que foram produzidos nos autos.

Art. 517. As questões de fato, não propostas no juízo inferior, poderão ser suscitadas na apelação, se a parte comprovar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior.

Dito isso, verifico que a apelante, em preliminar de mérito, apresenta novas provas (fls. 194/196), tratando-se de documento de resposta da concessionária de energia elétrica, contendo informações sobre o imóvel o qual a recorrente pretende usucapir.

Alega que o documento, ainda que requerido em 26 de maio de 2011, só foi obtido em 10 de novembro de 2014, após, portanto, a prolação da sentença, e por isso sua juntada deve ser acolhida e seu conteúdo analisado por esse Juízo.

Entretanto, não se vislumbra no presente caso nenhuma das hipóteses previstas nos dispositivos susos elencados, o que por certo não permite o conhecimento dos documentos juntados tardiamente pelo requerido, em grau de recurso, razão pela qual devem ser desconsiderados nos autos.

Nesse sentido, trago julgados da Corte Superior:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ÁGUA E ESGOTO. AÇÃO DE COBRANÇA. ARTIGOS 458, 535 E 557 DO CPC. VIOLAÇÃO INOCORRENTE. JUNTADA DE DOCUMENTOS EM SEDE DE APELAÇÃO. NÃO-ENQUADRAMENTO NAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 397 DO CPC. SÚMULA 07/STJ. 1. Não há negativa de prestação jurisdicional quando Tribunal de origem adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia, apenas não acolhendo a tese da recorrente. 2. A jurisprudência desta Corte tem entendido ser possível a juntada de documentos aos autos, mesmo em fase recursal, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados na inicial, o que, consoante assentado pelo acórdão de origem, não é o caso dos autos. A revisão de tal entendimento esbarra no óbice da Súmula 07/STJ. 3. O alegado dissídio jurisprudencial não se encontra devidamente comprovado, porquanto não se vislumbra similitude fática entre os acórdão confrontados. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp: 1346610 MS 2012/0204654-3, Relator: Ministro Benedito Gonçalves, Data de Julgamento: 23/04/2013, T1 - Primeira Turma, Data de Publicação: DJe 29/04/2013)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ÁGUA E ESGOTO. AÇÃO DE COBRANÇA. ARTIGOS 458, 535 E 557 DO CPC. VIOLAÇÃO INOCORRENTE. JUNTADA DE DOCUMENTOS EM SEDE DE APELAÇÃO. NÃO-ENQUADRAMENTO NAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 397 DO CPC. SÚMULA 07/STJ. 1. Não há negativa de prestação jurisdicional quando Tribunal de origem adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia, apenas não acolhendo a tese da recorrente. 2. A jurisprudência desta Corte tem entendido ser possível a juntada de documentos aos autos, mesmo em fase recursal, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados na inicial, o que, consoante assentado pelo acórdão de origem, não é o caso dos autos. A revisão de tal entendimento esbarra no óbice da Súmula 07/STJ. 3. O alegado dissídio jurisprudencial não se encontra devidamente comprovado, porquanto não se vislumbra similitude fática entre os acórdão confrontados. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp: 1346610 MS 2012/0204654-3, Relator: Ministro Benedito Gonçalves, Data de Julgamento: 23/04/2013, T1 - Primeira Turma, Data de Publicação: DJe 29/04/2013)

Como se vê, não há como acolher a pretensão recursal da apelante com base nos documentos agora juntados, uma vez que não se trata de documento novo ou impossível de ter sido apresentado em momento anterior à prolação da sentença, durante a instrução processual, motivo pelo qual não o recebo.

Da usucapião

Alega a recorrente que, ainda que o bem a ser usucapido tenha mais de 250 m², e que o pedido inicial tenha sido calcado na hipótese prevista no artigo 183 da Constituição Federal, o Juízo pode analisar o caso sob forma ordinária, cuja previsão encontra-se no artigo 1.238 do Código Civil.

Entendo que razão não lhe assiste.

Inicialmente, faz-se necessário fixar que, independentemente da modalidade de usucapião, devem estar presentes três requisitos essenciais: tempo exigido; posse qualificada; bem como presença de *animus domini*.

Assim, tem-se que o artigo 183 da Carta Magna prevê o seguinte:

Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta 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.

De fato, através de simples análise da matrícula nº 14.386, da 2ª Circunscrição de Registro de Imóveis desta Capital, tem-se que o imóvel objeto dos presentes autos possui superfície de 300,00 m² (trezentos metros quadrados), área superior, portanto, àquela prevista para a hipótese de usucapião especial urbana. Tal fato, por si mesmo, faz com que o pedido pleiteado na presente demanda seja considerado improcedente.

Esse é o entendimento deste e. Tribunal, conforme arestos abaixo colacionados:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE IMISSÃO NA POSSE – PROPRIEDADE REGULARMENTE CONSTITUÍDA – POSSE EXERCIDA IRREGULARMENTE PELOS RÉUS – TESE DEFENSIVA DE USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA E USUCAPIÃO ORDINÁRIA – METRAGEM SUPERIOR A 250M² – TEMPO DE POSSE NÃO PROVADO – AUSENTE REQUISITO DE ÂNIMO DE DONO – CIÊNCIA PELOS OCUPANTES DA PRECARIEDADE DE SUA POSSE – RECURSO IMPROVIDO. Comprovada a propriedade dos lotes de terreno mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis competente, impõe-se o deferimento do pedido de imissão na posse formulado pelo adquirente. Não tendo os requeridos demonstrado o preenchimento dos requisitos exigidos para usucapião especial urbana e usucapião ordinária, não há como se acolher a tese de prescrição aquisitiva. (Apelação Cível nº 0003630-71.2011.8.12.0001, Rel. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, 2ª Câmara Cível, Julgado em 30.06.2015)

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE USUCAPIÃO CONSTITUCIONAL – PETIÇÃO INICIAL INDEFERIDA POR CARÊNCIA DA AÇÃO – RÉU AINDA NÃO CITADO – OPORTUNIDADE PARA MANIFESTAÇÃO DESTA DESCABIDA – AUSÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO NESTA FASE PROCESSUAL – INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DESNECESSÁRIA – IMÓVEL COM ÁREA SUPERIOR A 250 M² – FALTA DE INTERESSE PARA AGIR COM FUNDAMENTO NO ART. 183 DA CF – EXTINÇÃO DO PROCESSO – RECURSO DESPROVIDO. Se a petição inicial foi indeferida antes da citação do réu, não cabe dar-lhe oportunidade para ele responder ao recurso. O indeferimento da petição inicial da ação de usucapião não representa interesse público que justifique a intervenção ministerial, só necessária depois da citação do réu, para velar pela regularidade do processo. Não tem interesse para, com fundamento no art. 183 da Constituição Federal (ou art. 1.240, Código Civil/03), reclamar usucapião constitucional, cujo tempo de posse é mais curto, aquele que se encontra em poder de imóvel cuja área seja superior a 250 m². (Apelação Cível nº 0015432-03.2010.8.12.0001, Rel. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, 5ª Câmara Cível, Julgado em 08.09.2011)

Além disso, ainda que se falasse em considerar a hipótese de usucapião ordinária, não restou comprovado o lapso temporal necessário para a espécie, qual seja, dez anos.

Conforme bem explicitado pelo magistrado *a quo* (fl. 182):

Não bastasse isso, a autora não trouxe qualquer prova que confirme a alegada posse e o lapso temporal de sua ocupação.

Tem-se, então, que a autora não cumpriu com os requisitos essenciais para a declaração do domínio por usucapião, nos termos do fundamento apresentado para tanto e, por isso, o caso é a rejeição do pedido é medida que se impõe.

O lastro probatório no presente caso é deveras frágil. Não foram trazidos aos autos documentos comprobatórios do pedido pleiteado; sequer foram ouvidas testemunhas que pudessem ancorar o direito da recorrente. Tal foi a despreocupação em instruir adequadamente o processo que, através do documento de fl. 162, a parte requereu o julgamento da lide no estado em que se encontrava.

Ainda, de acordo com o parecer apresentado pelo *parquet* (fl. 177):

A requerente alega que, ainda que não preenchidos os requisitos para a usucapião especial constitucional, restaria caracterizada a usucapião ordinária prevista no artigo 1.242 do Código Civil.

(...)

Esta modalidade de usucapião exige, além dos requisitos genéricos, a presença de justo título e posse por dez anos, caso contrário não há sua configuração.

Nessa senda, os documentos e informações encartadas nos autos não demonstram a existência de justo título do imóvel, tão pouco comprovam o transcurso do lapso temporal da posse da requerente sobre o imóvel, pois o histórico de consumos juntado na inicial (p. 23/25) não é prova suficiente para deferimento do pedido.

Ademais, não havendo como saber o lapso temporal da posse, não há o que se falar em enquadramento em nenhuma modalidade de usucapião, pois todas exigem como requisito genérico o transcurso de determinado prazo para sua configuração.

Em face do exposto, conheço do recurso interposto por Jandira Cayres Dias, porém lhe nego provimento para manter incólume a douda sentença de primeiro grau.

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, Exma. Sra. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 24 de novembro de 2015.

1ª Câmara Cível
Apelação n. 0803022-52.2012.8.12.0018 - Paranaíba
Relatora Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – USUCAPIÃO – POSSIBILIDADE DE ALIENAÇÃO DE BENS DOMINICAIS – ART. 101 DO CÓDIGO CIVIL – IMÓVEL FINANCIADO PELA AGEHAB – QUITAÇÃO – DESCARACTERIZAÇÃO DE BEM PÚBLICO – REQUISITOS PARA A AQUISIÇÃO PRESCRITIVA – NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Havendo lei prévia autorizando a desafetação do bem público, bem como diante da quitação do financiamento do imóvel outorgada pela autarquia, não há que se falar em bem público, haja vista a descaracterização ocorrida.

Os requisitos para a caracterização da aquisição prescritiva carecem de instrução adequada para sua comprovação.

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 da Relatora, com o parecer.

Campo Grande, 3 de novembro de 2015.

Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Ivoneide Machado de Oliveira, inconformada com a sentença proferida nos autos da ação de usucapião, movida em desfavor da Sebastião dos Santos e de Rozalina Batista dos Santos, apela a este Tribunal.

Alega, em síntese, que a COHAB - Companhia de Habitação Popular de Mato Grosso do Sul, firmou com os apelados um compromisso de compra e venda do imóvel objeto da presente demanda, no ano de 1988.

Aduz que adquiriu o referido imóvel, em 27/05/1999, por meio de contrato de compra e venda, pelo qual os apelados cederam os direitos sobre o bem.

Sustenta que desde a aquisição exerce a posse mansa, pacífica e ininterrupta sobre o imóvel, tendo quitado-o na data de 20/10/1999.

Segundo a apelante, mediante o termo de quitação emitido pela AGESUL (f. 44), os direitos patrimoniais sobre o imóvel foram transferidos para o particular, razão pela qual o imóvel deixou de ser considerado bem público, embora o ente estatal ainda figure como proprietário na matrícula do imóvel.

Assevera que o artigo 101, do Código Civil, admite a alienação de bens dominicais, na forma da lei, bem como que a pretensão da apelante encontra-se em conformidade com a jurisprudência deste Tribunal, conforme julgados transcritos.

Ao final, requer o provimento da apelação, para o fim de que seja declarado o domínio da apelante sobre o imóvel usucapiendo, expedindo-se mandado ao Cartório de Registro de Imóveis desta Comarca, bem como a condenação da parte apelada ao pagamento de custas e despesas processuais, e honorários de sucumbência.

O Ministério Público manifestou-se às f. 151-156, pelo improvimento do recurso.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 162-168, pelo provimento da apelação.

A Agência Estadual de Gestão e Empreendimentos – AGESUL - apresentou suas contrarrazões às f. 175-201.

VOTO

A Sra. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges. (Relatora)

Trata-se de recurso de apelação, interposto por Ivolneide Machado de Oliveira, inconformada com a sentença proferida pelo juízo da 1^a Vara Cível da Comarca de Paranaíba, nos autos da Ação de Usucapião, movida em face de Sebastião dos Santos e de Rozalina Batista dos Santos, em que foi julgado extinto o feito, sem resolução de mérito, com fulcro no art. 267, VI, do CPC, por ter entendido o juízo *a quo* que o imóvel usucapiendo trata-se de bem público, insuscetível de usucapião.

A meu ver, o recurso merece parcial provimento.

A sentença recorrida restou assim redigida:

“Ivolneide Machado de Oliveira ajuizou a presente Ação de Usucapião em face de Sebastião dos Santos e Rozalina Batista dos Santos, pretendendo usucapir o imóvel urbano localizado no Lote 05, da Quadra 10, do Loteamento denominado Conjunto Habitacional Bairro Santa Rita de Cássia, matriculado sob o n. 6.957.

Narra que adquiriu o imóvel em 27.05.199 dos requeridos por meio de contrato de compra e venda e, desde então, encontra-se na posse dele, razão pela qual requer a procedência da ação.

Determinada a emenda à inicial, o autor inseriu a Agência Estadual de Gestão de Empreendimentos- Agesul no pólo passivo, vez que o imóvel encontra-se registrado em seu nome.

Devidamente citada, a Agesul apresentou contestação às fls. 83/95, alegando, preliminarmente, que o imóvel descrito na inicial não pode ser objeto de usucapião por ser bem público. Apontou, ainda, ilegitimidade de parte para ser substituída pela Agehab.

Réplica às fls. 12/125.

Parecer do Ministério Público às fls. 127/129.

É o relatório. Decido.

Conforme narrado, pretende a autora usucapir o imóvel urbano localizado no Lote 05, da Quadra 10, do Loteamento denominado Conjunto Habitacional Bairro Santa Rita de Cássia, matriculado sob o n. 6.957. Ocorre que o imóvel que a requerente pretende usucapir se encontra em nome da AGESUL que, posteriormente, foi repassado por incorporação à AGEHAB, nos moldes da Lei Estadual nº 2.575/202, artigo 3º, § 1º (f. 97).

Como se sabe, a Agehab é autarquia estadual, autarquia estadual integrante da administração indireta do Poder Executivo, dotada de personalidade jurídica de direito público, cujo objetivo é “promover estudo dos problemas da habitação popular em todo o Estado de Mato Grosso do Sul e a execução de programas de construção de unidades residenciais para aquisição da casa própria”, consoante termos do artigo 1º, da Lei 2.575/202.

Nos termos do artigo 183, § 3º, da Constituição Federal é vedada a aquisição de bens públicos por meio de usucapião: “os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião”.

No mesmo sentido, está o artigo 102 do Código Civil: “os bens públicos não estão sujeitos a usucapião”.

Nesse proceder, merece ser acolhida a preliminar arguida, uma vez que a usucapião pressupõe que o bem seja capaz de ser alienado.

Sobre o assunto, o TJMS assim decidiu:

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO - BEM PÚBLICO DA AGEHAB - AUTARQUIA ESTADUAL - NÃO SUJEITOS A USUCAPIÃO - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Se o imóvel que se pretende usucapir encontra-se em nome da loteadora CDHU/MS e, conforme legislação vigente, tais bens foram incorporados à AGESUL e posteriormente, a AGEHAB, por certo que é tido como bem público não sujeito a usucapião. A natureza pública dos recursos investidos no Sistema Financeiro de Habitação transforma em pública a própria natureza do bem adquirido com este, vedando-lhe possibilidade de usucapião, a teor do que dispõe o § 3º do art. 183 da Constituição Federal.” (TJMS, Apelação Nº 0045216-54.2012.8.12.0001, Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, in DJ de 5 de dezembro de 2013).

Dessa forma, sendo os bens públicos insuscetíveis de aquisição por usucapião, reconhecida é a impossibilidade jurídica da pretensão da autora.

Ante o exposto, julgo extinto o feito sem resolução de mérito, com fundamento no art. 267, inciso VI, do CPC.

De consequência, condeno a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 1.200,00, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, cuja exigibilidade fica suspensa por ser beneficiária da justiça gratuita.

Decorrido o prazo recursal, providencie as baixas de estilo e archive-se.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.”

Pois bem. Em que pese o fato do imóvel usucapiendo estar registrado em nome da AGESUL, autarquia estadual que posteriormente foi sucedida pela AGEHAB, tem-se que não deve ser considerado como bem público em razão da quitação outorgada pela autarquia, conforme documento juntado às f. 44.

Nos termos do artigo 101, do Código Civil, “*Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências legais.*”

No caso vertente, verifica-se que o imóvel usucapiendo, no ano de 1988, foi financiado junto à Companhia de Habitação Popular de Mato Grosso do Sul - COHAB-MS, posteriormente incorporada pela AGESUL, pelas pessoas de Sebastião dos Santos e Rosalina Batista dos Santos (f. 17-21), que por sua vez, em maio de 1999, firmaram um contrato de compra e venda com a apelante (f. 10-11), pelo qual foram transferidos os direitos sobre o imóvel.

Constata-se que, em sequência, no mês de outubro de 1999, a AGESUL emitiu um “termo de quitação” do imóvel, em razão da liquidação antecipada do financiamento (f. 44).

Portanto, havendo lei prévia autorizando a desafetação do bem público, bem como diante da quitação do financiamento do imóvel outorgada pela autarquia, não há mais que se falar em bem público, haja vista a descaracterização ocorrida.

Nesse sentido:

“APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO USUCAPIÃO - ALIENAÇÃO BEM PÚBLICO - OBSERVÂNCIA LEI DESAFETAÇÃO - AUTORIZADA VENDA - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.’ (...) Portanto, se o bem imóvel em questão foi alienado em observância a lei de desafetação e oportunamente quitado, não há mais se falar em bem público, por força da própria lei que autorizou a venda, embora o ente público ainda figure como proprietário no registro de imóveis. (Relator(a): Des. Joenildo de Sousa Chaves; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; Data do julgamento: 02/05/2012; Data de registro: 25/05/2012)”

“EMENTA-APELAÇÃO CÍVEL-USUCAPIÃO-POSSIBILIDADE DE ALIENAÇÃO DE BENS DOMINICAIS - ART. 101 DO CÓDIGO CIVIL - EXISTÊNCIA DE CONTRATO PARTICULAR DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - COMPROVAÇÃO DE QUITAÇÃO DO IMÓVEL QUE PODERÁ ENSEJAR A DESCARACTERIZAÇÃO DE BEM PÚBLICO - NÃO FRUIÇÃO DA PRESCRIÇÃO AQUISITIVA ANTE A PENDÊNCIA DE CONDIÇÃO SUSPENSIVA - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA ANULAR A SENTENÇA DE EXTINÇÃO E DETERMINAR O RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA REGULAR PROCESSAMENTO.’ (Relator(a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data do julgamento: 28/04/2011; Data de registro: 11/05/2011)”

“APELAÇÃO CÍVEL - USUCAPIÃO - PRELIMINARES DE FALTA DE INTERESSE RECURSAL, NULIDADE DA SENTENÇA, POR CERCEAMENTO DE DEFESA, E ILEGITIMIDADE PASSIVA - REJEITADAS - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - MATÉRIA DE MÉRITO - AGEHAB - IMÓVEL DESAFETADO E QUITADO POR PARTICULAR - DESNECESSIDADE DA LAVRATURA DE ESCRITURA PÚBLICA PARA COMPROVAÇÃO DA NATUREZA PRIVADA - OBSERVÂNCIA AOS REQUISITOS DA USUCAPIÃO - SENTENÇA MANTIDA Revela-se o interesse recursal quando a parte resta condenada, inclusive, ao pagamento de honorários advocatícios. Segundo entendimento pacífico do STJ, “só haverá nulidade por cerceamento de defesa, nos termos do art. 398 do CPC, se demonstrado prejuízo decorrente de ter o órgão julgador baseado a decisão diretamente nos documentos não contraditados.” Se, na hipótese de ser julgada procedente a ação de usucapião, a condenação dirigir-se-á contra o ente público, uma vez que o seu nome consta do registro imobiliário, aquela parte deve apresentar-se no polo passivo da demanda. A pretensão à aquisição pela usucapião de imóvel urbano regularmente loteado e quitado pelo anterior possuidor não pode ser obstada sob o argumento de que, pelo fato de o promitente-comprador não ter lavrado a escritura pública

e a transcrito no registro de imóveis, trata-se de bem público, uma vez que o registro é mera formalidade, neste caso, já que, consoante reconhecido pela própria apelante, a área não mais pertence ao domínio público. (Relator(a): Des. Claudionor Miguel Abss Duarte; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 4ª Câmara Cível; Data do julgamento: 22/10/2013; Data de registro: 04/12/2013)

Pelo exposto, merece reforma a sentença vergastada para o fim de afastar a qualificação do imóvel usucapiendo como bem público, entretanto, não merece acolhimento o pedido para que seja reconhecida a aquisição pela usucapião, porquanto os demais requisitos para a aquisição prescritiva ainda carecem de instrução adequada para a sua comprovação.

Por todo o exposto, conheço do recurso de apelação e dou-lhe parcial provimento para o fim de determinar o retorno dos autos ao juízo de origem, para regular processamento do feito, e posterior julgamento de mérito.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora, com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Relator, o Exmo. Sr. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges.

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

Campo Grande, 03 de novembro de 2015.

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0800032-75.2014.8.12.0032 - Deodápolis
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – SERVIDOR EXONERADO – CARGO COMISSIONADO – DIREITO À VERBAS ORDINÁRIAS – ART. 39, § 3º/CF – RECURSO DESPROVIDO.

Servidor público detentor de cargo comissionado faz jus a todas as verbas previstas no art. 39, § 3º da Constituição Federal, restando em flagrante enriquecimento ilícito o não pagamento àquele que tenha sido devidamente exonerado do cargo.

Recurso 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, 10 de novembro de 2015.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Município de Deodápolis interpõe recurso de apelação, irresignado com a sentença proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Deodápolis que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nos autos da ação de cobrança c/c indenização por danos morais ajuizada por Maria do Rosário Pereira Calado.

Defende que a relação estabelecida entre as partes é de direito administrativo, portanto, descabida a violação ao art. 333, II do Código de Processo Civil, não tendo nada a ser provado pelo Poder Público Municipal.

Sustenta inexistir comprovação de que a requerente exerceu a atividade em todos os meses do ano de 2012, portanto, ausente qualquer fundamento à pretensão ao décimo terceiro salário.

Por fim, pugna pelo provimento do recurso para que seja julgada improcedente a ação.

Contrarrazões pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Município de Deodápolis interpõe recurso de apelação, irrisignado com a sentença proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Deodápolis que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nos autos da ação de cobrança c/c indenização por danos morais ajuizada por Maria do Rosário Pereira Calado.

Segundo consta, a autora foi admitida em 14/09/2006 para ocupar o cargo comissionado de Assessor I na Prefeitura Municipal de Deodápolis, tendo sido exonerada em 02/01/2013.

Não tendo havido o pagamento da remuneração relativa ao mês de dezembro de 2012, 13º salário referente ao ano de 2012, duas férias vencidas, férias proporcionais e adicional sobre férias, ajuizou a presente ação no intuito de obter tais valores, acrescentando a pretensão indenizatória por dano moral.

Intimada a manifestar-se, a Prefeitura alegou o descabimento da concessão de qualquer tutela antecipada em face da administração (f. 59-60).

Em sede de contrarrazões, argumentou:

“III (sic) - Do Mérito (fato extintivo, modificativo e impeditivo)

Inicialmente cabe esclarecer que de o fato da autora possuir crédito com o município devido a irresponsabilidade do antigo administrador em não realizar o pagamento da folha de dezembro, bem como o décimo terceiro do ano de 2012.

O salário de dezembro de 2012 e o décimo terceiro salário era de responsabilidade do antigo gestor; contudo, o mesmo infligiu a Lei de Responsabilidade Fiscal onde sequer empenhou a folha de pagamento, deixando dolosamente a encargo de seu sucessor.

Mesmo com toda a dificuldade financeira do Município, a atual gestora se comprometeu em pagar o salário de dezembro, décimo terceiro bem como os eventuais direitos que os exonerados tivessem.

Contudo, a situação econômica do município é muito mais delicada do que parecia ser, ou seja, logo de início foram sequestrados R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) reais para saldar o valor das contribuições previdenciárias (GFIP s de dezembro e o 13º 2012), logo mais adiante em maio teve que restituir aos cofres públicos a quantia de R\$ 19.454,00 (dezenove mil quatrocentos e cinquenta e quatro reais) irregularidades no programa PROJOVEM ao tribunal de contas da União em razão de não prestação de contas da assistência social e, em agosto e setembro foram sequestrados R\$ 479.831,41 (quatrocentos e setenta e nove mil oitocentos e trinta e um reais e quarenta e um centavos) para saldar precatórios, mais uma vez pelos desmandos do ex-prefeito que preteriu dolosamente a ordem de pagamento de precatório antecipando o valor de mais de R\$ 4 milhões de reais.

Diante dos argumentos supra tem-se que o ex-prefeito não seguiu os devidos procedimentos que a Lei de Responsabilidade (art. 42) exige no que se refere a restos a pagar, simplesmente jogou a responsabilidade para seu sucessor.

Oportuno destacar a boa-fé do Requerido em honrar com os pagamentos em atraso, ou seja, os servidores efetivos, bem como alguns comissionados exonerados receberam, ainda que de forma parcelada, as verbas em discussão.

Assim Excelência, o Requerido não está se escusando a pagar o que deve, porém na situação em que se encontra resta-se impossibilitado de cumprir com o acordo realizado no início da gestão. Em decorrência disso deve o pleito do autor ser julgado improcedente, tendo em vista que não há litígio, o que conseqüentemente não impõe ao Requerido o ônus de eventuais custas e honorários.

III - Do Dano Moral:

O pleito de dano moral deve ser totalmente rejeitado, pois demonstra interesse em enriquecimento ilícito por parte da Autora, isso porque o cargo comissionado como é de conhecimento geral, é de livre nomeação e exoneração.

Outrossim, como dito, o Requerido não está se esquivando de pagar o que deve, e em momento algum procedeu em atos que fossem capazes de provocar abalo a moral da Autora.

Ainda, importante frisar que as verbas a qual a autora faz jus não foram pagas puramente por falta de dinheiro à administração pública ante a crise econômica que enfrenta, em momento algum por escusa ou arbitrariedade do município.

Assim, frisa-se que o requerimento de indenização por supostos danos morais causados nada mais é do que almejar enriquecimento ilícito, devendo, portanto, ser julgado improcedente.

VI - Da antecipação de tutela

No presente caso não estão presentes os pressupostos que são capazes de conceder os efeitos da tutela antecipada contra a fazenda pública conforme estabelece a Lei 9494/97, se for deferida haverá julgamento antecipado do feito.”

O magistrado, por sua vez, julgou parcialmente procedente nos seguintes termos:

“Dispositivo.

Posto isso, julgo, com fulcro no art. 269, I, do CPC, com resolução do mérito, parcialmente procedentes os pedidos formulados por Maria Rosário Pereira Calado, nesta demanda ajuizada em face de Município de Deodápolis, para:

- condenar o requerido ao pagamento de valor correspondente as férias de 2012, não gozadas, acrescidas do terço constitucional; do décimo terceiro salário, referente ao ano de 2012 e o salário referente ao mês de dezembro de 2012, referidos valores serão apurados por simples cálculo aritmético.

Referidos valores serão restituídos nos termos do art. 1º-F, da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/2009, ou seja, serão acrescidos dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de Poupança.”

De modo sucinto, este é o fato posto sob análise.

Em que pese as razões delineadas no apelo, tenho que não merecem prosperar.

Consoante é possível observar em sua contestação, o Município reconhece os fundamentos do pedido da inicial, contudo, pauta-se na falta de orçamento público e na irresponsabilidade da administração anterior como suficiente a carrear a improcedência da ação.

Se o fato tornou-se incontroverso, o afastamento da responsabilidade do Poder Público Municipal somente poderia advir da comprovação de fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do autor, nos termos do art. 333, II do Código de Processo Civil, ônus do qual não desincumbiu-se o apelante.

Pretender em sede recursal discutir o preenchimento dos requisitos para a concessão das verbas salariais pleiteadas, em especial relativa ao décimo terceiro salário, revela-se conduta totalmente despropositada da parte, não eximindo-se de deveres instrumentais unicamente em razão de sua qualidade, notadamente a atenção ao princípio da eventualidade.

Ademais, é de se observar que muito embora o juízo sentenciante tenha exposto em suas razões de decidir a questão da nulidade de contratações temporárias (e o direito a verbas em tais situações), e o apelante aproveitado a discussão em seu recurso, a hipótese sequer refere-se as contratações temporárias do art. 37, IX da Constituição Federal, sendo caso de autora que pleiteia verbas decorrentes do cargo em comissão que desempenhava e teria sido devidamente exonerada, portanto, fazendo jus as verbas nos termos do art. 39, §3º da Constituição Federal.

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. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 10 de novembro de 2015.

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0801218-34.2011.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO – “POSSE-MORADIA” – ART. 1.238, PARÁGRAFO ÚNICO DO CÓDIGO CIVIL – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS (POSSE *AD USUCAPIONEM*, TEMPO, MORADIA) – RECURSO DESPROVIDO.

Preenchidos os requisitos legais para a declaração do usucapião extraordinário por posse-moradia (posse *ad usucapionem*, tempo, moradia), deve ser declarada a aquisição da propriedade imóvel, nos termos do art. 1.238, parágrafo único do Código Civil.

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 e com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 13 de outubro de 2015.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Emygdio Rosa (Espólio) interpõe recurso de apelação, irresignado com a sentença proferida pelo Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Dourados que julgou procedente o pedido formulados nos autos de ação de usucapião extraordinário ajuizado por Edenice Teixeira Lima.

Sustenta o equívoco na valoração das provas juntadas aos autos, não sendo verdadeira a afirmação de que a apelada detém a posse do imóvel desde o ano 2000, posto que consta informação dada por seu marido nos autos de ação penal no ano de 2003, devidamente colacionada nos autos, de que residia em local diverso do imóvel objeto desta ação.

Defende que em outra ação criminal movida em face do cônjuge da apelada, referente ao crime de furto de material de construção que foi posteriormente depositado no imóvel sob discussão, tem-se por crível admitir que a invasão ocorreu após o derradeiro fato criminoso, havido no ano de 2008.

Aduz que há prova testemunhal indicando que a posse ocorreu entre os anos de 2007 e 2008.

Por fim, pugna pelo provimento do recurso para que seja julgada improcedente a ação.

Contrarrazões e parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, pugnando pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Emygdio Rosa (Espólio) interpõe recurso de apelação, irresignado com a sentença proferida pelo Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Dourados que julgou procedente o pedido formulados nos autos de ação de usucapião extraordinário ajuizado por Edenice Teixeira Lima.

Segundo consta, a apelada ajuizou ação para ver declarada a ocorrência de usucapião sobre a posse do imóvel que alegou ter desde o ano de 2000.

Após a instrução, em especial com a produção de prova testemunhal, o magistrado julgou procedente a ação para reconhecer a prescrição aquisitiva e, por derradeiro, declarar a aquisição do domínio pela autora

De modo sucinto, este é o fato posto sob análise.

Em que pese as razões delineadas no apelo, tenho que não merecem prosperar.

A apelada requer a declaração da ocorrência do usucapião extraordinário por posse-moradia definido no parágrafo único do art. 1.238 do Código Civil, nos seguintes termos:

“Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.”

Nos autos, restou comprovada a posse-moradia da autora, sendo o termo inicial da prescrição aquisitiva alegado em consonância com as provas confrontadas na demanda, em especial o apontamento de testemunhas e o pagamento de débitos relativos ao imóvel no ano de 2004 (f. 49), portanto, anterior ao ano de 2008 pelo qual os apelantes defendem que a posse teria efetivamente iniciada.

Também consigna-se a inexistência de interrupção ou oposição na posse da apelada.

Ademais, observa-se na razões de apelo mera indicação de fatos desconexos e que em nada contribuem para a solução da questão referente ao termo inicial da posse, preocupando-se os apelantes apenas em relatar demandas criminais envolvendo aquele que seria o companheiro da apelada, sem apresentar nada de concreto para a desconstituição do direito pleiteado.

Dessa forma, deve a sentença ser mantida por suas razões:

“A requerente ingressou com a presente ação objetivando obter o domínio de um imóvel descrito na inicial, de propriedade de Emygdio Rosa, embasando seu pedido na posse continuada, mansa e pacífica sua sobre o imóvel.

Conceitua-se usucapião como uma forma originária de aquisição da propriedade através da posse continuada, durante certo espaço de tempo, com a observação dos requisitos em lei estabelecidos.

Trata-se de ação de usucapião extraordinária, que encontra previsão legal no art. 1238 do Código Civil, que estabelece:

Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Certo é que o prazo de quinze anos é exigido apenas para o possuidor que não tenha estabelecido a sua moradia habitual, ou que não esteja utilizando o imóvel para realização de obras de caráter produtivo.

De acordo com as provas dos autos, a autora têm por moradia o imóvel usucapiendo.

Compulsando-se os autos constata-se que ela logrou comprovar a contento que detêm a posse mansa, pacífica e ininterrupta do imóvel pelo menos desde aproximadamente o ano de 2000.

Outrossim, cumpre ainda ressaltar que, pelas provas trazidas, assim como as evidências reunidas tanto nesta demanda como na ação de imissão de posse em apenso, restou evidenciado é que os requeridos, assim como seu antecessor, já falecido, e em nome de quem encontra-se registrado o imóvel, já não mais exercem a posse do imóvel desde o ano de 1972.

Aliás, esse fato foi afirmado pelos próprios requeridos, ao reconhecerem que apenas em abril de 2011 procederam o cancelamento do contrato de compromisso de compra e venda averbado à margem da matrícula do imóvel. Ora, não parece razoável que apenas em 2011, ou seja, quase 40 anos após o compromisso de compra e venda, e mais de 37 anos após a alegada inadimplência do compromissário comprador - já que o pagamento deveria ser feito em 30 (trinta) parcelas, ou seja, findando-se no fim do ano de 1974 - e ainda após o intento da presente ação de usucapião, foi que os herdeiros se deram conta de que o imóvel ainda lhes pertencia com base em uma suposta inadimplência. Outrossim, sob qualquer âmbito que se queira focar eventual nulidade, ou rescisão contratual, estaria presente a preclusão consumativa dos direitos dos requeridos, embora sequer seja necessária qualquer manifestação neste prisma.

No que tange especificamente aos requisitos para a prescrição aquisitiva do imóvel pela autora, tenho que restaram satisfatoriamente demonstrados.

Isso porque, segundo colhe-se dos autos, a posse da autora iniciou-se aproximadamente no ano de 2000, conforme restou comprovado pelo depoimento unânime das testemunhas ouvidas em juízo.

Conforme afirmou a testemunha Ramiro Francisco Soares (fls. 166) “ela mora lá desde 2000 ou 2001”.

No mesmo sentido, foi categórica a testemunha Luzinete Roque Mendes que disse que “a autora vive no imóvel desde 2002 ou 2001”.

Assim, o lapso temporal exigido para a prescrição aquisitiva pela modalidade da usucapião extraordinária se iniciou aproximadamente no ano de 2000, e se efetivou aproximadamente no ano de 2.010, de modo que quando ingressou com a presente ação o lapso temporal necessário já havia sido atingido.

Dessa forma, a requerente comprovou o lapso temporal superior ao exigido pelo parágrafo único do art. 1238 do Código Civil.

Por oportuno, é bom que se enfatize que a autora cumpriu com seu ônus, já que demonstrou suficientemente o fato constitutivo de seu direito. Em contrapartida, os requeridos não demonstraram suas alegações conforme lhes cabia nos termos do que determina o inciso II do art. 333 do CPC, não se desincumbindo de demonstrar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito daquela.

Aliás, considerando as evidências constantes dos autos, que deixam claro que os requeridos já não exercem a posse sobre o imóvel desde a formalização do contrato de compromisso de compra e venda realizado com o Srº Rudiberto de Barros, e não tendo eles comprovado o contrário, é possível presumir que já não exercem a posse sobre o imóvel desde aproximadamente o ano de 1972. Assim, ainda que não fosse suficiente, por si só, o período em que a autora mantém pessoalmente a posse sobre o imóvel, conforme suficientemente comprovado, se considerada a sua posse somada com a de seus antecessores, conforme permite o art. 1.243 do Código Civil, é em muito superior ao lapso temporal exigido.

Como se nota, restou evidente pelos depoimentos testemunhais colhidos que a autora exerce a posse sobre o imóvel, por lapso temporal suficiente ao exigido para a prescrição aquisitiva por usucapião, ou seja, de forma ininterrupta, agindo como dona e em nome próprio, e que nunca souberam de ninguém que tivesse reclamado deles a posse ou a propriedade do imóvel.

Ressalte-se ainda, que a perda da posse dos requeridos por longo período de tempo, possibilita também a conclusão de que a posse de todos os possuidores, ou seja, da autora e também de seus antecessores, impõe o reconhecimento do tempo suficiente para a prescrição aquisitiva pelo usucapião.

Assim, ainda que os requeridos tentem a todo custo demonstrar que a requerida tivesse ingressado no imóvel apenas no ano de 2008, o certo é que não demonstraram suas alegações em momento oportuno.

Destarte, além de desprovida de qualquer prova contundente a afirmativa dos requeridos nesse sentido, a mesma é ainda rechaçada pelos documentos de fls. 49 e 50, onde resta evidente que já no ano de 2004 a autora renegociou dívida de IPTU correspondente ao imóvel, o que corrobora as demais provas constantes nos autos e que a favorecem.

Enfim, embora, na realidade, esteja quase que estampada a intenção tanto de uma (autora) quanto de outra parte (requerida) em obter vantagem, o fato é que nos autos a parte autora logrou maior êxito em produzir as provas que lhe favoreceram. Por outro lado, os requeridos deixaram de produzir as provas no momento oportuno, trazendo novas alegações em sede de alegações finais, o que é inaceitável, mormente porque tais fatos não podem ser considerados como fatos novos, já que preexistentes ao ingresso dessa demanda, de modo que poderiam ter sido alegados pelos requeridos durante a instrução do feito, momento oportuno para tanto.

Nesse prisma, a decisão deve se pautar tão somente nos fatos e provas existentes nestes autos.

Desse modo, ficou então demonstrado que a autora detém a posse do imóvel em questão, fazendo uso do mesmo para moradia, de sorte que, ao caso se aplica o prazo de dez anos estabelecido no parágrafo único do art. 1238, verbis:

O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Por outro lado, tendo decorrido mais de dois anos desde a entrada em vigor do atual Código Civil, não se aplica o acréscimo de dois anos previsto no art. 2.029 do Código Civil, de modo que, para fazer jus ao direito de propriedade, deve a autora comprovar a posse pelo prazo de dez anos.

Esse prazo, conforme visto nos depoimentos das testemunhas antes mencionadas, foi satisfatoriamente comprovado.

Diante disso, é de se declarar a propriedade da autora sobre o imóvel descrito, porquanto preencheu o prazo legal para sua aquisição pela usucapião.

Ante o exposto e por tudo o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE o pedido contido na petição inicial, para o fim de declarar a propriedade da autora Adenice Teixeira Lima sobre o imóvel determinado pelo lote nº 14 (quatorze) da quadra nº 30 (trinta), do loteamento denominado “Jardim Ouro Verde”, matriculado no CRI desta comarca sob nº 71.301, com área de 400,00 m² (quatrocentos metros quadrados), dentro dos seguintes limites e confrontações: norte, 12,50 metros com a Rua Corumbá; ao sul, 12,50 metros com parte do lote nº 18; a leste, 32,00 metros com o lote nº 15; a oeste, 32,00 metros com o lote nº 13.

Preenchidos todos os requisitos necessários (posse *ad usucapionem* + tempo + moradia habitual), correta a decisão que declarou o usucapião.

Diante todo o exposto, conheço do recurso e, de acordo com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, nego-lhe provimento para manter incólume a sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 13 de outubro de 2015.

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0801761-42.2014.8.12.0031 - Caarapó
Relator Designado Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MEDIDAS DE PROTEÇÃO – ECA – ATRIBUIÇÃO DO CONSELHO TUTELAR – NÃO CABIMENTO DE PROVIDÊNCIAS JUDICIAIS – ESTUDO PSICOSSOCIAL REALIZADO APÓS AJUIZAMENTO DA AÇÃO – DESNECESSIDADE DE ATUAÇÃO JUDICIAL – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA SUPERVENIENTE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Conquanto o Judiciário renda obediência ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, observa-se ser da intenção do legislador o fortalecimento do Conselho Tutelar como forma de evitar a proliferação de demandas judiciais, de modo que a proteção integral da criança e do adolescente não possa restar obstaculizada pelas deficiências do judiciário nacional, mormente a morosidade processual, conclusão extraída dos artigos 136, incisos, e art. 262 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ausente qualquer estudo psicossocial junto a inicial, a determinação de sua elaboração pelo juízo e posterior constatação de que as medidas necessárias à hipótese comportam acompanhamento e atuação direta do Conselho Tutelar terminam por configurar a impossibilidade jurídica superveniente da pretensão do Parquet.

Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria e contra o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º Vogal, vencido o Relator.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2015.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator Designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

O Ministério Público Estadual interpõe recurso de apelação, objetivando a reforma da sentença que nos autos da Ação de Medida de Proteção extinguiu o processo, ao argumento de que cabe privativamente ao Conselho Tutelar e ao CREAS realizar o acompanhamento do menor. Alega o recorrente, em suma, que as atribuições conferidas ao Conselho Tutelar não excluem a legitimidade de outros órgãos para promover a proteção de crianças e adolescentes. Assenta que a teor do art. 146 do ECA, “*A autoridade a que se refere esta Lei é o Juiz da Infância e da Juventude, ou o Juiz que exerce essa função, na forma da Lei de Organização Judiciária local*”. Logo, não há qualquer plausibilidade em se afirmar que tais medidas são de competência exclusiva do Conselho Tutelar. Ao final, pugna pelo provimento do recurso, determinando-se o regular prosseguimento do feito.

Sem contrarrazões.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento do recurso.

VOTO (EM 24.11.2015)

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Estadual, objetivando a reforma da sentença que nos autos da Ação de Medida de Proteção extinguiu o processo respectivo, ao entendimento de que cabe privativamente ao Conselho Tutelar e ao CREAS realizar o acompanhamento de menor de idade.

Como se vê do contido nos autos, o Ministério Público ajuizou a presente ação protetiva em favor do menor J. L. de O. dos S., em face da evidenciada situação de risco por não estar frequentando a escola, ser dependente químico, bem como pela omissão de seus genitores.

Como relatado, o juízo *a quo* extinguiu o processo respectivo e determinou “*remessa de cópia do referido pedido e da presente decisão para o Conselho Tutelar, para que este providencie o devido acompanhamento e providências que o caso requer, asseverando mais uma vez que a competência do Poder Judiciário cinge-se a medidas outras que não este tipo de acompanhamento*”.

Insurge-se o apelante alegando, em suma, que as atribuições conferidas ao Conselho Tutelar não excluem a legitimidade de outros órgãos para promover a proteção de crianças e adolescentes. Assenta que a teor do art. 146 do ECA, “*A autoridade a que se refere esta Lei é o Juiz da Infância e da Juventude, ou o Juiz que exerce essa função, na forma da Lei de Organização Judiciária local*”. Logo, não há qualquer plausibilidade em se afirmar que tais medidas são de competência exclusiva do Conselho Tutelar.

Pois bem.

Com efeito, em que pese não desconheça ser atribuição do Conselho Tutelar aplicar a medidas de proteção previstas no art. 101, I, a VII, assim como aquelas previstas no art. 129, I a VII, ambos do ECA, conforme disposição contida no art. 136 do Estatuto da Criança e do Adolescente, isso, por si só, não afasta realmente a legitimidade de outros órgãos para promover a tutela de crianças e adolescentes.

Além do mais, embora o ECA tenha conferido ao Conselho Tutelar a possibilidade de aplicar medidas protetivas em favor das crianças e adolescentes, isso, por si só, a meu juízo, não retira do Poder Judiciário o dever de atuação, quando instado a assegurar o superior interesse do adolescente ante a situação de risco detectada.

A Carta Magna de 1988 garante que “*A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*” (art. 5º, XXXV), razão pela qual não cabe a extinção do feito sob as alegações de que o Conselho Tutelar também teria atribuição para a aplicação de medidas e de que não haveria necessidade do ajuizamento do feito.

Como bem ponderou o ilustre Procurador de Justiça, *verbis*:

“A atuação do Conselho Tutelar se desenvolve em caráter administrativo, nos limites traçados pela legislação pertinente. Todavia, nos casos em que sua atuação se esgota sem atingir as finalidades propostas, o dever de agir recai sobre o Poder Judiciário para proteger os interesses de crianças e adolescentes. (...) Inclusive, a legislação infraconstitucional prevê a possibilidade da atuação de ofício pela autoridade judicial, incumbindo a esta o poder de investigar os fatos e ordenar as providências necessárias, desde que ouvido o Ministério Público”. (f.99).

A jurisprudência não foge deste entendimento:

“APELAÇÃO CÍVEL. MEDIDA DE PROTEÇÃO POSTULADA AO NÚCLEO FAMILIAR DE INFANTE. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. CONCESSÃO DE GUARDA PROVISÓRIA. DEVIDO PROCESSO LEGAL. ARTIGOS 24; 101, §3º; 155 E SEGUINTE DO ECA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DEVER DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. 1) Em que pese o ECA tenha conferido ao Ministério Público e ao Conselho Tutelar a possibilidade de aplicar medidas protetivas em favor das crianças e adolescentes, na forma dos artigos 136 e 201, isso não retira do Poder Judiciário o dever de atuação, quando instado a assegurar o superior interesse do adolescente ante a situação de risco detectada. 2) Hipótese em que há pedido de destituição do poder familiar que necessariamente deve observar o devido processo legal, pois a instauração do procedimento contencioso próprio a que aludem os artigos 24, 101, § 3º e 155 e seguintes do ECA resguardam o superior interesse da criança envolvida. Sentença desconstituída”. (TJRS - Processo: AC 70051839223 RS Relator(a) Ricardo Moreira Lins Pastl).

Portanto, resta evidente a inadmissibilidade da sentença ter extinguido o processo sob a alegação de competência exclusiva do Conselho Tutelar para aplicação das medidas de proteção ao menor, conforme formulado na exordial.

Ante o exposto, com o parecer, conheço e dou provimento ao presente recurso para tornar insubsistente a sentença recorrida, determinando, assim, o retorno dos autos para seu regular prosseguimento.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 15/12/2015 em face do pedido de vista do 1º vogal (des. Vladimir), após o relator dar provimento ao recurso. O 2º vogal aguarda.

VOTO (EM 17.12.2015)

O Sr. Vladimir Abreu da Silva. (1º Vogal)

Pedi vista dos autos para melhor análise do mérito do recurso.

O voto do relator tornou insubsistente a sentença do magistrado que declarou a competência do conselho tutelar para adoção das medidas protetivas ao adolescente, nos termos do art. 136, I do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Todavia, tenho por discordar da conclusão apresentada.

Segundo consta, o *parquet* ajuizou a presente ação em razão de notícias de que o adolescente estaria em situação de risco por falta de frequência escolar, e em razão de ser dependente químico.

Recebendo a inicial, o magistrado determinou a realização de estudo psicossocial com as menores.

Relatórios apresentados, foi proferida sentença onde o magistrado concluiu pela absoluta impossibilidade jurídica superveniente do pedido, posto que as medidas necessárias não dependem de decisão judicial, mas acompanhamento e providências do Conselho Tutelar.

De modo sucinto, este é o fato posto sob análise.

Analisadas as razões de apelo, tenho que não merecem prosperar.

A situação não representa ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, tanto que o magistrado recebeu a inicial e determinou a realização de relatório psicossocial, mas descabimento de providências judiciais ante a constatação que as circunstâncias que permeiam o caso concreto devem receber a atenção e acompanhamento do Conselho Tutelar.

Ademais, não se está diante de situação que exija medidas estranhas ao referido órgão, ou mesmo de sua inexistência ou ineficiência na localidade. Ao que se constata dos autos, ele é atuante na Municipalidade.

A investigação psicossocial, consoante determinada pelo juízo, se tivesse precedido o ajuizamento da ação certamente levaria o *parquet* a ilação da desnecessidade da atuação judicial, resolvendo-se o imbróglio no âmbito administrativo do conselho tutelar.

Na falta de tais informações, o magistrado determinou a realização do relatório social, que concluiu:

A) Relatório Social nº 221/2014 (f. 35-339):

“V – Parecer Social

Com base no conjunto de informações expostas na síntese social e em observações realizadas durante a interação com os sujeitos que fazem parte da realidade estudada, depreende-se que o adolescente apresentava bom comportamento até o momento em que estabeleceu relação de amizade com adolescentes com condutas questionáveis, bem como quando do início do conflito intrafamiliar que certamente influenciou de forma negativa seu comportamento, visto que já perdura a algum tempo, e é justamente com o genitor, a referência masculina do adolescente.

O estudo social aponta, no momento, alternativas no intuito de contribuir com o trabalho já iniciado pela rede socioassistencial, quais sejam: a) inclusão/participação do genitor do adolescente no Serviço de Proteção e Atendimento Especializado à famílias e indivíduos ofertados pelo CREAS, afim de promover uma aproximação entre pai e filho; b) a possibilidade de inserção no mercado de trabalho de forma legal, ou seja, de acordo com as peculiaridades da idade, garantindo o acesso à escola; visto a insistência do mesmo em permanecer trabalhando; c) possibilidade de acesso a projeto de ensino para jovens e adultos assim que alcançar a idade mínima.”

Nesta esteira, o Estatuto da Criança e do Adolescente é enfático:

“Art. 136. São atribuições do Conselho Tutelar:

I - atender as crianças e adolescentes nas hipóteses previstas nos arts. 98 e 105, aplicando as medidas previstas no art. 101, I a VII;

II - atender e aconselhar os pais ou responsável, aplicando as medidas previstas no art. 129, I a VII;

III - promover a execução de suas decisões, podendo para tanto:

a) requisitar serviços públicos nas áreas de saúde, educação, serviço social, previdência, trabalho e segurança;

b) representar junto à autoridade judiciária nos casos de descumprimento injustificado de suas deliberações.

IV - encaminhar ao Ministério Público notícia de fato que constitua infração administrativa ou penal contra os direitos da criança ou adolescente;

V - encaminhar à autoridade judiciária os casos de sua competência;

VI - providenciar a medida estabelecida pela autoridade judiciária, dentre as previstas no art. 101, de I a VI, para o adolescente autor de ato infracional;

VII - expedir notificações;

VIII - requisitar certidões de nascimento e de óbito de criança ou adolescente quando necessário;

IX - assessorar o Poder Executivo local na elaboração da proposta orçamentária para planos e programas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente;

X - representar, em nome da pessoa e da família, contra a violação dos direitos previstos no art. 220, § 3º, inciso II, da Constituição Federal;

XI - representar ao Ministério Público para efeito das ações de perda ou suspensão do poder familiar, após esgotadas as possibilidades de manutenção da criança ou do adolescente junto à família natural.

XII - promover e incentivar, na comunidade e nos grupos profissionais, ações de divulgação e treinamento para o reconhecimento de sintomas de maus-tratos em crianças e adolescentes”

Conquanto o Judiciário renda obediência ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, observa-se ser da intenção do legislador o fortalecimento do Conselho Tutelar como forma de evitar a proliferação de demandas judiciais, de modo que a proteção integral da criança e do adolescente não possa restar obstaculizada pelas deficiências do judiciário nacional, mormente a morosidade processual. Reforça a conclusão o seguinte dispositivo do Estatuto Menorista:

“Art. 262. Enquanto não instalados os Conselhos Tutelares, as atribuições a eles conferidas serão exercidas pela autoridade judiciária.”

Diante o exposto, divirjo do relator, negando provimento ao recurso para manter incólume a sentença objurgada.

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (2º Vogal)

Acompanho o voto do 1º Vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria e contra o parecer, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2015.

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0027907-88.2010.8.12.0001 – Campo Grande
Relator Juiz Jairo Roberto de Quadros

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INVENTÁRIO – HOMOLOGAÇÃO DE PARTILHA – FATOS E DOCUMENTOS NÃO APRESENTADOS EM PRIMEIRA INSTÂNCIA – INOVAÇÃO RECURSAL – ADVOGADO COM PODERES – INVENTARIANTE LEGALMENTE NOMEADA SEM REJEIÇÃO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

1. De acordo com o art. 517 da Lei Processual, é proibida a inovação em sede recursal, ou seja, a parte não pode suscitar questões de fato novas, salvo se provar que não apresentou no juízo inferior por motivo de força maior.

2. Se os herdeiros conferem poderes ao causídico, não revogam o mandato conferido e não impugnam a inventariança, não há razão para anular a sentença homologatória que partilhou em quinhões iguais os bens inventariados.

3. Qualquer discussão acerca da possível existência de uma pré divisão dos bens iniciada pela extinta ainda em vida, considerando a afirmação de desconhecimento da herdeira/inventariante, teria de ser submetida às vias ordinárias, em consonância com o art. 984 do CPC, por se tratar de questão de alta indagação que necessita de ampla dilação probatória, inclusive com oitiva de testemunhas e depoimentos para o fim de perscrutar acerca da legitimidade dos documentos apresentados no recurso.

4. Se o inventário tramitou normalmente, sem qualquer objeção dos herdeiros, e tendo a inventariante cumprido com suas obrigações legais, verifica-se que procedimentalmente não havia qualquer impedimento para homologação do esboço de partilha apresentado.

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 aos recursos.

Campo Grande, 1 de dezembro de 2015.

Juiz Jairo Roberto de Quadros – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Acyr Vaz Guimarães Junior e João Vaz Guimarães interpõem apelação cível contra a sentença proferida pelo Juiz da Vara de Sucessões desta Capital, que, nos autos do inventário de bens deixados pela falecida Laurinda de Freitas Cayres, homologou a partilha conforme plano apresentado pela inventariante, Alair Vaz Guimarães, extinguindo o feito com resolução de mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC.

Sustentam que não foram intimados para dizerem sobre a concordância com o esboço da partilha apresentado pela inventariante, mesmo havendo indícios de divergência entre os herdeiros.

Aduzem que a procuradora dos herdeiros “*não agiu com ética e lealdade perante seus patrocinados*” (fl.298), vez que atuou em estrito interesse da inventariante.

Mencionam que o apelante João Vaz Guimarães já havia revogado verbalmente a procuração conferida à causídica, mas esta, dotada de má-fé, esquivou-se, “*vindo às pressas a protocolar o esboço de partilha*” (fl.299), conferindo o substabelecimento sem reservas de poderes à nova patrona do herdeiro João apenas após a sentença homologatória.

Defendem a existência de uma partilha preexistente, onde a inventariante receberia parte menor da área rural, em razão de ter usufruído por dez anos do bem, contudo “*a inventariada ora doadora veio a falecer dias antes de assinar a escritura de doação*” (fl.299).

Enfatizam que a partilha deve ocorrer conforme plano proposto pela inventariada quando ainda em vida, de modo que, ante a discordância dos herdeiros ora apelantes, não há acordo e, por consequência, não deveria haver homologação.

Trazem documentos no intuito de corroborar as alegações e culminam por pedir o provimento do recurso para o fim de ser anulada a sentença, reconhecendo-se a partilha preexistente como válida.

Contrarrazões da recorrida, refutando a documentação colacionada no apelo e arguindo que a partilha foi realizada em quinhões iguais para os três herdeiros. Quanto à prestação de contas salienta que será apresentada em ação pertinente, em vista das despesas que ainda têm com o espólio. Pugna, ao final, pela manutenção da sentença homologatória.

VOTO

O Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Trata-se de apelação interposta por João Vaz Guimarães e Acyr Vaz Guimarães Júnior, inconformados com a sentença homologatória de partilha de bens deixados por Alair Vaz Guimarães Stoner.

Os recorrentes insurgem-se quanto aos quinhões que lhes sobrevieram com a sentença, alegando e trazendo ao recurso fatos e documentos novos não apresentados na primeira instância.

Postulam, assim, a nulidade do *decisum* que homologou a partilha dos bens.

Destaco, de início, que a insurgência expendida no arrazoado trata-se de insofismável inovação recursal.

Mister se faz ressaltar que da teoria geral dos recursos exsurge a proibição de inovar, ou seja, a parte não pode trazer, em sede recursal, questões de fato novas, salvo se provar que não apresentou no juízo primevo por motivo de força maior. Este é, aliás, o conteúdo do artigo 517 do Diploma Processual Civil:

“*Art. 517. As questões de fato, não propostas no juízo inferior, poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior*”.

Em comentário a este dispositivo legal, segue lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

“Proibição de inovar. Por inovação entende-se todo elemento que pode servir de base para a decisão do tribunal, que não foi arguido ou discutido no processo, no procedimento de primeiro grau de jurisdição (Fasching. ZPR, n. 1721, p. 872). Não se pode inovar no juízo de apelação, sendo defeso às partes modificar a causa de pedir e o pedido (nova demanda)” (Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 13ª ed. São Paulo: RT, 2013. p. 1029).

À evidência, os recorrentes levantam questionamentos que em momento algum foram submetidos à apreciação do magistrado de primeiro grau.

Destacam uma série de alegações para imputar má-fé à advogada que patrocinava os seus interesses, ao argumento de que a mesma estaria agido em detrimento aos direitos dos recorrentes para favorecer a inventariante/herdeira.

Ora, foram os próprios apelantes quem conferiram poderes à causídica (fls. 05 e 20). Durante todo o trâmite processual, não esboçaram qualquer interesse em substituir a advogada que os representou, vindo a alegar tal situação apenas no presente recurso. Aliás, os instrumentos procuratórios possuíam inclusive poderes específicos, habilitando à prática de todos os atos do processo.

Ademais, não houve demonstração de contrariedade aos atos praticados pela referida profissional, tanto é que não se apresentou revogação do mandato e tampouco houve constituição de outro para assumir o patrocínio da causa, consoante autoriza o art. 44 da Lei Processual.

Ou seja, mesmo tendo à disposição a possibilidade de revogar o mandato conferido à causídica ou, ainda, a de constituição de novo patrono, os recorrentes assim não o fizeram, vindo a arguir pretensas acusações tão somente neste apelo.

Outrossim, defendem a preexistência de uma partilha de bens deixada pela *de cujus*, em que a herdeira/inventariante deveria ficar com um quinhão menor da área rural.

Não se afasta a possibilidade de existência de uma divisão de bens realizada pela extinta ainda em vida, contudo, fato é que os recorrentes não levaram tal matéria a conhecimento do sentenciante, o que implica dizer que não tinham interesse em aproveitar o eventual esboço deixado pela inventariada.

Verifica-se que o pedido de inventário se deu aos 06/05/10 e a sentença homologatória foi proferida em 16/07/14. Neste interstício, aliás, expressivo lapso temporal, não houve apresentação de qualquer documento concernente à referida divisão realizada pela falecida.

Entrementes, ao se depararem com a sentença que homologou de forma equânime o imóvel rural, apresentaram documentos que supostamente teriam participação da inventariada, onde constaria que a herdeira-inventariante ficaria com fração menor do referido bem imóvel.

Ocorre que, qualquer discussão acerca da possível existência de uma pré divisão dos bens iniciada pela extinta, considerando a afirmação de desconhecimento da apelada/inventariante, teria de ser submetida às vias ordinárias, por se tratar de questão de alta indagação, que necessitaria de ampla dilação probatória, inclusive com oitiva de testemunhas e depoimentos para o fim de perscrutar acerca da legitimidade dos documentos apresentados no presente recurso, em consonância com o disposto no art. 984 do Código de Processo Civil, *verbis*:

“Art. 984. O juiz decidirá todas as questões de direito e também as questões de fato, quando este se achar provado por documento, só remetendo para os meios ordinários as que demandarem alta indagação ou dependerem de outras provas.”

À propósito, a jurisprudência dos Tribunais Pátrios:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – INVENTÁRIO – DISCUSSÃO ACERCA DAS DOAÇÕES FEITAS EM VIDA PELO DE CUJUS A UM DOS HERDEIROS-FILHOS – DEVER DE COLAÇÃO – QUESTÃO DE ALTA INDAGAÇÃO – REMESSA DA QUESTÃO ÀS VIAS ORDINÁRIAS – INTELIGÊNCIA DO ART. 984 DO CPC – AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.” (TJRS - Agravo de Instrumento nº 70064071921, Sétima Câmara Cível, Relator: Sandra Brisolará Medeiros, Julgado em 30/03/2015).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – INVENTÁRIO – DOAÇÃO EM VIDA AOS HERDEIROS – BEM SAÍDO DA METADE DISPONÍVEL DO DOADOR – CLÁUSULA EXPRESSA – DISPENSA DE COLAÇÃO – VÍCIO OU ERRO DA DOAÇÃO – QUESTÃO DE ALTA INDAGAÇÃO – DISCUSSÃO NO INVENTÁRIO – IMPOSSIBILIDADE.

- Conforme o disposto no art. 993, inc. IV, do CPC, somente o conjunto de bens que efetivamente seja de propriedade do de cujus quando de seu falecimento, devem ser arrolados no inventário.

- Tendo o imóvel que se pretende incluir no inventário sido doado pelo de cujus, em vida, a alguns dos herdeiros, constando, expressamente, do instrumento de liberalidade tratar-se de parte disponível do patrimônio do doador, não se sujeitando, assim, à colação, eventual vício ou erro quando da efetivação da doação, deve ser discutido nas vias próprias e não nos autos do inventário, por tratar-se de matéria que depende de ampla dilação probatória.” (TJMG – Agravo de Instrumento 1.0702.07.405449-6/001, Relator(a): Des. (a) Elias Camilo, 3ª Câmara Cível, julgamento em 29/10/2009, publicação da súmula em 27/11/2009).

Além do mais, os apelantes sustentam que houve nos autos indícios de discordância entre eles e a inventariante, no entanto, não é o que se observa.

Emerge que jamais impugnaram a nomeação da inventariança. Sequer houve pedido de remoção ou destituição da inventariante, o que poderia ter sido formulado nos termos do art. 996 ou 1.000 do Digesto de Formas Cíveis.

Com efeito, o art. 12, V, da Lei dos Ritos estabelece que o espólio é representado em juízo pelo inventariante, portanto, se ao ser apresentado esboço da partilha não existiu qualquer discordância dos apelantes, o magistrado *a quo* adotou medida eskorreita ao proceder à homologação nos moldes trazidos em petição assinada pela advogada legalmente constituída pelos herdeiros e conforme declarações da inventariante nomeada sem qualquer rejeição.

Isso porque, ressalta-se: o inventário tramitou normalmente, sem qualquer objeção dos herdeiros, tendo a inventariante cumprido com suas obrigações legais, de sorte que procedimentalmente não havia qualquer impedimento para não se homologar o esboço de partilha apresentado.

Por fim, quanto à prestação de contas, realmente pode ser realizada em ação própria para tal fim, que poderá ser ajuizada tanto pela inventariante como pelos recorrentes.

Igualmente, tendo em vista que não houve impugnação dos herdeiros, com a homologação da partilha, não haveria motivo para que o magistrado determinasse à inventariante que procedesse à prestação de contas.

Assim, também em razão da inovação recursal, descabe suscitar tal pedido nesta apelação. A respeito:

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS – OBRIGAÇÃO DO INVENTARIANTE – ARTIGO 991, INCISO VII, DO CPC. Considerando a litigiosidade entre as partes e a discordância quando à administração dos bens do espólio, flagrante a necessidade de prestação de contas em incidente próprio, o que inclusive já foi determinado pelo juízo de origem e por esta Corte. Portanto, a inércia do inventariante conduz à procedência da ação. Litigância de má-fé. Cumpre afastar o pedido de condenação do inventariante por litigância de má-fé, visto que não observada qualquer das condutas previstas pelo artigo 17 do CPC. Negaram provimento ao apelo. (Apelação Cível nº 70053508420, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 18/04/2013).

Enfim, os documentos juntados neste recurso não podem, de forma alguma, ser considerados novos e, por corolário, deveriam ter sido carreados aos autos do inventário no momento oportuno, porquanto não fazem prova de fatos ocorridos após a sentença, pelo contrário, indicam acontecimentos anteriores até mesmo ao falecimento da inventariada, razão pela qual não podem ser admitidos nesta seara recursal.

Nesse diapasão, aliás, é a ilação extraída do art. 397 do Diploma Processual, ao dispor que: *“É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos”*.

Remanesceria aos recorrentes, se for o caso, apenas o direito de discutir as questões arguidas nas vias cabíveis, mas não podem fazê-lo, consoante salientado alhures, em sede de apelação, como quiseram fazer, face às particularidades vislumbradas no caso versando.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a sentença combatida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento aos recursos.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Jairo Roberto de Quadros, Juiz Geraldo de Almeida Santiago e Juiz José Ale Ahmad Netto.

Campo Grande, 1º de dezembro de 2015.

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0832246-52.2013.8.12.0001 – Campo Grande
Relator Juiz Jairo Roberto de Quadros

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE DIVÓRCIO E PARTILHA DE BENS – REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL – IMÓVEL ADQUIRIDO ANTES DO MATRIMÔNIO – INCOMUNICABILIDADE – CERCEAMENTO DE DEFESA – JULGAMENTO ANTECIPADO – DESNECESSIDADE DE PROVA TESTEMUNHAL – FRAÇÃO DE IMÓVEL ADQUIRIDA ATRAVÉS DE DINHEIRO DOADO PELO GENITOR – IMÓVEL SUB-ROGADO NO LUGAR DA QUANTIA – COMPROVAÇÃO DOCUMENTAL – VALOR DOADO EXCLUSIVAMENTE PELO GENITOR AO FILHO – DOAÇÃO AO CASAL – IMPOSSIBILIDADE DE PRESUNÇÃO – SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA – RECURSO DA VIRAGO DESPROVIDO E DO VARÃO PROVIDO.

O juiz tem o poder-dever de julgar a lide antecipadamente, quando constatar que o acervo documental é suficiente para nortear e instruir seu entendimento, ainda mais no caso em que se postula oitiva de testemunha para comprovar doação de imóvel, situação que, consoante inteligência do art. 541 da Lei Material Civil, somente pode ser provada por meio de escritura pública ou instrumento particular.

Ademais, se o imóvel foi adquirido anteriormente ao matrimônio por um dos cônjuges, é deste a propriedade única e exclusiva sobre o bem, o que impede sua comunicabilidade e, por conseguinte, deve realmente ser excluído da comunhão, *ex vi* do art. 1.659, I, primeira parte, do Código Civil.

Se o cônjuge cumpriu o seu ônus processual, demonstrando, por meio da cadeia documental, que a sua cota parte de imóvel sub-rogou quantia doada pelo genitor em seu favor, afasta-se a possibilidade de comunicação para fins de partilha do bem com a ex-cônjuge, consoante previsto no art. 1.659, I, do Código Civil.

Por outro lado, não há que se cogitar a incidência do artigo 1.660, III, do Código Civil no intuito de incluir o imóvel na comunhão, porquanto comprovado que a doação da quantia foi exclusivamente em favor de um dos consortes, mas não em benefício do casal, até porque esta última hipótese não pode ser presumida, devendo ser expressamente manifestada para que possa derogar a regra geral do artigo 1.659, I, a qual prevê a incomunicabilidade dos bens adquiridos por doação na constância do casamento.

Somente o fato de estar registrado na matrícula que o imóvel foi adquirido por escritura pública de compra e venda não implica na automática comunicabilidade e tampouco na inexistência de doação de quantia sub-rogada pelo bem, máxime porque não há possibilidade de constar na matrícula que o pagamento ocorreu mediante dinheiro doado, vez que tal é de ser especificado, se for o caso, no ato notarial, mas não no ato registral lançado no fôlio real, pois o que se registra na matrícula, a fim de transmissão da propriedade de bem imóvel, é apenas o título translativo que externa o negócio jurídico (art. 1.245, CC).

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 de M.R.R. de S. e negar provimento ao recurso de E.T.P., nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 17 de novembro de 2015.

Juiz Jairo Roberto de Quadros – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros.

M. R. R. de S. e E. T. P. interpõem apelações contra a sentença (fls.100/102) proferida nos autos da ação de divórcio e partilha de bens que a segunda move em desfavor do primeiro.

M.R.R. de S. sustenta em seu apelo (fls.108/114) que adquiriu parte do imóvel matriculado sob o n. 38.763 no 2º S.R.I. de Marília/SP com dinheiro oriundo de doação de seu genitor em seu favor, razão pela qual deve ser excluído da partilha, conforme disposto no art. 1.659, I, do Código Civil.

Pede a concessão da gratuidade da justiça e o provimento do recurso para o fim de reformar a parte da sentença que determinou a partilha do bem enfocado.

E. T. P. aduz em seu arrazoadado (fls.149/155) que, ao julgar antecipadamente a lide, o juízo *a quo* cerceou-lhe o direito de defesa, porquanto restou impossibilitada de produzir prova testemunhal com o fito de demonstrar a comunicabilidade do imóvel de matrícula nº 2.710, do 5º C.R.I. da comarca de Campo Grande/MS, o que culminaria na sua inclusão na partilha.

Defende que referido imóvel foi adquirido 3 meses antes do casamento, o que demonstra o intuito de benefício do casal, mormente porque os recorrentes, antes mesmo do matrimônio, já viviam em união estável.

Obtempera que apesar de constar na matrícula que o imóvel foi adquirido apenas pelo apelado, tal decorre do fato de o bem ter sido doado pelos pais do recorrido em favor de ambos os cônjuges, situação que demonstra a comunicabilidade e necessidade de partilha, consoante prescreve o art. 1.660, III, do Código Civil.

Pugna, ao final, pelo provimento do recurso, determinando-se, em vista do cerceamento de defesa, o retorno dos autos à instância singela, para oportunizar a instrução do processo.

Contrarrazões de E. T. P. (fls.160/165) pelo improvimento do apelo de M. R. de S., o qual, apesar de intimado (fls.158/159), não contraminutou o recurso contrário.

Em sua cota (fls.171/173), a Procuradoria-Geral de Justiça absteve-se de se manifestar, em vista da ausência de interesse público a justificar a intervenção do Ministério Público.

VOTO

O Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Trata-se de apelações cíveis movidas, de um lado, por E. T. P. e, de outro, por M.R.R. de S., os quais se insurgem contra a sentença proferida pelo Juízo da 3ª Vara de Família Digital da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação de divórcio e partilha movida pela ex-esposa em desfavor do ex-marido.

Cada um dos apelantes devolve a conhecimento deste Juízo *ad quem* a parte da sentença que lhe prejudica.

Insta salientar que os recursos voltam-se apenas contra a partilha de bens, uma vez que a decretação do divórcio restou superada em audiência (fl.45).

Por questão de prejudicialidade, analisar-se-á, primeiramente, o recurso de E. T. P., seguindo-se, após, ao apelo de M.R.R.de S..

I – Do recurso de E. T. P.

A apelante suscita cerceamento de defesa em razão de o juízo *a quo* ter julgado antecipadamente a ação, sem oportunizar a produção de provas, em especial a testemunhal, o que possibilitaria demonstrar a comunicabilidade do imóvel de matrícula nº 2.710, do 5º C.R.I. da comarca de Campo Grande/MS, possibilitando a sua inclusão na partilha.

Menciona, ainda, que referido imóvel, conquanto esteja registrado em nome do apelado, foi adquirido 3 meses antes do casamento, o que demonstra o intuito de beneficiar o casal, “*até porque antes do matrimônio as partes viviam em união estável há vários anos*” (fl.152).

As teses desenvolvidas pela recorrente não comportam guarida.

Inicialmente, há de se esclarecer que não procede a alegação de cerceamento de defesa fulcrada na ausência de dilação probatória.

A uma porque, de fato, os autos são instruídos com documentação necessária à apreciação da matéria debatida e formação de convencimento do julgador; a duas porque, na condição de destinatário das provas, o Estado-Juiz é quem tem melhores condições de se posicionar acerca da imprescindibilidade ou não de dilação probatória; e a três porque, em atenção aos princípios constitucionais da celeridade e da razoável duração do processo, “*o juiz tem o poder-dever de julgar a lide antecipadamente, quando constatar que o acervo documental é suficiente para nortear e instruir seu entendimento*” (AgRg no AREsp 177.142/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma, j. 12/08/2014).

Aliás, sobre o tema, confira-se os seguintes arestos oriundos do Tribunal da Cidadania:

A finalidade da prova é o convencimento do juiz, sendo ele o seu direto e principal destinatário, de modo que a livre convicção do magistrado consubstancia a bússola norteadora da necessidade ou não de produção de quaisquer provas que entender pertinentes à solução da demanda (art. 330 do CPC); exsurgindo o julgamento antecipado da lide como mero consectário lógico da desnecessidade de maiores diligências. Precedentes. (REsp 1338010/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 02/06/2015, DJe 23/06/2015).

“O juiz tem o poder-dever de julgar a lide antecipadamente, desprezando a realização de audiência para a produção de provas ao constatar que o acervo documental é suficiente para nortear e instruir o seu entendimento” (AgRg no REsp nº 775.349/MS, Relator o Ministro José Delgado, DJ de 6/2/2006). (AgRg no AREsp 37.232/BA, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 20/03/2012, DJe 28/03/2012).

Ademais, a alegação da recorrente, no sentido de que o bem imóvel teria sido doado pelos genitores do recorrido, revela-se como motivo suficiente para concluir pela prescindibilidade da produção de prova testemunha.

Isso porque, consoante inteligência do art. 541 da Lei Material Civil¹, somente por meio de escritura pública ou instrumento particular seria possível a recorrente comprovar a pretensa doação do imóvel em questão, no que se pode afirmar, por consequência, que a prova testemunhal, *de per se*, não teria qualquer serventia para atingir o fim colimado, razão pela qual não há falar-se em cerceamento de defesa calcada na ausência de dilação probatória.

Aliás, frise-se a construção jurisprudencial:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C DANOS – DOAÇÃO VERBAL DE IMÓVEL – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE PEDIDO DECLARATÓRIO RECONHECENDO A EXISTÊNCIA DA RELAÇÃO JURÍDICA – RECURSO DESPROVIDO.

1 – A doação de imóvel, para produzir reflexos de direito material, deve necessariamente ser formalizada através de escritura pública ou documento particular (art. 541 do Código Civil), sendo inválida sua realização de forma verbal.

2 – Mesmo sem gerar efeitos reais, competia ao autor pedir a declaração da existência de relação jurídica entre as partes, meio necessário ao reconhecimento de direitos de natureza pessoal, nele incluso a responsabilização por danos decorrentes da desocupação do imóvel em razão da desapropriação realizada pela Municipalidade.

3 – Recurso desprovido. (TJMS – Apelação Cível nº 0833038-06.2013.8.12.0001, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, 5ª Câmara Cível, j. 14/07/2015).

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OUTORGA DE ESCRITURA – ALEGADA DOAÇÃO VERBAL – NÃO OBSERVÂNCIA DA FORMA PRESCRITA EM LEI – IMPOSSIBILIDADE. A doação de imóvel constitui ato solene e, por isso, deve obedecer às formalidades legais para que produza seus efeitos, nos termos do art. 541, do Código Civil, isto é, deve ser realizada por meio de escritura pública ou instrumento particular. Assim, não observada a forma prescrita em lei, a doação é inexistente, o que impõe a manutenção da improcedência do pedido de outorga de escritura. (TJMG – Apelação Cível nº 1.0284.14.001200-6/001, Rel. Des.(a) Luciano Pinto, 17ª Câmara Cível, julgamento em 25/06/0015, publicação da súmula em 07/07/2015).

Tratando-se o terreno de bem imóvel, não há falar em transferência de propriedade mediante doação verbal, uma vez que a transmissão de propriedade ocorre mediante ato solene previsto em lei, em conformidade com o art. 541 do CCB. (TJRS – Apelação Cível nº 70061238564, Oitava Câmara Cível, Rel. Ricardo Moreira Lins Pastl, julgado em 02/10/2014).

Assim, insubsistente o pedido de aplicação do art. 1660, III, do CC, ao fundamento de que o imóvel deveria ser incluído na partilha em razão de ter sido doado pelos pais do recorrido em favor de ambos os cônjuges, porquanto ausente prova documental nesse sentido (entenda-se: escritura pública ou instrumento particular), sobressaindo daí a incomunicabilidade do referido bem.

¹ Art. 541. A doação far-se-á por escritura pública ou instrumento particular.

Parágrafo único. A doação verbal será válida, se, versando sobre bens móveis e de pequeno valor, se lhe seguir incontinenti a tradição.

Não fosse isso, os recorrentes foram casados sob o regime de comunhão parcial de bens, no qual, a teor do art. 1.658 do Código Civil, “*comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento*”.

Ora, o simples fato de na matrícula do imóvel haver registro (R.07-M.2710) dando conta de que foi adquirido por M. R. R. de S., ora apelado, mediante escritura pública de compra e venda lavrada aos 03/08/05 (*vide* fl.29), já é motivo suficiente para, *in casu*, afastar os argumentos da recorrente, pois, consoante espelhado na certidão de casamento acostada à fl. 10, o matrimônio ocorreu em 26/11/05.

Dessarte, tendo sido adquirido anteriormente ao matrimônio, o imóvel em litígio é de propriedade única e exclusiva do apelado, o que impede sua comunicabilidade e, por conseguinte, deve realmente ser excluído da comunhão, *ex vi* do art. 1.659, I, primeira parte, do Código Civil, *in litteris*:

Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:

I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;

Por outro lado, quanto à sustentada existência de união estável anteriormente ao matrimônio, impossível o pronunciamento nestes autos, máxime em razão da ausência de pedido nesse sentido, uma vez que, consoante se deflui da peça proemial, a ação tinha como objetivo apenas a decretação do divórcio e a partilha de bens, razão pela qual, se for de interesse da apelante, poderá postular o reconhecimento em demanda própria.

Nesse pórtico, colhem-se os seguintes precedentes:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE DIVÓRCIO – PARTILHA – BEM ADQUIRIDO EM PERÍODO ANTERIOR AO CASAMENTO – AUSENTE PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL – IMPOSSIBILIDADE – CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA. Não é possível, em sede de ação de divórcio, não cumulada com pedido de reconhecimento de união estável, discutir a partilha de bem que a parte autora alega ter sido adquirido durante a união estável. (TJMG – Apelação Cível 1.0024.12.263816-6/001, Relator(a): Des.(a) Armando Freire, 1ª Câmara Cível, julgamento em 23/09/2014, publicação da súmula em 02/10/2014).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DIVÓRCIO. PARTILHA DE BENS. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. APRESENTAÇÃO DOS EXTRATOS BANCÁRIOS DO EX-CÔNJUGE. PERÍODO ANTERIOR AO CASAMENTO. PESSOAS JURÍDICAS ESTRANHAS À LIDE. IMPOSSIBILIDADE. INDEFERIMENTO. DECISÃO MANTIDA.

– A partilha de bens, no regime de comunhão parcial, limita-se, tão somente aos bens adquiridos na constância do casamento.

– Em caso de união estável é necessário o seu reconhecimento prévio para que os bens adquiridos nesse período integrem a partilha.

– Não se deve confundir a pessoa física com a pessoa jurídica na qual aquela figura como sócia. (TJMG – Agravo de Instrumento-Cv 1.0024.11.188164-5/001, Relator(a): Des.(a) Ana Paula Caixeta, 4ª Câmara Cível, julgamento em 24/10/2013, publicação da súmula em 01/11/2013).

Assim, ausentes fundamentos jurídicos a amparar o pedido de reforma formulado por E. T. P., deve ser mantida a sentença quanto ao ponto de insurgência, não havendo motivos para alterar a conclusão do magistrado no que se refere ao julgamento antecipado da lide e à improcedência do pleito de partilha do imóvel de matrícula nº 2.710.

II – Do recurso de M. R. R. de S.

Ab initio, analiso o pedido de gratuidade da justiça formulado pelo apelante, por se tratar de questão que implica em prejudicialidade concernente à admissibilidade recursal.

O recorrente era réu na ação movida por sua ex-esposa, ora apelada. O magistrado, no despacho inicial, concedeu a gratuidade à autora.

Na contestação, o réu, aqui apelante, formulou pedido de concessão da justiça gratuita, sobre o qual o magistrado *a quo* não se pronunciou. Contudo, por ocasião da sentença, fica claro que foi deferido o benefício a ambas as partes, máxime em razão da forma que foi distribuído o ônus sucumbencial, qual seja: **“Sem custas. Honorários compensados entre as partes, ante a sucumbência recíproca.”** (fl. 102, grifei)

Ora, extrai-se do dispositivo da sentença que houve vencedor e vencido, portanto, se o julgador anotou inexistirem custas, é porque considerou que tanto autora como réu estavam amparados pelos auspícios da gratuidade da justiça, de sorte que, não havendo revogação do benefício, prevalece o seu deferimento.

Assim, injustificável que este juízo *ad quem* reanalise o pedido, sobretudo por ausência de interesse recursal neste ponto.

Pois bem, quanto à insurgência concernente à matéria de fundo, afirma o recorrente que adquiriu parte do imóvel matriculado sob o nº 38.763, no 2º S.R.I. de Marília/SP, com dinheiro oriundo de doação de seu genitor em seu favor, de modo que prevalece a incomunicabilidade do bem, devendo, então, ser excluído da partilha.

Assiste razão ao apelante.

Deveras, o art. 1.659, I, do Código Civil, dispõe que, no regime de comunhão parcial, não se comunicam os bens que, na constância do casamento, sobrevierem por doação realizada em favor de um dos cônjuges.

Silvio Rodrigues preleciona que o *“regime de comunhão parcial é aquele em que basicamente se excluem da comunhão os bens que os cônjuges possuem ao casar ou que venham a adquirir por causa anterior e alheia ao casamento, como doações e sucessões; e em que entram na comunhão os bens adquiridos posteriormente, em regra, a título oneroso”* (Direito Civil, 28ª ed., Saraiva, 2004, p. 178, vol. 6).

Na mesma esteira adverte Carlos Roberto Gonçalves:

É da essência do aludido regime a sua incomunicabilidade. A comunhão só compreende os bens adquiridos a título oneroso na constância do casamento, originando-se dessa circunstância a denominação “regime da comunhão parcial”.

São ainda particulares os bens que cada cônjuge receber como herança ou doação depois do casamento, e os sub-rogados em seu lugar. (Direito Civil Brasileiro, 12ª ed., Saraiva, 2015, p.478/479, vol. 6).

In casu, o recorrente demonstra, por meio de cópias do seu imposto de renda (exercício 2009, ano-calendário 2008), que os 33% do imóvel rural vindicado pela ex-esposa foi adquirido através de valor doado pelo seu genitor, Joel Rodrigues de Sá (vide fl.68).

Tais dados são corroborados, ademais, pela cópia do imposto de renda do pai do recorrente, onde se percebe que, no mesmo ano de 2008, houve a doação de R\$ 35.000,00 para o apelante e para outros dois filhos (cf. fl. 76).

À par de o imposto de renda ser um tributo sujeito a lançamento por homologação (art. 150, CTN), o qual dispensa a autoridade administrativa de prévio exame dos dados declarados pelo sujeito passivo, não se pode ignorar que as provas que corroboram as alegações do recorrente estampam cenário fático e de consequência jurídica ocorrido em 2008, ou seja, muito anterior ao pedido de divórcio postulado em 2013, não sendo, pois, documentação elaborada após a separação e no intuito de premeditadamente excluir bem de eventual partilha com a cônjuge virago.

Assim, sem se descurar da forma legal de lançamento do imposto de renda, tal argumento não tem o condão de infirmar a veracidade do que foi ali consignado; pelo contrário, o cotejo dos extratos do apelante e de seu genitor, aliado ao fato de remontar a data anterior a separação do casal, servem para coadunar as afirmações do recorrente, restando devidamente comprovado que o imóvel foi adquirido através de quantia doada pelo pai para cada um dos três irmãos.

Aliás, a matrícula do imóvel (fl.24) estampa que a compra e venda ocorreu justamente no ano de 2008 (25 de fevereiro), mediante escritura pública, onde consta que o valor pago pelo bem foi de R\$ 100.000,00, ou seja, bem próxima ao total da doação (R\$ 105.000,00).

Assim, por meio da cadeia documental apresentada, o apelante cumpriu o seu ônus processual, de sorte que resta plenamente comprovado que a sua cota parte do imóvel sub-rogou a quantia doada pelo genitor em seu favor², o que, a teor do exposto no art. 1.659, I, do Código Civil, afasta a possibilidade de comunicação para fins de partilha do referido bem com a ex-cônjuge.

A respeito, frise-se a jurisprudência desta Corte de Justiça e de outros Tribunais Pátrios:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE CONVERSÃO DE SEPARAÇÃO EM DIVÓRCIO C/C SOBREPARTILHA DE BENS – COMUNHÃO PARCIAL DE BENS – BENS DECORRENTES DE SUCESSÃO E AQUELES SUB-ROGADOS EM SEU LUGAR – INCOMUNICABILIDADE – ART. 1.659, I, DO CÓDIGO CIVIL – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO – SENTENÇA MANTIDA. Por disposição expressa do Código Civil, há comunicação dos bens que foram adquiridos na constância do casamento quando for estabelecido o regime de comunhão parcial de bens, independente de quem tenha sido o cônjuge que tenha feito o pagamento do valor respectivo, relativo à aquisição. Conforme preceitua o artigo 1660, I do Código Civil, fazem parte da comunhão os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges, de maneira que a partilha, em princípio, deve ser realizada na proporção de 50% para cada um. Excluem-se, todavia, da comunhão, os bens decorrentes de doação ou sucessão, assim como aqueles sub-rogados em seu lugar; ex vi do art. 1.659, I, do Código Civil. Recurso conhecido e improvido. Sentença mantida, com o Parecer. (TJMS – Apelação Cível nº 0000840-45.2007.8.12.0037, Rel. Des. Dorival Renato Pavan, 4ª Câmara Cível, j. 29/04/2014).

A sub-rogação constitui exceção à regra da comunicabilidade e, sendo assim, não deve apenas ser alegada para excluir o bem da partilha, mas cabalmente comprovada pela parte que a alegou, o que ocorreu com relação à doação que o autor recebeu de seu genitor

² Ocorre sub-rogação do bem quando é substituído por outro. (Carlos Roberto Gonçalves, *op. cit.*, p. 479).

para adquirir o imóvel de São Paulo. (TJRS - Apelação Cível nº 70061305967, Sétima Câmara Cível, Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 29/10/2014).

A sub-rogação, para que surta os efeitos de exclusão da comunhão patrimonial própria das uniões estáveis, nos termos dos arts. 1.725 c/c art. 1.659, incs. I e II, do CCB, deve ser demonstrada de forma direta, precisa e encadeada, sem deixar qualquer dúvida acerca da efetiva substituição patrimonial de um imóvel por outro. (TJRS – Apelação Cível nº 70058977489, Oitava Câmara Cível, Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 08/05/2014).

APELAÇÃO UNIÃO ESTÁVEL. REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL. PARTILHA. BEM RECEBIDO POR DOAÇÃO DO PAI. INCOMUNICABILIDADE. Na união estável regida pelas disposições da comunhão parcial, o bem doado pelo pai a apenas um dos ex-conviventes é incomunicável. Inteligência do artigo 1.659, I, do CCB. Precedentes jurisprudenciais. Caso em que a prova da doação feita pelo pai apenas ao filho/apelado está consubstanciada na venda de veículo que a ele (pai) pertencia, cujo valor, acrescido de um cheque passado pelo pai, integraliza o total pago pela compra do imóvel. (TJRS – Apelação Cível nº 70040110041, Oitava Câmara Cível, Rel. Rui Portanova, j. 14/04/2011).

Tendo o bem imóvel sido adquirido por um dos conviventes através de doação, não tem a outra parte direito de meação sobre ele. (TJMG – Apelação Cível nº 1.0480.03.047228-0/001, Rel. Des. Mauricio Barros, 6ª Câmara Cível, j. 01/09/2009).

Como se vê dos julgados, deve-se entender como “bens particulares de cada cônjuge aqueles que eles já possuíam antes do casamento, ou aqueles recebidos em razão de sucessão ou liberalidade, ainda que na constância do matrimônio (p. ex., herança, doação, ou ainda aqueles adquiridos após o casamento, como produto da alienação destes últimos indicados” (Código Civil Comentado, coordenação de Cezar Peluso, Manole, 2007, p. 1.619).

Outrossim, não há que se cogitar a incidência do art. 1.660, III, da Lei Material Civil³ no intuito de incluir o imóvel na comunhão, porquanto, indene de dúvidas que a doação da quantia foi exclusivamente em favor do apelante, sendo impossível aferir, dos elementos constantes dos autos, que se objetivava beneficiar ambos os consortes.

Até porque, se assim fosse, o genitor do recorrente teria salvaguardado o direito da então nora quando da declaração do imposto de renda, o que não é o caso.

Em verdade, consta como donatários no imposto de renda de Joel Rodrigues de Sá (pai) apenas os seus filhos, não havendo qualquer menção em relação ao nome da recorrida, exsurgindo daí o *animus* de doar o montante tão somente ao apelante.

Oportuno ressaltar que a jurisprudência perfilha entendimento no sentido de que a doação, nos casos em que realizada em favor de ambos os cônjuges, não pode ser presumida, mas deve, por outro lado, estar documentalmente comprovada. A propósito:

O inc. III do art. 1.660 do CCB dispõe que ingressam na comunhão patrimonial (no regime da comunhão parcial de bens, que é o caso), os bens adquiridos por doação, em favor de ambos os cônjuges. Porém, o antecedente art. 1.659, no inc. I, determina que são excluídos da comunhão os bens que o cônjuge adquirir na constância do casamento por doação. Assim, a doação em favor de ambos os cônjuges não é presumida. Ao contrário, até: para que seja tida como feita a ambos os cônjuges, a doação deve conter cláusula expressa nesse sentido. E, no caso dos autos, nada veio aos autos em sede probatória,

³ Art. 1.660. Entram na comunhão: (...)

III - os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges;

documental ou oral, para provar a doação em benefício do casal litigante. (Apelação Cível nº 70058315763, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 08/05/2014).

A compra e venda se ultima com o pagamento do preço e com a entrega do bem, e, no caso, a oponente pagou a integralidade do preço, bem como é ela quem consta como proprietária no Registro de Imóveis, em anotação que se reporta aos termos de escritura pública de compra e venda de imóveis. Ademais, não há falar, no caso, em doação, a qual, para assegurar a comunhão patrimonial aos conviventes, exige disposição expressa e em favor de ambos, nos termos do inc. III do art. 1.660 do CCB. (Apelação Cível nº 70062412432, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 18/12/2014).

No mesmo diapasão, Carlos Roberto Gonçalves, ao discorrer sobre o inciso III do art. 1.660 do Código Civil, explana que na hipótese de “doação, herança ou legado em favor de ambos os cônjuges”, “essa vontade deve ser manifestada expressamente, para que possa derrogar regra geral constante do art. 1.659, I, que prevê a incomunicabilidade dos bens adquiridos na constância do casamento por doação ou sucessão” (Direito Civil Brasileiro, 12ª ed., Saraiva, 2015, p. 485/486. Vol. 6).

De outro vértice, a apelada contrapõe em seu favor o argumento de que na matrícula do imóvel consta que o bem foi adquirido mediante venda, mas não doação, de modo que seria impossível anular o ato que goza de presunção de veracidade e, portanto, estaria afastada a tese do recorrente de que o bem teria sido doado.

Esclarece-se à recorrida que não foi o imóvel em si que foi doado, ocorreu, sim, uma sub-rogação do bem no lugar do montante pecuniário (R\$35.000,00) doado pelo pai em favor do filho (apelante). É que o fato de ter sido adquirido mediante pagamento de quantia não induz ao entendimento de que não houve a doação de dinheiro ao recorrente.

Ademais, não se está diante de hipótese de nulidade do ato registral lançado na matrícula do imóvel, na medida em que realmente o negócio jurídico entabulado foi uma compra e venda, cujo título translativo é uma escritura pública.

Destarte, não há possibilidade de constar na matrícula, *verbi gratia*, que o pagamento se daria mediante quantia doada, tal poderia até estar especificado no ato notarial (escritura pública), mas não no ato registral consignado no fôlio real (matrícula), porquanto o que se registra, a fim de transmissão da propriedade de bem imóvel, é apenas o documento (título translativo) que externa o negócio jurídico (art. 1.245, CC), não podendo, por corolário, constar do registro todo o conteúdo do título - no caso, escritura pública de compra e venda - que especifica a forma em que se deu a avença.

Luiz Guilherme Loureiro, ao tratar do assunto, assevera:

Não é qualquer título, porém, que poderá ser objeto de registro e averbação na matrícula do imóvel. Somente poderá ser objeto de registro o título que implicar modificação jurídico/real no imóvel e cuja inscrição estiver expressamente prevista em lei. Conforme leciona Afrânio de Carvalho, “o registro não é o desaguadouro comum de todos e quaisquer títulos, senão apenas daqueles que confirmam uma posição jurídico-real, como os constantes da enumeração da nova Lei do Registro (art. 167)”.

Assim, não são registráveis, por exemplo, o arrendamento mercantil de imóvel (leasing), o comodato, a promessa de dação em pagamento, a promessa de compra e venda com cláusula de arrependimento, etc. (Registros Públicos: teoria e prática, 5ª ed., Método, 2014, p.339).

Enfim, o fato de estar registrado na matrícula do imóvel que o bem foi adquirido por escritura pública de compra e venda não implica na comunicabilidade do bem, já que o pagamento se deu através de quantia doada unicamente em favor do apelante.

Com efeito, sabe-se que o enlace “*estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges*” (art. 1.511, CC), mas tal não tem o condão de modificar os ditames legais acerca da divisão patrimonial quando se finda o vínculo matrimonial.

Sobre a essência do regime de comunhão parcial de bens, colhem-se os escólios de Maria Berenice Dias, a qual retrata com percuciência sobre a questão patrimonial, assim pontificando:

Trata-se de regime que atende a uma certa lógica e dispõe de um componente ético: preserva a titularidade exclusiva dos bens particulares e garante a comunhão do que for adquirido durante o casamento. Nitidamente, busca evitar o enriquecimento sem causa de qualquer dos cônjuges. O patrimônio familiar passa a ser integrado pelos bens comuns, que não se confundem com os bens particulares e individuais dos sócios conjugais. Comunica-se apenas o patrimônio amealhado durante o período de convívio, presumindo a lei ter sido adquirido pelo esforço comum do par. (Manual de Direito das Famílias, 3ª ed., Revista dos Tribunais, 2006, p. 204/205).

Não se desconhece a importância do enlace matrimonial, entretantes, deve-se respeitar o regime patrimonial ínsito à comunhão parcial, que é legalmente permeado de um fator ético, na medida em que tem por escopo preservar os bens exclusivos de cada cônjuge, comunicando-se os que sobrevierem ao casal, excetuadas as hipóteses previstas em lei, de maneira a evitar o locupletamento ilícito.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso de E. T. P. e dou provimento ao apelo de M. R. R. de S., para o fim de declarar a incomunicabilidade do imóvel de matrícula nº 38.763 do 2º S.R.I. de Marília/SP e excluí-lo da partilha. Condene E. T. P. ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 1.000,00, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, cuja exigência fica suspensa em razão da parte ser beneficiária da justiça gratuita.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso de M.R.R. de S. e negaram provimento ao recurso de E.T.P., nos termos do voto do relator.

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 Juiz Geraldo de Almeida Santiago.

Campo Grande, 17 de novembro de 2015.

2ª Câmara Cível**Agravo de Instrumento n. 1404137-45.2014.8.12.0000 – Campo Grande****Relator Juiz Jairo Roberto de Quadros**

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – INCLUSÃO DE EMPRESA NA EXECUÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – NÃO INTEGRANTE DO PROCESSO DE CONHECIMENTO – COISA JULGADA – ART. 472, CPC – PRINCÍPIO DA FIDELIDADE AO TÍTULO EXECUTIVO – ART. 475-G, CPC – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Incabível a inclusão de empresa no polo passivo da execução do julgado, porquanto, conforme inteligência do art. 472 da Lei dos Ritos, somente as partes que participaram da relação jurídica processual instaurada no processo de conhecimento é que se submetem à coisa julgada, razão pela qual a sentença cuja preclusão máxima se operou não pode beneficiar ou prejudicar terceira pessoa estranha aos autos.

A modificação dos sujeitos da demanda, quando do cumprimento de sentença, encontra óbice, inclusive, no princípio da fidelidade ao título executivo, estampado no art. 475-G do Código de Processo Civil.

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, 17 de novembro de 2015.

Juiz Jairo Roberto de Quadros – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Liberdade Transportes e Serviços de Mecanização Agrícola Ltda interpõe agravo de instrumento contra decisão (fl.281) proferido pelo Juiz da 8ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que, nos autos do cumprimento de sentença que move em face de Agrícola Carandá Ltda, indeferiu a inclusão de pessoa jurídica que não fez parte do processo de conhecimento no polo passivo da fase de execução do julgado.

Sustenta que a executada, ora agravada, usa de “*simulação e falsidade ideológica*” (fl.05) para realização de seus negócios e que, na verdade, é a Usina Eldorado S/A que deve compor o polo passivo da fase de cumprimento de sentença.

Pede, assim, a citação da Usina Eldorado S/A para integrar o polo passivo da fase executiva ou, ainda, que o magistrado *a quo* analise a justificativa apresentada pela agravante para que a referida empresa conste como parte no cumprimento de sentença.

O recurso foi recebido no efeito devolutivo (fls.322/323).

Informações do Juízo à fl.327.

Apesar de intimada (fl.326), a agravada não apresentou contrarrazões (fl.328).

VOTO

O Sr. Juiz Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Liberdade Transportes e Serviços de Mecanização Agrícola Ltda contra decisão que rejeitou a inclusão de empresa estranha à lide nos autos do cumprimento de sentença que move em face de Agrícola Carandá Ltda.

Do arrazoado recursal, extrai-se que agravante defende a inclusão da Empresa Usina Eldorado S/A no polo passivo do cumprimento de sentença sob o argumento de que a agravada, Agrícola Carandá Ltda, seria, em verdade, “*empresa interposta*”, “*figura decorativa*” (fl.17).

Apesar da dificuldade para compreensão do arrazoado recursal, depreende-se que a recorrente objetiva, de fato, seja o cumprimento de sentença direcionado à empresa que não constou como parte no processo de conhecimento.

A decisão combatida não comporta retificação.

No caso enfocado incide a norma processual constante do art. 472 da Lei dos Ritos, que assim dispõe:

Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

Em comentários ao referido dispositivo, Arruda Alvim, Araken de Assis e Eduardo Arruda Alvim pontificam:

A principal característica do sistema de coisa julgada do Código de Processo Civil é a de que ela atinge apenas as partes entre as quais é proferida a sentença, não prejudicando, nem beneficiando terceiros (parte primeira do art. 472 do CPC). O sistema do Código de Processo é alicerçado no binômio legitimação ordinária + coisa julgada inter partes. (...) Disso decorre que a coisa julgada só atinge as partes (inter partes), não prejudicando, nem beneficiando terceiros (art. 472 do CPC). (Comentários ao Código de Processo Civil, 3ª ed., Revista dos Tribunais, 2014, p.822/823).

Como se vê, apenas as partes que participaram da relação jurídica processual instaurada no processo de conhecimento é que se submetem à coisa julgada, não pode a sentença cuja preclusão máxima se operou beneficiar ou prejudicar terceira pessoa estranha aos autos.

Vale lembrar que, não por outro motivo é que o art. 568, I, do Digesto de Formas destaca que se considera sujeito passivo da execução “*o devedor, reconhecido como tal no título executivo*”.

A propósito, colhem-se os seguintes precedentes da Corte de Uniformização Infraconstitucional:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DEVEDOR SOLIDÁRIO NÃO INTEGRANTE DO POLO PASSIVO DA AÇÃO DE COBRANÇA. ARRESTO. IMPOSSIBILIDADE.

1. *O art. 275 do Código Civil - que prevê a solidariedade passiva - é norma de direito material, restringindo-se sua aplicação ao momento de formação do processo cognitivo, quando então o credor pode incluir no polo passivo da demanda todos, alguns ou um específico devedor; sendo certo que a sentença somente terá eficácia em relação aos demandados, não alcançando aqueles que não participaram da relação jurídica processual, nos termos do art. 472 do Código de Processo Civil.*

2. *A responsabilidade solidária precisa ser declarada em processo de conhecimento, sob pena de tornar-se impossível a execução do devedor solidário, ressalvados os casos previstos no art. 592 do mesmo diploma processual. Desse modo, o arresto cautelar que atinge bem de terceiro é passível de impugnação mediante a propositura dos embargos de terceiro (art. 1.046 do CPC).*

3. *No caso, não tendo a recorrente figurado no polo passivo da ação de cobrança nem estando incluída no rol do referido art. 592 do CPC, não podem os seus bens ser atingidos pelo arresto determinado em medida cautelar incidente à ação de cobrança, tampouco por futura execução. Aplicação analógica da Súmula 268 do STJ.*

4. *Recurso especial provido. (REsp 1423083/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 06/05/2014, DJe 13/05/2014, Informativo de Jurisprudência nº 544).*

Aquele que não integrou a relação processual da qual decorreu o título executivo judicial não pode ser atingido pela decisão judicial e figurar como executado. (REsp 1169968/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 12/11/2013, DJe 17/03/2014).

A jurisprudência do STJ é firme quanto à inviabilidade da extensão dos efeitos de decisão judicial a terceiros, especialmente a que assegura vantagens pecuniárias a determinados servidores, porquanto tais efeitos somente atingem as partes que integraram a respectiva relação jurídica, nos termos do art. 472 do CPC. (AgRg no AREsp 275.477/CE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 27/03/2014, DJe 08/04/2014).

AGRAVO REGIMENTAL – RECURSO ESPECIAL – COTAS CONDOMINIAIS – COBRANÇA – ARREMATACÃO DO IMÓVEL – PROCESSO DE CONHECIMENTO – NÃO PARTICIPAÇÃO DO ARREMATANTE – EXECUÇÃO DO TÍTULO JUDICIAL – SUCESSÃO PROCESSUAL – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

I – A ação de cobrança encontra-se em fase de execução do título judicial em que o arrematante do imóvel não participou do processo de conhecimento, por isso, inviável a alteração do pólo passivo da demanda.

II – O agravante não cuidou de trazer qualquer subsídio capaz de alterar os fundamentos da decisão agravada.

III – Agravo Regimental improvido. (AgRg no REsp 1157746/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 09/02/2010, DJe 22/02/2010).

Não se faz possível a substituição, no pólo passivo em sede de execução, da parte executada pelo novo adquirente, tendo em vista sua não-participação na ação de

conhecimento que originou o título executivo. (AgRg no AgRg no REsp 999.775/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 01/12/09).

As decisões judiciais não atingem terceiros, estranhos à relação processual, a teor do art. 472 do CPC, situação enfrentada por mulher colhida pela adjudicação de bens que formam o patrimônio do casal em execução movida contra o marido, sem a sua participação nas circunstâncias que deram origem ao título executivo – ilícito perpetrado pelo cônjuge em acidente de trânsito –, tampouco reversão de qualquer proveito daí decorrente à entidade familiar. (REsp 874.273/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 03/12/2009, DJe 18/12/2009, Informativo de Jurisprudência nº 418).

No caso versando, verifica-se da sentença objeto de cumprimento, espelhada às fls.55/67, que a ação de indenização foi intentada pela agravante (Liberdade Transportes e Serviços de Mecanização Agrícola Ltda) em face da recorrida (Agrícola Carandá Ltda), de modo que o título judicial só tem validade em relação às partes que participaram do processo de cognição.

Ainda que se alegue a existência de “*simulação e falsidade ideológica*” (fl.05), fato é que a execução da sentença transitada em julgado só pode recair em face da empresa cuja condenação foi imposta, *in casu*, Agrícola Carandá Ltda, a discussão acerca de eventual fraude deve ser submetida ao rito próprio para o fim colimado.

Ademais, para atingir o desiderato pretendido, qual seja, inclusão de outra pessoa jurídica para responder solidariamente pela execução, deverá a recorrente, em observância ao postulado constitucional do devido processo legal, propor ação cabível para, na via cognoscível do processo de conhecimento, comprovar os fatos apontados no cumprimento de sentença.

Como cediço, a alteração das balizas constantes do título executivo “*implicaria em evidente vulneração dos soberanos comandos da coisa julgada, tida como inviolável no Juízo da Execução, graças ao celebrado princípio da fidelidade à res judicata, de tão antiga quanto respeitável tradição; os escritores processualistas costumam dizer que a coisa julgada é o produto mais elaborado da jurisdição, que tem a virtude de pôr termo à controvérsia, ainda que qualquer das partes possa, em pedido de rescisão, insurgir-se contra o seu comando; na lição de Gabino Fraga, a coisa julgada faz do preto, branco, e do círculo, um quadrado.*” (REsp 1409705/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, j. 16/06/14).

À evidência, a modificação dos sujeitos da demanda, quando do cumprimento de sentença, encontra óbice, inclusive, no princípio da fidelidade ao título executivo, estampado no art. 475-G da Lei Processual, o qual dispõe que “*é defeso, na liquidação, discutir de novo a lide ou modificar a sentença que a julgou*”.

Sobre o tema já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça. Frise-se:

A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que o cumprimento de sentença está limitado ao exato comando expresso no título executivo. (AgRg no AREsp 598.544/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 07/04/2015, DJe 22/04/2015).

A jurisprudência pacífica desta eg. Corte é de que transitada em julgado a decisão condenatória, as questões nela definidas não comportam novas discussões na fase de execução, sob pena de ofensa ao instituto da coisa julgada. (AgRg no AREsp nº 255.567/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, DJe 26/9/2014).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. IMPUGNAÇÃO DO CRITÉRIO ESTABELECIDO NO TÍTULO EXECUTIVO TRANSITADO EM JULGADO. ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Não é possível, na fase de cumprimento de sentença, alterar os critérios fixados na sentença de conhecimento, com trânsito em julgado.

2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 569.190/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 07/10/2014, DJe 24/10/2014).

Impossibilidade de se reiterar, em impugnação ao cumprimento de sentença, matéria já preclusa no curso da execução. Precedentes. (REsp 1387248/SC, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Corte Especial, julgado em 07/05/2014, DJe 19/05/2014).

Dessarte, extreme de dúvida que a empresa que não figurou no polo passivo da ação de indenização não pode ser incluída na relação processual no cumprimento de sentença.

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 Jairo Roberto de Quadros.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Jairo Roberto de Quadros, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Juiz Geraldo de Almeida Santiago.

Campo Grande, 17 de novembro de 2015.

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0003408-67.2006.8.12.0005 – Aquidauana
Relator Juiz José Ale Ahmad Netto

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER – MEIO AMBIENTE – SIDERÚRGICA PRODUTORA DE FERRO GUSA – RUÍDO EXCESSIVO E LIBERAÇÃO DE FULIGEM NA ATMOSFERA – MORADORES DOS BAIROS VIZINHOS À INDÚSTRIA QUE, POR APROXIMADAMENTE DOIS ANOS, RESPIRARAM EFLUENTES DE FUMAÇA E CONVIVERAM COM OS RESÍDUOS QUE SE ASSENTAVAM EM SUAS ROUPAS, MÓVEIS E RESIDÊNCIA – CONFIGURADA POLUIÇÃO AMBIENTAL E SONORA – DANO MORAL PURO – PRESCINDIBILIDADE DA DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO SOFRIDO – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – TRINÔMIO REPARAÇÃO-PUNIÇÃO-PROPORCIONALIDADE – REDUÇÃO – OBRIGAÇÃO DE FAZER – AUSÊNCIA DE PROVA QUANTO À ADEQUAÇÃO DAS ATIVIDADES DA INDÚSTRIA – MANUTENÇÃO DO COMANDO JUDICIAL – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MANTIDOS – CPC, ART. 20, § 3º – JUROS DE MORA – INAPLICABILIDADE DA REGRA DO ART. 1º-F DA LEI 9.494/97 COM AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI 11.960/09 – PREQUESTIONAMENTO – RECURSOS PROVIDOS EM PARTE.

O acervo probatório existente nos autos comprova que a empresa siderúrgica, inobstante tenha firmado Termo de Ajustamento de Conduta com o Ministério Público, na produção de ferro gusa, gerou exorbitante ruído em razão do funcionamento de suas máquinas, contrariamente ao que determina o ordenamento pátrio, além de haver liberado fuligem que atingia a casa, os móveis e as roupas dos moradores dos bairros vizinhos a ela, ocasionando a estes forte abalo psicológico, prejuízo este que deve ser reparado.

No caso em tela, o dano é *in re ipsa*, ou seja, decorrente da própria conduta da indústria apelante, que submeteu as apelantes à poluição ambiental e sonora, sendo desnecessária, portanto, a produção de prova relativamente ao prejuízo.

Para arbitrar o valor da indenização deve-se atentar ao trinômio reparação-punição-proporcionalidade, 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, de modo que a condenação deve ser reduzida, especialmente considerando-se que há outras ações semelhantes a esta, movidas pelos demais moradores dos bairros afetados pelo ato ilícito, e a condenação elevada inviabilizaria, por certo, a continuação das atividades da apelante.

Analisando detidamente as provas existentes nos autos, especialmente a testemunhal, verifica-se que apesar de a apelante ter adotado algumas providências para adequar seu funcionamento às normas legais, ainda não sanou completamente as irregularidades apontadas, o que determina a manutenção da sentença no que tange à procedência do pedido de obrigação de fazer.

Afixação da verba honorária exige respeito aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, pelos quais não pode o *quantum* estipulado ser irrisório a ponto de se tornar insignificante aos profissionais que atuaram na causa, nem ser exacerbado, impossibilitando o pagamento pelo devedor, bem assim observância dos parâmetros do § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil.

Antes da edição da Lei nº 11.960/09, a regra do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97 era dirigida apenas às verbas devidas aos servidores e empregados públicos. Somente depois é que passou a alcançar todas as condenações impostas à Fazenda Pública, “independentemente de sua natureza”. Assim, por se tratar de norma instrumental-material, não se aplica aos processos em curso, caso dos autos.

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

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, não conhecer do recurso do Estado e dar parcial provimento aos recursos de IMASUL E SIMASUL, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 15 de dezembro de 2015.

Juiz José Ale Ahmad Netto – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz José Ale Ahmad Netto.

Simasul Siderurgia Ltda, Imasul e Estado de Mato Grosso do Sul, interpõem recurso de Apelação Cível - Ordinário em face da sentença de fls. 844/874, nos autos da ação de indenização por danos morais c/c obrigação de fazer, que Alberto Migliat Neto e outros promovem em face de Estado de Mato Grosso do Sul, Imasul, Município de Aquidauana e Indústria Siderúrgica de Ferro Gusa, que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais contra os requeridos Imasul e Simasul Siderurgia Ltda, condenando-lhes, solidariamente, ao pagamento de indenização por danos morais no valor de 40 salários mínimos, acrescidos de correção monetária pelo IGPM a partir da prolação da sentença e juros de mora de 1% ao mês a contar da data da citação.

Do Recurso da Simasul Siderurgia Ltda:

Sustenta a requerida em seu recurso de apelação (f. 924/955) que a prova documental que colacionou aos autos demonstra que a produção de ferro gusa não lança substâncias tóxicas e nocivas à saúde no ar, de modo que não há nenhuma comprovação de dano ambiental.

Alega que não foi realizada perícia no presente caso, mas que juntou documentos e laudos técnicos que refutam as informações apresentadas na inicial.

Salientou que o sucesso da pretensão indenizatória exige a prova do dano e do nexo de causalidade, o que não ocorreu no caso em tela, porque o incômodo sofrido pelos apelados com a atividade exercida pela apelante não é bastante para ferir qualquer de seus direitos da personalidade.

Explicou, na sequência, que “*não há emissão de pó de carvão ‘pelos chaminés’, o gás de alto-forno da Apelante é produzido durante a reação do carbono do carvão vegetal com o ferro do minério de ferro: o gás é todo queimado no processo sendo que as emissões são basicamente de dióxido de carbono, menos agressivas do que as do escapamento dos automóveis que contém dióxido de enxofre*” (f. 933).

Disse que havia abaixo-assinados favoráveis e contrários à continuação de suas atividades, comprovando que parte da população de Aquidauana defendia a produção industrial na cidade, não servindo o posicionamento desfavorável como justificativa do alegado prejuízo suportado pelas apeladas, que sequer é embasado em estudos técnicos.

Relatou, ainda, que, diferentemente do que consignou a magistrada *a quo*, o Ministério Público entendeu que a produção siderúrgica não era prejudicial ao meio ambiental, tanto que permitiu, depois de adequada, a continuação daquela.

Obtemperou que a prova testemunhal foi valorada em contrariedade ao que prescreve o ordenamento jurídico pátrio, porque os depoimentos de informantes, que propuseram ação semelhante a esta contra a apelante, prevaleceram em face do depoimento de testemunha especialista.

No que tange ao pedido de obrigação de fazer, sustentou a perda de objeto, porque já foram adotadas pela apelante medidas para conter a fuligem e os resíduos jogados na atmosfera e o ruído emitido nunca ultrapassou os limites impostos pela legislação de regência.

Insurgiu-se, também, contra os valores arbitrados a título de indenização por danos morais e honorários advocatícios. Quanto ao primeiro, alegou que foram propostas 26 ações assemelhadas e se a condenação for igual em todas, o montante ultrapassará R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), o que é absurdo, especialmente considerando que não cometeu nenhum ato ilícito. Quanto ao segundo, relatou que a prova produzida nesta ação é idêntica à produzida das outras 26 demandas, de modo que não há justificativa para arbitrar a verba honorária em 15% da condenação.

Defendeu, por fim, a legitimidade passiva do Estado de Mato Grosso do Sul, por ser ele solidariamente responsável com a autarquia estadual, e o provimento do recurso, para, reformando a sentença, rejeitar a pretensão das apeladas ou, alternativamente, reduzir o *quantum* indenizatório e a verba honorária, invertendo-se os ônus de sucumbência.

Do Recurso do Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul – Imasul:

O Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul – Imasul também recorreu da sentença (f. 960/981), dizendo que não foi omissivo quanto ao seu dever de fiscalização, procedendo de acordo com a legislação ambiental vigente, e se algum dano ocorreu foi por culpa exclusiva da Simasul Siderurgia Ltda.

Prosseguiu afirmando que “*observou aos padrões exigíveis: analisou os riscos e possibilidades por intermédio dos processos administrativos, colocou condicionantes para a sua plena operação. Por isso não há se falar em responsabilidade da autarquia apelante por omissão, por que não foi omissa. Não havendo, portanto, nexos entre a conduta estatal e o evento danoso*” (f. 965).

Esclareceu, ainda, que o conjunto probatório existente no processo não demonstra que as atividades desenvolvidas pela Simasul Siderurgia Ltda. liberam resíduos tóxicos na atmosfera, causam prejuízos à saúde física e psíquica dos apelados e emitem sons que ultrapassem o padrão permitido pela legislação.

Obtemperou que o julgador de primeiro grau ignorou o fato de o apelante ter, no exercício do poder de polícia, vistoriado a atuação da multicitada empresa, exigindo sempre a adequação dela em prol de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, o que justifica a juntada de documentos nesta oportunidade, por referirem-se a fatos novos.

Ressaltou que pelo princípio da precaução, deve o apelante adotar medidas ambientais preventivas, a fim de evitar os danos ao meio ambiente, mas não pode ele ser punido pelos danos empreendidos pela Simasul Siderurgia Ltda., que desrespeita os termos de ajustamento de conduta.

Manifestou sua irresignação, também, contra o valor da indenização, afirmando-o exorbitante face à fragilidade das provas apresentadas pelas apeladas. Ademais, a sentença não levou em conta a intensidade da culpa para estabelecer a responsabilidade de cada um dos condenados.

Afirmou que os honorários advocatícios foram arbitrados em desrespeito ao princípio da razoabilidade e à regra insculpida no § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, assim como o percentual de juros moratórios destoava da prescrição do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, com as alterações promovidas pela Lei nº 11.960/09.

Ao final, prequestionou toda a matéria tratada nos autos e pediu o acolhimento de sua irresignação, para afastar sua condenação ou reduzir o valor da indenização e da remuneração do advogado, além de determinar que cada condenado responda na proporção de sua responsabilidade.

Do recurso adesivo do Estado de Mato Grosso do Sul:

Estado de Mato Grosso do Sul, a seu turno, interpôs recurso adesivo (f. 1008/1036), pugnano seu conhecimento apenas em caso de provimento da apelação interposta pela Simasul Siderurgia Ltda. quanto à legitimidade passiva do apelante.

Repetindo os argumentos dos recursos anteriores, consignou que a ação da empresa de siderurgia não dispersa substâncias tóxicas e que não causa poluição sonora; que a atuação do Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul – IMASUL coadunou-se com os ditames constitucionais e legais, não havendo falar em omissão; que não há nexos causal entre o alegado prejuízo sofrido pelas apeladas e a atuação estatal; que inexistiu prova do dano moral; e, finalmente, se mantida a condenação, que o *quantum* indenizatório deve ser reduzido.

Foram apresentadas contrarrazões pelo Estado de Mato Grosso do Sul (f. 1027/1036), pugnano pelo acolhimento da tese de falta de interesse recursal no que tange ao julgamento de ilegitimidade do Estado para figurar no pólo passivo da demanda.

Pelos autores, foram apresentadas contrarrazões ao recurso às f. 1041/1055, bem como às f. 1057/1066, ao recurso adesivo do Estado, para que seja mantida a sentença de primeiro grau.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria de Justiça, no parecer de fs. 1072/1090, opinou pelo improvimento dos recursos.

É o relatório. Passo ao voto.

Os autores propuseram Ação de Indenização por Danos Morais c/c Obrigação de Fazer em face de Simasul Siderurgia Ltda., Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul – IMASUL, Estado de Mato Grosso do Sul e Município de Aquidauana, alegando, em resumo, que a primeira, na produção de ferro gusa, libera fuligem e carvão vegetal sobre as casas dos moradores dos bairros próprios à empresa, dentre os quais as requerentes, o que tem causado problemas de saúde e muita sujeira, além de causar poluição sonora.

A juíza de primeiro grau, depois de instruído o feito, acolheu em parte os pedidos iniciais, extinguindo o processo, sem resolução do mérito, quanto ao Estado de Mato Grosso do Sul, julgando improcedente o pleito quanto ao Município de Aquidauana e, por fim, julgando procedente quanto à Simasul Siderurgia Ltda. e Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul – Imasul, condenando-os ao pagamento de indenização equivalente a 40 (quarenta) salários mínimos para cada requerente e determinando à primeira requerida que comprovasse, em 30 (trinta) dias, a contar do trânsito em julgado, a implementação de medidas para controlar a emissão de poluentes e a adequação do volume dos ruídos aos limites impostos pelo Conama e normas estaduais.

Contra a sentença foram interpostos recursos de apelação pela Simasul Siderurgia Ltda., pelo Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul – Imasul e recurso adesivo pelo Estado de Mato Grosso do Sul.

VOTO

O Sr. Juiz José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Simasul Siderurgia Ltda, Imasul e Estado de Mato Grosso do Sul, interpõem recurso de Apelação Cível – Ordinário em face da sentença de fls. 844/874, nos autos da ação de indenização por danos morais c/c obrigação de fazer, que Alberto Migliat Neto e outros promovem em face de Estado de Mato Grosso do Sul, Imasul, município de Aquidauana e Indústria Siderúrgica de Ferro GUSA, que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais contra os requeridos Imasul e Simasul Siderurgia Ltda, condenando-lhes, solidariamente, ao pagamento de indenização por danos morais no valor de 40 salários mínimos, acrescidos de correção monetária pelo IGPM a partir da prolação da sentença e juros de mora de 1% ao mês a contar da data da citação.

Do Recurso da Simasul Siderurgia Ltda:

Sustenta a requerida em seu recurso de apelação (f. 924/955) que a prova documental que colacionou aos autos demonstra que a produção de ferro gusa não lança substâncias tóxicas e nocivas à saúde no ar, de modo que não há nenhuma comprovação de dano ambiental.

Alega que não foi realizada perícia no presente caso, mas que juntou documentos e laudos técnicos que refutam as informações apresentadas na inicial.

Salientou que o sucesso da pretensão indenizatória exige a prova do dano e do nexo de causalidade, o que não ocorreu no caso em tela, porque o incômodo sofrido pelos apelados com a atividade exercida pela apelante não é bastante para ferir qualquer de seus direitos da personalidade.

Explicou, na sequência, que *“não há emissão de pó de carvão ‘pelos chaminés’, o gás de alto-forno da Apelante é produzido durante a reação do carbono do carvão vegetal com o ferro do minério de ferro: o gás é todo queimado no processo sendo que as emissões são basicamente de dióxido de carbono, menos agressivas do que as do escapamento dos automóveis que contém dióxido de enxofre”* (f. 933).

Disse que havia abaixo-assinados favoráveis e contrários à continuação de suas atividades, comprovando que parte da população de Aquidauana defendia a produção industrial na cidade, não servindo o posicionamento desfavorável como justificativa do alegado prejuízo suportado pelas apeladas, que sequer é embasado em estudos técnicos.

Relatou, ainda, que, diferentemente do que consignou a magistrada *a quo*, o Ministério Público entendeu que a produção siderúrgica não era prejudicial ao meio ambiental, tanto que permitiu, depois de adequada, a continuação daquela.

Obtemperou que a prova testemunhal foi valorada em contrariedade ao que prescreve o ordenamento jurídico pátrio, porque os depoimentos de informantes, que propuseram ação semelhante a esta contra a apelante, prevaleceram em face do depoimento de testemunha especialista.

No que tange ao pedido de obrigação de fazer, sustentou a perda de objeto, porque já foram adotadas pela apelante medidas para conter a fuligem e os resíduos jogados na atmosfera e o ruído emitido nunca ultrapassou os limites impostos pela legislação de regência.

Insurgiu-se, também, contra os valores arbitrados a título de indenização por danos morais e honorários advocatícios. Quanto ao primeiro, alegou que foram propostas 26 ações assemelhadas e se a condenação for igual em todas, o montante ultrapassará R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), o que é absurdo, especialmente considerando que não cometeu nenhum ato ilícito. Quanto ao segundo, relatou que a prova produzida nesta ação é idêntica à produzida das outras 26 demandas, de modo que não há justificativa para arbitrar a verba honorária em 15% da condenação.

Defendeu, por fim, a legitimidade passiva do Estado de Mato Grosso do Sul, por ser ele solidariamente responsável com a autarquia estadual, e o provimento do recurso, para, reformando a sentença, rejeitar a pretensão das apeladas ou, alternativamente, reduzir o *quantum* indenizatório e a verba honorária, invertendo-se os ônus de sucumbência.

Do recurso do Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul – Imasul:

O Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul – Imasul também recorreu da sentença (f. 960/981), dizendo que não foi omissa quanto ao seu dever de fiscalização, procedendo de acordo com a legislação ambiental vigente, e se algum dano ocorreu foi por culpa exclusiva da Simasul Siderurgia Ltda.

Prosseguiu afirmando que “*observou aos padrões exigíveis: analisou os riscos e possibilidades por intermédio dos processos administrativos, colocou condicionantes para a sua plena operação. Por isso não há se falar em responsabilidade da autarquia apelante por omissão, por que não foi omissa. Não havendo, portanto, nexa entre a conduta estatal e o evento danoso*” (f. 965).

Esclareceu, ainda, que o conjunto probatório existente no processo não demonstra que as atividades desenvolvidas pela Simasul Siderurgia Ltda. liberam resíduos tóxicos na atmosfera, causam prejuízos à saúde física e psíquica dos apelados e emitem sons que ultrapassem o padrão permitido pela legislação.

Obtemperou que o julgador de primeiro grau ignorou o fato de o apelante ter, no exercício do poder de polícia, vistoriado a atuação da multicitada empresa, exigindo sempre a adequação dela em prol de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, o que justifica a juntada de documentos nesta oportunidade, por referirem-se a fatos novos.

Ressaltou que pelo princípio da precaução, deve o apelante adotar medidas ambientais preventivas, a fim de evitar os danos ao meio ambiente, mas não pode ele ser punido pelos danos empreendidos pela Simasul Siderurgia Ltda., que desrespeita os termos de ajustamento de conduta.

Manifestou sua irresignação, também, contra o valor da indenização, afirmando-o exorbitante face à fragilidade das provas apresentadas pelas apeladas. Ademais, a sentença não levou em conta a intensidade da culpa para estabelecer a responsabilidade de cada um dos condenados.

Afirmou que os honorários advocatícios foram arbitrados em desrespeito ao princípio da razoabilidade e à regra insculpida no § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, assim como o percentual de juros moratórios destoa da prescrição do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, com as alterações promovidas pela Lei nº 11.960/09.

Ao final, prequestionou toda a matéria tratada nos autos e pediu o acolhimento de sua irresignação, para afastar sua condenação ou reduzir o valor da indenização e da remuneração do advogado, além de determinar que cada condenado responda na proporção de sua responsabilidade.

Do recurso adesivo do Estado de Mato Grosso do Sul:

Estado de Mato Grosso do Sul, a seu turno, interpôs recurso adesivo (f. 1008/1036), pugnano seu conhecimento apenas em caso de provimento da apelação interposta pela Simasul Siderurgia Ltda. quanto à legitimidade passiva do apelante.

Repetindo os argumentos dos recursos anteriores, consignou que a ação da empresa de siderurgia não dispersa substâncias tóxicas e que não causa poluição sonora; que a atuação do Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul – Imasul coadunou-se com os ditames constitucionais e legais, não havendo falar em omissão; que não há nexos causal entre o alegado prejuízo sofrido pelas apeladas e a atuação estatal; que inexistiu prova do dano moral; e, finalmente, se mantida a condenação, que o *quantum* indenizatório deve ser reduzido.

Foram apresentadas contrarrazões pelo Estado de Mato Grosso do Sul (f. 1027/1036), pugnano pelo acolhimento da tese de falta de interesse recursal no que tange ao julgamento de ilegitimidade do Estado para figurar no polo passivo da demanda.

Pelos autores, foram apresentadas contrarrazões ao recurso às f. 1041/1055, bem como às f. 1057/1066, ao recurso adesivo do Estado, para que seja mantida a sentença de primeiro grau.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria de Justiça, no parecer de fs. 1072/1090, opinou pelo improvimento dos recursos.

É o relatório. Passo ao voto.

Os autores propuseram ação de indenização por danos morais c/c obrigação de fazer em face de Simasul Siderurgia Ltda., Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul – Imasul, Estado de Mato Grosso do Sul e Município de Aquidauana, alegando, em resumo, que a primeira, na produção de ferro gusa, libera fuligem e carvão vegetal sobre as casas dos moradores dos bairros próprios à empresa, dentre os quais as requerentes, o que tem causado problemas de saúde e muita sujeira, além de causar poluição sonora.

A juíza de primeiro grau, depois de instruído o feito, acolheu em parte os pedidos iniciais, extinguindo o processo, sem resolução do mérito, quanto ao Estado de Mato Grosso do Sul, julgando improcedente o pleito quanto ao Município de Aquidauana e, por fim, julgando procedente quanto à Simasul Siderurgia Ltda. e Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul – Imasul, condenando-os ao pagamento de indenização equivalente a 40 (quarenta) salários mínimos para cada requerente e determinando à primeira requerida que comprovasse, em 30 (trinta) dias, a contar do trânsito em julgado, a implementação de medidas para controlar a emissão de poluentes e a adequação do volume dos ruídos aos limites impostos pelo Conama e normas estaduais.

Contra a sentença foram interpostos recursos de apelação pela Simasul Siderurgia Ltda., pelo Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul – Imasul e recurso adesivo pelo Estado de Mato Grosso do Sul.

Pois bem. Passo à análise preliminar:

I. Preliminar de legitimidade passiva do Estado de Mato Grosso do Sul arguida pela Simasul Siderurgia Ltda.

Simasul Siderurgia Ltda., em seu apelo, pugna pela modificação da sentença quanto à acolhida da preliminar de ilegitimidade passiva do Estado de Mato Grosso do Sul, sob o argumento de que o ente federativo é solidariamente responsável com a autarquia estadual – Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul – Imasul.

O Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul – Imasul é uma autarquia estadual que possui personalidade jurídica própria e goza de autonomia administrativa, financeira e patrimonial, e que, embora vinculado ao Estado de Mato Grosso do Sul, a este não está subordinado hierarquicamente, o que se extrai do artigo 1º do Decreto Estadual nº 12.231/07, que o instituiu, *in verbis*:

“Art. 1º O Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul – Imasul, é uma entidade pública integrante da administração indireta do Poder Executivo, com natureza autárquica, dotada de personalidade jurídica de direito público, patrimônio próprio e autonomia administrativa e operacional, nos termos da legislação estadual, com sede e foro na Capital do Estado e prazo de duração indeterminado, vinculado à Secretaria de Estado do Meio Ambiente, das Cidades, do Planejamento, da Ciência e Tecnologia – Semac”

Em razão destas características, a autarquia responde por seus atos e pelos danos que eventualmente causar, o que a legitima a estar em juízo independentemente da participação do ente federado ao qual está vinculada.

O Estado de Mato Grosso do Sul, por sua vez, é responsável subsidiário, devendo ser acionado somente se, constatada a responsabilidade do instituto, não tiver estas condições financeiras para cumprir sua obrigação, de modo que aquele é parte ilegítima para figurar no polo passivo desta ação.

Sobre as responsabilidades primária e subsidiária do Estado, o mestre José dos Santos Carvalho Filho ensina:

“A responsabilidade é primária quando atribuída diretamente à pessoa física ou à pessoa jurídica a que pertence o agente autor do dano. Será subsidiária a responsabilidade quando sua configuração depender da circunstância de o responsável primário não ter condições de reparar o dano por ele causado.

Em consequência, a responsabilidade do Estado será primária quando o dano tiver sido provocado por um de seus agentes. Assim, se um servidor, ou qualquer outro agente, estiver atuando em nome da União, do Estado, do Município, do Distrito Federal ou de uma autarquia ou fundação autárquica, o dano que causar será atribuído, primariamente, à pessoa jurídica estatal a cujo quadro pertencer.

Nem sempre, entretanto, a responsabilidade do Estado será primária. Como já vimos anteriormente, há muitas pessoas jurídicas que exercem sua atividade como efeito da relação jurídica que as vincula ao Poder Público, podendo ser variados os títulos jurídicos que fixam essa vinculação. Estão vinculadas ao Estado as pessoas de sua Administração Indireta, as pessoas prestadoras de serviços públicos por delegação negocial (concessionários e permissionários de serviços públicos) e também aquelas empresas que executam obras e serviços por força de contratos administrativos.

Em todos esses casos, a responsabilidade primária deve ser atribuída à pessoa jurídica a que pertence o agente autor do dano. Mas, embora não se possa atribuir responsabilidade direta ao Estado, o certo é que também não será lícito eximi-lo inteiramente das consequências do ato lesivo. Sua responsabilidade, porém, será subsidiária, ou seja, somente nascerá quando o responsável primário não mais tiver forças para cumprir a sua obrigação de reparar o dano” (apud Manual de Direito Administrativo. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 520-521)

Na mesma linha de raciocínio são as lições do insigne Celso Antônio Bandeira de Mello, *verbis*:

“Responsabilidade direta das autarquias e subsidiária do Estado – Por ser sujeito de direitos, a autarquia, como se disse, responde pelos seus próprios atos. Apenas no caso de exaustão de seus recursos é que irromperá responsabilidade do Estado; responsabilidade subsidiária, portanto. Esta se justifica, então, pelo fato de que, se alguém foi lesado por criatura que não tem mais como responder por isto, quem a criou outorgando-lhe poderes pertinentes a si próprio, propiciando nisto a conduta gravosa reparável, não pode eximir-se de tais consequências.” (in Curso de Direito Administrativo. 26. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 166).

A jurisprudência pátria corrobora os ensinamentos doutrinários transcritos, senão vejamos:

“AGRAVO REGIMENTAL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO AJUIZADA EM FACE DE AUTARQUIA (AGETOP) – ILEGITIMIDADE RECURSAL DO ESTADO DE GOIÁS – PEDIDO DE INTERVENÇÃO ANÔMALA – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE INTERESSE FINANCEIRO. 1. A Agência Goinana de Transportes e Obras – Agetop é entidade autárquica estadual, com autonomia administrativa, financeira e patrimonial, dotada de personalidade jurídica de direito público interno, distinta do ente federado, razão pela qual não tem o Estado de Goiás legitimidade para recorrer nos feitos em que referida pessoa jurídica é parte. 2. O instituto da intervenção anômala da pessoa jurídica de direito público, previsto no artigo 5º da Lei nº 9.469/97, exige a demonstração da existência de reflexos de natureza econômica da decisão objeto do recurso. 3. Agravo regimental não conhecido” (STJ. AgRg no Ag 1018901/GO. Sexta Turma. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Julgamento 17.2.2011. Publicação DJe 9.3.2011).

“ADMINISTRATIVO – PENSÃO MANTIDA POR AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA – PRETENSÃO DE REAJUSTE – GOVERNADOR E SECRETÁRIO DE ESTADO – ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM – TEORIA DA ENCAMPAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE. 1. As autarquias, pessoas jurídicas de direito público interno, estão entre os entes que compõem a administração descentralizada de serviços públicos típicos e funcionam na forma da lei que as instituiu. Têm patrimônio próprio e capacidade de auto-administração. 2. Como entes autônomos, não se subordinam hierarquicamente à entidade estatal. Na lição de Hely Lopes Meirelles, as autarquias não agem por delegação, mas por direito próprio; estão sujeitas apenas ao controle finalístico de sua administração e da conduta de seus dirigentes. 3. Nesta Corte, prevalece a compreensão de que, em se tratando de benefício mantido por Autarquia Previdenciária, o Estado não detém legitimidade para figurar na relação processual. Precedentes. 4. O Estado do Rio de Janeiro não administra os proventos da inatividade ou o pagamento de pensões aos dependentes de seus servidores, porquanto outorgou tal tarefa à Autarquia especialmente criada para este fim, no caso o IPERJ, com a edição da Lei Estadual n. 285, de 1979. Esta responsabilidade, atualmente, foi transferida a outra Autarquia, o Fundo Único de Previdência Social do Estado do Rio de Janeiro – Rioprevidência. 5. Nesse contexto, tendo em conta que a autoridade tida por coatora pertence a diversa pessoa jurídica de direito público, cuja alteração importará em mudança do foro competente, não há como adotar a Teoria da Encampação. Forçoso, na espécie, reconhecer a carência de uma das condições de ação, qual seja, a legitimidade passiva ad causam (art. 267, VI, CPC). Precedentes. 6. Recurso ordinário improvido” (STJ. RMS 25.355/RJ. Quinta Turma. Relator Ministro Jorge Mussi. Julgamento 4.12.2008. Publicação DJe 2.2.2009).

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA – SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – AGÊNCIA ESTADUAL DE METROLOGIA – AUTARQUIA – ILEGITIMIDADE DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – RECURSO IMPROVIDO. O Estado, apesar de ter responsabilidade subsidiária em relação às suas autarquias, não é parte legítima para figurar no polo passivo de demanda ajuizada contra elas, tendo em vista autonomia administrativa e financeira que possuem” (TJ/MS. Apelação Cível nº 2009.016134-3/0000-00 – Campo Grande. Segunda Turma Cível. Relator Des. Julizar Barbosa Trindade. Julgamento 9.3.2010).

Assim, rejeito a alegação de legitimidade passiva do Estado de Mato Grosso do Sul.

II. Recurso adesivo interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul

O Estado de Mato Grosso do Sul recorreu adesivamente da sentença, consignando que seu apelo somente deveria ser conhecido em caso de ser ele incluído no polo passivo da ação.

No tópico anterior a pretensão da Simasul Siderurgia Ltda. quanto à legitimidade do ente federativo foi rechaçada, de modo que falta a este interesse recursal, o que é causa de inadmissibilidade do recurso.

Segundo ensinamentos de Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha, *in verbis*:

“Para que o recurso seja admissível, é preciso que haja utilidade – o recorrente deve esperar, em tese, do julgamento do recurso, situação mais vantajosa, do ponto de vista prático, do que aquela em que o haja posto a decisão impugnada – e necessidade – que lhe seja preciso usar as vias recursais para alcançar este objetivo. Costuma-se relacionar o interesse recursal à existência de sucumbência ou gravame. [...] A noção de interesse de recorrer é mais prospectiva do que retrospectiva: ‘a ênfase incidirá mais sobre o que é possível ao recorrente esperar que se decida, no novo julgamento, do que sobre o teor daquilo que se decidiu, no julgamento impugnado’ (apud Curso de Direito Processual Civil. Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 7. ed. Salvador: Jus Podium, 2009. p. 51, Volume 3).

Desta feita, vê-se que não há utilidade ou mesmo necessidade ao apelante no manejo do recurso adesivo, pois a situação de primeiro grau já lhe é favorável, o que obsta o seu conhecimento.

III. Legitimidade passiva do Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul – Imasul

O Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul – IMASUL, argumentando que não foi omissa quanto ao seu dever de fiscalização, defendeu ser parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda.

A despeito da argumentação do apelante, tenho que ele é legitimado passivo, por ser solidariamente responsável com a indústria siderúrgica quanto a eventuais danos causados às apeladas, vez que permitiu – ou, pelo menos, não impediu – que a citada indústria funcionasse contrariamente ao ordenamento pátrio.

O já citado Decreto Estadual nº 12.231/07, que criou o instituto em questão, em seus artigos 2º e 3º, aponta as finalidades dele, dentre as quais, destacam-se a competência para “conceder licenciamento e realizar o controle ambiental de obras, empreendimentos e atividades efetiva ou potencialmente poluidoras e/ou modificadoras do meio ambiente” e “promover a fiscalização das atividades poluidoras”.

Assim, permitindo o instituto que a indústria atuasse, por aproximadamente dois anos, de forma irregular e nociva à saúde dos moradores de Aquidauana, é certo que foi omissa quanto ao seu dever institucional, mormente em razão da ampla divulgação dos fatos aqui narrados pela imprensa do Estado, o que lhe impõe, por força do comando constitucional (artigo 37, § 6º), o dever de responder pelas agruras suportadas pelas apeladas.

Além do mais, resta incontroversa a culpa do ente estatal, porque a omissão dele foi mencionada na representação feita por Vinícius Libanio Coutinho, Fiscal Ambiental do Instituto de Meio Ambiente Pantanal – Imap (atualmente, Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul – Imasul), no dia 28 de maio de 2006, encaminhada ao Ministério Público Federal, comunicando os atos ilícitos praticados pela primeira apelante e a inércia do órgão fiscalizador.

No que pertine à responsabilidade do Estado por conduta omissiva, transcrevo os percucientes ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho:

“O Estado causa danos a particulares por ação ou por omissão. Quando o fato administrativo é comissivo, podem os danos ser gerados por conduta culposa ou não. A responsabilidade objetiva do Estado se dará pela presença dos seus pressupostos – o fato administrativo, o dano e o nexo causal.

Todavia, quando a conduta estatal for omissa, será preciso distinguir se a omissão constitui, ou não, fato gerador da responsabilidade civil do Estado. Nem toda conduta comissiva retrata um desleixo do Estado em cumprir um dever legal; se assim for, não se configurará a responsabilidade estatal. Somente quando o Estado se omitir diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsável civilmente e obrigado a reparar os prejuízos.

A consequência, dessa maneira, reside em que a responsabilidade civil do Estado, no caso de conduta omissiva, só se desenhará quando presentes estiverem os elementos que caracterizam a culpa. A culpa origina-se, na espécie, do descumprimento do dever legal, atribuído ao Poder Público, de impedir a consumação do dano. Resulta, por conseguinte, que, nas omissões estatais, a teoria da responsabilidade objetiva não tem perfeita aplicabilidade, como ocorre nas condutas comissivas” (Op. cit., p. 517-518)

O Superior Tribunal de Justiça já apreciou caso de omissão estatal quanto à fiscalização ambiental, conforme se vê da ementa a seguir:

“AMBIENTAL – UNIDADE DE CONSERVAÇÃO DE PROTEÇÃO INTEGRAL (LEI 9.985/00) – OCUPAÇÃO E CONSTRUÇÃO ILEGAL POR PARTICULAR NO PARQUE ESTADUAL DE JACUPIRANGA – TURBAÇÃO E ESBULHO DE BEM PÚBLICO – DEVER-PODER DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL DO ESTADO. OMISSÃO – ART. 70, § 1º, DA LEI 9.605/1998 – DESFORÇO IMEDIATO. ART. 1.210, § 1º, DO CÓDIGO CIVIL – ARTIGOS 2º, I E V, 3º, IV, 6º E 14, § 1º, DA LEI 6.938/1981 (LEI DA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE) – CONCEITO DE POLUIDOR – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DE NATUREZA SOLIDÁRIA, OBJETIVA, ILIMITADA E DE EXECUÇÃO SUBSIDIÁRIA – LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO. 1. Já não se duvida, sobretudo à luz da Constituição Federal de 1988, que ao Estado a ordem jurídica abona, mais na fórmula de dever do que de direito ou faculdade, a função de implementar a letra e o espírito das determinações legais, inclusive contra si próprio ou interesses imediatos ou pessoais do Administrador. Seria mesmo um despropósito que o ordenamento constrangesse os particulares a cumprir a lei e atribuisse ao servidor a possibilidade, conforme a conveniência ou oportunidade do momento, de por ela zelar ou abandoná-la à própria sorte, de nela se inspirar ou, frontal ou indiretamente, contradizê-la, de buscar realizar as suas finalidades públicas ou ignorá-las em prol de interesses outros. 2. Na sua missão de proteger o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, como patrono que é da preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais, incumbe ao Estado ‘definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer

utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção' (Constituição Federal, art. 225, § 1º, III). 3. A criação de Unidades de Conservação não é um fim em si mesmo, vinculada que se encontra a claros objetivos constitucionais e legais de proteção da Natureza. Por isso, em nada resolve, freia ou mitiga a crise da biodiversidade – diretamente associada à insustentável e veloz destruição de habitat natural –, se não vier acompanhada do compromisso estatal de, sincera e eficazmente, zelar pela sua integridade físico-ecológica e providenciar os meios para sua gestão técnica, transparente e democrática. A ser diferente, nada além de um 'sistema de áreas protegidas de papel ou de fachada' existirá, espaços de ninguém, onde a omissão das autoridades é compreendida pelos degradadores de plantão como autorização implícita para o desmatamento, a exploração predatória e a ocupação ilícita. 4. Qualquer que seja a qualificação jurídica do degradador, público ou privado, no Direito brasileiro a responsabilidade civil pelo dano ambiental é de natureza objetiva, solidária e ilimitada, sendo regida pelos princípios do poluidor-pagador, da reparação in integrum, da prioridade da reparação in natura, e do favor debilis, este último a legitimar uma série de técnicas de facilitação do acesso à Justiça, entre as quais se inclui a inversão do ônus da prova em favor da vítima ambiental. Precedentes do STJ. 5. Ordinariamente, a responsabilidade civil do Estado, por omissão, é subjetiva ou por culpa, regime comum ou geral esse que, assentado no art. 37 da Constituição Federal, enfrenta duas exceções principais. Primeiro, quando a responsabilização objetiva do ente público decorrer de expressa previsão legal, em microsistema especial, como na proteção do meio ambiente (Lei 6.938/1981, art. 3º, IV, c/c o art. 14, § 1º). Segundo, quando as circunstâncias indicarem a presença de um standard ou dever de ação estatal mais rigoroso do que aquele que jorra, consoante a construção doutrinária e jurisprudencial, do texto constitucional. 6. O dever-poder de controle e fiscalização ambiental (= dever-poder de implementação), além de inerente ao exercício do poder de polícia do Estado, provém diretamente do marco constitucional de garantia dos processos ecológicos essenciais (em especial os arts. 225, 23, VI e VII, e 170, VI) e da legislação, sobretudo da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981, arts. 2º, I e V, e 6º) e da Lei 9.605/1998 (Lei dos Crimes e Ilícitos Administrativos contra o Meio Ambiente). 7. Nos termos do art. 70, § 1º, da Lei 9.605/1998, são titulares do dever-poder de implementação 'os funcionários de órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente – Sisnama, designados para as atividades de fiscalização', além de outros a que se confira tal atribuição. 8. Quando a autoridade ambiental 'tiver conhecimento de infração ambiental é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante processo administrativo próprio, sob pena de co-responsabilidade' (art. 70, § 3º, da Lei 9.605/1998, grifo acrescentado). 9. Diante de ocupação ou utilização ilegal de espaços ou bens públicos, não se desincumbe do dever-poder de fiscalização ambiental (e também urbanística) o Administrador que se limita a embargar obra ou atividade irregular e a denunciá-la ao Ministério Público ou à Polícia, ignorando ou desprezando outras medidas, inclusive possessórias, que a lei põe à sua disposição para eficazmente fazer valer a ordem administrativa e, assim, impedir, no local, a turbação ou o esbulho do patrimônio estatal e dos bens de uso comum do povo, resultante de desmatamento, construção, exploração ou presença humana ilícitos. 10. A turbação e o esbulho ambiental-urbanístico podem – e no caso do Estado, devem – ser combatidos pelo desforço imediato, medida prevista atualmente no art. 1.210, § 1º, do Código Civil de 2002 e imprescindível à manutenção da autoridade e da credibilidade da Administração, da integridade do patrimônio estatal, da legalidade, da ordem pública e da conservação de bens intangíveis e indisponíveis associados à qualidade de vida das presentes e futuras gerações. 11. O conceito de poluidor, no Direito Ambiental brasileiro, é amplíssimo, confundindo-se, por expressa disposição legal, com o de degradador da qualidade ambiental, isto é, toda e qualquer 'pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental' (art. 3º, IV, da Lei 6.938/1981, grifo adicionado). 12. Para o fim de apuração do nexo de causalidade no dano urbanístico-ambiental e de eventual solidariedade passiva, equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem

não se importa que façam, quem cala quando lhe cabe denunciar, quem financia para que façam e quem se beneficia quando outros fazem. 13. A Administração é solidária, objetiva e ilimitadamente responsável, nos termos da Lei 6.938/1981, por danos urbanístico-ambientais decorrentes da omissão do seu dever de controlar e fiscalizar, na medida em que contribua, direta ou indiretamente, tanto para a degradação ambiental em si mesma, como para o seu agravamento, consolidação ou perpetuação, tudo sem prejuízo da adoção, contra o agente público relapso ou desidioso, de medidas disciplinares, penais, civis e no campo da improbidade administrativa. 14. No caso de omissão de dever de controle e fiscalização, a responsabilidade ambiental solidária da Administração é de execução subsidiária (ou com ordem de preferência). 15. A responsabilidade solidária e de execução subsidiária significa que o Estado integra o título executivo sob a condição de, como devedor-reserva, só ser convocado a quitar a dívida se o degradador original, direto ou material (= devedor principal) não o fizer, seja por total ou parcial exaurimento patrimonial ou insolvência, seja por impossibilidade ou incapacidade, inclusive técnica, de cumprimento da prestação judicialmente imposta, assegurado, sempre, o direito de regresso (art. 934 do Código Civil), com a desconsideração da personalidade jurídica (art. 50 do Código Civil). 16. Ao acautelar a plena solvabilidade financeira e técnica do crédito ambiental, não se insere entre as aspirações da responsabilidade solidária e de execução subsidiária do Estado – sob pena de onerar duplamente a sociedade, romper a equação do princípio poluidor-pagador e inviabilizar a internalização das externalidades ambientais negativas – substituir, mitigar, postergar ou dificultar o dever, a cargo do degradador material ou principal, de recuperação integral do meio ambiente afetado e de indenização pelos prejuízos causados. 17. Como consequência da solidariedade e por se tratar de litisconsórcio facultativo, cabe ao autor da Ação optar por incluir ou não o ente público na petição inicial. 18. Recurso Especial provido” (REsp 1071741/SP. Segunda Turma. Relator Ministro Herman Benjamin. Julgamento 24.3.2009. Publicação DJe 16.12.2010).

Por tais razões, agiu bem o magistrado *a quo* ao rejeitar a preliminar de ilegitimidade passiva do Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul – Imasul, pelo que deve ser mantida a sentença em tal ponto.

IV. Recursos interpostos por Simasul Siderurgia Ltda. e Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul – Imasul (mérito)

Os apelantes, quanto ao mérito, defendem, resumidamente, que (i) não há provas dos fatos alegados pelas apeladas, do dano moral e do nexo de causalidade, porque a siderúrgica funciona em consonância com as normas ambientais vigentes; (ii) que o pedido de obrigação de fazer perdeu seu objeto, porquanto foram adotadas as medidas cabíveis para contenção da fuligem e dos resíduos liberados no ar e o ruído emitido nunca ultrapassou os limites impostos pela legislação de regência; e, também, (iii) que o valor da condenação e o percentual da verba honorária são exacerbados.

Tais alegações serão analisadas, a seguir, em tópicos distintos.

a) Prova dos fatos alegados na inicial, do dano moral e do nexo causal

Consoante se vê dos documentos que acompanham a peça vestibular (f. 40/89), a empresa apelante, na produção do ferro gusa, inobstante haver firmado com o Ministério Público Estadual um Termo de Ajustamento de Conduta, continuou atuando de forma irregular e contrária à legislação ambiental, liberando fuligem na atmosfera, a qual produzia uma “nuvem de poeira negra” que sujava a casa, os móveis e as roupas dos moradores dos bairros vizinhos à empresa, além de, muitas vezes, causar a eles problemas respiratórios.

A conduta ilegal da primeira apelada foi, inclusive, em meados de 2006, amplamente divulgada pelo noticiário sul-mato-grossense. A título de exemplo, cito excerto de matéria jornalística publicada no Correio do Estado, de 09 de julho de 2006, noticiando a emissão de efluentes:

“As constantes nuvens de pó preto oriundas da Indústria Siderúrgica de Ferro Gusa de Mato Grosso do Sul [antiga denominação da Simasul Siderurgia Ltda.], ativada há 10 meses em meio a uma área residencial em Aquidauana, estão causando revolta generalizada nos moradores em pelo menos seis vilas próximas à fábrica. Além da invasão dos resíduos nas casas, os moradores afirmam que a poluição da fábrica é uma ameaça para a saúde da população vizinha.

“Minha filha de três meses não apresentava problema nenhum de saúde. Agora está com problemas no pulmão. Ela respira esse pó de carvão 24 horas por dia’, reclama Angélica Martins da Costa, que mora a 100 metros da indústria. Depois de 11 anos morando no lugar, Angélica afirma que terá de mudar urgente da casa por causa do problema” (f. 76)

Os depoimentos prestados pelas testemunhas, moradores dos bairros afetados pela atividade da indústria, coadunam-se com as fotografias acostadas às f. 84 e 696/697, que demonstram a liberação da fuligem e a sujeira nas casas, senão vejamos:

Testemunha Edi Gauna (f. 687):

“[...] Que os autores tiveram problemas em razão de morar próximo a Siderúrgica; que vinha para a casa dos autores muito pó, as crianças ficam sempre gripadas, espirrando, com alergia; que a depoente chegou a ver o pó preto na casa dos autores; que a quantidade de pó era muito, pois a casa dos autores não é forrada e o piso é de cor clara [...]”.

Testemunha Eudeltrudes Pedroso da Gama (f. 688):

“[...] Que a depoente chegou a ver a fuligem na casa dos autores; que a quantidade de pó vindo da usina era muita; que os autores tiveram problemas de saúde, como alergia;(...) que os problemas com barulho e fuligem continuam; [...]”.

Não bastassem todas estas provas, a exordial é instruída, ainda, com um abaixo-assinado dos moradores do município de Aquidauana, opondo-se ao funcionamento da siderúrgica, e uma reclamação feita por Vinícius Libanio Coutinho, Fiscal Ambiental do Instituto de Meio Ambiente Pantanal – Imap (atualmente, Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul – Imasul), no dia 28 de maio de 2006, encaminhada ao Ministério Público Federal, comunicando os atos ilícitos praticados pela primeira apelante, *in verbis*:

“[...] uma vez que havia muitas reclamações de moradores da circunvizinhança da referida Siderúrgica. [...] Com esta atitude, solicitamos aos cidadãos reclamantes que se dirigissem ao Ministério Público Estadual na pessoa do senhor Promotor Público responsável pela pasta e Meio Ambiente a fim de denunciar os problemas que a Siderúrgica está causando aos moradores circunvizinhos ambientais (barulho excessivo, caminhões circulando em vias públicas impróprias, lançamento de fuligem devido à falta de filtro).

Informo que até o presente momento a Industria Siderúrgica de Ferro Gusa Mato Grosso do Sul Ltda. continua funcionando sem que fossem tomadas as providencias cabíveis, sendo assim, gostaria que o Ministério Público Federal investigasse esta agressão ambiental, salientando que o Pantanal é um ambiente frágil, de suma importância para a manutenção da biodiversidade do cerrado e Biosfera e, salientando que há o Decreto Municipal nº 065/2005 transformando a área do município em Área de Preservação Ambiental” (f. 61/62).

Aliada à emissão de resíduos no ar, há a poluição sonora, revelada por teste realizado pela Polícia Militar Ambiental que, conquanto atinja bem jurídico diverso do afetado pelo já analisado ato ilícito [poluição ambiental], causa, também, danos à saúde dos moradores das regiões próximas ao local onde instalada a siderúrgica.

O Código de Processo Civil, em seu artigo 333, estabelece uma regra de distribuição do *onus probandi*, segundo a qual ao autor cabe demonstrar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu, aqueles modificativos, impeditivos ou extintivos do direito pleiteado na inicial.

Discorrendo sobre o assunto, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira lecionam:

“Afirma-se que, em um primeiro sentido, o ônus da prova é uma regra de conduta dirigida às partes, que indica quais os fatos que a cada uma incumbe provar. Este seria o chamado ônus subjetivo (ou formal, segundo Barbosa Moreira). Sucede que é possível que as provas produzidas sejam insuficientes para revelar o ocorrido. Mesmo sem prova, porém, impõe-se ao juiz o dever de julgar – afinal, vedado é o non liquet.

Daí dizer-se que, em um segundo sentido, o ônus da prova é uma regra dirigida ao juiz (uma regra de julgamento, portanto), que indica como ele deverá julgar acaso não encontre a prova dos fatos; que indica qual das partes deverá suportar os riscos advindos do mau êxito na atividade probatória, amargando uma decisão desfavorável. Tal seria o ônus da prova objetivo (ou material, segundo Barbosa Moreira).

Explica o ônus subjetivo, Barbosa Moreira: ‘O desejo de obter a vitória cria para a litigante a necessidade, antes de mais nada, de pesar os meios de que se poderá valer no trabalho de persuasão, e de esforçar-se, depois, para que tais meios sejam efetivamente utilizados na instrução da causa. Fala-se, ao propósito, de ônus da prova, num primeiro sentido (ônus subjetivo ou formal).’

E segue comentando o ônus objetivo: *‘A circunstância de que, ainda assim, o litígio deva ser decidido torna imperioso que alguma das partes suporte o risco inerente ao mau êxito da prova. Cuida então a lei, em geral, de proceder a uma distribuição de riscos: traça critérios destinados a indicar, conforme o caso, qual dos litigantes terá de suportá-los, arcando com as consequências desfavoráveis de não se haver provado o fato que lhe aproveitava. Aqui também se alude ao ônus da prova, mas num segundo sentido (ônus objetivo ou material).’* (Curso de Direito Processual Civil. Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela. Volume 2. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 73-74)

No caso *sub examine*, como visto acima, os apelados demonstraram, exaustivamente, que a atividade desenvolvida pela primeira apelante – e que deixou de ser fiscalizada pelo segundo apelante – causou-lhe danos ambientais, por espalhar pó de carvão por sua casa, sujando as roupas, os móveis, o chão e, muitas vezes, causando irritação nos olhos e problemas respiratórios.

Por outro lado, os apelantes, calcando-se nas alegações de que a fuligem expelida não é tóxica e que havia autorização estatal para o funcionamento da siderúrgica, não se desincumbiram do dever de provar que os apelados não sofreram qualquer dano, mormente porque, embora requerida a prova técnica, a empresa apelante não recolheu os honorários periciais, ocorrendo a preclusão do direito.

É certo que, por força do que prescreve o citado artigo 333 do Código de Processo Civil, que encontra eco na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a empresa apelante afirma que a produção do ferro gusa não causa prejuízos os moradores do município de Aquidauana, deveria fazer prova de suas alegações para retirar a força do acervo probatório trazido aos autos pelas apelantes – e a prova pericial era imprescindível para tanto.

Entretanto, ao deixar de depositar a remuneração do *expert*, a primeira apelante ignorou a regra de conduta processual a ela dirigida e, com isso, não desconstituiu os fatos cabalmente comprovados pelas apeladas.

Sobre o *onus probandi* do réu, temos alguns julgados do Tribunal da Cidadania:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO – PROGRESSÃO FUNCIONAL – DIFERENÇAS SALARIAIS – FATO IMPEDITIVO DO DIREITO DO AUTOR – ÔNUS DA PROVA. ART. 333, II, DO CPC – INCUMBÊNCIA DO RÉU – RECONHECIMENTO DO DIREITO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS – REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS – REVISÃO – SÚMULA 7/STJ – LEI ESTADUAL 10.961/1992 – EXAME DE LEGISLAÇÃO LOCAL – SÚMULA 280/STF. 1. Nos termos do art. 333 do Código de Processo Civil, cabe ao autor demonstrar a veracidade dos fatos constitutivos de seu direito (inciso I) e ao réu invocar circunstância capaz de alterar ou eliminar as consequências jurídicas do fato aduzido pelo demandante (inciso II). [...] 4. Agravo Regimental não provido” (AgRg no Ag 1313849/MG. Segunda Turma. Relator Ministro Herman Benjamin. Julgamento 28.9.2010. Publicação DJe 2.2.2011).

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO [...] – ÔNUS DA PROVA – ATO IMPEDITIVO, MODIFICATIVO OU EXTINTIVO – ART. 333, II, DO CPC. INCUMBÊNCIA DO RÉU. [...] 2. Nos termos do art. 333, II, do CPC, o ônus da prova incumbe ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. [...] 5. Agravo regimental a que se nega provimento” (AgRg no Ag 1113034/MG. Sexta Turma. Relator Ministro Og Fernandes. Julgamento 25.8.2009. Publicação DJe 28.9.2009).

“AGRAVO REGIMENTAL – RECURSO ESPECIAL – PREVIDÊNCIA PRIVADA – PRESCRIÇÃO – DATA EM QUE OS VALORES FORAM DEVOLVIDOS AO ASSOCIADO – ÔNUS DA RÉ – 1. Compete ao réu provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (art. 333, II, do CPC). Assim não fazendo, suporta as consequências de sua inércia. 2. Agravo regimental desprovido” (AgRg no REsp 1045916/PR. Quarta Turma. Relator Ministro Fernando Gonçalves. Julgamento 3.3.2009. Publicação DJe 16.3.2009).

Acerca do depoimento prestado pela testemunha Eliane Lara Chaves (f. 742/744), arrolada pela empresa siderúrgica, importa salientar que, embora a engenheira mecânica afirme, sem autoridade para tanto, que as substâncias expelidas pela indústria não são tóxicas, tal circunstância não afasta a ilicitude da conduta da primeira apelante, porquanto o fato de os apelados, por mais de 2 anos, terem convivido com a fuligem, que enxovalhava sua casa e utensílios, já configura o dano.

Desta feita, indubitáveis (i) o ato ilícito praticado pelos apelantes, a primeira na poluição ambiental e sonora, e o segundo na omissão quanto ao seu dever de fiscalização, (ii) o dano suportado pelos apelados e (iii) o nexo de causalidade entre eles, o que foi bem delineado na sentença, senão vejamos:

“Cumpre ressaltar que, quando concedeu a Licença de Operação n. 305/2005 à Indústria, o Instituto de Meio Ambiente Pantanal-MS (órgão vinculado à Secretaria Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos) determinou que a Indústria observasse o controle das emissões atmosféricas geradas por sua atividade, obedecendo as Resoluções n. 258, 264 e 316 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama). Determinou, também, que fosse implantada, no primeiro semestre de validade da licença de operação, uma cortina arbórea com três fileiras de árvores, conforme projeto que havia sido apresentado (f. 50-51).

Todavia, é óbvio que as determinações do órgão ambiental não foram observadas pela Indústria demandada, posto que os resíduos por ela lançados na atmosfera acabaram sendo emitidos de forma descontrolada e excessiva, tendo atingido as residências vizinhas e causado aos autores e à diversas pessoas todos os dissabores já mencionados.

Apesar de a empresa requerida argumentar em contestação que sempre observou todas as determinações dos órgãos ambientais em sua atividades, restou evidenciado que tal não corresponde à verdade. Se assim tivesse agido no que diz respeito ao controle de suas emissões atmosféricas, as residências vizinhas ao seu estabelecimento não teriam sido gravemente atingidas pelo já citado 'pó preto' que saía de sua chaminé e que a tudo sujava e emporcalhava.

Não é crível que em todas as cidades que possuem indústria siderúrgica, regularmente funcionando em com todos os equipamentos necessários, tenham o mesmo problema. Também não é crível que nessas cidades a população seja obrigada a conviver com a sujeira, o barulho excessivo, enfim, os vários transtornos relatados nos autos. Aliás, mesmo que assim fosse, não serviria de base para impor prejuízos aos moradores desta cidade.

A testemunha Eliana Lara Chaves, arrolada pela própria Indústria demandada, fez questão de frisar em seu depoimento que "(...) o parque industrial de Minas Gerais é de 1948, sendo que a população convive diretamente com as siderúrgicas, dentro da cidade, lado a lado, não havendo nenhum registro de doenças (...)” (f. 859). Certamente tal ocorre porque as indústrias que lá estão instaladas respeitam inteiramente as normas ambientais, em especial as que regulam e controlam as emissões atmosféricas de resíduos da atividade industrial, o que não é o caso da demandada neste processo.

Cabe frisar que a Indústria requerida teve ampla oportunidade probatória neste feito. Foi-lhe facultado comprovar, através da realização de uma perícia técnica, que o seu empreendimento sempre respeitou as normas ambientais e as determinações que lhe foram dirigidas pelos órgãos estatais de controle do meio ambiente. Todavia, a empresa requerida preferiu abrir mão do seu direito probatório e deixou de realizar a prova pericial.

A propósito, cumpre frisar que a jurisprudência pátria há muito assentou o entendimento no sentido de que “Aquele que cria ou assume o risco de danos ambientais tem o dever de reparar os danos causados e, em tal contexto, transfere-se a ele todo o encargo de provar que sua conduta não foi lesiva” (grifou-se) (Resp n.º 1049822/RS, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, Data do Julgamento: 23/04/2009, Data da Publicação/Fonte DJe 18/05/2009).

No caso dos autos, a empresa requerida não apresentou qualquer prova de que as emissões atmosféricas por ela realizadas e que o seu ruído industrial por ela produzidos se davam em níveis normais, de acordo com a legislação ambiental, e que não tiveram o condão de causar os prejuízos alegados pela parte autora.

Por outro lado, encontra-se satisfatoriamente comprovado nos autos que a atividade da Indústria Siderúrgica requerida provocou e provoca a emissão de partículas na atmosfera, especialmente pó de carvão e poeira em geral. Provado também está que as referidas partículas, por um período aproximado de 02 anos, adentravam nas residências próximas à indústria, inclusive na da parte autora, provocando todo tipo de dissabor, pois acumulavam nos forros, sujavam os móveis, roupas estendidas no varal, piso das casas e, em muitos casos, provocavam irritação nos olhos. E a maior prova disso é que, muito tempo após ter entrado em atividade, a indústria requerida se viu obrigada a instalar um filtro de manga em sua chaminé, o que acabou contribuindo para a diminuição da emissão de fuligem na atmosfera, segundo apurado nos autos.

Veja-se, pois, que por qualquer ângulo que se vislumbre a situação, constata-se a necessidade de se impor à Indústria requerida o dever de indenizar os autores.

A empresa demandada descumpriu as determinações que lhe foram dadas pelo órgão ambiental, visto que não realizou o efetivo controle da emissão de particulados. Infringiu, portanto, as normas de direito ambiental, praticando ato ilícito.

Não obstante, ainda que tivesse cumprido todas as normas ambientais e obedecido todas as determinações dos órgãos oficiais de controle das atividades potencialmente lesivas ao meio ambiente, a Indústria Siderúrgica exacerbou o uso normal da propriedade, causando prejuízo aos moradores vizinhos (art. 1.277 e seguintes do Código Civil).

Como já foi visto, através do exercício de sua atividade industrial, a empresa demandada interferiu prejudicialmente no sossego e na tranquilidade de seus moradores vizinhos, na medida em que infestou a residência dos mesmos com pó de carvão e poeira em geral por aproximadamente 02 anos e na medida em que permitiu que sua atividade industrial gerasse ruídos em volume acima da média tolerada.

Ao tratar do ‘uso nocivo ou anormal da propriedade’, o e. Professor Arnaldo Rizzardo preceitua que

‘(...) Várias formas representam o mau uso: as ofensas ou ameaças à segurança pessoal ou dos bens, como se o prédio vizinho apresenta sintomas de que vá cair; os detritos que dele emanam; as ofensas ao sossego, como ruídos, gritaria, música, diversões e arruaças – tudo de molde a trazer intranquilidade e incômodos aos moradores de prédios próximos; o perigo ou ameaça de ofensa à saúde, como emanção de gases tóxicos, de constante fumaça, e de odores desagradáveis.

As ofensas, pois, se dirigem à segurança pessoal dos vizinhos ou de seus bens, ao sossego e à saúde.

Sobrelevam, por serem mais constantes, as relativas ao sossego, configuráveis em ruídos insuportáveis, impedindo o descanso das pessoas residentes nas proximidades.

(...) Exemplifica Pontes de Miranda uma extensa relação de casos que representam o mau uso da propriedade, colhidos da casuística pretoriana:

A queima de detritos, com a produção de fumaça que invada as propriedades vizinhas.

O badalar dos sinos de igrejas sem a necessidade de cultos.

As queimadas, a poluição das águas, os rumores excessivos, os odores fortes e outras emissões que causem dano (...).

Veja-se, então, que ainda que a Indústria Siderúrgica tivesse comprovado que em sua atividade industrial obedecia todas as normas ambientais e diretrizes que lhe eram impostas pelos órgãos oficiais de controle – o que se viu não ser o caso – ainda assim restaria latente o seu dever de indenizar os autores, tendo em vista o mau uso que fazia do seu direito de propriedade.

Estando assentado, pois, o direito dos autores receberem a pertinente indenização pelos danos morais sofridos, cabe averiguar o quantum indenizatório” (f. 858/862).

Demonstrados, então, os elementos essenciais à configuração da responsabilidade civil [a conduta ilícita, o dano e o nexo causal entre eles], impõe-se, *ex vi* dos artigos 186 e 927 do Código Civil, o dever de os apelantes indenizarem o prejuízo extrapatrimonial suportado pelas apeladas, em razão do mau uso de sua propriedade.

Tratando-se o dano moral de ofensa aos direitos da personalidade, atingindo a esfera subjetiva do indivíduo, forçoso reconhecer que a lesão é presumível, isto é, inerente ao próprio ato praticado pelo agente – *in re ipsa* –, provando-se por si mesma.

A propósito, Carlos Alberto Bittar ensina que:

“[...] a experiência tem mostrado, na realidade fática, que certos fenômenos atingem a personalidade humana, lesando os aspectos referidos, de sorte que a questão se reduz, no fundo, a simples prova do fato lesivo. Realmente, não se cogita, em verdade, para melhor técnica, em prova de dor, ou de aflição, ou de constrangimento, porque são fenômenos ínsitos na alma humana como reações naturais a agressões do meio social. Dispensam, pois, comprovação do resultado lesivo e a conexão com o fato causador, para a responsabilização do agente.

Com efeito, o dano moral repercute internamente, ou seja, na esfera íntima, ou no recôndito do espírito, dispensando a experiência humana qualquer exteriorização a título de prova, diante das próprias evidências fáticas” (apud Reparação Civil por Danos Morais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 136-137).

Reforçando esta convicção, são as palavras de Salomão Resedá:

“Portanto, realizado o ato danoso, o sujeito passivo não terá sobre si o ônus probatório. Ele pode ser presumido a partir do comportamento adotado pelo agressor. A partir de situações pontuais, o juiz poderá lançar mão de presunções e indícios para identificar a configuração do dano moral. Em razão de sua vinculação à incolumidade dos direitos da personalidade do ofendido, a prova direta do agravo moral apresenta-se impossível do ponto de vista processual: o prejuízo extrapatrimonial é apodítico.

[...]

O que se deve provar é a prática do ato. Feito isso, torna-se dedutível que o prejuízo imaterial tenha ocorrido. Há uma presunção juris tantum da ocorrência dos danos morais (in A Função Social do Dano Moral. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 166).

Com efeito, a própria conduta dos apelantes – a primeira, ao gerar a poluição ambiental e sonora, e o segundo, ao ser omissos quanto ao seu dever de fiscalização – é causa ensejadora da responsabilização civil, sendo desnecessária a prova do dano suportado pelas vítimas.

Superada esta questão, passo à apreciação do *quantum* indenizatório.

b) *Quantum* indenizatório

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. O mais abalizado entendimento doutrinário e jurisprudencial determina sua fixação com o propósito de desestimular ações lesivas da mesma espécie, alicerçando a condenação no princípio da razoabilidade.

Atendendo-se, então, 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 DE REINTEGRAÇÃO DE CARGO C/ REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS – RECURSO ADESIVO DO AUTOR – SERVIDOR PÚBLICO EXONERADO SEM MOTIVAÇÃO POR PORTARIA – MAJORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ARBITRADA EM 10 VEZES O SALÁRIO BRUTO PERCEBIDO À ÉPOCA DO FATO – RECURSO IMPROVIDO. Para definição do valor do dano moral, é preciso levar em conta as circunstâncias do caso, as condições pessoais e econômicas do ofensor e o que seria razoável para compensar o ofendido da dor experimentada, devendo, portanto, guardar a fixação sintonia com o princípio da razoabilidade. O valor da indenização por dano moral sujeita ao controle do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que, na fixação da indenização a esse título, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, observando as circunstâncias do caso concreto, a fim de que seja compatível para amenizar a dor e dissuadir o ofensor, sem enriquecer ou empobrecer os envolvidos.” (Apelação Cível nº 2006.001861-0/0000-00 – Jardim. Terceira Turma Cível. Relator Des. Hamilton Carli. Julgamento 15.3.2006).

“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 Turma Cível. Relator Des. Luiz Carlos Santini. Julgamento 12.12.2006).

Sobre critérios para fixação da indenização decorrente do prejuízo não patrimonial, vejamos escólio de Salomão Resedá:

“A função agregada ao valor pago em razão da lesão imaterial possui caráter diverso daquela relacionada ao prejuízo patrimonial. Em razão disso, não é possível a aplicação de critérios semelhantes em tais casos. Para os danos morais, fundamentado na ideia da função social da responsabilidade civil, além da satisfação do ofendido, deve o magistrado procurar meios para manter hígida paz social.

À sociedade interessa que o Direito possua a capacidade de sustentar as relações interpessoais dentro de um padrão de equilíbrio e respeito. Isso implica em dizer que, ao praticar um ato ilícito contra uma determinada pessoa, o coletivo também será passível de experimentar os danos decorrentes, o que impõe ao agente suportar as consequências do seu agir.

‘Nesse norte tenho que na fixação de indenização por dano moral deve-se estar atento à situação financeira do ofensor, pouco ou nada importando que o ofendido receba quantia considerável e que os honorários do advogado do vencedor também sejam polpudos. Não há que se ter em mente, portanto, o ‘enriquecimento’ do ofendido, mas sim correta e adequada punição ao ofensor’” (apud A Função Social do Dano Moral. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 302-303).

Ainda neste sentido, o professor Arnaldo Rizzardo, citando Carlos Roberto Gonçalves, leciona:

“Carlos Roberto Gonçalves aponta os seguintes critérios:

a) a condição social, educacional, profissional e econômica do lesado;

b) a intensidade de seu sofrimento;

c) a situação econômica do ofensor e os benefícios que obteve com o ilícito;

d) a intensidade do dolo ou o grau de culpa;

e) a gravidade e a repercussão da ofensa;

f) as peculiaridades de circunstâncias que envolveram o caso, atentando-se para o caráter anti-social da conduta lesiva” (in Responsabilidade Civil. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 270).

Desta feita, atendendo aos critérios acima mencionados e considerando, principalmente, a capacidade econômica das partes, o tempo de duração da ofensa, a quantidade de pessoas atingidas, as quais estão propondo ações individuais, tenho que devam ser providos em parte os recursos de apelação, a fim de reduzir o valor da indenização para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para cada apelado.

c) Obrigação de fazer

Além da condenação a indenizar o dano moral experimentado pelas apeladas, à empresa siderúrgica foi imposto o dever de regularizar o exercício de sua atividade, a fim de conter os efluentes e adequar a emissão de ruídos ao limites legais.

Sustenta a apelante que a pretensão de obrigação de fazer perdeu seu objeto, porque já regularizou a emissão das substâncias dos fornos que produzem o ferro gusa e nunca causou poluição sonora.

Inobstante esta irresignação, tenho que a sentença deva ser mantida, mais uma vez, neste ponto, porque das provas existentes nos autos, especialmente a testemunhal, verifica-se que apesar de a apelante ter adotado algumas providências para adequar seu funcionamento às normas legais, ainda não sanou completamente as irregularidades aqui exaustivamente apontadas.

Este é, também, o posicionamento do douto Procurador de Justiça, que, em seu parecer, consignou:

“(..)

Portanto, afastam-se as alegações esposadas pelos recorrentes de que a atividade industrial desenvolve-se nos moldes das normas vigentes, cujos resíduos lançados pela empresa não são tóxicos e a sua atividade produz ruídos abaixo dos valores máximos permitidos, haja vista que, independentemente de o uso da propriedade ser anormal ou não, constitui-se lesivo o ato de lançar fuligem preta, prejudicando os vizinhos.

Quanto à emissão de ‘fuligem preta’ no ar, em decorrência da atividade industrial da siderurgia, atingindo diretamente os vizinhos da empresa, teno que se encontra patente, incontroverso, nos autos.” (f. 1080/1081)

Tenho que os documentos colacionados pela Indústria Siderúrgica, não comprovam de maneira inofismável o cumprimento das obrigações impostas pelo comando judicial. Não havendo demonstração segura de que os danos alegados vêm, ao menos, sendo controlados.

Portanto, resta clara a existência da obrigação de fazer.

V. Honorários advocatícios

Para fixação da verba honorária, é necessário respeitar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, pelos quais não pode o *quantum* estipulado ser irrisório a ponto de se tornar insignificante aos profissionais que atuaram na causa, nem ser exacerbado, impossibilitando o pagamento pelo devedor.

Na situação em tela, tenho que os honorários arbitrados em 15% do valor da condenação refletem a realidade dos autos, porque coadunam-se com o grau de zelo do patrono do apelado, com o lugar de prestação do serviço e com a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo profissional e o tempo exigido para o seu serviço.

Aplica-se, ao caso, o entendimento deste Tribunal a respeito, *in verbis*:

“AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO[...] – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – RAZOABILIDADE E EQUIDADE MANTIDOS – RECURSO IMPROVIDO. [...] Se ao fixar os honorários advocatícios o juiz levou em consideração os princípios da razoabilidade e da equidade, adequada está a verba honorária fixada. Recurso improvido” (Agravo Regimental em Apelação Cível nº 2009.001211-2/0001-00 – Coxim. Terceira Turma Cível. Relator Des. Paulo Alfeu Puccinelli. Julgamento 09.03.2009).

Então, também quanto a esta irresignação, não há como acolher a tese recursal.

VI. Juros moratórios

O Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul – Imasul assevera que os juros moratórios devem observar a regra do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, com as alterações promovidas pela Lei nº 11.960/09.

Tal argumentação não merece acolhida.

Antes da edição da Lei nº 11.960/09, a regra do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97 era dirigida apenas às verbas devidas aos servidores e empregados públicos. Somente depois é que passou a alcançar todas as condenações impostas à Fazenda Pública, “independentemente de sua natureza”.

Por isso, não deve ser observada no caso *sub examine*, tanto é que o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que tal norma, “*por ser espécie de norma instrumental-material não deve incidir nos processos em curso*” (EDcl no REsp 1116364/PI, Segunda Turma. Relator Ministro Humberto Martins. Publicação DJe 14.462011).

Assim, como esta ação iniciou-se em 2006, bem antes da modificação legislativa, os juros de mora são devidos no percentual de 1% ao mês, por força do que dispõem o artigo 406 do Código Civil e o artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional.

VII. Prequestionamento

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

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

VIII. Dispositivo

Posto isto, não conheço do recurso adesivo interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul e dou parcial provimento aos apelos interpostos por Simasul Siderurgia Ltda. e Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul – Imasul, com o fito exclusivo de reduzir o valor da indenização para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) em favor de cada autor.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, não conheceram do recurso do estado e deram parcial provimento aos recursos de Imasul e Simasul, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

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 Juiz Geraldo de Almeida Santiago.

Campo Grande, 15 de dezembro de 2015.

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0800334-58.2014.8.12.0015 - Miranda
Relator Juiz José Ale Ahmad Netto

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – IMÓVEL DE CASAL PENHORADO EM AÇÃO DE EXECUÇÃO – TERCEIRO GARANTIDOR QUE SE CONFUNDE COM O CÔNJUGE E PROCURADOR DA EXECUTADA – FUNÇÕES EXERCIDAS PELA MESMA PESSOA – PROCURADOR QUE SUBSCREVEU O OFERECIMENTO DO BEM À PENHORA E TERMO DE PENHORA E DEPÓSITO – CIÊNCIA INEQUÍVOCA DO CONTEÚDO DO FEITO EXECUTIVO – SUPRIMENTO DE CITAÇÃO E INTIMAÇÃO – PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ PROCESSUAL – LEGALIDADE DA PENHORA E DA EXECUÇÃO – PRETENSÃO DE EXCLUSÃO DE MEAÇÃO – DÍVIDA CONTRAÍDA PARA INVESTIMENTO EM ATIVIDADE PROFISSIONAL LIBERAL DA ESPOSA – NÃO AFASTAMENTO DA PRESUNÇÃO DE QUE A DÍVIDA FORA CONTRAÍDA EM BENEFÍCIO COMUM – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA – RECURSO NÃO PROVIDO.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 17 de novembro de 2015.

Juiz José Ale Ahmad Netto – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz José Ale Ahmad Netto.

Geraldo Albuquerque interpõe recurso de apelação contra sentença de improcedência proferida nos autos de embargos de terceiro (que tramitaram por dependência ao feito executivo nº 0000610-50.1999) opostos em face de Banco do Brasil, nos quais havia requerido a nulidade da penhora ou o respeito à meação na penhora realizada.

Nas razões recursais, assevera o apelante, em síntese, que o processo de execução deve ser considerado nulo, pois, sendo terceiro garantidor, deveria ter sido citado na ação executiva e intimado da constrição (penhora do imóvel de matrícula n. 5.191), já que o fato de atuar como procurador não supre tais exigências.

Indicou ainda que, em caso semelhante, envolvendo as mesmas partes, teve sua pretensão acolhida (agravo regimental n. 0800537-546.2013).

Aduz que “quando o bem constrito recair sobre a garantia hipotecária ou real, em prol da dívida de outrem, é necessário que o garantidor integre o polo passivo da demanda, a fim de que possa exercer pleno direito de defesa, não bastando a simples intimação quando da penhora”.

Sustenta que sua meação deve ser excluída, pois o débito teve origem em contrato de abertura de crédito fixo, “*valor esse que a executada utilizava-se para cobrir despesas de seu consultório médico e da clínica que pretendia abrir à época dos fatos*”, entendendo que em nenhum momento o crédito foi revertido para o âmbito familiar ou para suprir necessidades de sua residência.

Ao final, o recorrente requer o provimento do apelo para que, reformando-se a sentença, seja anulada a penhora ou, subsidiariamente, seja reduzida em respeito à meação do cônjuge.

Contrarrazões pela manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Juiz José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Geraldo Albuquerque interpõe recurso de apelação contra sentença de improcedência proferida nos autos de embargos de terceiro (que tramitaram por dependência ao feito executivo nº 0000610-50.1999) opostos em face de *Banco do Brasil*, nos quais havia requerido a nulidade da penhora ou o respeito à meação na penhora realizada.

Nas razões recursais, assevera o apelante, em síntese, que o processo de execução deve ser considerado nulo, pois, sendo terceiro garantidor, deveria ter sido citado na ação executiva e intimado da constrição (penhora do imóvel de matrícula n. 5.191), já que o fato de atuar como procurador não supre tais exigências.

Indicou ainda que, em caso semelhante, envolvendo as mesmas partes, teve sua pretensão acolhida (agravo regimental n. 0800537-546.2013).

Aduz que “*quando o bem constrito recair sobre a garantia hipotecária ou real, em prol da dívida de outrem, é necessário que o garantidor integre o polo passivo da demanda, a fim de que possa exercer pleno direito de defesa, não bastando a simples intimação quando da penhora*”.

Sustenta que sua meação deve ser excluída, pois o débito teve origem em contrato de abertura de crédito fixo, “*valor esse que a executada utilizava-se para cobrir despesas de seu consultório médico e da clínica que pretendia abrir à época dos fatos*”, entendendo que em nenhum momento o crédito foi revertido para o âmbito familiar ou para suprir necessidades de sua residência.

Ao final, o recorrente requer o provimento do apelo para que, reformando-se a sentença, seja anulada a penhora ou, subsidiariamente, seja reduzida em respeito à meação do cônjuge.

Contrarrazões pela manutenção da sentença.

Entendo que não deve prosperar a alegação de que o processo seria nulo.

Na sentença recorrida, o magistrado bem ressaltou que, no feito executivo, o apelante, outrora embargante, foi quem, como procurador da executada, ofereceu o bem à penhora e firmou o respectivo termo de penhora e depósito, formalizando na execução, portanto, a constrição judicial para garantia do juízo.

Verifico que, realmente, o recorrente não foi formalmente, em sua própria pessoa, citado na ação executiva nem intimado da constrição (penhora do imóvel de matrícula n. 5.191).

Ocorre, no entanto, que, diante das peculiaridades circundantes do caso, é inegável que, como mandatário da parte executada, tinha pleno conhecimento da existência e do objeto da execução, bem como

da apontada constrição judicial. Isso porque, afinal de contas, foi o próprio apelante quem assinou o termo de nomeação do bem à penhora.

O magistrado de origem acertadamente ponderou que “*não há que se dissociar a figura do causídico, do marido da executada e do terceiro garantidor, simplesmente por se tratarem dos vários papéis exercidos pela mesma e única pessoa*”.

Evidencia-se, assim, que a parte recorrente tinha completa ciência das circunstâncias ocorridas nos autos de execução, pois, além de ser interveniente garante, é patrono e consorte da parte executada e, aliás, exarou sua assinatura em atos processuais concernentes à penhora realizada nos autos.

Devo apontar que, de fato, no processo de conhecimento, a citação é, em suma, ato de comunicação fundamental, por meio do qual o réu toma conhecimento da existência do processo, e tem a primeira oportunidade de manifestar-se e defender-se.

No entanto, diferentemente do que ocorre no feito de conhecimento, no processo de execução, que já vem lastreado por um título executivo, o executado é chamado para pagar a dívida ou sujeitar-se à constrição forçada sobre seus bens, e não para apresentar defesa diante do pedido do autor.

É dos autos que o bem foi nomeado à penhora no ano de 1999 (f. 24). No entanto, o recorrente só veio a alegar nulidade da penhora em 2014, isto é, 15 anos depois da constrição, objetivando obstaculizar a satisfação do crédito.

Assim, com acerto foi consignado pelo magistrado que “*não é possível admitir que o embargante, mesmo tendo efetivo conhecimento da execução e da própria penhora, por deste ter participado ativamente, ainda que na qualidade de causídico, venha postular o reconhecimento de nulidade processual, mais de 15 anos depois, simplesmente pelo fato de sua intimação ou citação não terem sido formalizadas*”.

O acolhimento da tese do apelante configuraria rigor processual desviado da finalidade da prestação jurisdicional, formalismo exagerado e injustificado, em afronta ao princípio da instrumentalidade das formas.

Consoante bem ensinam Antonio Carlos Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (Teoria Geral do Processo, 2015, p. 97), se o processo é instrumento de realização de justiça, impõe-se que só sejam anulados os atos imperfeitos se o objetivo não tiver sido atingido (o que interessa, afinal, é o objetivo do ato, não o ato em si mesmo). Várias são suas manifestações na lei processual, e pode-se dizer que esse princípio coincide com a regra contida no brocardo *pas de nullité sans grief* (não há nulidade sem prejuízo).

Em seus dizeres, tal princípio, formulado legislativamente nesses mesmos termos do direito francês, está presente nos códigos brasileiros: a) mediante expressa referência ao prejuízo como requisito para a anulação (CPP, art. 563 – CPC, art. 249, § 1º); b) estatuinto a lei que a consecução do objetivo visado pela determinação da forma processual faz com que o ato seja válido ainda se praticado contra a exigência legal (CPC, art. 244).

É certo que, pelo princípio da instrumentalidade das formas, que rege o tema “nulidades” no direito processual, a existência do ato processual não é um fim em si mesmo, mas instrumento utilizado para se atingir determinada finalidade.

Em adoção a tal entendimento, a falta de citação/intimação formal do apelante restou sanada se o seu objetivo de qualquer forma foi atingido.

Considerando-se, como já explanado, que, no processo de execução, a citação visa ao chamamento do devedor para adimplir a dívida ou sujeitar seus bens à constrição forçada, observa-se que tal finalidade foi perfeitamente alcançada com a indicação do bem à penhora pelo próprio recorrente, tudo de acordo com a orientação do princípio da instrumentalidade das formas.

Como bem aponta Leide Maria Gonçalves Santos, em seu artigo denominado “*O sistema de nulidades processuais e a instrumentalidade do processo*” (Rev. Jur. Presidência da República, Brasília, n. 87, p.35-58, out./nov., 2007, v. 9), o aludido princípio, que rege a validade dos atos processuais em geral, subordina-se a dois outros princípios que condicionam a sua admissibilidade: o da finalidade do ato e o da ausência de prejuízo.

A finalidade do ato e a ausência de prejuízo, no processo, balizam a validade dos atos e afastam a possibilidade da aplicação da nulidade.

José Roberto dos Santos Bedaque (Nulidade processual e instrumentalidade do processo) ensina que a nulidade do ato processual pode ser declarada quando o vício que o macula prejudica o processo como procedimento participado, quando prejudica a atuação da parte. Se não causa prejuízo ao andamento do feito, o vício do ato é tolerado. A sanção da nulidade não é automática. Por isso, cabe ao juiz, apreciar a nulidade arguida, examinando, em relação ao prejuízo que a irregularidade provoca e em relação à finalidade do processo, se realmente concorrem as condições para que aplique a sanção, anulando os atos viciados.

Assim, considerando-se que, no caso, não houve prejuízo ao regular andamento do feito, uma vez que o próprio cônjuge da executada, como procurador desta, foi quem ofereceu o bem à penhora, entendo que não merece prosperar o pedido de declaração de nulidade dos atos processuais.

Aponto ainda que se deve extrair do processo o que possa haver de maior utilidade, relevando certos deslizes formais que sejam periféricos, pois o processo judicial moderno “*não é uma missa jurídica, de liturgia intocável*” (STJ - REsp: 140097 SP 1997/0048568-4, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 04/05/2000, 4ª Turma, pub. DJ 11/09/2000 p. 252)

Escoreita, portanto, a sentença segundo a qual é “*evidente que acolher a pretensão do ora embargante atentaria contra o princípio da boa-fé processual e resultaria em exagero e injustificável formalismo, o que não se ajusta ao entendimento mais moderno de que o processo é mero instrumento de realização de justiça e pacificação social, e não um fim em si mesmo*”.

De fato, não é adequado reconhecer o direito de o apelante indicar ditas irregularidades tantos anos depois da constrição, pois deveria tê-las apontado por ocasião da assinatura do termo de penhora e depósito (em 1999), a fim de contribuir com a regularidade da execução, em respeito ao princípio da boa-fé processual.

Todas essas circunstâncias são suficientes para se concluir que o recorrente não tem razão ao indicar eventual nulidade da execução, porque plenamente ciente e em concordância com os atos.

Também não tem razão o apelante quanto à pretensão de exclusão de sua meação, sob o fundamento de que o débito teve origem em contrato de abertura de crédito fixo, “*valor esse que a executada utilizava-se para cobrir despesas de seu consultório médico e da clínica que pretendia abrir à época dos fatos*”, entendendo que em nenhum momento o crédito foi revertido para o âmbito familiar ou para suprir necessidades de sua residência.

Isso porque é manifesto que os lucros advindos do negócio da esposa servem, ainda que parcialmente, para o sustento da família, o que enseja a presunção de que a dívida contraída para o investimento da executada em sua atividade profissional afeta o bem comum do casal.

O juiz bem apontou que *“é evidente que o investimento da executada no incremento de sua atividade profissional liberal, buscando por óbvio maiores ganhos e a melhoria de seu padrão de vida, visa e acaba por redundar em benefício a sua entidade familiar, consoante remansoso entendimento jurisprudencial”*.

Cabia ao recorrente demonstrar que o crédito não foi revertido para o âmbito familiar ou para suprir necessidades da residência. Porém, não se desincumbiu do ônus de afastar tal presunção, razão pela qual a meação do apelante deve continuar a responder pela dívida.

Entendo, assim, que a sentença deve permanecer intocada.

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, 17 de novembro de 2015.

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0804100-38.2013.8.12.0021 – Três Lagoas
Relator Juiz José Ale Ahmad Netto

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PERDAS E DANOS – DEPÓSITO DE CHEQUE – SALDO NEGATIVO – RELAÇÃO DE CONSUMO – ÔNUS DE PROVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – NÃO COMPROVAÇÃO DE DEVOLUÇÃO DA LÂMINA AO CONSUMIDOR – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA – DANOS MATERIAIS DEVIDOS – DANO MORAL INDENIZÁVEL – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO MANTIDO – OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – RESSARCIMENTO DOS HONORÁRIOS CONTRATUAIS – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO 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 e com o parecer, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 20 de outubro de 2015.

Juiz José Ale Ahmad Netto – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz José Ale Ahmad Netto.

Banco Bradesco S/A interpõe recurso de apelação contra sentença prolatada pelo juízo da 2ª Vara Cível de Três Lagoas nos autos da ação de obrigação de fazer c/c declaratória de inexistência de débito c/c indenização por danos morais e perdas e danos movida por Fábio de Melo Dias.

A sentença consiste na parcial procedência dos pedidos do autor para condenar o réu a lhe pagar: a) a título de danos materiais, a quantia de R\$ 30 mil, referente ao reembolso do valor debitado de sua conta-corrente por ocasião da devolução do cheque sem provisão de fundos, bem como o montante de R\$ 1.716,55, correspondente aos encargos bancários decorrentes do saldo negativo; b) a título de perdas e danos, a quantia de R\$ 5 mil, relativo aos honorários advocatícios contratados particularmente para o ajuizamento da ação; c) a título de danos morais, o valor de R\$ 10 mil pelo ato ilícito praticado pela instituição financeira.

Nas razões recursais, aponta que o apelado não comprovou a ocorrência do dano material e que a devolução da quantia externada na lâmina de cheque configuraria duplo recebimento por parte do apelado, “visto que é portador de um título executivo e deve cobrar do emissor do cheque e não do banco requerido” (f. 150).

O recorrente fundamenta a pretensão recursal também no fato de que o contrato de honorários gera vínculo apenas entre o advogado e seu cliente, de modo a ser incabível o ressarcimento pela contratação do profissional.

Além disso, aduz que o apelado não demonstrou a ocorrência do abalo moral alegado e que o valor fixado pelo magistrado é exagerado, não adequado aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Ao final, pede a reforma da sentença para julgar improcedentes os pedidos iniciais quanto à condenação por danos morais e materiais. Subsidiariamente, pugna pela redução do valor indenizatório.

Em contrarrazões, o apelado pugnou pela manutenção da sentença e apontou que “*não está portando o título executivo que foi extraviado/furtado do malote do banco Apelante quando o título se encontrava em poder deste*” (f. 168).

Com o intuito de esclarecer os fatos e possibilitar o seguro acesso à jurisdição, por considerar que a discussão do caso passava necessariamente pela análise da posse do título executivo, converteu-se o julgamento em diligência e determinou-se ao apelante a exibição do comprovante de entrega ao recorrido da lâmina de cheque n. 011388 (sacado: Banco Bradesco, agência n. 0256, conta-corrente n. 0400251607).

Intimado, o banco apelante apenas requereu dilação de prazo para cumprir a determinação (f. 183), permanecendo inerte após isso.

VOTO

O Sr. Juiz José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Banco Bradesco S/A interpõe recurso de apelação contra sentença prolatada pelo juízo da 2ª Vara Cível de Três Lagoas nos autos da ação de obrigação de fazer c/c declaratória de inexistência de débito c/c indenização por danos morais e perdas e danos movida por Fábio de Melo Dias.

A sentença consiste na parcial procedência dos pedidos do autor para condenar o réu a lhe pagar: a) a título de danos materiais, a quantia de R\$ 30 mil, referente ao reembolso do valor debitado de sua conta-corrente por ocasião da devolução do cheque sem provisão de fundos, bem como o montante de R\$ 1.716,55, correspondente aos encargos bancários decorrentes do saldo negativo; b) a título de perdas e danos, a quantia de R\$ 5 mil, relativo aos honorários advocatícios contratados particularmente para o ajuizamento da ação; c) a título de danos morais, o valor de R\$ 10 mil pelo ato ilícito praticado pela instituição financeira.

Nas razões recursais, aponta que o apelado não comprovou a ocorrência do dano material e que a devolução da quantia externada na lâmina de cheque configuraria duplo recebimento por parte do apelado, “*visto que é portador de um título executivo e deve cobrar do emissor do cheque e não do banco requerido*” (f. 150).

O recorrente fundamenta a pretensão recursal também no fato de que o contrato de honorários gera vínculo apenas entre o advogado e seu cliente, de modo a ser incabível o ressarcimento pela contratação do profissional.

Além disso, aduz que o apelado não demonstrou a ocorrência do abalo moral alegado e que o valor fixado pelo magistrado é exagerado, não adequado aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Ao final, pede a reforma da sentença para julgar improcedentes os pedidos iniciais quanto à condenação por danos morais e materiais. Subsidiariamente, pugna pela redução do valor indenizatório.

Em contrarrazões, o apelado pugnou pela manutenção da sentença e apontou que “*não está portando o título executivo que foi extraviado/furtado do malote do banco Apelante quando o título se encontrava em poder deste*” (f. 168).

Com o intuito de esclarecer os fatos e possibilitar o seguro acesso à jurisdição, por considerar que a discussão do caso passava necessariamente pela análise da posse do título executivo, converteu-se o julgamento em diligência e determinou-se ao apelante a exibição do comprovante de entrega ao recorrido da lâmina de cheque n. 011388 (sacado: Banco Bradesco, agência n. 0256, conta-corrente n. 0400251607).

Intimado, o banco apelante apenas requereu dilação de prazo para cumprir a determinação (f. 183), permanecendo inerte após isso.

Em síntese, o autor comprovou que, após depósito (em 03/06/2013) e devolução da lâmina de cheque por ausência de fundos, depositou novamente a lâmina de cheque em 10/06/2013, no valor de R\$ 30 mil, o qual foi imediatamente liberado pelo banco.

Após, em 13/06/2013, o banco apelante estornou o valor do referido cheque, sob a alegação de devolução por insuficiência de fundos, negativando a conta bancária do autor em R\$ 30 mil.

1) Dos danos materiais.

Da detida análise do feito, observo que, por ocasião da juntada dos extratos bancários, o apelado comprovou ter entregado, por meio do depósito, a lâmina de cheque ao banco recorrente. Este, por outro lado, não demonstrou ter lhe devolvido o título, mesmo após a conversão do julgamento deste recurso em diligência.

Assim, com o mesmo entendimento do juízo de primeira instância, aponto que o recorrente não se desincumbiu de seu ônus probatório, ao não trazer aos autos qualquer documento que comprove a efetiva entrega do título ao recorrido.

No caso, são aplicáveis as normas do Código de Defesa do Consumidor, por existir relação de consumo, conforme disposto na Súmula 297 do STJ, como reconhecido na sentença.

Assim, a responsabilidade civil da instituição financeira é objetiva, a teor do disposto no art. 14, *caput*, do CDC, porquanto independentemente da existência de culpa responderá pelos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação do serviço.

A responsabilidade do fornecedor só será excluída se restar comprovada a inexistência de defeito ou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (art. 14, § 3º, I e II, do CDC).

É certo que o CDC previu a responsabilidade objetiva, independentemente de culpa, entretanto, não dispensou a comprovação dos demais requisitos contidos no artigo 186 do Código Civil (fato lesivo causado pelo agente, por ação ou omissão, ocorrência de um dano patrimonial ou moral e nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente) para que surja o dever de indenizar.

Estando a relação abrangida pelo Código de Defesa do Consumidor e verificada a hipossuficiência do apelado, é possível a inversão do ônus da prova, consoante disposição expressa de seu art. 6º, VIII (“*São direitos básicos do consumidor: VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências*”).

Na espécie analisada, não se pode negar a ocorrência dos fatos que culminaram nos danos ao apelante, e o nexo causal entre a ação do banco e o resultado.

Ao réu incumbia o ônus da prova “quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”, conforme estabelece o art. 333, II, do CPC.

Sobre a matéria, preleciona Marcus Vinicius Rios Gonçalves:

“As partes não têm o dever de produzir as provas, mas o ônus de fazê-lo. Ônus são aquelas atividades que a parte realiza no processo em seu próprio benefício. A lei não obriga as partes a fazer prova, mas, se elas o fizerem, obterão a vantagem de demonstrar suas alegações, e, se se omitirem, sofrerão as consequências da ausência disso. Antes do ônus de provar, as partes têm o de alegar. Incumbe ao autor, na petição inicial, mencionar os fatos que são constitutivos do seu direito; e ao réu, na contestação, invocar eventuais fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor. Isso é de suma importância, porque o juiz fica adstrito, ao proferir o julgamento, aos fatos alegados pelas partes. Ele não pode tomar em considerações fatos que não tenham sido invocados por elas” (Novo Curso de Processo Civil. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 430, volume 1).

Como o recorrente não comprovou suas alegações, não se desincumbindo de seu ônus probatório, não há como descaracterizar os fatos cabalmente demonstrados pela parte recorrida.

Com acerto, o juízo de origem apontou que “sendo a responsabilidade civil do réu objetiva, em face da Teoria do Risco do Empreendimento, presente no art. 14, §1º, II, do CDC, deverá responder por todos os prejuízos decorrentes do evento danoso independentemente de culpa, haja vista que o ato ilícito gerador dos transtornos causados à parte autora derivou de um defeito na prestação de serviço, ensejando, em decorrência, a responsabilidade de indenizar, à inteligência do art. 927 do Código Civil”.

Assim, plenamente cabível a condenação imposta à instituição financeira recorrente a indenizar o consumidor pelos danos materiais, de modo que não há que se falar que a devolução da quantia externada na lâmina de cheque configuraria duplo recebimento por parte do apelado.

2) Do dano moral e sua quantificação.

Como relatado, o apelante aduz que o apelado não demonstrou a ocorrência do abalo moral alegado e que o valor fixado pelo magistrado é exagerado, não adequado aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Silvio Venosa (Responsabilidade Civil, Direito Civil, Ed. Jurídica Atlas, p. 33, vol IV) ensina que “dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral, intelectual da vítima. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí porque aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano (...) Cabe ao magistrado sentir em cada caso o pulsar da sociedade que o cerca. O sofrimento como contraposição reflexa da alegria é uma constante do comportamento humano universal”.

Entendo estar evidente a ocorrência de dano moral.

Contrariamente ao que sustenta o recorrente, o fato relatado demonstra o constrangimento infligido ao consumidor, pois, como bem observado pela magistrada, é indiscutível que existe mácula ao conceito de honradez e dignidade de qualquer consumidor que tenha saldo negativo (de grande monta) em sua conta, por uma falha na prestação de serviços da instituição financeira, sujeitando-se inclusive a não poder honrar com seus compromissos regulares e, ainda, sendo cobrado pelo banco por encargos de mora pela suposta inadimplência.

De fato, é inegável o sofrimento do recorrido com a situação vivenciada perante a sociedade e pessoas próximas, principalmente porque a conduta da apelante violou a integridade moral daquele, de modo que essa ação gerou o dano extrapatrimonial indenizável.

Vale consignar que o embaraço pelo qual passou o recorrido ultrapassou a barreira do razoável, ou seja, daquilo que se deve absorver como consequência da vida em sociedade e decorrentes de suas relações.

Assim, não há como afastar a condenação por danos morais imposta à instituição apelante.

Também não tem razão a recorrente no que diz respeito à quantificação da indenização.

Sabe-se que o valor da indenização por dano moral deve ser suficiente para servir de desestímulo 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 (cf. REsp 1152541/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julg. 13/09/2011, DJe 21/09/2011).

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.

“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.” (STJ – AgRg no Ag 979631/SP, 4ª Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ. 19/10/2009).

Tendo-se em conta que o arbitramento do *quantum* do dano moral não tem base financeira ou econômica própria, adotam-se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Observam-se, assim, as condições sociais e econômicas das partes, o grau da culpa e a extensão do sofrimento psíquico, de modo que possa significar uma reprimenda ao ofensor, para que se abstenha de praticar fatos idênticos no futuro, mas não ocasione enriquecimento injustificado para o lesado.

Considerando, portanto, os critérios tidos pela jurisprudência e doutrina como norteadores do arbitramento judicial para esse tipo de indenização, entendo que o valor fixado pelo magistrado (R\$ 10 mil reais) é compatível com o abalo moral sofrido pelo recorrido.

Assim, o *quantum* indenizatório deve ser mantido, em face dos critérios de proporcionalidade e razoabilidade adotados.

3) Dos honorários de advogado.

Verifico que o recorrente fundamenta a pretensão recursal também no fato de que o contrato de honorários gera vínculo apenas entre o advogado e seu cliente, de modo a ser incabível o ressarcimento pela contratação do profissional.

Neste ponto, tem razão o banco apelante.

De fato, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1134725/MG, adotou entendimento no sentido de que os valores despendidos pela outra parte com os honorários contratuais devem ser restituído por aquele que deu causa ao processo:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – VALORES DESPENDIDOS A TÍTULO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS – PERDAS E DANOS – PRINCÍPIO DA RESTITUIÇÃO INTEGRAL.

1. Aquele que deu causa ao processo deve restituir os valores despendidos pela outra parte com os honorários contratuais, que integram o valor devido a título de perdas e danos, nos termos dos arts. 389, 395 e 404 do CC/02.

2. Recurso especial a que se nega provimento”. (REsp 1134725/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14/06/2011, DJe 24/06/2011)

No entanto, a Ministra Nancy Andrighi, revendo a sua posição, passou a entender que somente os honorários advocatícios contratuais eventualmente pagos ao advogado para a adoção de providências extrajudiciais são capazes de ressarcimento:

“DIREITO DO CONSUMIDOR – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CLÁUSULA QUE PREVÊ RESPONSABILIDADE DO CONSUMIDOR QUANTO AOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS DECORRENTES DE INADIMPLEMENTO CONTRATUAL – RECIPROCIDADE – LIMITES – ABUSIVIDADE – NÃO OCORRÊNCIA.

1. Os honorários contratuais decorrentes de contratação de serviços advocatícios extrajudiciais são passíveis de ressarcimento, nos termos do art. 395 do CC/02 (...)

4. O exercício regular do direito de ressarcimento aos honorários advocatícios, portanto, depende da demonstração de sua imprescindibilidade para solução extrajudicial de impasse entre as partes contratantes ou para adoção de medidas preparatórias ao processo judicial, bem como da prestação efetiva de serviços privativos de advogado e da razoabilidade do valor dos honorários convencionados.

5. Recurso especial provido”. (REsp 1274629/AP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 16/05/2013, DJe 20/06/2013)

Na sobredita decisão, a Ministra afirma ter revisto o seu entendimento, quando do voto-vista proferido no julgamento do EREsp 1.155.527/MG, entendendo que “a expressão ‘honorários de advogado’ utilizada nos referidos artigos deve ser interpretada de forma a excluir os honorários contratuais relativos à atuação em juízo. Essa conclusão está em perfeita concordância com os demais precedentes jurisprudenciais do STJ, em que se tem exigido a demonstração de prática de ato ilícito, contratual ou geral, para o reconhecimento do direito ao ressarcimento de despesas decorrentes da contratação de advogado. Nesse sentido: REsp 1.027.897/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, DJe 10/11/2008; REsp 915.882/MG, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (desembargador convocado do TJ/AP), 4ª Turma, DJe 12/04/2010; EREsp 1.155.527/MG, Rel. Min. Sidnei Beneti, Segunda Seção, DJe 28/06/2012; e REsp 1.027.797/MG, de minha relatoria, 3ª Turma, DJe 23/02/2011”.

Sendo assim, os honorários contratuais firmados entre o autor e seu causídico não geram indenização por perdas e danos, uma vez que a instituição requerida não participou da relação contratual, assim como não interferiu no valor dos honorários contratados.

Em suma, os efeitos do contrato de prestação de serviços advocatícios limitam-se as partes contratantes, de modo que não podem atingir terceiro estranho àquela relação.

Ademais, o STJ tem se posicionado no sentido 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).

Logo, tem razão o banco apelante nesse ponto, sendo realmente incabível o ressarcimento pela contratação do profissional.

Dispositivo.

Posto isso, dou parcial provimento ao recurso interposto, para o fim de afastar a condenação do banco apelante ao pagamento de R\$ 5 mil a título de perdas e danos (relativamente aos honorários advocatícios contratados para o ajuizamento da presente ação), mantendo-se os demais termos da sentença recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, 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. Juiz José Ale Ahmad Netto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz José Ale Ahmad Netto, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Juiz Geraldo de Almeida Santiago.

Campo Grande, 20 de outubro de 2015.

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0033420-71.2009.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Juiz Geraldo de Almeida Santiago

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO – AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DA CÔNJUGE DO RÉU – VIOLAÇÃO DO ARTIGO 10, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – NULIDADE PROCESSUAL INTRANSPONÍVEL.

Nos termos do artigo 10, § 1º, inciso I, do Código de Processo Civil, é imprescindível a citação do cônjuge do réu nas demandas sobre direito real imobiliário, a exemplo da usucapião.

Não requerida e promovida a citação do cônjuge, por se tratar de litisconsórcio passivo necessário, é nula a sentença proferida, especialmente quando o pedido é julgado procedente.

Nulidade declarada de ofício.

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, declarar a nulidade da sentença, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 10 de novembro de 2015.

Juiz Geraldo de Almeida Santiago - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Geraldo de Almeida Santiago.

Fábio Almeida de Lyra interpõe recurso de apelação (f. 256/268) contra a sentença proferida (f. 238/241) pelo juízo da 1ª Vara Cível da comarca de Campo Grande que, nos autos de usucapião, ajuizada por José de Souza Mendes e Mércia Kool de Souza Mendes, julgou procedente o pedido formulado.

Com fundamento no depoimento pessoal de Mércia Kool de Souza Mendes e das testemunhas, diz que o início da posse dos autores se deu em 1998, mas a utilização do imóvel objeto da demanda como moradia iniciou-se apenas no ano de 2000. Afirma que as outras provas produzidas não comprovam o cumprimento dos requisitos objetivo e subjetivo previstos no artigo 1.238 e parágrafo único do Código Civil. Por se tratar de imóvel destinado à moradia, com fundamento social da propriedade, requer, subsidiariamente, a reforma da sentença no sentido de reduzir a declaração da propriedade de 5 terrenos (1.800 m²) para apenas 1 (360m²).

O apelado, mesmo intimado (f. 281/282), não apresentou contrarrazões (f. 283).

VOTO

O Sr. Juiz Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Fábio Almeida de Lyra interpõe recurso de apelação (f. 256/268) contra a sentença proferida (f. 238/241) pelo juízo da 1ª Vara Cível da comarca de Campo Grande que, nos autos de usucapião, ajuizada por José de Souza Mendes e Mércia Kool de Souza Mendes, julgou procedente o pedido formulado.

Com fundamento no depoimento pessoal de Mércia Kool de Souza Mendes e das testemunhas, diz que o início da posse dos autores se deu em 1998, mas a utilização do imóvel objeto da demanda como moradia iniciou-se apenas no ano de 2000. Afirma que as outras provas produzidas não comprovam o cumprimento dos requisitos objetivo e subjetivo previstos no artigo 1.238 e parágrafo único do Código Civil. Por se tratar de imóvel destinado à moradia, com fundamento social da propriedade, requer, subsidiariamente, a reforma da sentença no sentido de reduzir a declaração da propriedade de 5 terrenos (1.800 m²) para apenas 1 (360m²).

Cuida-se de pedido formulado com fundamento na usucapião extraordinária, a qual está regulamentada no artigo 1.238 do Código Civil.

Como é sabido, a ação de usucapião versa sobre direito real imobiliário, motivo pelo qual, nos termos do artigo 10, § 1º, inciso I, do Código de Processo Civil, é imprescindível a citação do cônjuge do réu, isto é, trata-se de litisconsórcio passivo necessário.

Neste caso, os autores não requereram e não providenciaram a citação da esposa do réu, mesmo qualificando-o casado na petição inicial, ou seja, não se tratava de informação desconhecida que poderia justificar a desídia.

Diante desta falha processual intransponível, especialmente pelo fato de o magistrado ter julgado procedente o pedido formulado, torna-se imprescindível declarar a nulidade da sentença proferida, até porque a ausência de citação regular do cônjuge do réu pode servir de fundamento de futura demanda declaratória de nulidade – *querela nulitatis*.

A propósito, conveniente colacionar ementas sobre o assunto:

APELAÇÃO CÍVEL. Ação de usucapião extraordinária. Ações reais imobiliárias. Necessária indicação, qualificação e citação dos cônjuges dos réus na inicial. Inteligência do art. 10, § 1º, inciso I, do CPC. Recurso conhecido e improvido. O artigo 10, § 1º, inciso I, do código de processo civil exige citação de ambos os cônjuges nas ações “que versem sobre direitos reais imobiliários. “ o chamamento do cônjuge aos autos não pode ser superado com o tramitar do feito ou, ainda, com a alegação que, no início da relação processual não tinha o autor conhecimento da relação marital dos réus indicados. Assim, na espécie, não atendida a inicial os requisitos necessários deverá ser indeferida, tal como procedeu o juízo de origem, pelo que, deve ser mantida em todos os seus termos. (TJSE; AC 201500722188; Ac. 16929/2015; Primeira Câmara Cível; Relª Desª Elvira Maria de Almeida Silva; Julg. 29/09/2015; DJSE 07/10/2015)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE USUCAPIÃO. FALTA DE CITAÇÃO. CÔNJUGE. NULIDADE. A autora trouxe aos autos declarações subscritas por vizinhos, que registram o fato de que ela, embora tenha passado a residir em outro local, mantém seus pertences no imóvel e, portanto, continuar a exercer a posse do imóvel. Esta questão, contudo, deverá ser adequadamente esclarecida através da produção de provas pertinentes a fim de que seja assegurada a existência de posse contínua. O pedido não poderia ter sido julgado antes da citação da esposa do réu, que figurou no contrato de compromisso de compra e, com maior razão, deveria ter sido citada, como litisconsorte passiva necessária. Nulidade reconhecida. Recurso provido para produção de provas pertinentes a respeito da posse contínua do imóvel, bem como para que seja citado o cônjuge do proprietário do imóvel. (TJSP; APL 0024088-45.2007.8.26.0071; Ac. 8278405; Bauru; Décima Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Carlos Alberto Garbi; Julg. 10/03/2015; DJESP 27/03/2015)

Posto isso, declaro, de ofício, a nulidade da sentença proferida para o fim de determinar a regularização da citação da esposa do réu.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, declaram a nulidade da sentença, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Geraldo de Almeida Santiago.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Geraldo de Almeida Santiago, Juiz José Ale Ahmad Netto e Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Campo Grande, 10 de novembro de 2015.

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0802446-21.2014.8.12.0008 - Corumbá
Relator Juiz Geraldo de Almeida Santiago

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – DANO MORAL – SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA ENTREGA DA NOTIFICAÇÃO AO CONSUMIDOR COM ANTECEDÊNCIA MÍNIMA DE 15 DIAS – VIOLAÇÃO AO ARTIGO 173 DA RESOLUÇÃO 414 DA ANEEL – CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL.

Não havendo prova incontestada da entrega da notificação do consumidor com antecedência mínima de 15 (quinze) dias, configura ato ilícito a suspensão do fornecimento de energia elétrica.

A suspensão indevida da energia elétrica em residência do consumidor configura ato ilícito passível de indenização.

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, 20 de outubro de 2015.

Juiz Geraldo de Almeida Santiago - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Geraldo de Almeida Santiago.

Wilson José da Silva interpõe recurso de apelação (f. 315/330) contra a sentença proferida (f. 308/312) pelo juízo da 3ª Vara Cível da comarca de Corumbá que, nos autos de obrigação de fazer cumulada indenização por danos morais, ajuizada em desfavor da Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S/A – ENERSUL, julgou improcedentes os pedidos formulados.

Diz que a concessionária ré não seguiu a regra prevista no artigo 173 da Resolução Normativa n. 414 da ANEEL para suspender o serviço de energia elétrica em sua residência. Afirmar ter recebido a notificação no dia 6 de maio de 2015 e o corte foi realizado no dia 20 do mesmo mês, ou seja, antes dos 15 dias previstos na legislação. Alega, ainda, constar na notificação enviada que o corte poderia ocorrer a partir do dia 14 de maio de 2015, isto é, apenas 8 dias após ser cientificado de seu inadimplemento. Menciona que a empresa ré também não podia condicionar o restabelecimento do serviço ao pagamento de todos os débitos, inclusive os que não deram causa a suspensão. Diante desses argumentos, sustenta ser arbitrária a suspensão de energia elétrica em sua residência e defende a procedência do pedido de indenização por danos morais.

Contrarrazões às f. 333/341.

VOTO

O Sr. Juiz Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Wilson José da Silva (fls. 315/330) contra a sentença proferida (fls. 308/312) pelo Juízo da 3ª Vara Cível, da comarca de Corumbá/MS que, nos autos de obrigação de fazer cumulada indenização por danos morais, ajuizada em desfavor da Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S/A – ENERSUL, julgou improcedentes os pedidos formulados.

Diz que a concessionária ré não seguiu a regra prevista no artigo 173, da Resolução Normativa n. 414, da ANEEL, para suspender o serviço de energia elétrica em sua residência. Afirma ter recebido a notificação no dia 06 de maio de 2015 e o corte foi realizado no dia 20 do mesmo mês, ou seja, antes dos 15 dias previstos na legislação. Alega, ainda, constar na notificação enviada que o corte poderia ocorrer a partir do dia 14 de maio de 2015, isto é, apenas 08 dias após ser cientificado de seu inadimplemento. Menciona que a empresa ré também não podia condicionar o restabelecimento do serviço ao pagamento de todos os débitos, inclusive os que não deram causa a suspensão. Diante desses argumentos, sustenta ser arbitrária a suspensão de energia elétrica em sua residência e defende a procedência do pedido de indenização por danos morais.

Nos termos do artigo 6º, § 3º, inciso II, da Lei 8.987/95, a qual dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, não se caracteriza descontinuidade do serviço a sua interrupção por inadimplemento do usuário após aviso prévio.

Já o artigo 173, da Resolução Normativa 414 da ANEEL, estabelece alguns critérios para notificar os consumidores antes da suspensão do serviço. Nos casos de inadimplemento, a resolução normativa exige a entrega da notificação com antecedência mínima de 15 dias. A propósito, conveniente transcrever o referido dispositivo:

Art. 173. Para a notificação de suspensão do fornecimento à unidade consumidora, prevista na seção III deste Capítulo, a distribuidora deve observar as seguintes condições:

I – a notificação seja escrita, específica e com entrega comprovada ou, alternativamente, impressa em destaque na fatura, com antecedência mínima de: (Redação dada pela REN ANEEL 479, de 03.04.2012)

a) 3 (três) dias, por razões de ordem técnica ou de segurança; ou

b) 15 (quinze) dias, nos casos de inadimplemento.

Frise-se ser incontroverso entre as partes a data em que houve a suspensão da energia elétrica na residência do autor, dia 20 de maio de 2014. O ponto controvertido, então, reside em se perquirir acerca data exata da entrega da notificação.

Pois bem. Como se sabe, a sistemática do ônus da prova no processo civil brasileiro guia-se pelo interesse, ou seja, incumbe a quem dela terá proveito.

Pertinentes, neste ponto, as clássicas lições do mestre Candido Rangel Dinamarco, para quem:

“(…) A distribuição do ônus da prova repousa principalmente na premissa de que, visando a vitória na causa, cabe à parte desenvolver perante o Juiz e ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente. O Juiz deve julgar “secundum allegatta et probata partium” e não

“secundum propiam suam conscientizam” - e daí o encargo que as partes têm no processo, não só de alegar, como também de provar (encargo = ônus). O ônus da prova recai sobre aquele a quem aproveita o reconhecimento do fato.” (DINAMARCO. Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 7 ed. São Paulo: RT, 1990, p. 312).

No caso em julgamento, o autor apresentou em sua exordial um fato negativo, qual seja: não recebeu a notificação de suspensão do fornecimento de energia elétrica com antecedência mínima de 15 (quinze) dias.

A ré, por sua vez, apresentou em sua peça de defesa um fato positivo, consubstanciado na alegação de que houve a notificação no prazo adequado.

Observa-se, dessa forma, a existência de um confronto entre um fato positivo e um fato negativo.

Em hipóteses tais, o entendimento já sufragado no C. Superior Tribunal de Justiça é de que quem afirma um fato positivo tem de prová-lo com preferência a quem afirma um fato negativo. A propósito:

DIREITO ADMINISTRATIVO (...) NÃO-OCORRÊNCIA. PROVA DE FATO NEGATIVO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM FAVOR DO AUTOR. POSSIBILIDADE. AGRADO IMPROVIDO (...) 2. Na colisão de um fato negativo com um fato positivo, quem afirma um fato positivo tem de prová-lo, com preferência a quem afirma um fato negativo (...). STJ – AgRg no Ag 1181737/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 03/11/2009, DJe 30/11/2009.

Semelhante entendimento é adotado pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL (...) COLISÃO ENTRE UM FATO NEGATIVO E UM FATO POSITIVO – ÔNUS PROVA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO (...) Segundo a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, quem afirma um fato positivo tem de prová-lo com preferência a quem afirma um fato negativo (...). TJMS – Apelação Cível n.º 0001557-36.2010.8.12.0010. Rel. Fernando Mauro Moreira Marinho. Terceira Câmara Cível. Julg. 04.12.2012.

Logo, cabia à empresa concessionária trazer aos autos provas que corroborassem sua assertiva.

Entretanto, não sobreveio aos autos qualquer elemento de prova que pudesse, ainda que de forma indiciária, demonstrar a entrega da notificação com antecedência mínima de 15 dias.

A fatura juntada à f. 267, que também serviu de notificação do autor, não é suficiente para comprovar a entrega com antecedência mínima de 15 (quinze) dias, conforme exigência do artigo 173 da Resolução Normativa 414 da ANEEL.

Consta neste documento que a sua emissão se deu no 22 de abril de 2014 e a sua apresentação no dia 28 do mesmo mês. Estes dados, entretanto, são preenchidos na emissão, motivo pelo qual a data da entrega informada no documento não se presume verdadeira. Ou seja, desde o dia 22 de abril de 2014, a fatura já estava preenchida com a suposta data da apresentação, mas não há provas nos autos confirmando a notificação do autor no dia 28 de abril de 2014.

Por se tratar de notificação de suspensão de serviço essencial prestado ao consumidor, a concessionária ré deveria ser mais diligente e cautelosa no cumprimento de suas obrigações. Deveria exigir assinatura de algum morador no ato da notificação, enviar correspondência com AR, ou até mesmo notificar por meio de cartório extrajudicial, especialmente nos casos de faturas com valores elevados.

Por não ter produzido prova incontestada da data da efetivação da notificação, considera-se ato ilícito o corte da energia elétrica realizada pela empresa ré, pois, nos termos do artigo 174 da Resolução 414 da ANEEL, a suspensão é indevida quando não observa as regras dispostas na resolução, dentre elas, a entrega da notificação com antecedência mínima de 15 (quinze) dias.

Aliás, totalmente discutível a validade da notificação realizada, tendo em vista as letras minúsculas utilizadas na fatura para informar o autor do seu inadimplemento e esta informação, em razão da sua relevância, deveria estar em destaque e com tamanho de fonte legível.

Sendo assim, necessária a reforma da sentença, pois, de acordo com as alegações do autor, a sua notificação não efetivou 15 (quinze) dias antes da suspensão de energia elétrica e a concessionária ré não ilidiu a veracidade desta afirmação.

Neste caso, a indenização é arbitrada por equidade, pois em se tratando de dano moral não há lei fixando valor.

O valor não pode ser irrisório, pois perderia seu caráter preventivo e didático. O ideal é 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.

Por não haver certeza acerca da data da efetivação da notificação, razoável fixar a indenização em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), suficiente para satisfazer o autor – não devendo, como dito, enriquecer-se às custas da indenização – e punir a ré – empresa com boa capacidade econômica – fazendo com que se atente para sua conduta desidiosa.

Posto isso, dou provimento ao recurso de apelação para o fim de julgar procedente o pedido de indenização dano moral e, por conseguinte, condenar a empresa ré ao pagamento de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), corrigidos monetariamente a partir deste acórdão e acrescido de juros de mora de 1% ao mês desde o ato ilícito, a suspensão da energia elétrica.

Inverso, desse modo, o ônus de sucumbência, motivo pelo qual condeno a empresa ré ao pagamento das custas processuais e honorários de sucumbência de 20% sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

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. Juiz Geraldo de Almeida Santiago.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Geraldo de Almeida Santiago, Juiz José Ale Ahmad Netto e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 20 de outubro de 2015.

2ª Câmara Cível
Apelação n. 0815929-76.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Juiz Geraldo de Almeida Santiago

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EXECUÇÃO FISCAL – IPTU – PROGRESSIVIDADE FISCAL – EMENDA CONSTITUCIONAL N. 29/2000 – DESNECESSIDADE DE PRÉVIA NOTIFICAÇÃO DO CONTRIBUINTE.

Existem duas modalidades de progressividade das alíquotas de IPTU, a extrafiscal e a fiscal.

Nos termos do art. 182, § 4º, da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Cidade, a progressividade do IPTU no tempo, para fins extrafiscais, é aplicada ao proprietário que deixa de cumprir a função social da propriedade e exige notificação prévia do contribuinte.

Com o advento da Emenda Constitucional n. 29/2000 passou-se a admitir-se, também, a progressividade fiscal do IPTU em razão do valor do imóvel, com a possibilidade de aplicação de alíquotas diferenciadas em razão do uso e localização do imóvel (art. 156, § 1º, da CF).

Não tendo sido a alíquota do IPTU instituída em razão da progressividade extrafiscal, e sim fiscal (considerando a localização do imóvel e a quantidade de melhoramentos existentes no local), inexistente necessidade de notificação prévia do contribuinte em razão das regras previstas no Estatuto da Cidade.

Recurso não provido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 10 de novembro de 2015.

Juiz Geraldo de Almeida Santiago - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Geraldo de Almeida Santiago.

Glauco da Costa Marques interpõe apelação cível (f. 80/90) contra a sentença (f. 70/76) proferida pela Vara de Execução Fiscal de Campo Grande/MS, nos autos da demanda ajuizada contra o Município de Campo Grande/MS, que julgou improcedente o pedido.

O apelante alega, em síntese, que para a cobrança do IPTU progressivo no tempo, nos termos do art. 182, § 4º, da Constituição Federal e do Estatuto da Cidade, é necessária a prévia notificação do proprietário para que promova, dentro do prazo legal, a função social de sua propriedade, o que não ocorreu na hipótese.

Sustenta, ainda, a inconstitucionalidade da Lei Municipal 1.466/1973 que instituiu a progressividade das alíquotas, sem prever a prévia notificação do contribuinte. Ao final, pleiteia o provimento do recurso e a reforma da sentença para que o pedido seja julgado procedente, de modo a anular a exigência fiscal do IPTU dos imóveis do autor/apelante, referente aos exercícios de 2012 e 2013.

A parte contrária deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentar contrarrazões.

VOTO

O Sr. Juiz Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação que Glaucos da Costa Marques interpõe contra a sentença proferida pela Vara de Execução Fiscal de Campo Grande/MS, nos autos da demanda ajuizada contra o Município de Campo Grande/MS, que julgou improcedente o pedido.

Em que pesem os argumentos trazidos pelo apelante, a sentença deve ser mantida.

Na inicial o autor alega que o fisco, ao constituir o crédito tributário referente ao IPTU de 2012 e 2013, aplicou alíquota progressiva de 1,5% (um e meio por cento), sob o argumento de que o tributo incide sobre terreno não edificado. Sustenta que, no caso de imposto sobre terreno não edificado, cumpre ao Município observar o Estatuto da Cidade (Lei Federal nº 10.257/2002), que estabelece a obrigatoriedade de notificação antes de aplicação da progressividade. Conclui que a Lei Municipal 2.155/83 que institui tal forma de tributação, sem observar a exigência de prévia notificação, é inconstitucional.

Conforme destacado pelo juízo de primeiro grau existem duas modalidades de progressividade das alíquotas de IPTU: a extrafiscal e a fiscal.

Ante a disposição contida no art. 182, § 4º, da Constituição Federal de 1988, a progressividade do IPTU no tempo, para fins extrafiscais, sempre foi permitida, como instrumento de pressão ao proprietário do bem imóvel que, devendo dar a ele o adequado aproveitamento, deixa de cumprir a função social da propriedade.

Após o advento da Emenda Constitucional n. 29/2000 passou-se a admitir, também, a progressividade fiscal do IPTU em razão do valor do imóvel, com a possibilidade de aplicação de alíquotas diferenciadas em razão do uso e localização do imóvel (art. 156, § 1º, da CF).

Por outro lado, a Súmula 668 do STF prevê que *é inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional n. 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana*. Explicitado de outro modo, tendo em vista que a progressividade fiscal do IPTU foi inserida pela EC 29/00, somente após a sua vigência pôde o fisco passar a exigí-la, mediante a criação de lei nova, ainda que existisse regra genérica preexistente.

Neste contexto, no intuito de regularizar a legislação municipal, foi editada, em 2005, a Lei Complementar n. 78/2005, prevendo a progressividade fiscal do IPTU, nos seguintes termos:

Art. 5º. Dá-se nova redação ao art. 148, da Lei n. 1.466, de 26 de outubro de 1973, que passa a ser o seguinte:

“Art. 148. O Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU, sem prejuízo do que se refere o art. 182, §4º, inciso II da Constituição Federal, será progressivo em razão do valor

do imóvel e terá alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel, sendo cobrado na base de:

I 1% (um por cento) do valor venal dos imóveis edificados;

II 0,5% (meio por cento) do valor venal das glebas não edificadas e encravadas dentro do perímetro urbano desprovidas de quaisquer dos melhoramentos e serviços públicos abaixo indicados:

A Pavimentação e meio-fio;

B Abastecimento de água;

C Sistema de esgoto sanitário;

D Rede de energia elétrica;

E Escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 (três) quilômetros do imóvel considerado.

III 1% (um por cento) do valor venal dos imóveis não edificados localizados em logradouro público e que não possuam qualquer dos melhoramentos ou serviços dentre os enumerados no item II;

IV 1,5% (um e meio por cento) do valor venal dos imóveis não edificados e que possuam, pelo menos, um dos melhoramentos ou serviços dentre os enumerados no item II;

V 2,5% (dois e meio por cento) do valor venal dos imóveis não edificados e que possuam, pelo menos, dois dos melhoramentos ou serviços dentre os enumerados no item II;

VI 3,5% (três e meio por cento) do valor venal dos imóveis não edificados e que possuam, pelo menos, três dos melhoramentos ou serviços dentre os enumerados no item II.

O apelante sustenta a inconstitucionalidade da Lei Municipal 1.466/1973 (posteriormente alterada pela citada Lei Complementar 78/2005) que instituiu a progressividade das alíquotas, sem prever a prévia notificação do contribuinte. Contudo, na hipótese, a progressividade das alíquotas não foi instituída com caráter extrafiscal, mas sim fiscal, de modo que dispensada a prévia notificação do contribuinte.

Nesse sentido decidiu o juízo *a quo*: “Assim, apesar de o Estatuto da Cidade estabelecer a necessidade de que antes de se aplicar a progressividade no tempo o Município notifique o proprietário do imóvel, para que este busque conferir a ele função social, sua observância não é necessária no caso da instituição de alíquota progressiva com caráter fiscal, caso dos autos, visto que este instituto não é regulamentado pelo Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001).”

Tampouco há que se falar em inconstitucionalidade nos termos da Súmula 668 do STF acima mencionada, tendo em vista que foi instituída a progressividade fiscal do imposto por meio da Lei Complementar n. 78 em 2005, ou seja, posteriormente à EC 29/2000 que passou a admiti-la.

Este Tribunal de Justiça, em casos análogos, manifestou o mesmo posicionamento, *in verbis*:

EMENTA APELAÇÃO CÍVEL MANDADO DE SEGURANÇA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI INSTITUIDORA DO IPTU PROGRESSIVO NÃO VERIFICADA PREVISÃO CONSTITUCIONAL RECURSO IMPROVIDO.

A progressão no tempo não tem relação com a cobrança ora irresignada pelo apelante, referente ao exercício de 2009 (alíquotas diferenciadas em razão da localização e do uso), porquanto não quis o município utilizar-se daquele primeiro tipo de progressividade, de forma que os requisitos constantes do Estatuto da Cidade não se aplicam ao caso presente, em especial, pela ausência de correspondência com a Lei n.º 1.466/1973, artigo 148, alterado pela LC n.º 78/2005. (Apelação Cível n.º 2010.026169-2/0000-00, proferido em 19/10/2010 pela 1ª Câmara Cível da Comarca de Campo Grande, tendo como Relator o Desembargador Divoncir Schreiner Maran)

EMENTA-APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - IPTU PROGRESSIVO - ALÍQUOTAS DIFERENCIADAS - POSSIBILIDADE - EXERCÍCIO FINANCEIRO DE 2011 - EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 29/2000 - ARTIGO 156, § 1º, DA CF - RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 29/2000, que alterou o § 1º do artigo 156 da Constituição Federal, não há mais necessidade de edição de Lei Federal para que o Município passe a cobrar o IPTU com alíquotas diferenciadas ou proporcionais, de acordo com o valor, a localização e o uso do imóvel. Tratando-se de exação referente ao exercício financeiro de 2011, não há inconstitucionalidade na cobrança de IPTU com base em alíquotas diferenciadas, lançadas sobre imóvel não edificado e levando em consideração a presença de melhoramentos ou serviços públicos. Recurso conhecido e não provido. (Relator(a): Des. Oswaldo Rodrigues de Melo; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data do julgamento: 03/09/2013; Data de registro: 15/05/2014)

Com efeito deve ser mantida a sentença que julgou improcedente o pedido ao reconhecer que, não tendo sido a alíquota do IPTU de 2012 e 2013 instituída em razão da progressividade extrafiscal, mas sim com base na fiscalidade (considerando a localização do imóvel e a quantidade de melhoramentos existentes no local), não há que se falar em necessidade de notificação prévia do contribuinte em razão das regras previstas no Estatuto da Cidade, sendo devida a cobrança nos termos em que realizada.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Geraldo de Almeida Santiago.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Geraldo de Almeida Santiago, Juiz José Ale Ahmad Netto e Juiz Jairo Roberto de Quadros.

Campo Grande, 10 de novembro de 2015.

REVISTA
TRIMESTRAL DE
JURISPRUDÊNCIA

TJMS

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL



2ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal n. 0008235-18.2015.8.12.0002 – Dourados
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – INDULTO – CONDENAÇÕES POR CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO E DELITO COMUM – EXIGÊNCIA DO CUMPRIMENTO DE 2/3 (DOIS TERÇOS) DA INFRAÇÃO HEDIONDA – INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 8º, PARÁGRAFO ÚNICO, DO DECRETO PRESIDENCIAL N.º 8.380/2014 – AFASTAMENTO – PARCIAL PROVIMENTO.

Pelas regras estabelecidas no Decreto Presidencial n.º 8.380/2014, não há possibilidade de comutação de pena ou concessão de indulto aos crime hediondos e ao tráfico de drogas. Assim, a exigência de que o condenado cumpra 2/3 (dois terços) da pena do delito equiparado a hediondo em nada infringe as disposições constitucionais e legais, não havendo de se cogitar a inconstitucionalidade do art. 8º, parágrafo único, do referido diploma legal.

Agravo de execução penal defensivo a que se dá parcial provimento, para o fim de afastar a inconstitucionalidade reconhecida pela instância singela, e determinar que a mesma analise o cumprimento dos requisitos objetivo e subjetivo para a concessão da benesse pleiteada.

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.

Campo Grande, 28 de setembro de 2015.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Isaac Bernardes da Silva interpõe agravo de execução penal objetivando a reforma da decisão que indeferiu pedido de comutação de pena, e considerou parcialmente inconstitucional o Decreto Presidencial n.º 8.380/2014.

Relata que foi condenado por crimes comum e hediondo, sendo que, aos 25 de dezembro de 2014, já havia cumprido mais de 1/3 (um terço) do total de sua reprimenda em relação ao primeiro, e 2/3 (dois terços) da sanção imposta pelo crime mais gravoso, estando preenchidos os requisitos exigidos para comutação da pena.

Assevera que o julgador singelo arvorou-se na discricionariedade do Presidente da República, e exigiu o cumprimento integral da condenação pelo crime hediondo.

Contarrazões pelo não provimento (f. 63/81).

Em juízo de retratação o magistrado manteve a decisão invectivada (f. 82).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo não provimento (f. 89/98).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Relator)

Isaac Bernardes da Silva interpõe agravo de execução penal objetivando a reforma da decisão que indeferiu pedido de comutação de pena, e considerou parcialmente inconstitucional o Decreto Presidencial n.º 8.380/2014.

O agravante cumpre pena de 04 (quatro) anos pelo crime de roubo circunstanciado (art. 157, § 2º, I, do Código Penal) e 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses pelo delito de tráfico de drogas (art. 33, da Lei n.º 11.343/06), totalizando 08 (oito) anos e 02 (dois) meses de reclusão.

Pelo cálculo de pena realizado aos 06 de maio de 2015, o reeducando havia cumprido 04 (quatro) anos, 07 (sete) meses e 27 (vinte e sete) dias de sua reprimenda (f. 43/45).

O pleito de comutação de pena foi indeferido com base nos seguintes fundamentos (f. 55/58):

“(...) 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, que estejam em livramento condicional ou em regime aberto, cuja pena remanescente não seja superior a seis anos e tivessem cumprido 1/3 da pena até o dia 25.12.14, se reincidentes, o direito ao indulto (artigo 1º, inciso XV, do Decreto n.º 8.380/2014).

O sentenciado foi condenado definitivamente a 4 anos e 2 meses no crime de tráfico de drogas e 4 anos em relação ao crime comum. Assim, de primeiro plano, forte no artigo 2º, inciso I, da Lei n.º 8.072/90, nos casos de tráfico de entorpecentes, incabível a anistia, graça e indulto.

(...)

Crível portanto que o indulto e a comutação, por força do disposto no inciso XLIII, do artigo 5º, da Carta Magna e conforme bem salientou o parquet (f. 184-7), estão vedados aos crimes hediondos e ao tráfico de entorpecentes. (...)

Desse modo, tenho que a inconstitucionalidade e ilegalidade do Decreto Presidencial, quanto a conceder indulto ou, como queira, comutação de pena, graça em sentido amplo a crimes de tráfico de drogas, impede a concessão. (...).

Portanto, para a concessão do indulto como pretende o reeducando, necessário o cumprimento integral da pena no crime hediondo e não apenas 2/3, dada a inconstitucionalidade do artigo 8.º, parágrafo único, do Decreto n.º 8.380/2014.

Verifica-se que o acusado foi condenado a 4 anos e 2 meses de reclusão em regime fechado, por infração ao artigo 3, da Lei n.º 1.343/06 e até 25.12.2014 cumpriu a pena na íntegra em relação ao crime hediondo. Deverá cumprir ainda, 1/4 em relação aos crimes comuns. Logo deveria ter cumprido 5 anos e 15 dias para fazer jus ao indulto, conforme cálculo de f. 176-8 cumpriu 4 anos, 3 meses e 16 dias, não faz jus no aspecto subjetivo.

Malgrado as razões expendidas, o equívoco do *decisum* é manifesto.

O Decreto n.º 8.380, de 24 de dezembro de 2014, estabelece:

“Art. 1º Concede-se o indulto coletivo às pessoas, nacionais e estrangeiras:

(...)

XV – condenadas a pena privativa de liberdade, que estejam em livramento condicional ou cumprindo pena em regime aberto, cujas penas remanescentes, em 25 de dezembro de 2014, não sejam superiores a oito anos, se não reincidentes, e a seis anos, se reincidentes, desde que tenham cumprido um quarto da pena, se não reincidentes, ou um terço, se reincidentes;

(...)

Art. 8º As penas correspondentes a infrações diversas devem somar-se, para efeito da declaração do indulto e da comutação de penas, até 25 de dezembro de 2014.

Parágrafo único. Na hipótese de haver concurso com crime descrito no art. 9º, não será declarado o indulto ou a comutação da pena correspondente ao crime não impeditivo, enquanto a pessoa condenada não cumprir dois terços da pena, correspondente ao crime impeditivo dos benefícios.

Art. 9º O disposto neste Decreto não alcança as pessoas condenadas:

(...)

II – crime de tráfico ilícito de droga, nos termos do caput e § 1º do art. 33 e dos arts. 34 a 37 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006;”

Neste cenário, pelas regras estabelecidas no aludido decreto, não há possibilidade de comutação de pena ou concessão de indulto aos crime hediondos e ao tráfico de drogas. Assim, a exigência de que o condenado cumpra 2/3 (dois terços) da pena do delito equiparado a hediondo em nada infringe as disposições constitucionais e legais apontadas pelo julgador singular, mesmo porque o benefício não incidirá sobre a condenação do crime hediondo, mas àquele referente ao crime comum.

Em caso de igual jaez, a 1ª Câmara Criminal já teve oportunidade de se manifestar, decidindo:

“AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – DECRETO PRESIDENCIAL 8.380/2014 – CONCURSO DE CRIMES – PEDIDO DE COMUTAÇÃO DE PENA PARA O CRIME COMUM – DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO, DO ART. 8º AFASTADA – PREVISÃO DE COMUTAÇÃO DE PENA SOMENTE PARA O CRIME COMUM – VERIFICAÇÃO DOS REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS – COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL – RECURSO PROVIDO.

Afasta-se a declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 8º, Decreto 8.380/2014, uma vez que existe a previsão para comutação de pena ou indulto somente para crimes comuns e, “De fato, não faz sentido exigir que a pena do delito impeditivo seja integralmente executada para que a comutação possa ser concedida [...] Repita-se que a comutação da pena referente ao crime não impeditivo não configura qualquer afronta à proibição do artigo 2º, I, da Lei 8.072/90, haja vista não se estar deferindo o benefício em relação aos delitos de natureza hedionda. (STJ. AgRg no REsp 1486461/DF, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 12/02/2015, DJe 25/02/2015)”.

Compete ao juízo da Execução Penal verificar se preenchidos os critérios de ordem objetiva (cumprimento de 2/3 do delito impeditivo + cumprimento de 1/3 da pena do crime comum), além dos requisitos de ordem subjetiva para a concessão de comutação ao reeducando.”

Logo, a declaração de inconstitucionalidade não deve prevalecer.

Afastada a inconstitucionalidade aventada, cabe ao magistrado *a quo* a análise do cumprimento dos requisitos objetivo e subjetivo, devendo os autos serem devolvidos à origem para consecução de tal mister, sob pena de supressão de instância.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso manejado por Isaac Bernardes da Silva para o fim de afastar a declaração incidental de inconstitucionalidade do Decreto Presidencial n.º 8.380/2014 e, neste sentido, determinar ao Juízo de origem que proceda ao exame do cumprimento dos requisitos objetivo e subjetivo para concessão da comutação de pena.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, proveram em parte o recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 28 de setembro de 2015.

Órgão Especial
Mandado de Segurança n. 0824726-70.2015.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

MANDADO DE SEGURANÇA – ADMINISTRATIVO – CONCURSO PÚBLICO DOS SERVIÇOS NOTARIAIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – PROVAS DE TÍTULOS – ATIVIDADES DE CONCILIAÇÃO E ASSESSORIA JURÍDICA VOLUNTÁRIAS – NÃO DEMONSTRAÇÃO DA PRIVATIVIDADE DE BACHARELADO EM DIREITO AO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES – SERVIÇO PÚBLICO ELEITORAL – DECISÃO QUE CONVENCIONOU DATA LIMITE PARA OBTENÇÃO DOS TÍTULOS E PONTOS PREVISTOS NO EDITAL – VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO VERIFICADA – NÃO CONCESSÃO.

Consoante expressa disposição do art. 7º, da Lei Federal n.º 9.099/95, a atividade de conciliadora perante os juizados especiais não é função pública privativa de bacharel em Direito para fins de atendimento ao Edital n.º 001/20014.

Também não pode ser considerado como privativo de bacharelado o exercício da assessoria jurídica voluntária, se as certidões apresentadas demonstram que a atividade exigia, tão somente, a “preponderância” de conhecimento jurídico, e sequer dão conta da nomeação, designação ou contratação para exercer cargo, emprego ou função pública privativa na área.

Inexiste ilegalidade na decisão que convenciona data limite para obtenção de títulos e pontos previstos no edital, mormente se devidamente publicada no Diário da Justiça e disponibilizada no respectivo sítio do concurso.

Mandado de Segurança a que se nega concessão uma vez não evidenciada violação a direito líquido e certo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, denegar a segurança, com o parecer.

Campo Grande, 21 de outubro de 2015.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Sheila Rusche Jorge impetra mandado de segurança, com pleito de liminar, contra ato do Presidente da Comissão Organizadora do IV Concurso Público dos Serviços Notariais do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente na desconsideração dos títulos referentes às atividades de conciliação e assessoria jurídica voluntárias, bem como em relação aos serviços prestados à Justiça Eleitoral.

Esclarece que, aprovada na prova oral, foi convocada através da Portaria n.º 24/2015 a apresentar os documentos pertinentes à prova de títulos, os quais não foram corretamente valorados.

Alega que as atividades desenvolvidas – conciliadora voluntária junto ao Tribunal de Justiça do Paraná (período de 12 de abril de 2010 a 21 de junho de 2011) e de assessora jurídica voluntária (período de 02 de junho de 2010 a 13 de julho de 2010 e 02 de abril de 2012 a 08 de abril de 2013) – são funções públicas privativas de bacharel em Direito e atendem ao item 12.2.I do Edital n.º 001/2014.

Aduz ser possível a cumulação da pontuação referente aos itens 12.2.I e 12.2.V do mencionado Edital, vez que se referem a períodos distintos de atividades, ou seja, *“a impetrante se vale de um determinado período de Conciliação e Assessoria Jurídica voluntária para obter a pontuação (2,0 pontos) do item 12.2.I e depois utiliza outro período diferente para obter a pontuação (0,5 ponto) do item 12.2.V”*, e ainda que inexistisse a possibilidade de cumulação deveriam as atividades ter sido consideradas para a pontuação do item 12.2.I, eis que mais qualificada.

Argumenta, ainda, ter sido indevida a desconsideração da pontuação prevista no item 12.2.VI do Edital n.º 001/2014, porquanto inexistente norma editalícia de limitação temporal à comprovação do serviço público eleitoral, sendo certo que a *“decisão que fixou a data limite para a contagem dos títulos”* a que se referiu a autoridade impetrada não foi publicada na forma do item 18.2 do edital do certame.

Ademais, além de afrontar as Resoluções CNJ n.º 81 e 187, a mencionada decisão refere-se ao edital inicial do concurso (n.º 001/2013), e àquele se adequava. Contudo, com a *“republicação do edital e reabertura das inscrições em 07/05/2014, o novo Edital vigente para as partes é o de n.º 001/2014 que silenciou sobre a limitação temporal da contagem das eleições”*.

Pugna pelo reconhecimento do *“direito líquido e certo da Impetrante à contagem de: i) 2,0 (dois) pontos referentes ao item 12.2.I (advocacia e/ou função pública privativa de bacharel em Direito); ii) 0,5 (meio) ponto referente ao item 12.2.VI (serviço à Justiça Eleitoral), ambos do Edital 001/2014/TJMS, mantendo-se a pontuação concomitante de 0,5 (meio) concedida com base no item 12.2.V do Edital (Conciliação ou Assistência Jurídica Voluntária); com determinação à Autoridade Impetrada de readequação da lista classificatória final”*.

O pedido de liminar foi indeferido (f. 482/486).

A autoridade impetrada prestou informações sustentando a legalidade do ato coator (f. 475/480).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pela não concessão (f. 515/531).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Relator)

Sheila Rusche Jorge impetra mandado de segurança, com pleito de liminar, contra ato do presidente da comissão organizadora do IV Concurso Público dos Serviços Notariais do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente na desconsideração dos títulos referentes às atividades de conciliação e assessoria jurídica voluntárias, bem como em relação aos serviços prestados à justiça eleitoral.

Argumenta a impetrante fazer jus ao acréscimo de 2,0 (dois) pontos na prova de títulos, vez que as atividades de conciliadora e assessora jurídica voluntária realizadas junto ao Tribunal de Justiça do Paraná (períodos de 2010 a 2013) são funções públicas privativas de bacharel em direito e atendem ao item 12.2.I do Edital n.º 001/2014.

Em relação à função de conciliadora perante os juizados especiais, não obstante seja considerada “*atividade jurídica para fins de concurso público*” (art. 59, IV, da Resolução CNJ n.º 75/2009), não pode ser considerada “*função pública privativa de bacharel em direito*” para fins de atendimento à norma editalícia, e isso por expressa disposição do art. 7º, da Lei Federal n.º 9.099/95, que disciplina acerca dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, *verbis*:

“Art. 7º Os conciliadores e Juízes leigos são auxiliares da Justiça, recrutados, os primeiros, preferentemente, entre os bacharéis em Direito, e os segundos, entre advogados com mais de cinco anos de experiência.”(Destques não originais)

Extrai-se, portanto, que ao exercício da função de conciliadora não há a obrigatoriedade do diploma de bacharel de Direito.

Do mesmo modo em relação à atividade de assessoria jurídica desenvolvida pela impetrante, como bem esclarecido pela autoridade coatora, extraíndo-se (f. 478):

“Também não é possível acolher a pretensão da impetrante, no sentido de que seja computado o tempo de “assessoria jurídica voluntária”, uma vez que o item nº 12.13, inciso “I”, alínea “C”, do Edital, dispõe o seguinte acerca da comprovação da prática de atividades privativas de bacharel em direito:

Em relação ao exercício de cargo, emprego ou função pública de bacharel em Direito, o candidato deve apresentar certidão do órgão público ao qual esteja vinculado, indicando o cargo ocupado, a exigência de ser bacharel em direito para o mesmo cargo e a data de nomeação/designação/contratação e desligamento, se houver.

Nota-se que o adjetivo privativo, neste contexto, não quer significar outra coisa senão atividade exclusivamente reservada ou de acesso restrito aos que tenham concluído curso superior em Direito. Ademais, a certidão e a declaração juntadas (f. 206 e 207) não são suficientes para fins de atribuição dos pontos, uma vez que ali não consta que a candidata tenha sido nomeada, designada ou contratada para exercer cargo, emprego ou função pública. A candidata apenas integrou um programa de voluntariado, mediante convênio com a Escola de Magistratura do Paraná e o TJPR, em que desempenhava atividades que exigiam a “utilização preponderante” de conhecimento jurídico.

A “utilização preponderante de conhecimento jurídico” não equivale à nomeação, contratação ou designação para o exercício de cargo, emprego ou função pública, cujo acesso seja privativo de bacharel em Direito, nos exatos termos do Edital 01/2014, circunstância que não pode ser presumida.”

Das certidões de f. 206 e 207 bem se vê que a impetrante desempenhava atividades que exigiam a preponderância de conhecimento jurídico, mas não há qualquer menção há exigência de bacharelado.

Também à revelia da exigência editalícia (item 12.13), as mencionadas certidões não indicam que a impetrante tenha sido nomeada, designada ou contratada para exercer cargo, emprego ou função pública privativa na área.

Quanto ao serviço público eleitoral verifica-se que a certidão eleitoral apresentada (f. 432) está em desconformidade com a decisão proferida nos autos de Pedido de Providências n.º 126.152.0045/2014, que delimita como marco à contagem dos títulos a data da primeira publicação do novo edital, sendo o documento acostado pela impetrante (f. 437) prova suficiente de que a mencionada decisão foi devidamente publicada no Diário da Justiça.

Acerca desta questão também esclareceu a autoridade coatora (f. 479):

“Em maio do corrente ano, a Comissão Organizadora do IV Concurso publicou esclarecimentos acerca dos pontos a serem conferidos aos candidatos na prova de títulos, oportunidade em que se reiterou que a data limite para aquisição dos demais títulos e obtenção dos pontos previstos no item 12.2. III, IV, V e VI, seria 7 de maio de 2014, tendo em vista a decisão proferida pela então Presidente da Comissão Organizadora nos autos do Pedido de Providências nº 126.152.0045/2014.

É o que restou estabelecido no item 7 do Ofício nº 126.61.073.0025/2015, in verbis:

‘Ponto 7) Acerca da “data limite (se assim houver decisão de aplicação de data limite) para obtenção de pontos nos demais itens.”

Decisão: Da mesma forma que o item anterior, considerando os moldes da decisão multicitada (in verbis: “[...] A data da primeira republicação do edital, com as novas regras estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça, será considerada para todos os fins do edital, especialmente para contagem dos títulos ou para readequação do cronograma do certame [...]”), a data limite para obtenção de pontos nos demais itens será a de 07.05.2014.”

Com efeito, o certame foi iniciado em 2013, mas havia sido suspenso em razão do advento de novas regras sobre os concursos, que acarretaram a alteração da redação da Resolução 81 com o advento da Resolução 187, do CNJ.

A decisão que determinou a suspensão foi devidamente disponibilizada no site do IESES - Instituto de Estudos Superiores do Extremo Sul (<http://www.cartorio.tjms.ieses.org/documentos/arquivos/decisao20140326.pdf>) e publicada no Diário da Justiça nº 3085, de 31 de março de 2014, consignando que ‘a data da primeira republicação do edital, com as novas regras estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça, será considerada para todos os fins do edital, especialmente para a contagem dos títulos ou para a readequação do cronograma do certame’.

Portanto, a comissão examinadora não inovou ao determinar que somente fossem computados títulos obtidos até a data da primeira publicação do edital, pois tal decisão é anterior à abertura do certame.

Assim, considerando que a certidão apresentada pela impetrante (f. 432) demonstra que ela exerceu funções nas eleições nos anos de 2012, 2013 e 2014, deixou de comprovar que prestou serviços em três sufrágios distintos antes de 07/05/2014. Por conseguinte, não faz jus ao acréscimo de 0,5 ponto na avaliação de seus títulos.”

Portanto, não há falar em ilegalidade na decisão que convencionou data limite para obtenção dos títulos e pontos previstos no edital, mormente porque devidamente publicada no Diário da Justiça e disponibilizada no respectivo sítio do concurso.

Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça já decidiu, *verbis*:

“EMBARGOS DECLARATÓRIOS – CONCURSO PÚBLICO – ESTADO DE MINAS GERAIS – SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO – EDITAL 001/99 – OMISSÃO QUANTO À DATA- LIMITE PARA OBTENÇÃO DOS TÍTULOS – SUPRIMENTO – COMISSÃO EXAMINADORA – COMPETÊNCIA (ITEM 17.2 DO EDITAL) – PRECEDENTES.

Nos termos do item 17.2 do Edital 001/99, a Comissão Examinadora possui competência para solução dos casos omissos ou duvidosos contidos no instrumento convocatório. Desta forma, não macula o processo seletivo a decisão que, ao fixar data-limite para obtenção dos títulos, estabelece regra geral, uniforme e imparcial, dirigida a todos os candidatos.”¹

¹ ED - RMS 18.842/MG, 5ª T., rel. Min. Felix Fischer, j. 21/09/2006.

Na esteira de tais argumentos, não se vislumbrando a ocorrência de qualquer ilegalidade ou vício passível de correção pelo remédio constitucional, assim como prova do direito líquido e certo arguido pela impetrante, a denegação da ordem é medida impositiva.

Ante o exposto, nego concessão à segurança impetrada em favor de Sheila Rusche Jorge.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, denegaram a segurança, com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Claudionor Miguel Absz Duarte, Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Manoel Mendes Carli, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Francisco Gerardo de Sousa e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 21 de outubro de 2015.

Órgão Especial
Mandado de Segurança n. 1415730-71.2014.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

MANDADO DE SEGURANÇA – CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – PROMOÇÃO POR MERECIMENTO AO POSTO DE CORONEL DA POLÍCIA MILITAR – AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR E DECADÊNCIA – OCORRÊNCIAS NÃO DEMONSTRADAS – INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – NÃO CONCESSÃO.

Não há obrigação ao policial militar de esgotamento das vias administrativas antes de submeter demanda à apreciação do Poder Judiciário.

Sendo a irrisignação do *mandamus* direcionada ao Decreto “P” n.º 4.749, de 14 de novembro de 2014, este é o termo inicial para a contagem do prazo estabelecido pela Lei n.º 12.016/2009, e uma vez verificado que na data da impetração não havia transcorrido mais de 120 (cento e vinte) da publicação do ato, não há falar em decadência do direito.

A função exercida por policial militar agregado ao Ministério Público Estadual possui natureza militar, conforme expressa definição do art. 76, § 1º, “a”, da Lei Complementar Estadual n.º 53/90, e art. 2º, IV, da Lei Estadual n.º 2.280/01.

Para fins de promoção ao posto de Coronel mostra-se incabível o cômputo de período em que o impetrante ainda não pertencia ao quadro de oficial da Polícia Militar.

As vagas ao posto de Coronel serão de livre escolha do governador, dentre os candidatos integrantes da “lista de escolha”, que conterà o número de tenentes-coronéis equivalente a 50% (cinquenta por cento) do número total de componentes do quadro de acesso por merecimento. Diferente do que ocorre ao posto de tenente-coronel, não existe na promoção ao último posto (coronel) vinculação do governador à ordem de classificação.

Se o processo de escolha se deu com base em critérios legais, não há falar em violação ao direito líquido e certo.

Mandado de segurança que se nega concessão, em face da inoccorrência de direito líquido e certo a ser tutelado.

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 e, com o parecer, rejeitar as preliminares arguidas, no mérito, denegar a segurança, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 28 de outubro de 2015.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Rosalino Louveira impetra mandado de segurança contra ato do governador do Estado de Mato Grosso do Sul e do comandante-geral da polícia militar do Estado de Mato Grosso do Sul, concretizado pelo decreto “P” n.º 4.749, de 14 de novembro de 2014, que teria acarretado a preterição de seu direito de promoção ao posto de Coronel da Polícia Militar de Mato Grosso do Sul (PMMS).

Esclarece ter sido incluído nas fileiras da Polícia Militar, ao 1º de março de 1987, e atualmente ocupa o posto de Tenente-Coronel QOPM.

Aduz a existência de inúmeras irregularidades no processo de promoção ao posto de Coronel da Polícia Militar, referente a abril de 2014 (Processo Administrativo de Promoção n.º 31/301407/2014), que culminou na edição do Decreto “P” n.º 4.749, de 14 de novembro de 2014, onde os Tenentes-Coronéis Cláudio Rosa da Cruz e Marcelo Gomes Lopes teriam sido indevidamente promovidos ao posto superior, sendo em relação ao último porque ocupou cargo de natureza civil – período de 04 de agosto de 2009 a 20 de março de 2014 – e em razão de sua condição de agregado deveria ter sido excluído do quadro de acesso por merecimento, nos termos do art. 30, da Lei Estadual n.º 61/80. Desse modo, o Tenente-Coronel Marcelo não poderia ter sido pontuado por tal período, sendo certo, aliás, que deveria ter sido transferido à inatividade, consoante dispõe o art. 91, VII, da Lei Complementar n.º 53/90.

Alega que tais irregularidades viciaram o processo de promoção n.º 31/301407/2014, porquanto influenciaram diretamente na escolha do Governador do Estado, e trouxeram prejuízos à ordem correta de classificação.

Relata, ainda, que o segundo impetrado, de forma injustificada, deixou de incluir no cômputo de pontuação do impetrante 0,20 (vinte décimos) por semestre de efetivo serviço, referente ao tempo em que ocupou o posto de Sargento da Polícia Militar (de 1º de março de 1987 até 10 de junho de 1994), num total de 3,0 (três) pontos, que o colocaria na 4ª (quarta) posição dentre os candidatos.

Informa que se tal fato tivesse sido respeitado, em obediência ao art. 50, III, do Decreto Estadual n.º 10.768/02, o nome do impetrante teria sido submetido à escolha do Governador do Estado, e o Tenente-Coronel Cláudio Rosa da Cruz, figurante na 11ª (décima primeira) colocação do quadro de acesso por merecimento, sequer teria feito parte da escolha.

Diante disso, sustenta que *“a escolha do Sr. Governador não obedeceu os ditames da lei, posto que optou entre o décimo e o décimo primeiro candidato, sem obediência depurativa dentre os oficiais que intermediavam referida lista de Quadro de Acesso a Coronel QOPM.”*

Pede a concessão da segurança para que seja anulado o ato de promoção dos Coronéis Marcelo Gomes Lopes e Cláudio Rosa da Cruz, bem como seja computado em favor do impetrante o tempo de serviço desde seu ingresso na corporação.

O pedido liminar foi indeferido, sendo determinada a emenda da inicial para inclusão e citação dos litisconsortes passivos necessários (f. 1.055/1.059).

O litisconsorte passivo Marcelo Gomes Lopes aduziu, em preliminar, falta de interesse de agir por ausência de exaurimento das vias administrativas. No mérito, pugnou pela denegação da segurança (f. 1.208/1.222).

Também pela denegação manifestou-se o litisconsorte passivo Cláudio Rosa da Cruz (f. 1.191/1.197), e os demais não ofereceram objeções.

O Estado de Mato Grosso do Sul suscitou preliminar de decadência quanto ao pleito de recontagem de pontuação do impetrante. No mérito, requereu a não concessão da ordem (f. 1.266/1.312).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça manifestou pelo não acolhimento da preliminar de decadência e, no mérito, pela denegação da segurança (f. 1.314/1.330).

VOTO (EM 14.10.2015)

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Relator)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Rosalino Louveira contra ato praticado pelo governador do Estado de Mato Grosso do Sul e pelo Comandante-Geral da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul, concretizado pelo Decreto “P” n.º 4.749, de 14 de novembro de 2014, que teria acarretado a preterição de seu direito de promoção ao posto de Coronel da Polícia Militar de Mato Grosso do Sul (PMMS).

O pleito em análise consubstancia-se, em suma, na suposta promoção indevida dos Tenentes-Coronéis Cláudio Rosa da Cruz e Marcelo Gomes Lopes ao posto de Coronel da Polícia Militar de Mato Grosso do Sul; irregularidades nos critérios de escolha e promoção dos militares, em desconformidade com o art. 50, III, do Decreto Estadual n.º 10.768/02; e ausência de cômputo de pontuação do impetrante referente ao tempo em que ocupou o posto de Sargento da Polícia Militar, sendo que tais situações acabaram por suprimir direito líquido e certo do impetrante à promoção ao posto almejado.

O mérito do ato administrativo constitui seara reservada à discricionariedade do administrador, sendo seu controle pelo Poder Judiciário limitado à análise da base legal.

Segundo preleciona Hely Lopes Meirelles:

“... a competência do Judiciário para a revisão de atos administrativos restringe-se ao controle da legalidade e da legitimidade do ato impugnado. Por legalidade entende-se a conformidade do ato com a norma que o rege; por legitimidade entende-se a conformidade com os princípios básicos da Administração Pública, em especial os do interesse público, da moralidade, da finalidade e da razoabilidade, indissociáveis de toda atividade pública. [...]”

Ao Poder Judiciário é permitido perquirir todos os aspectos de legalidade e legitimidade para descobrir e pronunciar a nulidade do ato administrativo onde ela se encontre, e seja qual for o artifício que a encubra. O que não se permite ao Judiciário é pronunciar-se sobre o mérito administrativo, ou seja, sobre a conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça do ato, porque, se assim agisse, estaria emitindo pronunciamento de administração, e não de jurisdição judicial”¹

Ao discorrer a respeito do conceito de direito líquido e certo, o doutrinador Cassio Scarpinella Bueno é bastante claro ao preceituar:

“(...) Por direito líquido e certo deve ser entendido aquele direito cuja existência e delimitação são claras e passíveis de demonstração documental. Hely Lopes Meirelles tem passagem clássica em que afirma que melhor seria a fórmula constitucional (e legal) ter-se referido à necessidade de o fato que dá supedâneo à impetração ser líquido e certo e não o direito em si mesmo. Para ele, o direito líquido e certo ‘é um conceito impróprio – e mal expresso – alusivo à precisão e comprovação do direito quando deveria aludir à precisão e comprovação dos fatos e situações que ensejam o exercício desse direito’

¹ *Direito Administrativo Brasileiro*, 32. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 707/708.

(Hely Lopes Meirelles, Mandado de Segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, 'habeas data', ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade, p. 36).

*Essa interpretação da expressão 'direito líquido e certo' relaciona-se intimamente ao procedimento célere, ágil, expedito e especial do mandado de segurança, em que, por inspiração direta do habeas corpus, não é admitida qualquer dilação probatória. É dizer: o impetrante deverá demonstrar, já com a petição inicial, no que consiste a ilegalidade ou a abusividade que pretende ver expungida do ordenamento jurídico, não havendo espaço para que demonstre sua ocorrência no decorrer do procedimento. (...)."*²

O doutrinador Sérgio Ferraz também expende considerações a respeito do tema, assentando *in verbis*:

*"Cumpre ressaltar que o direito líquido e certo é uma condição da ação criada no patamar constitucional – o que, inclusive, nos dispensa de digressões quanto ao maior ou menor acerto na escolha da expressão. E aqui, no Texto Maior, ao mesmo tempo em que só se enseja o writ se de plano verificável a existência dessa condição, também só se concede, afinal, a segurança se o direito líquido e certo, a início tido por plausível, por último se constatar efetivamente existente. É dizer: no mandado de segurança o direito líquido e certo é, a um só tempo, condição da ação e seu fim último (na primeira face, como juízo provisório; na segunda, como objetivo da tutela jurisdicional)."*³

Quanto à preliminar de ausência de interesse de agir aventada pelo litisconsorte necessário Marcelo Gomes Lopes, inobstante o disposto no art. 48, § 1º, da Lei Complementar Estadual n.º 53/90, não houve demonstração de qualquer prejuízo à autoridade impetrada o eventual descumprimento da norma.

Como se não bastasse, o próprio dispositivo (art. 48, § 1º, da Lei Complementar Estadual n.º 53/90), em sua parte final, faz ressalva quanto ao cumprimento dos prazos da justiça, o que faz mitigar sua aplicação no caso concreto.

Quanto à preliminar de decadência suscitada pelo Estado de Mato Grosso do Sul, como bem sustentado pela d. Procuradora de Justiça, "*o objeto do presente Mandado de Segurança não se limita ao argumento da suposta irregularidade no cômputo do tempo efetivo de serviço do Impetrante para fins de promoção ao posto de Coronel da Polícia Militar*" (f. 1.319).

Aliás, toda a celeuma gira em torno do Decreto "P" n.º 4.749, de 14 de novembro de 2014, que segundo alega o impetrante teria concretizado suposta promoção indevida dos Tenentes-Coronéis Cláudio Rosa da Cruz e Marcelo Gomes Lopes ao posto de Coronel da Polícia Militar de Mato Grosso do Sul, preterindo direito seu.

Na linha de tais argumentos, é de se afastar as prefaciais aventadas.

No mérito, em que pese as razões invocadas tenho que a segurança deve ser denegada, porquanto não se vislumbra qualquer violação a direito líquido e certo do impetrante.

Primeiro, porque não se sustenta a alegação de que o Tenente-Coronel Marcelo Gomes Lopes estaria impedido de concorrer à vaga ao posto de Coronel por ter exercido cargo de natureza civil (período de 04 de agosto de 2009 a 20 de março de 2014). Isso porque a função exercida pelo litisconsorte no período mencionado perante o Ministério Público Estadual possuía natureza militar, conforme expressa definição do art. 76, § 1º, "a", da Lei Complementar Estadual n.º 53/90, e art. 2º, IV, da Lei Estadual n.º 2.280/01, *verbis*:

² **Mandado de Segurança:** Comentários às Lei n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 15/16.

³ **Mandado de Segurança.** São Paulo: Malheiros, p. 35.

“Art. 76. A agregação é a situação na qual o policial-militar da ativa deixa de ocupar vaga na escala hierárquica de seu quadro, nele permanecendo sem número.

§ 1º O policial-militar deve ser agregado quando:

a) for nomeado ou colocado à disposição para exercer cargo policial-militar ou considerado de **natureza policial-militar**, estabelecido em lei, decreto ou regulamento, não previsto nos quadros de organização da Polícia Militar.” (Destques não originais)

“Art. 2º. São considerados, para fins do disposto na alínea ‘a’ do § 1º do art. 76 da Lei Complementar n. 53, de 30 de agosto de 1990, **como cargo ou função-militar ou de natureza policial militar**:

(...)

IV – o assessoramento direto e especial à Presidência de outro Poder Estadual, do Tribunal de Contas **e do Ministério Público**.” (Destques não originais).

Também não assiste razão quanto à pretensão de cômputo, para fins de promoção, de período que ainda não pertencia ao quadro de oficiais PM – de 1º de março de 1987 até 10 de junho de 1994.

É o que determina o art. 29, do Decreto Estadual n.º 10.768/02, *in verbis*:

“Art. 29. As atividades profissionais serão apreciadas, para cômputo de pontos, a partir da declaração de Aspirante-a-Oficial PM, ou, na ausência deste ato, da nomeação do oficial PM.”

Aliás, o Anexo “C” do mencionado Decreto, disciplinando a forma de preenchimento das fichas de promoção, bem explica como se dará o cômputo do tempo de serviço na função, extraíndo-se:

“Anexo C do Decreto nº 10.768, de 9 de maio de 2002.

Observações Sobre a Ficha de Promoção

Para o preenchimento das fichas de promoção serão consideradas as seguintes normas:

I - Tempo Computado:

a) em função policial-militar computada entre a data de declaração de Aspirante-a-Oficial PM e data de encerramento das alterações: 0,20, por semestre ou fração igual ou superior a 90 (noventa) dias;”

Confunde-se o impetrante ao tratar do “tempo de efetivo serviço” para fins do art. 130, da Lei Complementar n.º 53/90, ao qual se leva em conta a data de ingresso na Polícia Militar, com o “tempo computado” para fins de promoção, que deve ser considerado a partir da declaração de Aspirante-a-Oficial PM.

Por fim, sustenta o impetrante ter ocorrido mácula no processo de escolha dos militares ao cargo de Coronel, aduzindo ofensa à ordem contida no art. 50, do Decreto Lei n.º 10.768/02, que regulamenta a Lei Estadual n.º 61/80.

A promoção para o cargo de Coronel está regulamentada pela Lei Estadual n.º 61/80, a qual dispõe:

“Art. 6º Promoção por merecimento é aquela que se baseia no conjunto de atributos e qualidades que distinguem e realçam o valor do Oficial PM entre seus pares, avaliados

no decurso da carreira e no desempenho de cargos e comissões exercidos, em particular no posto que ocupa ao ser cogitado para a promoção.”

“Art. 10. As promoções serão efetuadas:

(...)

c) para as vagas de Coronel PM/BM somente pelo critério de merecimento e serão de livre escolha do Governador, dentre os integrantes do Quadro de Acesso a esse Posto, de acordo com o estabelecido nesta Lei.” (Destques não originais)

“Art. 22. A promoção por merecimento é feita com base no Quadro de Acesso por Merecimento.

§ 1º A promoção por merecimento até o posto de Tenente-Coronel será feita com base no Quadro de Acesso por Merecimento, obedecidos aos seguintes critérios:

I - para a primeira vaga, será selecionado um entre os dois oficiais que ocupam as duas primeiras classificações no Quadro de Acesso;

II - para a segunda vaga, será selecionado um oficial entre a sobra dos concorrentes à primeira vaga e mais os dois que ocupam as duas classificações que vêm imediatamente a seguir;

III - para a terceira vaga, será selecionado um oficial entre a sobra dos concorrentes à segunda vaga e mais os dois que ocupam as duas classificações que vêm imediatamente a seguir, e assim por diante.

§ 2º A promoção por merecimento para o posto de Coronel PM/BM, mediante escolha do Governador, será feita com base no Quadro de Acesso por Merecimento, observados os seguintes critérios:

I - após composto o Quadro de Acesso por Merecimento os Tenentes-Coronéis serão relacionados em uma lista denominada lista de escolha, onde constarão em ordem elaborada estritamente de acordo com as avaliações da Comissão de Promoção de Oficiais, que servirá de base para as escolhas do Governador do Estado;

II - a Lista de Escolha conterà o número de Tenentes-Coronéis equivalente a 50% (cinquenta por cento) do número total de componentes do Quadro de Acesso por Merecimento;

III - no caso de obtenção de número não inteiro, sempre ocorrerá o arredondamento para cima;

V - para o preenchimento das vagas apuradas, o Governador do Estado realizará as escolhas, tantas quantas forem necessárias, exclusivamente entre os constantes na Lista de Escolha;

V - caso o número de vagas exceda o de integrantes da Lista de Escolha, esta será completada pelos Tenentes-Coronéis habilitados para a promoção, relacionados segundo as avaliações obtidas na Comissão de Promoção de Oficiais e constantes do Quadro de Acesso por Merecimento.” (Destques não originais)

Do contido nos dispositivos mencionados, evidencia-se que os critérios para escolha de Tenente-Coronel e Coronel são completamente distintos, sendo que para estes a vinculação do Governador está na escolha livre dos candidatos integrantes da “Lista de Escolha”, que conterà o número de Tenentes-Coronéis equivalente a 50% (cinquenta por cento) do número total de componentes do Quadro de Acesso por Merecimento. Vale dizer, diferente do que ocorre ao posto de Tenente-Coronel, não existe na promoção ao último posto (Coronel) vinculação do Governador à ordem de classificação.

O regramento contido no Decreto n.º 10.768/2002, não destoa, *verbis*:

“Art. 50. A promoção por merecimento será feita com base no Quadro de Acesso por Merecimento, obedecido ao seguinte critério:

I - para a primeira vaga, será selecionado um entre os dois oficiais que ocupam as duas primeiras classificações no Quadro de Acesso;

II - para a segunda vaga, será selecionado um oficial entre a sobra dos concorrentes à primeira vaga e mais os dois que ocupam as duas classificações que vêm imediatamente a seguir;

III - para a terceira vaga, será selecionado um oficial entre a sobra dos concorrentes à segunda vaga e mais os dois que ocupam as duas classificações que vêm imediatamente a seguir, e assim por diante. (...)”

“Art. 52. Na promoção por merecimento, a proposta do Comandante-Geral será encaminhada para homologação ao Secretário de Justiça e Segurança Pública, que a remeterá ao Governador para apreciação do mérito dos oficiais contemplados, observado o disposto no art. 50 deste Decreto.

Parágrafo único. As promoções ao último posto serão de livre escolha do Governador, dentre os integrantes do Quadro de Acesso ao posto de Coronel PM.”
(Destaques não originais)

Consoante os dispositivos mencionados, infere-se que o processo de escolha dos militares Cláudio Rosa da Cruz e Marcelo Gomes Lopes ao posto de Coronel, concretizado pelo Decreto “P” n.º 4.749, de 14 de novembro de 2014, ocorreu dentro dos parâmetros legais, porque destacados livremente pelo governador do Estado, dentre aqueles incluídos na “Lista de Escolha”, composta pelo número de Tenentes-Coronéis equivalente a 50% (cinquenta por cento) do número total de componentes do quadro de acesso por merecimento

Nessa esteira, não se vislumbra violação a direito líquido e certo decorrente dos atos praticados pelas autoridades coatoras.

Ante o exposto, nego concessão ao mandado de segurança impetrado por Rosalino Louveira.

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (1º Vogal)

Acompanho o Relator.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (2º Vogal)

Acompanho o Relator.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (4º Vogal)

Acompanho o Relator.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte (5º Vogal)

Acompanho o Relator.

A Sr^a. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges (6ª Vogal)

Acompanho o Relator.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (7º Vogal)

Acompanho o Relator.

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa (8º Vogal)

Acompanho o Relator.

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues (9º Vogal)

Acompanho o Relator.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques (10º Vogal)

Da análise dos autos, constatei que o caso coloca o pleito da segurança nos pontos controvertidos que serão colocados abaixo, onde se discute a validade de ato administrativo (Decreto “P” nº 4.749/14), pelo qual Cláudio Rosa da Cruz e Marcelo Gomes Lopes foram promovidos ao posto de Coronel da PMMS.

Alega o impetrante, em síntese, que o ato é ilegal, porque teria sido realizado em desacordo com as normas estaduais pertinentes.

1º argumento: Marcelo Gomes teria exercido função civil durante o período de 04/08/2009 a 20/03/2014 e, portanto, esse período não deveria ser considerado para fins de promoção por merecimento.

O argumento foi afastado, tendo em vista que a função exercida pelo promovido, junto ao MPE, tem natureza militar, nos termos do art. 76, § 1º, “a”, da Lei Complementar Estadual 53/90, e art. 2º, IV, da Lei Estadual 2.280/01.

Realmente, não assiste razão ao impetrante nesse ponto, como assentado pelo e. Relator, porque a atividade exercida por Marcelo Gomes Lopes junto ao Ministério Público Estadual, por força da Lei Complementar citada, tem natureza militar, pelo que não há que falar em exercício de atividade civil.

2º argumento: considerando que Marcelo Gomes Lopes teria exercido cargo de natureza civil por mais de dois anos, deveria ter sido conduzido à inatividade, o que impediria sua participação no processo de promoção por merecimento.

Esse argumento não pode prevalecer em razão do que ficou estabelecido em relação ao primeiro argumento, ou seja, a atividade por ele exercida tinha natureza militar, por força de lei, ficando, portanto, prejudicada essa questão.

3º argumento: que a análise da promoção por merecimento deve levar em consideração a data de efetivo ingresso nas fileiras da PMMS e não apenas a data de declaração de aspirante a oficial PM.

O fundamento contraria a clara redação do art. 29 do Decreto Estadual 10.768/02 e também o anexo “C” do mencionado Decreto, que caminham na inteligência de que a promoção por merecimento, apreciada mediante cômputo de pontos, deve ser constatada a partir da declaração de aspirante a oficial.

4º argumento: que a análise da promoção por merecimento, levando em consideração a data de efetivo ingresso nas fileiras da PMMS, galgaria o impetrante a uma melhor classificação no processo de promoção.

Esse argumento está superado, diante do que foi posto no item anterior.

Portanto, todos os pontos controvertidos colocados foram devidamente analisados e, com essas ponderações, acompanho o voto do e. Relator para negar a segurança pleiteada.

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan (11º Vogal)

Acompanho o Relator.

Por unanimidade, rejeitaram as preliminares, com o parecer. No mérito, a conclusão de julgamento foi adiada para a sessão de 28-10-15, em face do pedido de vista do desembargador Vladimir, após o relator e os desembargadores Sérgio, Sideni, Júlio, Claudionor, Tânia, Romero, Francisco, Marcos Brito, Luiz Gonzaga e Rasslan denegarem a segurança.

VOTO (EM 28.10.2015)

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (3º Vogal)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Rosalino Louveira, em face de ato praticado pelo governador do Estado de Mato Grosso do Sul e pelo Comandante-Geral da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente na promoção por merecimento ao posto de Coronel da PM nos termos do Decreto “P” n. 4.749/2014.

O impetrante alega que foi irregular a promoção por merecimento do Tenente-Coronel Marcelo Gomes Lopes a uma das cinco vagas ao Posto de Coronel QOPM, tendo em conta que este: i) teria ocupado cargo de natureza civil de 4.8.2009 a 20.3.2014, de sorte que não poderia concorrer à promoção ao cargo de Coronel, pois estava agregado; ii) deveria ter sido transferido *ex officio* para a reserva remunerada, em virtude de ter sido empossado em cargo civil temporário por prazo superior a dois anos.

Acrescenta que também houve irregularidade pelo desrespeito à ordem de classificação especificada no art. 50 do Decreto Estadual n. 10.768/02, uma vez que a Comissão de Promoção de Oficiais não pontuou corretamente os 0,20 pontos por tempo de serviço efetivo do impetrante, que teve sua posição reduzida para 16º lugar na lista por merecimento, com 24,20 pontos, quando o correto seria figurar na 4ª posição, com 27,20 pontos. Além disso, o primeiro impetrado teria selecionado para promoção candidatos que estavam nas 10ª e 11ª colocações, sem respeitar o processo depurativo sequencial do mencionado art. 50, sendo que, em tal lógica, o TC Cláudio Rosa da Cruz nem figuraria na lista de possíveis escolhidos entre as 5 (cinco) vagas.

Ressalta que a Comissão de Promoção de Oficiais, conduzida pelo segundo impetrado, deixou de pontuar corretamente os 0,20 (vinte décimos) por semestre do tempo de efetivo serviço do impetrante, referente ao tempo em que ele era Sargento Policial Militar, prejudicando-o, desse modo, com 3,0 pontos a menos do que corretamente lhe caberia.

Postulou a concessão da segurança para que seja anulado o ato de promoção dos Coronéis Marcelo Gomes Lopes e Cláudio Rosa da Cruz, bem assim para que seja computado em favor do impetrante o tempo de serviço desde seu ingresso na corporação.

As preliminares suscitadas no processo foram rejeitadas por unanimidade por este Egrégio Órgão Especial.

Quanto ao mérito, o eminente relator denegou a segurança, tendo em conta que: i) o Tenente-Coronel Marcelo Gomes Lopes não estava impedido de concorrer à vaga ao posto de Coronel, uma vez que a função por ele exercida no período mencionado pelo impetrante, perante o Ministério Público Estadual, possui natureza militar, conforme expressa definição do art. 76, § 1º, *a*, da Lei Complementar Estadual n. 53/90, e art. 2º, IV, da Lei Estadual n. 2.280/01; ii) não merece acolhida a pretensão de cômputo, para fins de promoção do impetrante, do período em que este era Sargento Policial Militar, de 1º.3.1987 a 10.6.1994, pois nesse tempo ele ainda não pertencia ao quadro de oficiais PM, de sorte que essa pretensão contraria o disposto no art. 27 do Decreto Estadual n. 10.768/02; iii) diferentemente do que ocorre em relação ao

posto de Tenente-Coronel, não existe na promoção ao posto de Coronel vinculação do Governador à ordem de classificação (arts. 50 e 52, *caput* e parágrafo único, do Decreto Estadual n. 10.768/02, e o processo de escolha dos militares ao posto de Coronel, concretizado pelo Decreto “P” n. 4.749, de 14.11.2014, ocorreu dentro dos parâmetros legais, porque escolhidos livremente pelo governador do Estado, dentre aqueles incluídos na “Lista de Escolha”, composta pelo número de Tenentes-Coronéis equivalente a 50% (cinquenta por cento) do número total de componentes do Quadro de Acesso por Merecimento.

Pedi vista dos autos para apreciar de forma mais minuciosa a questão litigiosa.

Após análise criteriosa do processo, passo a proferir meu voto.

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).

Direito líquido e certo, na expressão memorável de 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 (...).”*⁴

Nesse sentido, o mandado de segurança não pode ser empregado unicamente para anular um ato administrativo. É imprescindível que a anulação do ato administrativo afaste violação ou ameaça de violação a direito líquido e certo do impetrante.

No caso em apreço, figura-se necessário, em primeiro lugar, verificar se o impetrante teria efetivamente sofrido violação em seu suposto direito líquido e certo de ser promovido ao posto de Coronel da Polícia Militar Estadual para, só então, aferir se seria o caso de anular o ato administrativo impugnado.

Em sua argumentação, o impetrante lastreia seu direito líquido e certo na pontuação que entende merecer, de 0,20 (dois décimos) a cada semestre, referente ao período em que esteve no serviço ativo na Polícia Militar Estadual como praça, de 1º de março de 1987 a 10 de junho de 1994. Esse cômputo acrescentaria 3,0 (três) pontos ao seu total e o alçaria da 16ª para a 4ª colocação na lista de antiguidade, permitindo-lhe então figurar entre aqueles nomes levados ao governador do Estado para a promoção ao posto de Coronel, que abrangem apenas a primeira metade dos Tenentes-Coronéis PM aptos à promoção por merecimento.

Dá-se, porém, que o tempo de serviço ativo como praça da Polícia Militar Estadual, embora seja computado como tempo de serviço, não se inclui na contagem de tempo para promoção como oficial, por força do disposto no art. 29 e no Anexo “C” do Decreto Estadual n. 10.768/02, transcritos no voto do relator.

Logo, a classificação do impetrante no 16º lugar não implica em violação a direito líquido e certo seu, de sorte que, não havendo fundamento jurídico para modificar sua posição na lista de antiguidade, fica carente de amparo sua pretensão de anular o ato administrativo impugnado.

Ante o exposto, acompanho o voto do relator e denego a segurança.

4 MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 35. ed. atual. por WALD, Arnoldo, e MENDES, Gilmar Ferreira, com a colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca. São Paulo: Malheiros, 05-2013. p. 37.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, com o parecer, rejeitaram as preliminares arguidas, no mérito, denegaram a segurança, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Maria Lós

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Francisco Gerardo de Sousa, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 28 de outubro de 2015.

3ª Câmara Criminal
Apelação n. 0000383-60.2013.8.12.0018 – Paranaíba
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO QUALIFICADO – MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS – INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – REDUÇÃO DA PENA-BASE – EXPURGO DA MODULADORA DA PERSONALIDADE – AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E PENA DE MULTA FIXADAS DENTRO DE PARÂMETROS PROPORCIONAIS E RAZOÁVEIS – REGIME SEMIABERTO MANTIDO – RECURSO PROVIDO EM PARTE.

Demonstradas a materialidade e autoria delitivas do crime de furto qualificado, mormente pela palavra da vítima e demais testemunhas, que se mostram coerentes e harmônicas com o restante do acervo probatório, a manutenção da condenação é medida que se impõe.

O denominado princípio da insignificância tem sido reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência como causa de exclusão da tipicidade. Para o seu reconhecimento exige-se a presença de requisitos de ordem objetiva e subjetiva. Frise-se que não basta para o reconhecimento do princípio da insignificância unicamente o ínfimo valor da coisa subtraída. Acrescente-se não ser possível reconhecer como reduzido grau de reprovabilidade na conduta do agente que, de forma reiterada e habitual, comete vários delitos.

Deve-se afastar a valoração negativa da personalidade em razão da existência de inquéritos e ações penais em trâmite, sob pena de violação do princípio constitucional da não-culpabilidade.

O valor da majoração da pena em virtude de agravantes é de discricionariedade do julgador, já que não houve previsão do legislador para esta operação, atendo-se o sentenciante apenas à razoabilidade e proporcionalidade.

Nos termos do art. 49 do Código Penal, “a pena de multa será fixada no mínimo de 10 e no máximo de 360 dias-multa”, valendo-se das circunstâncias do art. 59 do Código Penal. Tendo em vista a existência da circunstância judicial de “maus antecedentes” e a reincidência, deve ser mantida a sua fixação acima do mínimo legal.

Regime semiaberto mantido em razão da reincidência do réu.

Em parte com o parecer, dou provimento parcial ao recurso para reduzir a pena-base diante do expurgo da valoração negativa da personalidade do agente.

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 maioria, em parte com o parecer, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator (Des. Dorival), vencido o vogal (Des. Bonassini).

Campo Grande, 12 de novembro de 2015.

Des. Dorival Moreira dos Santos – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de apelação criminal interposta por Sandro Rodrigues Dias Cabreira em face da sentença de fls. 218-225 que o condenou pela prática do delito descrito no art. 155, §4º, I, do CP à pena de 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 155 dias-multa a ser cumprida em regime semiaberto.

Sustenta a sua absolvição, por não haver provas suficientes acerca da autoria. Alternativamente, requer a aplicação do princípio da insignificância, redução da pena corpórea e da pena de multa e fixação do regime aberto para cumprimento da pena.

Prequestiona dispositivos do Código Penal e de Processo Penal.

Contrarrazões as fls. 264-279 pelo provimento em parte do recurso.

No mesmo sentido é o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 285-296).

VOTO (EM 08.10.2015)

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Sandro Rodrigues Dias Cabreira em face da sentença de fls. 218-225 que o condenou pela prática do delito descrito no art. 155, §4º, I, do CP à pena de 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 155 dias-multa a ser cumprida em regime semiaberto.

Sustenta a sua absolvição, por não haver provas suficientes acerca da autoria. Alternativamente, requer a aplicação do princípio da insignificância, redução da pena corpórea e da pena de multa e fixação do regime aberto para cumprimento da pena.

Prequestiona dispositivos do Código Penal e de Processo Penal.

1. Provas da autoria.

O apelante alega que as provas produzidas são insuficientes para a sua condenação pela prática do delito de furto qualificado.

Narra a denúncia que no dia 14.12.2011, o recorrente subtraiu para si, mediante arrombamento, uma caixa lacrada de cartões telefônicos e R\$ 406,65 (quatrocentos e seis reais e sessenta e cinco centavos) em moedas, pertencentes à vítima Luiz Antonio Ferreira Freitas.

A materialidade do delito está demonstrada pelo boletim de ocorrência (fls. 06-07) e auto de exibição e apreensão (fls. 13-16, 23 e 32).

A autoria está demonstrada pelos depoimentos prestados na fase extrajudicial e aqueles colhidos em juízo e demais elementos probatórios amealhados aos autos.

O recorrente, na fase extrajudicial, confessou a autoria de forma detalhada. Vejamos:

“(...) esclarece que realmente cometeu o furto sozinho no posto Trevão, utilizando um caibro que estava no fundo do escritório e quebrou a grade da janela e de dentro do cofre subtraiu dinheiro em moeda que estava dentro do cofre, esclarece o interrogando que

tinha muito mais do que R\$60,00 reais em moeda, que o interrogando guardou na terceira rua voltando do posto para a cidade (...); que o interrogando confessa a autoria do crime em questão, pois se arrependeu do fato e gostaria de retificar o que falou antes (...)" (fl. 18).

Em juízo o réu mudou sua versão, negando a prática do delito (arquivo de áudio disponível SAJ) e afirmou que estava dormindo no posto de gasolina, bem como que não portava os itens constantes do auto de exibição e apreensão de fls. 13-16.

O policial militar Amir Candido da Silva, ouvido em juízo (arquivo de áudio disponível SAJ), afirmou que encontrou em poder do réu um pacote com cartões telefônicos e R\$ 406,65 (quatrocentos e seis reais e sessenta e cinco centavos) em moedas, motivo pelo qual foi conduzido até a delegacia, momento em que verificou-se que os objetos que trazia consigo haviam sido subtraídos do posto de combustível.

Celina Ferreira Barbosa de Freitas, dona do posto de gasolina, também ouvida em juízo (arquivo audiovisual disponível no SAJ), informou que foi contatada pela polícia, tendo em vista a abordagem do acusado que possuía várias moedas armazenadas num envelope com o nome do posto. Ao conferir o cofre do escritório, verificou que a porta do mesmo estava apenas encostada e o seu conteúdo havia sido subtraído. Ato contínuo, tentou identificar por onde o escritório poderia ter sido invadido, encontrando a janela com a grade quebrada, momento em que pediu para que Sérgio – frentista do posto – fosse até a delegacia conferir o envelope.

No mesmo sentido é o depoimento de Sérgio Adriany de Rezende, que ouvido na delegacia de polícia afirmou:

"(...) esclarece que trabalha no Posto Trevão; que na data de 14.12.11 a PM em patrulhamento de rotina pelo Posto Trevão avistou o autor em atitude suspeita; que abordaram o mesmo e foi encontrado com ele os objetos relacionados no auto de apreensão; que o depoente no momento da abordagem não tinha percebido que a janela do escritório do posto estava arrombada e não deu falta dos itens encontrados com o autor; na quinta feira, dia 15.12.11, era folga do depoente e este viajou e retornou a tarde ao posto, onde foi informado pelos frentistas sobre o furto no posto; que logo deduziu que os objetos que os policiais militares prenderam eram do posto e que estavam com o autor dos fatos" (fl. 17).

Em juízo (arquivo de áudio disponível no SAJ), o depoente confirmou as alegações prestadas, afirmando que foram subtraídos um saco de moedas e de alguns cartões de orelhão, os quais estavam no escritório, nos fundos do posto.

Verifica-se que as provas produzidas são suficientes para a condenação. Ressalta-se que a retratação da confissão extrajudicial do apelante encontra-se em flagrante contradição com as demais provas colhidas, ficando esta sem a menor credibilidade para corroborar a negativa de autoria, já que desacompanhada de qualquer subsídio de prova e de verossimilhança

Ressalto que a apreensão da coisa subtraída em poder do acusado gera a presunção de sua responsabilidade, invertendo o ônus da prova. Cabia ao apelante comprovar a origem lícita da posse sobre os bens, o que ele não logrou fazer ao longo do feito, já que nenhuma prova foi produzida a confirmar a versão apresentada.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE FURTO QUALIFICADO – MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS – AUTO DE RECONHECIMENTO – ART. 266 DO CPP – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU INCIDÊNCIA DO PRIVILÉGIO PREVISTO NO ART. 155, §2º, DO CP – NÃO CABIMENTO – INCIDÊNCIA DA QUALIFICADORA DE CONCURSO DE PESSOAS – CONSUMAÇÃO DO DELITO -CUSTAS – ISENÇÃO – JUÍZO EXECUÇÃO.

– *Em sede de crimes patrimoniais, a apreensão da res furtiva em poder do acusado opera a inversão do ônus probatório, cumprindo-lhe justificar tal estado de coisa, ao passo que a ausência de qualquer explicação plausível, corroborada pela inexistência de provas que lhe cabia apresentar, conduz à necessária e inevitável convicção da responsabilidade que lhe é imputada (...)*” (TJMG - Apelação Criminal 1.0024.11.280508-0/001, Rel. Des.(a) Silas Vieira, 1ª Câmara Criminal, julgamento em 04/12/2012, publicação da súmula em 19/12/2012)

As provas dos autos são suficientes para embasar uma decisão condenatória. A versão apresentada pelo acusado em juízo restou isolada nos autos, destituída de mínimo amparo probatório. Por outro lado, a prova acusatória não deixa dúvida quanto à responsabilidade criminal do apelante pela prática do furto.

2. Princípio da insignificância.

Não é caso de aplicação do princípio da insignificância.

Para configuração do delito bagatelar, a jurisprudência dos Tribunais Superiores assentou ser imprescindível a análise prudente e criteriosa dos seguintes elementos: “(a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada” (1).

Os bens objetos do furto – R\$ 406,65 (quatrocentos e seis reais e sessenta e cinco centavos) em moedas (fl. 23) e os 50 cartões telefônicos, avaliados em R\$ 200,00 (duzentos reais – fl. 32), totalizam a quantia de R\$ 606,65 (seiscentos e seis reais e sessenta e cinco centavos).

A quantia não pode ser considerada irrisória, mormente se levar em consideração a renda média mensal da grande parte da população brasileira.

As certidões de antecedentes colacionadas ao feito (fls. 171-217), demonstram ser o réu criminoso habitual, especialmente em crimes contra o patrimônio, inclusive em casos semelhantes.

Comungo do entendimento que proíbe a incidência deste princípio em favor de réu contumaz. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL – PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL – NÃO CABIMENTO – FURTO QUALIFICADO – MODUS OPERANDI – ESCALADA – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – NÃO INCIDÊNCIA – PRECEDENTES DO STJ – HABITUALIDADE.1. Ressalvada pessoal compreensão pessoal diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.2. Sedimentou-se a orientação jurisprudencial no sentido de que a incidência do princípio da insignificância pressupõe a concomitância de quatro vetores: a) a mínima ofensividade da conduta do agente;b) nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.3. A reiteração delitiva tem sido compreendida como obstáculo inicial à tese da insignificância, ressalvada excepcional peculiaridade do caso penal. 4. O furto de uma bicicleta, praticado por agente contumaz na prática delitiva, mediante escalada e em concurso de agentes, não permite a incidência do princípio da insignificância para exclusão da tipicidade penal.5. Habeas corpus não conhecido. (HC 285.179/MG, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 19/08/2014, DJe 02/09/2014).

1 HC 98152, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 19/05/2009, DJe-104 Divulg 04-06-2009 Public 05-06-2009 Ement Vol-02363-03 PP-00584 RF, n. 401, 2009, p. 594-602, v. 105 LEXSTF, n. 366, 2009, p. 416-429, v. 31

Inaplicável o princípio da insignificância, a manutenção da condenação do apelante é medida que se impõe.

3. Redução da pena corpórea.

Requer a redução da pena-base, excluindo-se a circunstância judicial da personalidade. Requer, também, a readequação do *quantum* de aumento aplicado em relação à agravante da reincidência para 1/6.

Estabeleceu o magistrado sentenciante na primeira fase da dosimetria que:

“Da análise das fls. 171/217, tem-se que o acusado possui sentenças condenatórias transitadas em julgado (fls. 175, 181, 183, 189, 191, 199, 203, 205, 207, 209, 213, 215) que servem para fins de antecedentes.

Da mesma forma, extrai-se dos autos que o acusado é pessoa propensa à prática reiterada de condutas criminosas, tendo um vasto número de sentenças transitadas em julgado, a maioria por crimes contra o patrimônio, de modo que sua personalidade se mostra voltada à prática delitiva.

Do exposto se tem que 02 (duas) circunstâncias judiciais são prejudiciais ao réu, de modo que fixo a pena base em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 97 (noventa e sete) dias multa. “

A personalidade é definida por Ricardo Augusto Shmitt² como “*uma valoração da história pessoal de vida de cada pessoa, de sua índole, de seus antecedentes biopsicológicos herdados, de sua estrutura como pessoa(...)*”. O magistrado considerou como negativa tal moduladora, visto que o apelante “*é pessoa propensa à prática reiterada de condutas criminosas*”.

De acordo com entendimento do Superior Tribunal de Justiça, existe manifesta ilegalidade no aumento da pena-base em razão da existência de inquéritos e ações penais em curso para se firmar um juízo negativo sobre a personalidade do agente, sob pena de violação do princípio constitucional da não-culpabilidade, conforme se observa:

(...) 2. Na hipótese, existe manifesta ilegalidade no tocante à exasperação da pena-base, porquanto inquéritos e feitos criminais em curso não podem ser considerados para se firmar um juízo negativo sobre a personalidade do agente, pois se não o são para a circunstância que lhes é própria, antecedentes, ainda com mais razão não poderiam ser para a que não é pertinente ao exame de dada matéria, sob pena de violação ao princípio constitucional da não-culpabilidade. Inteligência da súmula n.º 444 deste Superior Tribunal de Justiça. Redução da pena para 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa. (...) 8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de afastar a exasperação da pena-base em razão da valoração negativa da circunstância judicial da personalidade, reduzindo a reprimenda imposta à paciente para 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, bem como para, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena. (HC 256.569/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 18/03/2014, DJe 04/04/2014)

Assim, a personalidade do apelante não merece ser negativamente considerada.

Na segunda fase da dosimetria, com relação ao aumento da pena aplicado em razão da agravante da reincidência, verifica-se da sentença que o juiz *a quo* exasperou a pena em 1 ano, *verbis*:

² *Sentença Penal Condenatória*. 4. ed. JusPoivm, 2009. p. 96/98.

“Existe a agravante da reincidência (fl. 217), não há atenuante, de modo que fixo a pena intermediária em 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 155 (cento e cinquenta e cinco) dias multa.”

O apelante alega que o magistrado não informou o patamar em que incidiu a agravante da reincidência e que renomados juristas e a maioria dos tribunais recomendam o aumento no patamar de 1/6.

A pretensão não merece acolhimento, pois o Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento de pena a serem aplicados em razão de circunstâncias agravantes. Cabe à prudência do magistrado fixar o patamar necessário, dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais, com a devida fundamentação. (Nesse sentido: HC 206.425/SP, Rel. Quinta Turma, Ministra Laurita Vaz, DJe 19/03/2013; HC 227.688/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe 12/03/2013.)

O importante é evitar a arbitrariedade, a fim de que casos equivalentes não sejam tratados de forma desproporcional.

Na hipótese, o acréscimo da pena em 01 ano de reclusão e 58 dias-multa em decorrência da reincidência revela-se proporcional e razoável, considerando-se, sobretudo, que o acusado possui várias condenações transitadas em julgado antes do delito em tela, não havendo qualquer reparo a ser feito.

4. Redução da pena de multa.

Alega o recorrente que a pena de multa, fixada em 155 dias-multa, no valor de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente é demasiadamente exacerbada, ultrapassando a capacidade econômica do apelante, devendo ser reduzida.

Nos termos do art. 49 do CP, a pena de multa deve variar entre 10 e 360 dias-multa, não podendo o dia-multa fixado pelo juiz ser inferior a 1/30 do salário mínimo.

A pena de multa aplicada pelo julgador observou aos mesmos critérios utilizados na fixação da pena corporal, em respeito aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, atendendo, também, a situação econômica do apelante, visto que o valor do dia-multa foi fixado no mínimo legal.

Ademais, caso o condenado requeira, o magistrado poderá permitir que o pagamento se realize em parcelas mensais, nos termos do art. 50 do Código Penal, devendo a sentença também ser mantida neste ponto.

5. Readequação da pena.

Na primeira fase da dosimetria, o juiz *a quo* fixou a pena-base em 1 ano e 6 meses de reclusão e 87 dias-multa acima do mínimo legal, diante da valoração negativa da personalidade e dos antecedentes do recorrente.

Expurgada a moduladora da personalidade, incidindo em desfavor do réu apenas os antecedentes, fixo a pena-base em 2 (dois) anos e 09 (nove) meses de reclusão e pagamento de 42 (quarenta e dois) dias-multa.

Na segunda fase, presente a agravante da reincidência, mantém-se o acréscimo da pena em 01 ano de reclusão e em 58 dias-multa pelo magistrado *a quo* em decorrência da reincidência, restando a pena em 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão e pagamento de 100 (cem) dias-multa, a qual torno definitiva diante da inexistência de outras causas de modificação da pena.

6. Regime de cumprimento.

Requer o apelante a fixação do regime aberto para o cumprimento da pena.

Embora a pena definitiva possibilite a fixação do regime aberto, o magistrado considerou a reincidência como causa para fixar o regime inicial em semiaberto, o que não destoa do disposto nas alíneas do § 2º, do art. 33, do CP.

Conforme o disposto na súmula n.º 269 do STJ, “*É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.*”

Deve ser mantido o regime semiaberto para o cumprimento da pena.

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, posto que o réu não preenche os requisitos do art. 44, II e III, do Código Penal.

7. Dispositivo.

Em parte com o parecer, dou provimento parcial ao recurso para reduzir a pena-base, tornando a reprimenda definitiva em 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão e pagamento de 100 (cem) dias-multa a ser cumprida em regime semiaberto.

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa (Revisor):

Acompanho o voto do Relator.

Conclusão de julgamento adiada para sessão de 05.11 em face do pedido de vista do vogal (des. Bonassini), após o relator (Des. Dorival) e o revisor (Des. Gerardo), em parte com o parecer, votarem pelo parcial provimento ao recurso.

VOTO (EM 12.11.2015)

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva (Vogal)

Pedi vista dos autos para melhor analisar circunstâncias relativas à dosimetria da pena-base.

Trata-se de apelação criminal em que o apelante Sandro Rodrigues Dias Cabreira, dentre outras benesses rejeitadas pelo eminente relator, busca a redução da pena-base e alteração do regime inicial para o cumprimento da pena.

O voto condutor acolhe parcialmente o recurso, apenas para afastar a negatização da circunstância judicial da personalidade.

Ouso divergir exclusivamente quanto ao afastamento da valoração negativa da referida moduladora, mas não pelas razões tantas vezes debatidas e rejeitadas por esta colenda câmara, e sim porque neste caso, em particular, considerar neutra ou favorável a referida circunstância acarreta séria lesão aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

Explico.

O recorrente é multirreincidente. Não é um reincidente qualquer. Ele registra 13 (treze) condenações transitadas em julgado.

Ou seja, além da condenação considerada para fins de reincidência, e também daquela adotada para fins de negatizar os antecedentes, ele apresenta mais 11 (onze) condenações definitivas.

O princípio da individualização da pena é expresso no inciso XLVI do artigo 5º da Constituição Federal, e dele se extrai que a pena deve ser apropriada, única, para cada cidadão que tenha cometido um delito e mereça reprimenda. A ele se contrapõe a massificação, a generalização.

É por isso que não se pode afirmar, de maneira generalizada, que os antecedentes penais não podem ser levados em consideração para fins de análise da personalidade, pois em casos como este, à toda evidência, podem e devem.

O próprio STJ salientou, com muita razão, no HC 256.569/SP, da relatoria da Min. Maria Thereza de Assis Moura (Dje 04/04/14), que “*existe manifesta ilegalidade no tocante à exasperação da pena-base, porquanto inquéritos e feitos criminais em curso não podem ser considerados para se firmar um juízo negativo sobre a personalidade do agente*”.

A ementa desse HC é transcrita pelo voto condutor, do qual ora divirjo, como fundamento para afastar a negatização da personalidade do apelante.

Ocorre que no caso dos autos não se fala em *inquéritos e feitos criminais em curso*, mas sim em 13 (treze) ações penais já encerradas, com sentença condenatória transitada em julgado, definitivas, portanto.

Considerar um multirreincidente deste patamar como pessoa com personalidade normal, é desconsiderar o princípio da individualização da pena, e também o da proporcionalidade, na medida em que se trata uma pessoa com apenas uma condenação da mesma forma que outra com treze.

Além disso, desconsidera-se decisões do próprio STJ, que em casos como esse, entendeu:

“(...) *A personalidade, negativamente valorada, deve ser entendida como a agressividade, a insensibilidade acentuada, a maldade, a ambição, a desonestidade e perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito (...)*” (STJ – HC 89321/MS – rel^a. Min. Laurita Vaz – Dje 06/04/2009).

“*HABEAS CORPUS – FURTO SIMPLES – DOSIMETRIA – ANTECEDENTES CRIMINAIS E PERSONALIDADE VOLTADA À PRÁTICA DE DELITOS – DIVERSAS ANOTAÇÕES PENAIS – DOCUMENTAÇÃO INSUFICIENTE PARA AFASTAR A AFIRMAÇÃO JUDICIAL (...). 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).”

Em razão de tais fatos, tenho como impossível deixar de considerar desfavorável a moduladora da personalidade de um cidadão com 13 (treze) condenações definitivas pretéritas, que volta a praticar crime semelhante, pois isto, na minha maneira de ver, demonstra a má índole do agente e prova que o crime ora praticado não foi uma situação isolada em sua vida, mas sim a reiteração sistemática de uma conduta criminosa, a continuidade de uma senda delituosa, elementos mais do que suficientes para indicar seguramente a desonestidade, a má índole, a ambição e o enorme desrespeito à ordem legalmente instituída, características próprias da pessoa, e que o STJ contempla como suficientes para formar juízo negativo acerca da personalidade, moduladora que se refere à individualidade pessoal, ao caráter, à forma de pensar e agir, à índole e ao temperamento do agente, desde que tais características não sejam extraídas de inquéritos e ações penais em curso.

É importante destacar também que o STJ, em atenção aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, aqui invocados, recentemente firmou entendimento no sentido de que o multirreincidente

(assim considerado aquele que tem duas condenações), não tem direito sequer à compensação entre a atenuante da confissão espontânea com a reincidência. Confira-se:

“REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA – COMPENSAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – MULTIREINCIDÊNCIA – AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. É pacífico nesta corte superior o entendimento de que, observadas as peculiaridades do caso concreto, deve a atenuante da confissão espontânea ser compensada com a reincidência (REsp 1.154.752/RS).

2. No caso, o agravante registra duas condenações definitivas anteriores, motivo pelo qual não é possível proceder à compensação entre a confissão espontânea e a reincidência, porque evidenciado, por meio da recidiva, maior reprovabilidade da conduta do agente.

3. Agravo Regimental não provido.” (STJ; AgRg-AgRg-REsp 1.488.307; Proc. 2014/0271282-0; DF; 6ª T.; Rel. Min. Rogério Schietti Cruz; DJE 01/07/2015).

O mesmo raciocínio vale neste caso, pois o recorrente é contumaz na prática delitiva, com personalidade totalmente voltada para o crime. Basta sair da prisão que volta a praticar delitos. E a prova concreta acerca disso são as treze condenações definitivas que ostenta.

São estas as razões pelas quais, divergindo parcialmente do eminente relator, mantenho o juízo negativo acerca da moduladora da personalidade e, com o parecer, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, em parte com o parecer, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator (des. Dorival), vencido o vogal (des. Bonassini).

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

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, 12 de novembro de 2015.

3ª Câmara Criminal
Apelação n. 0060024-64.2012.8.12.0001 – Campo Grande
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ART. 157, § 2º, INC. II, C/C ART. 14, INC. II, POR DUAS VEZES E ART. 311, TODOS DO CÓDIGO PENAL – PRELIMINAR DE INÉPCIA DA DENÚNCIA – AFASTADA – EXORDIAL ACUSATÓRIA QUE PREENCHE OS REQUISITOS PREVISTOS LEGAIS – ABSOLVIÇÃO – NÃO ACOLHIDO – CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO E SUFICIENTE A ATESTAR A AUTORIA DOS AGENTES – DOSIMETRIA – PEDIDO DE READEQUAÇÃO DA PENA-BASE – POSSIBILIDADE PARA AMBOS OS APELANTES – REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A denúncia além de indicar os fatos típicos praticados pelos acusados, estabeleceu satisfatoriamente um liame entre os comportamentos e as respectivas condutas ilícitas. Também houve a qualificação dos apelantes, a apresentação de rol de testemunhas e o pedido de imposição das sanções previstas no art. 157, § 2ª, inc. II, c/c art. 14, inc. II, por duas vezes e art. 311, todos do Código Penal, com aplicação do crime continuado entre as infrações de roubo e do concurso material entre estas e o crime de adulteração de sinal identificador de veículo automotor. É prescindível prova cabal da autoria na exordial acusatória, já que a inocência ou culpabilidade dos denunciados somente pode ser aferida após o contraditório e a ampla defesa. Saliente-se que com a superveniência de sentença penal condenatória, resta superada a arguição de inépcia da denúncia, uma vez a peça acusatória foi considerada apta, já que as provas nela citadas, o fato delituoso e as circunstâncias em que ocorreu o delito foram tidos como suficientes para embasar o édito condenatório.

Impossível a absolvição quando o conjunto probatório é robusto e atesta que os acusados tentaram roubar uma motocicleta e um estabelecimento comercial. Além das declarações dos policiais, das vítimas e das testemunhas, as circunstâncias do caso concreto denotam, com a necessária certeza, a prática dos delitos narrados na exordial acusatória.

Quanto ao crime de adulteração de sinal identificador de veículo automotor, os acusados foram presos em posse de motocicleta com a placa adulterada, sem que apresentassem qualquer documentação necessária e exigida para circular, além disso, os apelantes não lograram comprovar a licitude do bem, tarefa que lhes incumbia dada a inversão do ônus probatório. Logo, incabível a absolvição como pede a defesa.

A pena-base deve ser readequada. Circunstâncias judiciais da culpabilidade, antecedentes criminais, personalidade, conduta social, motivos e as consequências do crime, personalidade e as conduta social dos apelantes, fundamentadas inidoneamente, não se mostrando aptas a justificar o aumento da pena-base.

Segundo entendimento jurisprudencial das cortes superiores, resta inviável a libertação de réus que permaneceram presos durante toda a instrução criminal, se a defesa não logrou apresentar qualquer fato novo hábil a justificar a desnecessidade da medida excepcional, máxime porque a segregação é um dos efeitos da condenação.

Em parte com o parecer, dou parcial provimento aos recursos defensivos, para reduzir as penas-base dos apelantes, bem como para declarar a parcial nulidade da sentença recorrida no que se refere à terceira fase da dosimetria da pena do delito de roubo qualificado tentado, determinando o retorno dos autos ao Juízo de origem para o redimensionamento da pena corporal imposta e fixação do regime correspondente.

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, em parte com o parecer, dar parcial provimento aos recursos defensivos.

Campo Grande, 10 de dezembro de 2015.

Des. Dorival Moreira dos Santos – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de apelações criminais interpostas por João Carlos Franco e Renato Nunes Gonçalves, inconformados com a sentença proferida pelo Juízo da 6ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande/MS, que condenou os condenou às penas de 17 (dezessete) anos, 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado e 510 (quinhentos e dez) dias-multa, por infração aos delitos dispostos nos art. 157, § 2º, inc. II, c/c art. 14, inc. II, por duas vezes, e art. 311, todos do Código Penal.

O apelante Renato Nunes Gonçalves, as fls. 319-321, sustenta que deve haver a fixação da pena-base no mínimo legal, porque os atos infracionais não devem ser considerados para desabonar os antecedentes criminais na primeira fase de cálculo da pena.

Em razões recursais de fls. 361-364, 390-393 e 405-408, o apelante João Carlos Franco aduz preliminarmente a inépcia da denúncia, porquanto entende que o *Parquet* não especificou onde e como os fatos aconteceram, nem demonstrou a culpa do acusado nos delitos. No mérito, pede a absolvição, sob a alegação de que inexistem provas que demonstrem a participação nos delitos e a revogação da prisão preventiva.

Em contrarrazões de fls. 333-348, 372-387, o representante ministerial requer o não provimento dos apelos defensivos e a manutenção integral da sentença proferida pelo magistrado *a quo*.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer acostado as fls. 352-357 e 395-401, opina pelo desprovimento dos recursos defensivos.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (Relator)

Trata-se de apelações criminais interpostas por João Carlos Franco e Renato Nunes Gonçalves, inconformados com a sentença proferida pelo Juízo da 6ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande/MS, que condenou os condenou às penas de 17 (dezessete) anos, 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado e 510 (quinhentos e dez) dias-multa, por infração aos delitos dispostos nos art. 157, § 2º, inc. II, c/c art. 14, inc. II, por duas vezes, e art. 311, todos do Código Penal.

O apelante Renato Nunes Gonçalves, as fls. 319-321, sustenta que deve haver a fixação da pena-base no mínimo legal, porque os atos infracionais não devem ser considerados para desabonar os antecedentes criminais na primeira fase de cálculo da pena.

Em razões recursais de fls. 361-364, 390-393 e 405-408, o apelante João Carlos Franco aduz preliminarmente a inépcia da denúncia, porquanto entende que o *parquet* não especificou onde e como os fatos aconteceram, nem demonstrou a culpa do acusado nos delitos. No mérito, pede a absolvição, sob a alegação de que inexistem provas que demonstrem a participação nos delitos e a revogação da prisão preventiva.

Inépcia da denúncia

Preliminarmente, a defesa alega que a denúncia é inepta, porque o *parquet* não indicou onde e como os fatos aconteceram, nem traz aos autos prova cabal da prática da infração penal pelo acusado João Carlos Franco.

Razão não lhe assiste.

Nos moldes do art. 41 do Código de Processo Penal, a denúncia deverá conter a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas.

Da leitura minuciosa da denúncia de fls. 01-08, vê-se que a inicial além de indicar os fatos típicos praticados pelos acusados, estabeleceu satisfatoriamente um liame entre os comportamentos e as respectivas condutas ilícitas. Também houve a qualificação dos apelantes, a apresentação de rol de testemunhas e o pedido de imposição das sanções previstas no art. 157, § 2^a, inc. II, c/c art. 14, inc. II, por duas vezes e art. 311, todos do Código Penal, com aplicação do crime continuado entre as infrações de roubo e do concurso material entre estas e o crime de adulteração de sinal identificador de veículo automotor.

É prescindível prova cabal da autoria na exordial acusatória, já que a inocência ou culpabilidade do denunciado somente pode ser aferida após o contraditório e a ampla defesa.

Esse é o entendimento da corte especial, “*Não pode ser considerada inepta a denúncia que descreve, de forma satisfatória e objetiva, os elementos necessários à instauração da ação penal, em atenção ao que dispõe o art. 41, do CPP, possibilitando, ainda, o exercício do contraditório.*”.(STJ – AgRg no REsp: 1402330 SC 2013/0303518-0, Relator: Ministro Moura Ribeiro, Data de Julgamento: 10/06/2014, T5 – Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 17/06/2014).

Insta salientar que com a superveniência de sentença penal condenatória, resta superada a arguição de inépcia da denúncia, uma vez a peça acusatória foi considerada apta, já que as provas nela citadas, o fato delituoso e as circunstâncias em que ocorreu o delito foram tidos como suficientes para embasar o édito condenatório.

Nesse sentido, colaciono o entendimento jurisprudencial do STJ:

“RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO. QUESTÃO DECIDIDA EM SEDE DE HABEAS CORPUS. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 381 E 619 DO CPP. INOCORRÊNCIA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. MATÉRIA SUPERADA COM A SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. ILICITUDE DA ESCUTA TELEFÔNICA. SUMULAS 283/STF E 7/STJ. ARRESTO. CONSTRICÇÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. SUFICIÊNCIA DA PROVA PARA A CONDENAÇÃO. SUMULA 7/STJ. 1. Uma vez realizada a prestação jurisdicional relativamente à questão da competência do juízo em prévio habeas corpus também impetrado pelo recorrente, não mais subsiste a utilidade e o interesse da pretensão recursal nesse ponto, ante à perda superveniente do objeto do recurso. 2. Não há violação do artigo 619 do Código de Processo Penal se o tribunal a quo decide às expensas as questões suscitadas e utiliza fundamentação

suficiente para solucionar a controvérsia sem incorrer em omissão, contradição, obscuridade ou ambiguidade. 3. Com a superveniência da sentença penal condenatória fica superada a alegação da inépcia da denúncia, não havendo sentido em decidir acerca da viabilidade formal da persecutio se já há, em realidade, acolhimento formal e material da acusação, tanto que motivou o édito de condenação. 4. Não se conhece do recurso especial no ponto em que não impugna os fundamentos do acórdão recorrido e cujo deslinde demanda o reexame da prova dos autos e dos documentos alegadamente apócrifos. 5. Para a decretação de medidas cautelares reais, basta a configuração do fumus comissi delicti, consistente na existência de materialidade delitativa e de indícios de autoria, e do periculum in mora, relativo à probabilidade de que, durante o curso do processo, os bens se deterioresem ou se percam, impossibilitando, dessa forma, eventual ressarcimento dos danos advindos do ilícito penal. 6. Cabe ao aplicador da Lei, em instância ordinária, fazer o cotejo fático e probatório a fim de analisar a existência de provas suficientes a embasar o Decreto condenatório, ou a ensejar a absolvição. 7. Recurso improvido.” (STJ; REsp 1.320.746; Proc. 2012/0051086-0; PR; Sexta Turma; Rel^a Min^a Maria Thereza Assis Moura; DJE 04/06/2014)

Afasto a preliminar suscitada pela defesa de inépcia da denúncia, porquanto preenchidos os requisitos exigidos pelo art. 41 do Código de Processo Penal.

Passo à análise do mérito recursal.

Do pedido de absolvição dos crimes de roubo

Segundo a denúncia, no dia 12 de outubro de 2012, por volta das 20h50min, na conveniência localizada na rua Nova Andradina, n. 36, bairro Jardim Aeroporto, nesta capital, os acusados João Carlos Franco e Renato Nunes Gonçalves tentaram roubar a motocicleta Honda/CG Fan 150, cor preta, placa HTR-8882, de propriedade da vítima Thiago dos Santos Zuque, bem como tentaram subtrair dinheiro do estabelecimento comercial “Conveniência Líder”, mediante a simulação de porte de arma de fogo, não logrando êxito em seus intentos criminosos por circunstâncias alheias às suas vontades.

A defesa pede a absolvição do apelante João Carlos Franco pelas duas tentativas de roubo, por não ter restado suficiente demonstrado a sua autoria nas infrações penais.

Quanto aos delitos de tentativa de roubo, o conjunto probatório é robusto e atesta que João Carlos Franco, em companhia de Renato Nunes Gonçalves, tentou subtrair, mediante grave ameaça, consistente na simulação de porte de arma de fogo, uma motocicleta. Logo em seguida, os dois agentes tentaram roubar o estabelecimento comercial “Conveniência Líder”. Vejamos.

O agente de autoridade policial Gleidson da Costa Franca narrou que estava em sua residência, a qual fica aos fundos do “Supermercado Líder”, quando ocorreu a tentativa de roubo. Ao chegar ao local dos fatos, relatou que o apelante João Carlos já havia sido detido. Em diligências realizadas logo após o crime, Gleidson e outros policiais prenderam o corréu Renato Nunes Gonçalves (fls. 16-17):

“(…) Que acerca dos fatos, esclarece que a Conveniência Líder pertence a seus pais, com os quais o depoente reside em uma residência que fica aos fundos desta; que ontem, por volta de 20h50min, o depoente se encontrava em casa, ocasião em que foi informado por seu pai de que estava ocorrendo um roubo contra o estabelecimento por dois indivíduos, sendo que um deles havia abordado Alisson, que é primo do depoente, também mora com eles e auxilia na conveniência; que na ocasião, também se encontrava em casa o irmão do depoente Paulo Sérgio França Júnior, também Soldado PM, lotado na Ajudância Geral, o certo é que ambos se dirigiram para a conveniência e já avistaram populares segurando um dos autores, aquele que conduzia a motocicleta Honda Biz, enquanto o segundo empreendia fuga à pé; que em resumo, segundo Alisson e o vizinho e

freguês Thiago do Santos, inicialmente os autores se aproximaram de Thiago, um deles à pé e João Carlos conduzindo a motocicleta, tendo aquele anunciado o assalto, com a mão na cintura dizendo que estava armado, obrigando ele a descer da motocicleta, ao tentar sair deixou o veículo apagar; em seguida, partiu em direção ao interior da conveniência, onde abordou Alisson e, sob ameaças de atirar contra ele, exigiu que lhe fosse entregue o dinheiro do caixa, entretanto, num momento de descuido conseguiu correr para os fundos da conveniência (...) que imediatamente o depoente ligou para o colega, Soldado Rezende, o qual compareceu ao local na viatura policial em que se encontra de serviço, os quais realizaram diligências e lograram prender o segundo assaltante; que o depoente já conhecia o conduzido Renato, vulgo “Renatinho” (...).”

Em juízo o agente policial confirmou que foi chamado por seu pai e por seu primo para ir até a “Conveniência Líder”, porque havia ocorrido duas tentativas de roubo no local. Quando chegou o apelante João já havia sido imobilizado por populares e o acusado Renato havia fugido (fl. 164 – arquivo de áudio disponível no SAJ 1º Grau).

Sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, o policial Paulo Sérgio França mencionou que foi junto com o policial Gleidson até a Conveniência Líder, sendo que João Carlos já havia sido detido pela população. Segundo lhe foi narrado pela vítima Alisson, o acusado João Carlos entrou no estabelecimento comercial e anunciou o roubo, fingindo estar armado (fl. 164 – arquivo de áudio disponível no SAJ 1º Grau).

Insta salientar que mesmo que os policiais Gleidson e Paulo Sérgio sejam filhos do dono da Conveniência Líder, é certo que suas declarações não devem ser desconsideradas, pois corroboradas pelo caderno de provas e pelos depoimentos dos demais agentes policiais, bem como pelos relatos das vítimas Alisson e Thiago. Vejamos.

Em informações prestadas na delegacia, o policial Devaldo Soares de Oliveira relatou que foi chamado para ir até Supermercado Líder, porque no local o apelante João Carlos Franco havia tentado roubar um cliente e, em seguida, próprio o estabelecimento comercial. Ao ser questionado na Delegacia, João Carlos relatou que teve como comparsa indivíduo de alcunha “Renatinho” (fls. 12-13):

“(…) Que chegando ao local, constataram que o conduzido João Carlos Franco se encontrava deitado ao solo, próximo a ele as motocicletas Honda C100, cor azul, placa HSB-4763/MS, o certo é que em entrevista com o Soldado Gleidson e as pessoas de Thiago dos Santos Zuque e Allison Luiz Conceição de Souza, obtiveram informação, inicialmente por Thiago de que o mesmo havia ido até a conveniência para comprar um refrigerante e deixou sua motocicleta Honda Fan, cor preta, placa HTR-8882/MS, estacionada em frente e em funcionamento, em virtude de defeito na bateria, ao retorno foi surpreendido pelos conduzidos, os quais foram aproximando deste, um deles à pé e o outro conduzindo a motocicleta Honda Biz, em baixa velocidade, ocasião em que aquele que estava a pé colocou a mão na cintura, anunciou que se encontrava armado e disse: ‘perdeu, perdeu, desce da moto’, sendo prontamente atendido, mas a motocicleta apagou no momento em que o assaltante foi sair com o veículo; que ainda segundo Thiago, enquanto o conduzido João montava na motocicleta, o outro dizia: ‘vamo embora, vamo embora’; que diante do insucesso, o mesmo indivíduo, ou seja, o conduzido João seguiu em direção ao interior da conveniência e abordou o funcionário Alisson, responsável pelo local, exigindo que o mesmo lhe entregasse o dinheiro do caixa, sob ameaça de efetuar disparos contra ele, levando-o para os fundos da conveniência; que em dado momento de distração do meliante, Alisson saiu correndo em direção aos fundos do estabelecimento, vindo a torcer o pé esquerdo, causando luxação no membro; que o Soldado Gleidson disse que estava em casa, aos fundos da conveniência, onde reside com os pais, onde foi informado do ocorrido e ao sair, populares entre os fregueses que se encontravam na conveniência já se encontravam efetuando a detenção de um dos autores do delito, ou seja, o conduzido João Carlos; que o conduzido João Carlos, alegou que a

motocicleta pertencia a seu comparsa, o qual havia lhe convidado de última hora para a prática da 'fita', apontando-o como 'Renatinho'. (...) Dirigiram para a residência situada na Rua Lúcia Helena Coelho Maymone, 149, onde surpreenderam o conduzido Renato Nunes Gonçalves, saindo detrás de um muro, chegando em sua residência, o qual teve oportunidade de empreender fuga, sendo preso (...)."

Judicialmente o policial mencionou que ao chegar ao local dos fatos, João havia sido contido pelos populares, porquanto havia tentado roubar uma motocicleta e a "Conveniência Líder", apenas não atingindo a consumação do ilícito penal, porque os policiais Gleidson e Paulo Sérgio impediram a ação criminosa (fl. 164 – arquivo de áudio disponível no SAJ 1º Grau).

Note-se que as declarações dos agentes de autoridade policial são firmes e uníssonas ao narrar que o apelante João Carlos Franco, em conluio com Renato Nunes, tentou subtrair uma motocicleta e, na sequência tentou roubar a "Conveniência Líder". Os agentes de segurança pública também concordam que João Carlos foi detido por populares e que Renato havia se evadido do local dos fatos.

É certo que os depoimentos dos policiais são dotados de valor probante e possuem fé pública, devendo dar respaldo ao édito condenatório, mormente quando confirmados pelos demais elementos de prova constantes nos autos.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL CORROBORADA POR ELEMENTOS IDÔNEOS COLHIDOS NA FASE INSTRUTÓRIA. DEPOIMENTOS POLICIAIS. POSSIBILIDADE. CONSONÂNCIA COM DEMAIS PROVAS. INOVAÇÃO PROCESSUAL. INVIABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...) 4. A jurisprudência desta Corte entende que os depoimentos de policiais constituem prova idônea, como a de qualquer outra testemunha que não esteja impedida ou suspeita, notadamente quando prestados em juízo sob o crivo do contraditório, aliado ao fato de estarem em consonância com o conjunto probatório dos autos, como ocorre in casu. (...) (STJ – AgRg no REsp: 1312089 AC 2012/0063849-8, Relator: Ministro Moura Ribeiro, Data de Julgamento: 22/10/2013, T5 – Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 28/10/2013)

Deve-se registrar, ainda, que a vítima Thiago dos Santos Zuque mencionou que os acusados o abordaram e, mediante grave ameaça, consistente na simulação da posse de arma de fogo, tentaram subtrair sua motocicleta, não conseguindo êxito na empreitada criminosa por circunstâncias alheias às suas vontades. Além disso, o ofendido reconheceu os apelantes na delegacia, afirmando que, sem sombra de dúvidas, eles eram os autores dos delitos narrados (fls. 18-19):

"(...) quando viu dois indivíduos chegando em uma motocicleta Biz, sendo um gordo e um magro, ambos de casaco vermelho, e havia acabado de subir em sua motocicleta, quando foi abordado pelo indivíduo magro, que estava na garupa que disse: perdeu, perdeu, desce da moto que estou armado, sendo que estava com a mão na cintura, por dentro da calça e debaixo da camisa, como se estivesse segurando uma arma de fogo, porém o declarante não visualizou tal arma, mas desceu da motocicleta e foi em direção aos fundos da conveniência e o indivíduo magro subiu na moto e tentou sair rapidamente, no entanto afogou e o indivíduo desceu e foi entrando na conveniência e deu voz de assalto ao funcionário do caixa Allison dizendo: passa o dinheiro e tudo que você tem aí; (...) e logo em seguida, ouviu um barulho de moto, acredita o declarante que era o comparsa do autor magro, que o esperava numa motocicleta Biz, cor azul, sendo que a placa estava entortada para cima e ainda tinha uma fita isolante fazendo do número três um número oito (...) que o declarante informa que os

dois conduzidos foram apresentados pelos policiais militares e afirma que os reconhece sem sombra de dúvidas como sendo os autores da tentativa de roubo (...)”.

Judicialmente, Thiago dos Santos Zuque relatou que ao chegar em frente à conveniência, deixou a sua motocicleta com o motor ligado e entrou no estabelecimento comercial. Ao retornar, foi abordado por um dos acusados, o qual simulou estar portando uma arma de fogo. Na sequência, como não conseguiram dar partida na motocicleta, os réus tentaram roubar a “Conveniência Líder”, porém foram impedidos, sendo que o apelante João Carlos foi preso no local dos fatos. O ofendido ainda reconheceu João Carlos e Renato Nunes como os autores das duas tentativas de roubo do dia 12 de outubro de 2012 (fl. 164 – arquivo de áudio disponível no SAJ 1º Grau).

O ofendido Alisson Luiz da Conceição de Souza, extrajudicialmente, disse que os apelantes tentaram subtrair, por meio de grave ameaça, a motocicleta do ofendido Thiago e, depois tentaram roubar a “Conveniência Líder”, não conseguindo atingir a consumação de quaisquer dos crimes (fls. 20-21):

“(...) quando ali chegou dois elementos que tentaram roubar o local; QUE os dois elementos identificados posteriormente como João Carlos Franco e Renato Nunes Gonçalves, primeiro tentaram subtrair a motocicleta placa HTR-8882, cor preta, pertencente ao cliente Thiago, simulando estar armados, mandando-o entregar a motocicleta, dizendo que ele a tinha perdido; que como a motocicleta do cliente estava com problemas de funcionamento, eles não conseguiram levá-la, então o cliente correu para dentro da conveniência, momento em que os dois ladrões entraram após ele e deram voz de assalto, dizendo ao declarante para lhe entregar o dinheiro senão iria atirar; que um dos ladrões, o gordo, de casaco vermelho, simulava estar armado, colocava a mão por debaixo da roupa, debaixo do casaco e por dentro do cós da calça e o outro ficou na porta, vigiando; que ambos estavam de casaco de frio de cor vermelha (...).”

Como se vê, há mais de um relato que dá conta da autoria dos apelantes nos eventos criminosos, sendo certo que não há falar em ausência de provas como aduz a defesa.

Quanto ao argumento de que inexistem indícios de que os agentes portavam armas, esclareço que, para a caracterização da elementar da grave ameaça, é prescindível a efetiva apreensão de qualquer artefato em poder dos acusados, bastando que esteja configurado o temor de mal injusto e grave incutido a vítima pela simples simulação de porte de arma de fogo.

Por oportuno:

“APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – ROUBO SIMPLES (ARTIGO 157, CAPUT, DO CP) – PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO – NÃO POSSÍVEL – SIMULAÇÃO DE USO DE ARMA DE FOGO – GRAVE AMEAÇA CONFIGURADA – RECURSO IMPROVIDO. Inviável a desclassificação do delito de roubo para o de furto, se as provas dos autos evidenciam que o apelante praticou o crime simulando estar armado, o que foi suficiente para impingir temor de mal injusto e grave às vítimas (Precedentes do STJ). Recurso improvido. Com o parecer. (TJ-MS – APL: 00541145620128120001 MS 0054114-56.2012.8.12.0001, Relator: Des. Francisco Gerardo de Sousa, Data de Julgamento: 01/09/2014, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 04/09/2014)

“PENAL – ROUBO SIMPLES – DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO – NÃO CABIMENTO – GRAVE AMEAÇA COMPROVADA EXERCIDA MEDIANTE SIMULAÇÃO DE PORTE DE ARMA DE FOGO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA – INVIABILIDADE – RECURSO DESPROVIDO. – Comprovado o emprego de grave ameaça contra a vítima para a consumação da subtração, exercida mediante simulação de porte de arma de fogo, incabível a desclassificação do delito de roubo para furto. (...). (TJ-MG – APR: 10879130008011001 MG, Relator: Furtado de Mendonça, Data de Julgamento: 02/12/2014, Câmaras Criminais / 6ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 23/01/2015)

“APELAÇÃO CRIME. ROUBO MAJORADO. PROVA CONCLUSIVA. TESE DEFENSIVA DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO AFASTADA. (...) Tendo a subtração ocorrido mediante grave ameaça exercida por meio de simulação de uso de arma de fogo, resulta caracterizado o crime de roubo em detrimento do furto. Apelação improvida. (Apelação Crime n. 70061157491, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cristina Pereira Gonzales, Julgado em 17/09/2014). (TJ-RS – ACR: 70061157491 RS, Relator: Cristina Pereira Gonzales, Data de Julgamento: 17/09/2014, Quinta Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 24/09/2014)

Mantenho, portanto, a condenação do acusado João Carlos Franco pelos crimes previstos no art. 157, § 2º, inc. II, c/c art. 14, inc. II, por duas vezes, do CP, porque ficou devidamente comprovado que ele, em concurso de agentes, tentou subtrair mediante grave ameaça uma motocicleta e um estabelecimento comercial, não atingindo a consumação dos delitos por circunstâncias alheias à sua vontade.

Da absolvição do delito de adulteração de sinal identificador de veículo automotor

Consta ainda na denúncia que, no mesmo dia, ou seja, 12 de outubro de 2012, os apelantes, em conluio e unidade de desígnios, adulteraram o sinal identificador do veículo Honda Biz C100, cor azul, placa HSB-4763, colando fita isolante na placa da citada motocicleta, com o fim de mudar a numeração original.

A defesa pede a absolvição do acusado João Carlos Franco, argumentando que não há provas de que ele adulterou o veículo em questão.

Como leciona Cezar Roberto Bitencourt, quanto ao crime previsto no art. 311 do CP, *“São duas as condutas tipificadas alternativamente: adulterar (falsificar, mudar, alterar por meio de qualquer modificação) ou remarcar (tornar a marcar alterando, pôr marca nova em). Os elementos objetivos são: número de chassi (estrutura de aço sobre a qual a carroceria do veículo é montada) ou qualquer sinal identificador (marca ou traço que possibilita) autenticar ou reconhecer alguma coisa, como, por exemplo, placa, plaqueta de veículo automotor, de seu componente (parte elementar) ou equipamento.”* (Código Penal Comentado – 7. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012). – Destaquei.

Ainda, segundo entende a Corte Especial, *“A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a norma contida no art. 311 do Código Penal busca resguardar a autenticidade dos sinais identificadores dos veículos automotores, sendo, pois, típica, a simples conduta de alterar, com fita adesiva, a placa do automóvel, ainda que não caracterizada a finalidade específica de fraudar a fé pública.”* (STJ – AgRg no REsp: 1327888 SP 2012/0117231-6, Relator: Ministro Jorge Mussi, Data de Julgamento: 03/03/2015, T5 – Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 11/03/2015)

Consoante restou demonstrado pelo laudo pericial juntado as fls. 91-95, a motocicleta Honda Biz C100, cor azul, placa HSB-4763, que os acusados utilizaram como meio de transporte até o local dos fatos, foi adulterada, pois havia um seguimento de fita isolante sobre o último número da placa de identificação, a fim de que ele se parecesse com outro número.

Quanto à alegação de não ter o acusado efetivamente praticado o verbo “adulterar”, não merece prosperar, pois presente o tipo objetivo previsto pela norma.

O apelante relatou extrajudicialmente que emprestou a motocicleta adulterada de um conhecido de nome “Neto” (fls. 22-23). Frente ao magistrado singular, ele disse que não se lembrava do nome do indivíduo que lhe emprestou o veículo. Em outro momento, ainda em juízo, João Carlos afirmou que a motocicleta adulterada era de propriedade de um conhecido chamado “Neto”, sem fornecer mais detalhes sobre o paradeiro de tal indivíduo ou sobre as circunstâncias que envolveram o empréstimo do bem (fl. 164 – arquivo de áudio disponível no SAJ 1º Grau).

Como se vê, o recorrente não reuniu provas que corroborassem suas declarações, buscando apenas eximir-se da culpa ao alegar que não sabia da adulteração do veículo automotor em questão.

Não existe nos autos qualquer elemento probatório que comprove a versão aduzida pelo acusado e, como é cediço, diante da posse do veículo adulterado, ocorre a inversão do ônus da prova, devendo o réu provar a sua alegação.

É certo que no sistema probatório penal, a prova do alegado incumbe a quem a fizer. Sobre o ônus da prova, ensina Guilherme de Souza 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 induzir 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)”. (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. SP: ed. RT, 2009. p. 156).

Em caso análogo, colaciono a jurisprudência do TJ-MG:

“APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR – AUTORIA E MATERIALIDADE – PROVA SUFICIENTE – APREENSÃO DO VEÍCULO NA POSSE DO AGENTE COM SINAL ADULTERADO – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. – Comprovadas a materialidade e a autoria delitivas, a condenação do réu é medida que se impõe. A apreensão do veículo automotor na posse do réu, com sinal identificador substituído e adulterado, gera presunção de responsabilidade e a inversão do ônus da prova. (TJ-MG, Relator: Catta Preta, Data de Julgamento: 03/07/2014, Câmaras Criminais / 2ª Câmara Criminal)

Restando isolada a versão narrada pelo acusado acerca de sua inocência e desconhecimento da adulteração da placa da motocicleta, bem como levando em consideração que a apreensão do veículo se deu sem que os acusados apresentassem qualquer documentação necessária e exigida para circular, não há falar em absolvição como quer a defesa.

Dosimetria.

O magistrado singular elaborou o cálculo da pena dos acusados nos seguintes termos:

“(…) Passo a dosar a pena do acusado João Carlos Franco quanto ao crime de tentativa de roubo qualificado praticado contra a vítima Thiago dos Santos Zuque (CP, art. 157, §2º, I c/c art. 14, A sua culpabilidade restou demonstrada, pois imputável, tinha o apenado, na época dos fatos, plena consciência da ilicitude de seu agir; exigindo-se conduta diversa, preenchendo, desta forma, os requisitos prévios da culpabilidade; os antecedentes são péssimos, sua vida pregressa registra incursões policiais, processos e condenações criminais, além de atos infracionais praticados na adolescência; sua conduta social é das mais reprováveis, vez que faz do crime o seu meio de vida, como se fosse uma profissão, fato este que demonstra ter personalidade acentuadamente propensa a prática criminosa, pois dotado de periculosidade e perseverante no motivo, estímulo primário da conduta, é injustificável, vez que buscava auferir vantagem às custas de outrem em conduta totalmente reprovável; as circunstâncias são desfavoráveis, pois o delito foi cometido em via pública; que as consequências foram sérias, pois a ação do condenado certamente causou trauma psicológico nas vítimas, quiçá com sequelas irreversíveis; que o comportamento da vítima nada influiu para o cometimento do ilícito. Bem ponderadas e sopesadas estas circunstâncias, fixo como pena-base para o réu, em 07 (sete) anos de reclusão, e para a pena pecuniária em 150 (cento e cinquenta) dias-multa. Contudo, também, incide na espécie a

circunstância agravante genérica referente à reincidência (CP, art. 61, I), razão pela qual aumento a pena para 08 (oito) anos de reclusão e pagamento de 200 (duzentos) dias-multa. Porém, incide na espécie a causa especial de aumento de pena referente ao concurso de pessoas (CP, art. 157, §2º, I) razão pela qual aumento a pena em 1/3 (um terço), ou seja, 10 (dez) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 266 (duzentos e sessenta e seis) dias-multa. Passo a dosar a pena do acusado João Carlos Franco quanto ao crime de tentativa de roubo qualificado praticado contra a vítima Paulo Sérgio França (CP, art. 157, §2º, I c/c art. 14, I). A sua culpabilidade restou demonstrada, pois imputável, tinha o apenado, na época dos fatos, plena consciência da ilicitude de seu agir; exigindo-se conduta diversa, preenchendo, desta forma, os requisitos prévios da culpabilidade; os antecedentes são péssimos, sua vida pregressa registra incursões policiais, processo e condenações criminais, além de atos infracionais praticados na adolescência; sua conduta social é das mais reprováveis, vez que faz do crime o seu meio de vida, como se fosse uma profissão, fato este que demonstra ter personalidade acentuadamente propensa a prática criminosa, pois dotado de periculosidade e perseverante na prática delituosa, e evidencia a insensibilidade moral do mesmo; que o motivo, estímulo primário da conduta, é injustificável, vez que buscava auferir vantagem às custas de outrem em conduta totalmente reprovável; as circunstâncias são desfavoráveis, pois o delito foi cometido no local de trabalho da vítima; que as consequências foram sérias, pois a ação do condenado certamente causou trauma psicológico nas vítimas, quiçá com sequelas irreversíveis; que o comportamento da vítima nada influiu para o cometimento do ilícito. Bem ponderadas e sopesadas estas circunstâncias, fixo como pena-base para o réu, em 07 (sete) anos de reclusão, e para a pena pecuniária em 150 (cento e cinquenta) dias-multa. Contudo, também, incide na espécie a circunstância agravante genérica referente à reincidência (CP, art. 61, I), razão pela qual aumento a pena para 08 (oito) anos de reclusão e pagamento de 200 (duzentos) dias-multa. Porém, incide na espécie a causa especial de aumento de pena referente ao concurso de pessoas (CP, art. 157, §2º, I) razão pela qual aumento a pena em 1/3 (um terço), ou seja, 10 (dez) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 266 (duzentos e sessenta e seis) dias-multa. 3. Da pena do acusado João Carlos Franco quanto aos crimes de roubo qualificado em face do crime continuado (CP, art. 71). Considerando que o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, praticou dois crimes de mesma espécie, condições de tempo, lugar e maneira de execução, há de se lhe aplicar uma só das penas em que haja incorrido, aumentada de 1/6 (um sexto), posto que idênticas. Dessa forma, considerando a causa geral de aumento de pena decorrente do crime continuado aplico uma das penas aumentada de 1/6 (um sexto), ou seja, 12 (doze) anos, 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, mais o pagamento de 310 (trezentos e dez) dias multa. 4. Passo a dosar a pena do acusado João Carlos Franco quanto ao crime de adulteração de sinal identificador de veículo automotor (CP, art. 31, caput). A sua culpabilidade restou demonstrada, pois imputável, tinha o apenado, na época dos fatos, plena consciência da ilicitude de seu agir; exigindo-se conduta diversa, preenchendo, desta forma, os requisitos prévios da culpabilidade; os antecedentes são péssimos, sua vida pregressa registra incursões policiais, processos e condenações criminais, além de atos infracionais praticados na adolescência; sua conduta social é das mais reprováveis, vez que faz do crime o seu meio de vida, como se fosse uma profissão, fato este que demonstra ter personalidade acentuadamente propensa a prática criminosa, pois dotado de periculosidade e perseverante na prática delituosa, e evidencia a insensibilidade moral do mesmo; que o motivo, estímulo primário da conduta, é injustificável, vez que buscava auferir vantagem às custas de outrem em conduta totalmente reprovável; as circunstâncias são desfavoráveis, pois o delito foi cometido em via pública; que as consequências foram sérias, pois a ação do condenado certamente causou sequelas irreversíveis a sociedade, haja vista abalar a fé pública; que o comportamento da vítima nada influiu para o cometimento do ilícito. Bem ponderadas e sopesadas estas circunstâncias, fixo como pena-base para o réu, em 04 (quatro) anos de reclusão, e para a pena pecuniária em 150 (cento e cinquenta) dias-multa. Porém, também, incide na espécie a circunstância agravante genérica referente à reincidência (CP, art. 61, I), razão pela qual aumento a pena para 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 200 (duzentos) dias-multa. 5. Passo a dosar a pena do acusado Renato Nunes Gonçalves quanto ao crime de tentativa de roubo qualificado contra a vítima Thiago dos Santos Zuque (CP, art. 157, §2º, I c/c art. 14, I). A sua culpabilidade restou demonstrada, pois imputável, tinha o apenado, na

época dos fatos, plena consciência da ilicitude de seu agir; exigindo-se conduta diversa, preenchendo, desta forma, os requisitos prévios da culpabilidade; os antecedentes são péssimos, sua vida pregressa registra incursões policiais, processos e condenações criminais, além de atos infracionais praticados na adolescência; sua conduta social é das mais reprováveis, vez que faz do crime o seu meio de vida, como se fosse uma profissão, fato este que demonstra ter personalidade acentuadamente propensa a prática criminosa, pois dotado de periculosidade e perseverante na prática delituosa, e evidencia a insensibilidade moral do mesmo; que o motivo, estímulo primário da conduta, é injustificável, vez que buscava auferir vantagem às custas de outrem em conduta totalmente reprovável; as circunstâncias são desfavoráveis, pois o delito foi cometido em via pública; que as consequências foram sérias, pois a ação do condenado certamente causou trauma psicológico nas vítimas, quiçá com sequelas irreversíveis; que o comportamento da vítima nada influiu para o cometimento do ilícito. Bem ponderadas e sopesadas estas circunstâncias, fixo como pena-base para o réu, em 07 (sete) anos de reclusão, e para a pena pecuniária em 150 (cento e cinquenta) dias-multa. Contudo, também, incide na espécie a circunstância agravante genérica referente à reincidência (CP, art. 61, I), razão pela qual aumento a pena para 08 (oito) anos de reclusão e pagamento de 20 (duzentos) dias-multa. Porém, incide na espécie a causa especial de aumento de pena referente ao concurso de pessoas (CP, art. 157, §2º, I) razão pela razão pela qual aumento a pena em 1/3 (um terço), ou seja, 10 (dez) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 26 (duzentos e sessenta e seis) dias-multa. 6. Passo a dosar a pena do acusado Renato Nunes Gonçalves quanto ao crime de tentativa de roubo qualificado contra a vítima Paulo Sérgio França (CP, art. 157, §2º, I c/c art. 14, I). A sua culpabilidade restou demonstrada, pois imputável, tinha o apenado, na época dos fatos, plena consciência da ilicitude de seu agir; exigindo-se conduta diversa, preenchendo, desta forma, os requisitos prévios da culpabilidade; os antecedentes são péssimos, sua vida pregressa registra incursões policiais, processos e condenações criminais, além de atos infracionais praticados na adolescência; sua conduta social é das mais reprováveis, vez que faz do crime o seu meio de vida, como se fosse uma profissão, fato este que demonstra ter personalidade acentuadamente propensa a prática criminosa, pois dotado de periculosidade e perseverante na prática delituosa, e evidencia a insensibilidade moral do mesmo; que o motivo, estímulo primário da conduta, é injustificável, vez que buscava auferir vantagem às custas de outrem em conduta totalmente reprovável; as circunstâncias são desfavoráveis, pois o delito foi cometido no local de trabalho da vítima; que as consequências foram sérias, pois a ação do condenado certamente causou trauma psicológico nas vítimas, quiçá com sequelas irreversíveis; que o comportamento da vítima nada influiu para o cometimento do ilícito. Bem ponderadas e sopesadas estas circunstâncias, fixo como pena-base para o réu, em 07 (sete) anos de reclusão, e para a pena pecuniária em 150 (cento e cinquenta) dias-multa. Contudo, também, incide na espécie a circunstância agravante genérica referente à reincidência (CP, art. 61, I), razão pela qual aumento a pena para 08 (oito) anos de reclusão e pagamento de 20 (duzentos) dias-multa. Porém, incide na espécie a causa especial de aumento de pena referente ao concurso de pessoas (CP, art. 157, §2º, I) razão pela razão pela qual aumento a pena em 1/3 (um terço), ou seja, 10 (dez) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 26 (duzentos e sessenta e seis) dias-multa. 7. Da pena do acusado Renato Nunes Gonçalves quanto aos crimes de roubo qualificado em face do crime continuado (CP, art. 71). Considerando que o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, praticou dois crimes de mesma espécie, condições de tempo, lugar e maneira de execução, há de se lhe aplicar uma só das penas em que haja incorrido, aumentada de 1/6 (um sexto), posto que idênticas. Desta forma, considerando a causa geral de aumento da pena decorrente do crime continuado, aplico uma das penas aumentada de 1/6 (um sexto), ou seja, 12 (doze) anos, 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, mais o pagamento de 310 (trezentos e dez) dias-multa. 8. Passo a dosar a pena do acusado Renato Nunes Gonçalves quanto ao crime de adulteração de sinal identificador de veículo automotor (CP, art. 31, caput). A sua culpabilidade restou demonstrada, pois imputável, tinha o apenado, na época dos fatos, plena consciência da ilicitude de seu agir; exigindo-se conduta diversa, preenchendo, desta forma, os requisitos prévios da culpabilidade; os antecedentes são péssimos, sua vida pregressa registra incursões policiais, processos e condenações criminais, além de atos infracionais praticados na adolescência; sua conduta social é das mais reprováveis, vez que faz do crime o seu

meio de vida, como se fosse uma profissão, fato este que demonstra ter personalidade acentuadamente propensa a prática criminosa, pois dotado de periculosidade e perseverante na prática delituosa, e evidencia a insensibilidade moral do mesmo; que o motivo, estímulo primário da conduta, é injustificável, vez que buscava auferir vantagem às custas de outrem em conduta totalmente reprovável; as circunstâncias são desfavoráveis, pois o delito foi cometido em via pública; que as consequências foram sérias, pois a ação do condenado certamente causou sequelas irreversíveis a sociedade, haja vista abalar a fé pública; que o comportamento da vítima nada influiu para o cometimento do ilícito. Bem ponderadas e sopesadas estas circunstâncias, fixo como pena-base para o réu, em 04 (quatro) anos de reclusão, e para a pena pecuniária em 150 (cento e cinquenta) dias-multa. Porém, também, incide na espécie a circunstância agravante genérica referente à reincidência (CP, art. 61, I), razão pela qual aumento a pena para 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 20 (duzentos) dias-multa. (...)”.

Em que pese apenas o acusado Renato Nunes ter pedido nova análise da dosimetria da pena, tenho que a fundamentação exarada pelo magistrado singular é a mesma para ambos os apelantes em algumas circunstâncias judiciais que merecem reforma, de modo que, nos moldes do art. 580 do CPP, a reprimenda do apelante João Carlos também deverá ser readequada.

1- João Carlos Franco

a) Do delito de roubo tentado qualificado contra a vítima Thiago Zuque

Quanto ao primeiro delito de roubo qualificado tentado, a pena-base foi fixada em 07 (sete) anos de reclusão e 150 (cento e cinquenta) dias-multas, pela consideração negativa das circunstâncias judiciais da culpabilidade, dos antecedentes criminais, da conduta social, da personalidade do agente, dos motivos, das circunstâncias e das consequências do crime.

No tocante à culpabilidade, não há qualquer elemento nos autos que a revele como desabonadora, porquanto comum à espécie de delito praticado. A consciência da ilicitude e o dever de agir de modo diverso são inerentes a qualquer tipo penal, devendo, portanto, tal moduladora ser afastada da primeira fase do cálculo da pena.

Os antecedentes criminais, do mesmo modo, não devem majorar a reprimenda, uma vez que as ações em andamento e outras ocorrências policiais em nome do acusado não são hábeis a considerar maus os antecedentes. Esse é o entendimento do Excelso Pretório, “*Conforme preconizado pela jurisprudência da Corte, “[o] princípio constitucional da não culpabilidade, inscrito no art. 5º, LVII, da Carta Política, não permite que se formule, contra o réu, juízo negativo de maus antecedentes fundado na mera instauração de inquéritos policiais em andamento, ou na existência de processos penais em curso, ou, até mesmo, na ocorrência de condenações criminais ainda sujeitas a recurso, revelando-se arbitrária a exacerbação da pena quando apoiada em situações processuais indefinidas, pois somente títulos penais condenatórios, revestidos da autoridade da coisa julgada, podem legitimar tratamento jurídico desfavorável ao sentenciado” (HC n. 106.157/SP, Primeira Turma, de minha relatoria, DJe de 27/5/11).*” (STF – AI: 790707 SP, Relator: Min. Dias Toffoli, Data de Julgamento: 19/12/2014, Data de Publicação: DJe-023 Divulg 03/02/2015 Public 04/02/2015).

Igualmente no que diz respeito aos atos infracionais, os quais não devem ser usados em desfavor do sentenciado. Consoante entendimento da Corte Especial, “*É firme a orientação deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que atos infracionais não podem ser considerados maus antecedentes para fins de majoração da pena base.*” (STJ – HC: 249015 SP 2012/0150611-1, Relator: Ministra Laurita Vaz, Data de Julgamento: 16/04/2013, T5 – Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 23/04/2013).

Quanto à personalidade e à conduta social do acusado, igualmente carecem de fundamentos concretos que justifiquem a exasperação da reprimenda. Segundo leciona Ricardo Augusto Schmitt sobre

personalidade: “(...)trata-se de uma valoração da história pessoal de vida de cada pessoa, de sua índole, de seus antecedentes biopsicológicos herdados, de sua estrutura como pessoa, (...)” e sobre a conduta do agente: “(...) Trata-se do comportamento do agente no seio social, familiar e profissional. Revela-se por seu relacionamento no meio em que vive, tanto perante a comunidade, quanto perante sua família e seus colegas de trabalho.(...)”. Logo, na hipótese, não há qualquer elemento que indique que a personalidade do agente ou sua conduta social devem prejudicá-lo.

Sobre os motivos e as consequências do crime, são inidôneas a fundamentações usadas pelo juiz singular. O sentenciante valorou negativamente tais moduladoras com base em aspectos genéricos inerentes ao próprio tipo penal, o que é inadmissível.

Igualmente não extrapolam o tipo penal as consequências do ilícito, pois o fato da conduta do acusado ter causado trauma psicológico nas vítimas, quiçá com sequelas irreversíveis é comum a qualquer tipo de infração penal.

As circunstâncias em que ocorreram a ação criminosa não se revelam relevantes, porquanto o crime ter acontecido em via pública, ainda que não seja inerente ao tipo penal, é insignificante para justificar o aumento da pena-base.

Tendo em vista que todas as circunstâncias judiciais desfavoráveis foram afastadas, a pena-base deve ser fixada no mínimo legal, isto é, em 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase de cálculo da pena, mantenho o reconhecimento da agravante de reincidência, porque o acusado ostenta uma condenação com trânsito em julgado da data de 03/10/2006, extinta a punibilidade por cumprimento da pena em 17/04/2012, nos autos n. 0031902-22.2004.

A pena intermediária deve ser aumentada em 1/6 (um sexto), ou seja, em 8 (oito) meses e 1 (um) dia-multa, restando fixada em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

No mais, inviável avançar da dosimetria.

Isso porque o julgador monocrático, depois de condenar o acusado nas sanções do art. 157, §2º, inc. II, na forma do art. 14, inc. II, do Código Penal, incorreu em omissão ao deixar de aplicar a correspondente redução pela tentativa.

Desse modo, a melhor solução jurídica no presente julgamento é o parcial provimento do recurso defensivo, com a manutenção da condenação do apelante, a redução da pena-base para 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, redimensionamento da pena provisória para 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa e o reconhecimento da nulidade parcial da sentença no que se refere à terceira fase da dosimetria da pena.

b) Do delito de roubo qualificado tentado contra a vítima Paulo Sérgio França

No segundo crime de roubo qualificado, a pena base foi fixada em 07 (sete) anos de reclusão e 150 (cento e cinquenta) dias-multas, pela consideração negativa das circunstâncias judiciais da culpabilidade, dos antecedentes criminais, da conduta social, da personalidade do agente, dos motivos, das circunstâncias e das consequências do crime.

Os mesmos motivos expostos no tópico acima quanto ao afastamento das circunstâncias judiciais devem ser aplicados nesta dosimetria, uma vez que o magistrado de instância singular exarou a mesma fundamentação quanto às moduladoras da culpabilidade, dos antecedentes criminais, da conduta social, da personalidade do agente, dos motivos e das consequências do crime.

No tocante às circunstâncias do delito, estas não se revestem de relevância, pois o crime ter acontecido no local de trabalho das vítimas, ainda que não seja inerente ao tipo penal, não se mostra idôneo para justificar o aumento da pena-base.

Tendo em vista que todas as circunstâncias judiciais foram afastadas, a pena-base deve ser fixada no mínimo legal, isto é, em 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase de cálculo da pena, mantenho o reconhecimento da agravante de reincidência, porque o acusado ostenta uma condenação com trânsito em julgado da data de 03/10/2006, extinta a punibilidade por cumprimento da pena em 17/04/2012, nos autos n. 0031902-22.2004.

A pena intermediária deve ser aumentada em 1/6 (um sexto), ou seja, em 8 (oito) meses e 1 (um) dia-multa, restando fixada em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, e 11 (onze) dias-multa.

Mais uma vez, inviável avançar da dosimetria.

Isso porque o julgador monocrático, depois de condenar o acusado nas sanções do art. 157, § 2º, inc. II, na forma do art. 14, inc. II, do Código Penal, incorreu em omissão ao deixar de aplicar a correspondente redução pela tentativa.

Desse modo, a melhor solução jurídica no presente julgamento é o parcial provimento do recurso defensivo, com a manutenção da condenação do apelante, a redução da pena-base para 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, redimensionamento da pena provisória para 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa e o reconhecimento da nulidade parcial da sentença no que se refere à terceira fase da dosimetria da pena.

Do crime continuado

Levando em consideração que o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, praticou dois crimes da mesma espécie, bem como pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, o delito subsequente será havido como continuação do primeiro, aplicando-se-lhe a pena do outro crime, a qual é idêntica, aumentada em 1/6 (um sexto).

Entretanto, diante da ausência de manifestação do magistrado *a quo* acerca do *quantum* de diminuição da reprimenda em razão da tentativa, postergo o cálculo definitivo da pena, para quando do retorno dos autos com a devida retificação.

c) Do delito de adulteração de sinal identificador de veículo automotor

Quanto ao crime disposto no art. 311 do CP, a pena-base foi fixada em 04 (quatro) anos de reclusão e 150 (cento e cinquenta) dias-multas, pela consideração negativa das circunstâncias judiciais da culpabilidade, dos antecedentes criminais, da conduta social, da personalidade do agente, dos motivos, das circunstâncias e das consequências do crime.

A explanação apresentada no tópico “a” para afastamento das circunstâncias judiciais deve ser aplicada nesta dosimetria, uma vez que o magistrado de instância singela exarou a mesma fundamentação quanto às moduladoras da culpabilidade, dos antecedentes criminais, da conduta social, da personalidade do agente, dos motivos, das circunstâncias e das consequências do crime.

Considerando que todas as circunstâncias judiciais desfavoráveis foram afastadas, a pena-base deve ser fixada no mínimo legal, isto é, em 3 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase de cálculo da pena, mantenho o reconhecimento da agravante de reincidência, porque o acusado ostenta uma condenação com trânsito em julgado da data de 03/10/2006, extinta a punibilidade por cumprimento da pena em 17/04/2012, nos autos n. 0031902-22.2004.

A pena intermediária deve ser aumentada em 1/6 (um sexto), ou seja, em 6 (seis) meses e 1 (um) dia-multa, restando fixada em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 11 (onze) dias-multa.

À míngua de causas de aumento ou de diminuição da pena, estabeleço a reprimenda definitiva em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 11 (onze) dias-multa.

Do concurso material

Em virtude do concurso material entre os delitos de roubo majorado e o crime de adulteração de sinal identificador de veículo automotor, deve haver a soma das penas privativas de liberdade, a qual fica prejudicada, pois sua fixação necessariamente remete ao quantitativo da pena corporal total a ser arbitrada ao delito de roubo qualificado tentado, que, como já dito, será feito quando do retorno dos autos com a devida retificação.

2 – Renato Nunes Gonçalves

a) Do delito de roubo qualificado tentado contra a vítima Thiago Zuque

Quanto ao primeiro delito de roubo qualificado tentado, a pena-base foi fixada em 07 (sete) anos e reclusão e 150 (cento e cinquenta) dias-multas, pela consideração negativa das circunstâncias judiciais da culpabilidade, dos antecedentes criminais, da conduta social, da personalidade do agente, dos motivos, das circunstâncias e das consequências do crime.

No tocante à culpabilidade, percebo que não há qualquer elemento nos autos que a revele como desabonadora, porquanto comum à espécie de delito praticado. A consciência da ilicitude e o dever de agir de modo diverso são inerentes a qualquer tipo penal, devendo, portanto, tal moduladora ser afastada da primeira fase de cálculo da pena.

Os antecedentes criminais, do mesmo modo, não devem majorar a reprimenda, uma vez que as ações em andamento e outras ocorrências policiais em nome do acusado não são hábeis a considerar maus os antecedentes. Esse é o entendimento do excelso pretório, “*Conforme preconizado pela jurisprudência da Corte, “[o] princípio constitucional da não culpabilidade, inscrito no art. 5º, LVII, da carta política, não permite que se formule, contra o réu, juízo negativo de maus antecedentes fundado na mera instauração de inquéritos policiais em andamento, ou na existência de processos penais em curso, ou, até mesmo, na ocorrência de condenações criminais ainda sujeitas a recurso, revelando-se arbitrária a exacerbação da pena quando apoiada em situações processuais indefinidas, pois somente títulos penais condenatórios, revestidos da autoridade da coisa julgada, podem legitimar tratamento jurídico desfavorável ao sentenciado*” (HC n. 106.157/SP, Primeira Turma, de minha relatoria, DJe de 27/5/11).” (STF – AI: 790707 SP, Relator: Min. Dias Toffoli, Data de Julgamento: 19/12/2014, Data de Publicação: DJe-023 Divulg 03/02/2015 Public 04/02/2015).

Os atos infracionais não devem ser usados em desfavor do sentenciado. Consoante entendimento da Corte Especial, “*É firme a orientação deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que atos infracionais não podem ser considerados maus antecedentes para fins de majoração da pena-base.*” (STJ – HC: 249015 SP 2012/0150611-1, Relator: Ministra Laurita Vaz, Data de Julgamento: 16/04/2013, T5 – Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 23/04/2013).

Quanto à personalidade e à conduta social do acusado, igualmente carecem de fundamentos concretos que justifiquem a exasperação da reprimenda. Segundo leciona Ricardo Augusto Schmitt sobre

personalidade: “(...)trata-se de uma valoração da história pessoal de vida de cada pessoa, de sua índole, de seus antecedentes biopsicológicos herdados, de sua estrutura como pessoa, (...)” e sobre a conduta do agente: “(...) Trata-se do comportamento do agente no seio social, familiar e profissional. Revela-se por seu relacionamento no meio em que vive, tanto perante a comunidade, quanto perante sua família e seus colegas de trabalho.(...)”. Logo, na hipótese, não há qualquer elemento que indique que a personalidade do agente ou sua conduta social devem prejudicá-lo.

Sobre os motivos e as consequências do crime, igualmente inidôneas a fundamentações usadas pelo juiz singular. Isso porque o sentenciante valorou negativamente tais moduladoras com base, apenas, em aspectos genéricos inerentes ao próprio tipo penal, o que é inadmissível.

Igualmente não extrapolam o tipo penal as consequências do ilícito, porque o fato da conduta do acusado ter causado trauma psicológico nas vítimas, quiçá com sequelas irreversíveis é comum a qualquer tipo de infração penal.

As circunstâncias em que ocorreram a ação criminosa não se revelam relevantes, pois o crime ter acontecido em via pública, ainda que não seja inerente ao tipo penal, é insignificante para justificar o aumento da pena-base.

Diante do afastamento de todas as circunstâncias judiciais desfavoráveis, a pena-base deve ser fixada no mínimo legal, isto é, em 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase de cálculo da pena, mantenho o reconhecimento da agravante de reincidência, porque o acusado ostenta uma condenação em que já foi extinta a punibilidade por cumprimento da pena em 21/09/2012, nos autos n.0030740-11.2012.

A pena intermediária deve ser aumentada em 1/6 (um sexto), ou seja, em 8 (oito) meses e 1 (um) dia-multa, restando fixada em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, e 11 (onze) dias-multa.

Mais uma vez, inviável avançar da dosimetria.

Isso porque o julgador monocrático, depois de condenar o acusado nas sanções do art. 157, § 2º, inc. II, na forma do art. 14, inc. II, do Código Penal, incorreu em omissão ao deixar de aplicar a correspondente redução pela tentativa.

Desse modo, a melhor solução jurídica no presente julgamento é o parcial provimento do recurso defensivo, com a manutenção da condenação do apelante, a redução da pena-base para 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, redimensionamento da pena provisória para 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa e o reconhecimento da nulidade parcial da sentença no que se refere à terceira fase da dosimetria da pena.

b) Do delito de roubo qualificado tentado contra a vítima Paulo Sérgio França

No segundo crime de roubo qualificado tentado, a pena base foi fixada em 07 (sete) anos e reclusão e 150 (cento e cinquenta) dias-multas, pela consideração negativa das circunstâncias judiciais da culpabilidade, dos antecedentes criminais, da conduta social, da personalidade do agente, dos motivos, das circunstâncias e das consequências do crime.

Os mesmos fundamentos expostos no tópico acima, para afastamento das circunstâncias judiciais, devem ser aplicados nesta dosimetria, uma vez que o magistrado de instância singela exarou a mesma fundamentação quanto às moduladoras da culpabilidade, dos antecedentes criminais, da conduta social, da personalidade do agente, dos motivos e das consequências do crime.

No tocante às circunstâncias do delito, estas não se revestem de relevância, pois o crime ter acontecido no local de trabalho das vítimas, ainda que não seja inerente ao tipo penal, não se mostra apto para justificar o aumento da pena-base.

Tendo em vista que todas as circunstâncias judiciais foram afastadas, a pena-base deve ser fixada no mínimo legal, isto é, em 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase de cálculo da pena, mantenho o reconhecimento da agravante de reincidência, porque o acusado ostenta uma condenação em que já foi extinta a punibilidade por cumprimento da pena em 21/09/2012, nos autos n.0030740-11.2012.

Assim, a pena intermediária deve ser aumentada em 1/6 (um sexto), ou seja, em 8 (oito) meses e 1 (um) dia-multa, restando fixada em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, e 11 (onze) dias-multa.

Inviável avançar da dosimetria.

Isso porque o julgador monocrático, depois de condenar o acusado nas sanções do art. 157, §2º, inc. II, na forma do art. 14, inc. II, do Código Penal, incorreu em omissão ao deixar de aplicar a correspondente redução pela tentativa.

Desse modo, a melhor solução jurídica no presente julgamento é o parcial provimento do recurso defensivo, com a manutenção da condenação do apelante, a redução da pena-base para 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, redimensionamento da pena provisória para 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa e o reconhecimento da nulidade parcial da sentença no que se refere à terceira fase da dosimetria da pena.

Do crime continuado

Levando em consideração que o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, praticou dois crimes da mesma espécie, bem como pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, o delito subsequente será havido como continuação do primeiro, aplicando-se-lhe a pena do outro crime, a qual é idêntica, aumentada em 1/6 (um sexto).

Entretanto, diante da ausência de manifestação do magistrado *a quo* acerca do *quantum* de diminuição da reprimenda em razão da tentativa, postergo o cálculo definitivo da pena, para quando do retorno dos autos com a devida retificação.

c) Do delito de adulteração de sinal identificador de veículo automotor

Quanto ao crime disposto no art. 311 do CP, a pena-base foi fixada em 04 (quatro) anos e reclusão e 150 (cento e cinquenta) dias-multas, pela consideração negativa das circunstâncias judiciais da culpabilidade, dos antecedentes criminais, da conduta social, da personalidade do agente, dos motivos, das circunstâncias e das consequências do crime.

Os mesmos fundamentos utilizados na mesma explanação apresentada no tópico “a”, para afastamento das circunstâncias judiciais, devem ser aplicados nesta dosimetria, uma vez que o magistrado de instância singela exarou a mesma fundamentação quanto às moduladoras da culpabilidade, dos antecedentes criminais, da conduta social, da personalidade do agente, dos motivos, das circunstâncias e das consequências do crime.

Considerando, portanto, que todas as circunstâncias judiciais foram afastadas, a pena-base deve ser fixada no mínimo legal, isto é, em 3 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase de cálculo da pena, mantenho o reconhecimento da agravante de reincidência, porque o acusado ostenta uma condenação em que já foi extinta a punibilidade por cumprimento da pena em 21/09/2012, nos autos n.0030740-11.2012.

A pena intermediária deve ser aumentada em 1/6 (um sexto), ou seja, em 6 (seis) meses e 1 (um) dia-multa, restando fixada em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 11 (onze) dias-multa.

À míngua de causas de aumento ou de diminuição da pena, estabeleço a reprimenda definitiva em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 11 (onze) dias-multa.

Do concurso material

Em virtude do concurso material entre os delitos de roubo majorado e o crime de adulteração de sinal identificador de veículo automotor, deve haver a soma das penas privativas de liberdade, a qual fica prejudicada, pois sua fixação necessariamente remete ao quantitativo da pena corporal total a ser arbitrada ao delito de roubo qualificado tentado, que, como já dito, será feito quando do retorno dos autos com a devida retificação.

Da revogação de prisão preventiva

A defesa do acusado João Carlos Franco pede a expedição de alvará de soltura em favor dele, sob o argumento de que a segregação cautelar não se encontra devidamente fundamentada.

Segundo entendimento jurisprudencial das Cortes Superiores, resta inviável a libertação de réu que permaneceu preso durante toda a instrução criminal, se a defesa não logrou apresentar qualquer fato novo hábil a justificar a desnecessidade da medida excepcional, máxime porque a segregação é um dos efeitos da condenação. Vejamos.

“A orientação pacificada nesta Corte Superior é no sentido de que não há lógica em deferir ao condenado o direito de recorrer solto quando permaneceu preso durante a persecução criminal, se persistentes os motivos que ensejaram a segregação preventiva originária.” (STJ – RHC: 51781 MG 2014/0238064-0, Relator: Ministro Jorge Mussi, Data de Julgamento: 14/10/2014, T5 – Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 06/11/2014).

“Considerando que o réu permaneceu preso durante toda a instrução criminal, não se afigura plausível, ao contrário, revela-se um contrassenso jurídico, sobreindo sua condenação, colocá-lo em liberdade para aguardar o julgamento do apelo. IV – Habeas corpus denegado.” (STF – HC: 115752 SP, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 14/05/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-100 Divulg 27-05-2013 Public 28-05-2013)

Consoante restou demonstrado, não deve haver a absolvição do acusado pelos delitos narrados na exordial, de modo que, mantida a sua condenação, não há falar em revogação da prisão preventiva, mormente porque inexistente qualquer prova de que houve modificação nos motivos que ensejaram a medida excepcional.

Em parte com o parecer, dou parcial provimento aos recursos defensivos, para reduzir as penas-base dos apelantes, bem como para declarar a parcial nulidade da sentença recorrida, tão somente no que se refere à terceira fase da dosimetria da pena do delito de roubo qualificado tentado, determinando o retorno dos autos ao juízo de origem para o redimensionamento da pena corporal imposta e fixação do regime correspondente.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, em parte com o parecer, deram parcial provimento aos recursos defensivos.

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^a. Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 10 de dezembro de 2015.

Seção Criminal
Mandado de Segurança n. 1411742-08.2015.8.12.0000 – Ponta Porã
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – DIREITO DE VISITA AO CÔNJUGE PRESO – CERCEAMENTO – ILEGALIDADE CARACTERIZADA – CONCESSÃO.

O único fundamento exposto na decisão acima transcrita é o fato de a impetrante responder a outro processo criminal em que é imputada coautoria com o seu cônjuge, a quem pretende visitar no estabelecimento prisional, preso por novo delito cometido por este, em trâmite na Justiça Federal, consistente em contrabando de cigarros estrangeiros. Não há qualquer informação nos autos acerca de circunstância que demonstre concretamente a necessidade da referida restrição, como exige o art. 41, p. único da Lei de Execução Penal. Há que se ter em mente, não só o direito de visita do preso como meio de assegurar a sanidade psico-emocional, como também o direito da impetrante em ter o mínimo de contato com seu cônjuge, pois se a Justiça lhe concedeu a liberdade provisória por entender não oferecer risco à garantia da ordem pública, aplicação da lei penal ou conveniência da instrução criminal, é insensato que a cerceie totalmente dos laços familiares com seu esposo. Tal direito é assegurado, no art. 226 da CF. O cerceamento ao direito de visita da requerente constitui ato ilegal e deve ser sanado por meio do *writ*.

Contra o parecer, retifico a liminar e concedo a segurança para o fim de conceder à impetrante autorização para visitar seu esposo Acácio Marques Gonçalves, no estabelecimento prisional em que se encontra recolhido.

Comunique-se com urgência ao juiz da causa para as providências cabíveis.

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, conceder a segurança. Ausentes, por férias, o Des. Romero Osme Dias Lopes e o Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva; e justificadamente, o Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 9 de dezembro de 2015.

Des. Dorival Moreira dos Santos – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de mandado de segurança com pedido de liminar impetrado por Simone Cristina Maciel Brasilino Gonçalves contra ato do Juiz de Direito da 1ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Ponta Porã/MS.

Alega, em síntese, que há manifesta ilegalidade na decisão de primeiro grau consistente em negar à impetrante autorização para visitar seu esposo Acácio Marques Gonçalves, sob a fundamentação de que está sendo processada pela Justiça Federal por contrabando de cigarros estrangeiros. Sustenta que referida decisão não possui amparo legal e viola direitos do preso de contato familiar.

Requer a concessão da liminar a fim de que seja autorizada a exercer visitas ao encarcerado, e, no mérito, que se confirme tal decisão, determinando em caráter definitivo o exercício de visitas. Requer a concessão de benefícios da justiça gratuita.

Por decisão de fls. 42-43 foi indeferido o pedido liminar e requisitadas as informações, que foram prestadas as fls. 47-48.

Parecer da PGJ as fls. 50-54 pela denegação da segurança.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (Relator)

Trata-se de mandado de segurança com pedido de liminar impetrado por Simone Cristina Maciel Brasilino Gonçalves contra ato do Juiz de Direito da 1ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Ponta Porã/MS.

Alega, em síntese, que há manifesta ilegalidade na decisão de primeiro grau consistente em negar à impetrante autorização para visitar seu esposo Acácio Marques Gonçalves, sob a fundamentação de que está sendo processada pela Justiça Federal por contrabando de cigarros estrangeiros. Sustenta que referida decisão não possui amparo legal e viola direitos do preso de contato familiar.

Passo à análise do mérito do *mandamus*.

Dispõe o art. 41, X, da Lei n. 7.210/84:

“Art. 41 – Constituem direitos do preso:

(...)

X – visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados.”

A certidão de casamento está acostada a fl. 22 dos autos.

O magistrado singular informou as fls. 47-48:

“(...)

A impetrante foi presa em flagrante, juntamente com seu esposo, pela prática, em tese, dos delitos previstos nos artigos 334, 334-A e 288, do Código Penal, e art. 183, da Lei 9.472/97, em ação que tramita na 2ª Vara Federal desta comarca sob o n. 0001301-62.2015.4.03.6005, sendo concedida liberdade provisória mediante pagamento de fiança para ambos.

Posteriormente, o esposo da impetrante foi novamente preso em flagrante pela prática, em tese, do delito do art. 334-A, do Código Penal, sendo a prisão em flagrante convertida em preventiva nos autos n. 0001835-06.2015.403.6005 também em tramite na 2ª Vara Federal desta comarca.

Nos termos da Portaria n. 1/2010 da Agepen, que regulamenta o direito de visitas, consta que o pretendente à visitante envolvido em processo judicial criminal, além de obedecer os critérios previstos nos incisos do §3º do artigo 5º, sempre dependerá de prévia autorização judicial, o que torna o exaurimento da via administrativa desnecessário no caso vertente.

No mérito, o pedido da requerente foi indeferido, porque não condiz com o interesse da administração penitenciária, além de constituir risco à instrução da ação penal em curso instaurada contra eles.

Além disso, a requerente também está sendo processada pela Justiça Federal por contrabando de cigarros estrangeiros, de modo que a visita deve ser indeferida para garantir a efetividade da ação penal e resguardar a instrução processual, muito embora o preso Acácio Marques Gonçalves esteja preso no auto de prisão em flagrante n. 0001835-06.2015.403.6005, a requerente e seu esposo, ainda que em liberdade provisória, foram presos em flagrante nos autos n. 0001301-62.2015.403.6005.

Assim, para garantia e a efetividade da ação penal e resguardar a instrução processual nos autos L 0001301-62.2015.403.6005 o requerimento de visita foi indeferido.

É certo que o direito de convivência familiar do preso, assegurado pelo direito de visita, não é absoluto, devendo atender ao interesse da administração da justiça, o que, no caso, estaria prejudicado caso a impetrante visitasse o reeducando. Note-se que não se está subtraindo totalmente o direito em questão, na medida em que o reeducando poderá ser visitado por seus filhos e demais parentes mais próximos.”

O único fundamento exposto na decisão acima transcrita é o fato de a impetrante responder a outro processo criminal em que é imputada coautoria com o seu cônjuge, a quem pretende visitar no Estabelecimento Prisional, preso por novo delito cometido por este, em trâmite na Justiça Federal, consistente em contrabando de cigarros estrangeiros.

Não há qualquer informação nos autos acerca de circunstância que demonstre concretamente a necessidade da referida restrição, como exige o art. 41, p. único da Lei de Execução Penal. Atendo-se o juízo a quo a fundamentar abstratamente na “garantia e a efetividade da ação penal e resguardar a instrução processual nos autos n. 0001301-62.2015.403.6005”.

O direito de visitas é um:

“desdobramento do direito de liberdade. Só há se falar em direito de visitas porque a liberdade do apenado encontra-se tolhida. Decisão do juízo das execuções que, ao indeferir o pedido de visitas formulado, repercute na esfera de liberdade, porquanto agrava, ainda mais, o grau de restrição da liberdade do paciente. Eventuais erros por parte do Estado ao promover a execução da pena podem e devem ser sanados via habeas corpus, sob pena de, ao fim do cumprimento da pena, não restar alcançado o objetivo de reinserção eficaz do apenado em seu seio familiar e social. (...) A Constituição Federal de 1988 tem como um de seus princípios norteadores o da humanidade, sendo vedadas as penas de morte, salvo em caso de guerra declarada (nos termos do art. 84, XIX), de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis (CF, art. 5º, XLVII). Prevê, ainda, ser assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral (CF, art. 5º, XLIX). É fato que a pena assume o caráter de prevenção e retribuição ao mal causado. Por outro lado, não se pode olvidar seu necessário caráter ressocializador, devendo o Estado preocupar-se, portanto, em recuperar o apenado. Assim, é que dispõe o art. 10 da lei de Execução Penal ser dever do Estado a assistência ao preso e ao internado, objetivando prevenir o crime e orientar o

retorno à convivência em sociedade. Aliás, o direito do preso receber visitas do cônjuge, da companheira, de parentes e de amigos está assegurado expressamente pela própria lei (art. 41, X), sobretudo com o escopo de buscar a almejada ressocialização e reeducação do apenado que, cedo ou tarde, retornará ao convívio familiar e social. Nem se diga que o paciente não faz jus à visita dos filhos por se tratar de local impróprio, podendo trazer prejuízos à formação psíquica dos menores. De fato, é público e notório o total desajuste do sistema carcerário brasileiro à programação prevista pela lei de Execução Penal. Todavia, levando-se em conta a almejada ressocialização e partindo-se da premissa de que o convívio familiar é salutar para a perseguição desse fim, cabe ao Poder Público propiciar meios para que o apenado possa receber visitas, inclusive dos filhos e enteados, em ambiente minimamente aceitável, preparado para tanto e que não coloque em risco a integridade física e psíquica dos visitantes. (HC 107701/RS – Rio Grande Do Sul – Habeas Corpus – Relator(a): Min. Gilmar Mendes Julgamento: 13/09/2011 Órgão Julgador: Segunda Turma)

Há que se ter em mente, não só o direito de visita do preso como meio de assegurar a sanidade psico-emocional, como também o direito da impetrante em ter o mínimo de contato com seu cônjuge, pois se a Justiça lhe concedeu a liberdade provisória por entender não oferecer risco à garantia da ordem pública, aplicação da lei penal ou conveniência da instrução criminal, é insensato que a cerceie totalmente dos laços familiares com seu esposo. Tal direito é assegurado, no art. 226 da CF:

“Art. 226 – A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”

O cerceamento ao direito de visita da requerente constitui ato ilegal e deve ser sanado por meio do *writ*.

Assim já decidiu esta Corte:

AGRAVO EM EXECUÇÃO – AGRAVANTE SEGREGADA – DIREITO DE VISITA AO CÔNJUGE PRESO – EMISSÃO CARTEIRA DE VISITAS – POSSIBILIDADE – RECURSO PROVIDO. (Relator(a): Des. Ruy Celso Barbosa Florence; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 2ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 23/02/2015; Data de registro: 16/03/2015)

AGRAVO EM EXECUÇÃO – PRETENDIDA VISITAÇÃO DO CONVIVENTE QUE SE ENCONTRA PRESO EM ESTABELECIMENTO PENAL – POSSIBILIDADE – AGRAVO PROVIDO. Ainda que tenha sido negado o direito da agravante em visitar seu convivente no presídio, porque teria tentado ingressar no estabelecimento penal com um chip de celular, essa penalidade não deve ser eternizada, sob pena de ferir frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana. É proporcional e razoável a penalidade de impedir a agravante de visitar no período durante sete meses em face dessa falta, porém, mais tempo seria desproporcional e desarrazoado [sic] e causaria efeitos que confrontam as finalidades da pena. Agravo provido. (Relator(a): Des. Romero Osme Dias Lopes; Comarca: Dourados; Órgão julgador: 1ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 07/07/2015; Data de registro: 28/07/2015)

Contra o parecer, retifico a liminar e concedo a segurança para o fim de conceder à impetrante autorização para visitar seu esposo Acácio Marques Gonçalves, no estabelecimento prisional em que se encontra recolhido.

Comunique-se com urgência ao juiz da causa para as providências cabíveis.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, concederam a segurança. Ausentes, por férias, o des. Romero Osme Dias Lopes e o Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva; e justificadamente, o Des. Carlos Eduardo Contar.

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, Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 09 de dezembro de 2015.

Seção Criminal
Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0041532-87.2013.8.12.0001/50000
Campo Grande
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE – TRÁFICO DE DROGAS – PRIVILÉGIO DO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS – APLICADO – CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ARTIGO 40, INCISO III, DA LEI ANTITÓXICOS – NÃO INCIDÊNCIA – AGENTE QUE SE UTILIZAVA DO TRANSPORTE PÚBLICO PARA MERO DESLOCAMENTO DA DROGA – REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA – INCABÍVEL – SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – RESPEITO AO SISTEMA TRIFÁSICO DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E AO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL – QUANTIDADE DE DROGA QUE RECOMENDA O REGIME PRISIONAL SEMIABERTO E IMPOSSIBILITA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – INFRINGENTES PARCIALMENTE PROVIDOS.

Impõe-se o reconhecimento da redutora do tráfico privilegiado se o agente é primário, portador de bons antecedentes, e não há indicativos ou provas concretas de que se dedique às atividades criminosas ou integre organização criminosa. A quantidade de entorpecente apreendido (15.400g de maconha), embora relativamente expressiva, não se mostra, por si só, suficiente para a dedução de que o embargante seja integrante de organização voltada ao tráfico ou, ainda, que se dedique a esse tipo de atividade, mormente porque não há evidências concretas nesse sentido.

O simples fato de o réu transportar a droga em um ônibus não tem o condão, por si só, de fazer incidir a causa de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso III, da Lei n. 11.343/06. É necessário que o agente se utilize desse transporte público para nele difundir, usar ou comercializar entorpecentes, atingindo maior número de pessoas, o que não aconteceu no caso em epígrafe.

É cediço nas Cortes Superiores que a imposição da pena-base no mínimo legal, como se afigura no presente caso, impede a aplicação de atenuantes para reduzir a sanção abaixo do mínimo legal, consoante entendimento expresso na Súmula 231 do e. STJ. Ou seja, não pode o magistrado ultrapassar as balizas mínima e máxima previstas no tipo penal, sob pena de violação ao princípio da reserva legal e ao sistema trifásico de individualização da pena, que só permite tal operação na terceira fase da dosimetria, onde são consideradas as causas de aumento e de diminuição de pena.

Embora a pena definitiva tenha sido fixada um pouco abaixo de 04 anos de reclusão, a quantidade de droga apreendida (15,400kg de maconha) evidencia que o regime prisional semiaberto é o mais adequado à reprovação do delito, sendo incabível, pela mesma razão, a substituição da reprimenda por restritivas de direitos.

Infringentes parcialmente providos.

Em parte 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, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencidos, parcialmente, os Des. Manoel e Ruy Celso e, no todo, os Des. Luiz Gonzaga e Contar, em parte com o parecer.

Campo Grande, 21 de outubro de 2015.

Des. Francisco Gerardo de Sousa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Vistos, etc.

Trata-se de embargos infringentes opostos por Antônio Roberto Batista Vianna, em face do acórdão proferido pela 2ª Câmara Criminal deste e. Tribunal de Justiça, que, por maioria, nos termos do voto proferido pelo e. Des. Carlos Eduardo Contar, negou provimento ao apelo defensivo, mantendo incólume a sentença que condenou o embargante à pena de 05 anos e 11 meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 592 dias-multa.

Em suas razões recursais (págs. 02/23), o embargante objetiva a prevalência do voto dissidente, proferido pelo e. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, que deu parcial provimento ao recurso de apelação, para reconhecer a redutora do tráfico privilegiado (artigo 33, § 4º, da lei n. 11.343/06), aplicando-a no patamar de 1/4, bem como para expurgar a majorante relativa ao tráfico em transporte público (artigo 40, III, da Lei n. 11.343/06), redimensionando a pena definitiva para 03 anos, 04 meses e 15 dias de reclusão, em regime prisional aberto, a qual restou substituída por restritivas de direito, e ao pagamento de 337 dias-multa.

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e improvimento dos infringentes (págs. 27/37).

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (Relator)

Trata-se de embargos infringentes opostos por Antônio Roberto Batista Vianna, em face do acórdão proferido pela 2ª Câmara Criminal deste e. Tribunal de Justiça, que, por maioria, nos termos do voto proferido pelo e. Des. Carlos Eduardo Contar, negou provimento ao apelo defensivo, mantendo incólume a sentença que condenou o embargante à pena de 05 anos e 11 meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 592 dias-multa.

Em suas razões recursais (págs. 02/23), o embargante objetiva a prevalência do voto dissidente, proferido pelo e. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, que deu parcial provimento ao recurso de apelação, para reconhecer a redutora do tráfico privilegiado (artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06), aplicando-a no patamar de 1/4, bem como para expurgar a majorante relativa ao tráfico em transporte público (artigo 40, III, da Lei n. 11.343/06), redimensionando a pena definitiva para 03 anos, 04 meses e 15 dias de reclusão, em regime prisional aberto, a qual restou substituída por restritivas de direito, e ao pagamento de 337 dias-multa.

Pois bem. Os embargos infringentes são tempestivos e preenchem os demais pressupostos de admissibilidade, devendo ser conhecidos.

Quanto ao mérito, a matéria objeto de divergência consiste em saber se, na hipótese, devem incidir a redutora do tráfico privilegiado e a majorante relativa ao transporte público, bem como se é cabível a redução da pena aquém do mínimo legal em razão da atenuante da confissão espontânea, a aplicação do regime prisional aberto e a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

No voto condutor do r. acórdão embargado, o e. Des. Carlos Eduardo Contar deixou de reconhecer a minorante do tráfico privilegiado e manteve a incidência causa de aumento de pena do tráfico em transporte público, nos seguintes termos:

“(...) A causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei n.º 11.343/06, deve ser mantida, pois o acusado foi preso em flagrante quando transportava a droga no ônibus da viação “Andorinha” (f. 34).

Nesse passo, a repressão mais severa àqueles que cometem a infração em meios de transporte coletivo, na modalidade típica “transportar”, legitima-se em virtude da maior dificuldade que a fiscalização terá para individualizar o proprietário da droga.

Sobre o assunto, colhe-se na jurisprudência:

“Se a ré trazia consigo substância entorpecente para fins de traficância, dentro de ônibus intermunicipal, caracterizada está a causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei n.º 11.343/06, tendo em vista se tratar de transporte público coletivo.”¹

Sem sorte ainda quanto ao pleito de aplicação da diminuta do art. 33, § 4º, da lei n.º 11.343/06, pois a prova demonstra que o acusado senão integra organização criminosa ao menos contribui com a mesma.

No caso em apreço, ainda que não se possa determinar qual organização ou quem a integraria – pelo simples fato de não se ter alcançado toda a estrutura do tráfico, algo quase sempre impossível – tendo em vista a enorme quantidade de droga transportada, evidenciando convergência de vontades, esforços e divisão de tarefas na consecução da prática delitiva, torna-se inviável a aplicação da diminuta.

Nesse sentido o TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO vem se manifestando reiteradamente:

“PENAL – PROCESSO PENAL – TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES – (...) – CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA – § 4º, DO ARTIGO 33, DA LEI Nº 11.343/06 – INAPLICABILIDADE – AUTORA INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – RECURSO DA DEFESA DESPROVIDO – RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROVIDO.

(...)

5. No que pertine à norma do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, tenho entendido que tal benesse concedida pelo legislador deve ficar restrita - quando presentes todos os requisitos legais - a casos excepcionais, de menor gravidade, ou seja, pequenos traficantes, atuantes no mercado doméstico, envolvendo entorpecentes que se possam caracterizar, em princípio, como menos lesivos, e nunca a pessoas atuantes no tráfico internacional de drogas.

1 TJMG, Ap 1.0334.07.012710-8/0011, Itapajipe, 5ª Câm. Crim., rel. Des. Hélio Valentim, j. 29/04/2008.

6. Tal benefício, a rigor, não é cabível, considerando, sobretudo, a natureza do entorpecente (cocaína), de notória lesividade, bem como a quantidade, e o fato da apelante, no mínimo, estar colaborando diretamente com as atividades de organização criminosa voltada para a mercancia ilícita de drogas.

7. A apelante, de forma habitual ou não, dedicava-se à atividade criminosa de tráfico de entorpecentes, participando, como transportadora da droga, de esquema criminoso voltado para o comércio ilícito de entorpecentes, impossibilitando a aplicação do benefício legal previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06. Nesta trilha já decidiu o Tribunal Regional Federal da 3ª Região que: “(...) Incabível a aplicação do art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06, frente às circunstâncias que norteiam a prática delitiva, a natureza e a grande quantidade de droga apreendida, bem como diante as declarações do réu, que seguramente transportava a droga por conta e ordem de organização criminosa, exercendo a função de mula’.”² (Destques não originais)

“PENAL – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS – APLICAÇÃO DO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006 – DELAÇÃO PREMIADA NÃO CONFIGURADA - (...) - APELAÇÃO IMPROVIDA.

(...)

4 - Sobre a dosimetria da pena, a benesse referente à causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 prevê uma redução de 1/6 a 2/3 para o agente que seja primário, possua bons antecedentes e não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

5 - Muito embora não haja registro de que a ré possua maus antecedentes, tampouco que não seja primária, as circunstâncias com que se desenvolveu o tráfico e seus atos preparatórios demonstram que colaborou, ao menos nesse evento delitivo, como um membro da alguma organização criminosa, cabendo a ela, com total consciência da gravidade de sua conduta, a responsabilidade pelo transporte de considerável quantidade de cocaína de um país para o outro, contribuindo para o êxito da organização dedicada ao tráfico de entorpecentes, mormente por se tratar de tráfico transcontinental, que, por óbvio, exige maior elaboração.

6 - Vale dizer, que a quantidade e o tipo de droga traficada também são indicativos de uma maior ou menor cooperação com a organização criminosa, tendo em vista a natureza da droga traficada, que, sob o ponto de vista da potencialidade lesiva, oferece maior nocividade à saúde pública, devendo ser sopesada quando da formação de um juízo de valoração da benesse prevista em Lei.”³ (Destques não originais)

O regime prisional permanecerá o fechado, eis que as peculiaridades do caso concreto recomendam a imposição de regime mais gravoso para reprovação do crime praticado.

Por fim, incabível a substituição da pena corporal em razão do quantum da pena imposta (art. 44, I, do Código Penal). (...)”

Por seu turno, o e. Des. Ruy Celso Barbosa Florence reconheceu o privilégio da eventualidade e afastou a majorante do tráfico em transporte público, sendo que, após nova dosimetria, alterou o regime prisional para o aberto e substituiu a pena corporal por restritivas de direito. Eis o teor da divergência:

2 Ap 34.277, rel. Des. Fed. Ramza Tartuce Gomes da Silva; DEJF 07/08/2009; Pág. 198.

3 Ap 33.560, rel. Des. Fed. Luís Paulo Cotrim Guimarães; DEJF 29/05/2009, pág. 507.

“(...) Em que pese memorável o posicionamento, vou divergir para prover parcialmente o recurso.

Inicialmente, a fim de que seja reconhecida em favor do apelante a causa especial de diminuição da pena relativa à eventualidade do tráfico de entorpecentes.

Ora, é consabido que “ninguém pode ser condenado a partir de meros indícios, senão que a presunção de inocência exige prova robusta para um decreto condenatório. Pensar o contrário significa desprezar o sistema de direitos e garantias previstos na Constituição, bem como situar-se na contramão da evolução do processo penal” (LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013).

Também não é novidade que o decreto de condenação impõe, como imperativo ético-legal, a plena convicção (e não qualquer convicção). Ou seja, somente prova hábil, séria, definitiva, incontestável, destruidora de todas as hipóteses defensivas tem o condão de abalar o primado da inocência. (Apelação Crime Nº 70049217607, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 04/07/2012) (destaquei).

Tais diretrizes orientam todos aspectos da condenação, inclusive a dosimetria da pena.

Nesse diapasão, sendo o réu primário, com bons antecedentes, e não havendo prova alguma de que se dedique a atividades ilícitas ou integre organização criminosa, faz ele 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.

Com efeito, a quantidade de droga em si mesma, no caso concreto, não é circunstância suficiente para demonstrar que o recorrente seja integrante de organização criminosa, já que transportava 15 Kg de maconha precariamente dentro de ônibus, valendo-se de simples mala que estava no compartimento externo de bagagem, sobressaindo do modus operandi a absoluta falta de estrutura e suporte na empreitada, indicando que a incursão do apelante na seara delitativa 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.

Nesse contexto de extremas incertezas sobre a alegada integração em organização criminosa ou acerca de dedicação a atividades ilícitas, deve prevalecer a regra do in dubio pro reo e o princípio da presunção de inocência, sobre os quais são percucientes os ensinamentos do já citado Aury Lopes Júnior:

*(...) A presunção de inocência afeta, diretamente, a carga da prova (**inteiramente do acusador**), diante da imposição do in dubio pro reo); (...)*

Em suma: a presunção de inocência impõe verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele.

*Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto – primeiramente – ao juiz – determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, **se o réu é inocente, não precisa provar nada**) e que a dívida conduza inexoravelmente à absolvição; (...)*” (LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 226-230)

*Destaco que a minorante não pode ser afastada pela contribuição do “mula do tráfico” à organização criminosa, já que a lei, além de ser expressa⁴ sobre a indispensável integração na *societas sceleris*, objetivou justamente recuperar o status de ser humano dessa pessoa que foi transformada em objeto pelo tráfico, amainando-lhe a punição.*

*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.*

De seu turno, é inviável a incidência da majorante do art. 40, III, da Lei 11.343/06 ao caso do apelante, uma vez que a droga apreendida encontrava-se no bagageiro do ônibus.

Ora, referido dispositivo alcança a conduta caracterizada pelo oferecimento da droga para consumo de terceiros que estejam ocupando o transporte público, utilizando-se deste meio para disseminar mais facilmente o entorpecente, o que não se coaduna com a hipótese dos autos, em que o réu simplesmente se valeu do ônibus interestadual para se deslocar de um local para outro, mas sem intenção de comercializar o entorpecente dentro do transporte público (nesse sentido: TJMS - Primeira Turma Criminal, Apelação Criminal n. 2010.031749-4, Relatora Des^a Marilza Lúcia Fortes, j. 14.12.2010; Segunda Turma Criminal, Apelação Criminal n. 0010563-23.2012.8.12.0002, minha Relatoria, j. 15.7.2013; Seção Criminal, Revisão Criminal n. 2009.029907-5, Relator Des. Dorival Moreira dos Santos, j. 16.6.2010, dentre outros).

Entender que o simples fato de alguém ser preso transportando entorpecente em transporte público é suficiente para majorar a pena implicaria valoração discriminatória aos hipossuficientes, sem nenhuma razão substancial plausível, pois o agente que transportar drogas de automóvel particular, por ter condições financeiras de realizar a conduta com meios próprios, terá pena menor do que aquele que o faz por transporte público em decorrência da respectiva pobreza.

Outrossim, destaco que o posicionamento em sentido contrário vem sendo duramente rechaçado pelas Cortes Superiores.

Veja-se o que recentemente decidiu o Supremo Tribunal Federal:

EMENTA HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. APLICAÇÃO DO ARTIGO 40, INCISO III, DA LEI 11.343/2006. ORDEM CONCEDIDA. 1. A aplicação da causa de aumento de pena prevista no inciso III do artigo 40 da Lei 11.343/2006 visa a punir com maior rigor a distribuição de drogas nas dependências ou imediações de determinados locais, como escolas, hospitais, teatros, unidades de tratamento de dependentes e transportes públicos, entre outros. 2. A mera utilização de transporte público para o carregamento da droga não induz à aplicação da causa de aumento do inciso III do artigo 40 da Lei 11.343/2006. 3. Ordem de habeas corpus concedida para afastar a majorante prevista no artigo 40, III, da Lei 11.343/2006, com o restabelecimento do acórdão do Tribunal Regional Federal da 3^a Região no tópico. (STF HC 122258, Relator(a): Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 19/08/2014, Processo Eletrônico Dje-169 Divulg 01-09-2014 PUBLIC 02-09-2014).

Conferir também: (HC 109538, Relator(a): Min. Luiz Fux, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 15/05/2012, Processo Eletrônico Dje-211 divulg 25-10-2012 public 26-10-2012, constante do Informativo STF n. 666, de 14 a 18 de maio de 2012).

⁴ No direito penal é vedada a interpretação ampliativa *in malam partem*.

E, na mesma vertente, o Superior Tribunal de Justiça, em seu informativo de n. 543, assim publicou:

DIREITO PENAL. UTILIZAÇÃO DE TRANSPORTE PÚBLICO PARA CONDUZIR DROGA ILÍCITA. O simples fato de o agente utilizar-se de transporte público para conduzir a droga não atrai a incidência da majorante prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas (11.343/2006), que deve ser aplicada somente quando constatada a efetiva comercialização da substância em seu interior. Precedente citado do STJ: REsp 1.345.827-AC, Quinta Turma, DJe 27/3/2014. Precedentes citados do STF: HC 119.782-MS, Primeira Turma, DJe 3/2/2014; e HC 115.815-PR, Segunda Turma, DJe 28.8.2013. AgRg no REsp 1.295.786-MS, Rel. Min. Regina Helena Costa, julgado em 18/6/2014 (Vide Informativo n. 481).

Logo, é imperativo o decote de causa de aumento na hipótese dos autos.

Aplicada na sentença a atenuante da confissão espontânea, deve esta ser levada a efeito ainda que implique na redução aquém do mínimo abstrato.

Não negando conhecimento aos entendimentos divergentes, filio-me à corrente que reconhece tal possibilidade, recebendo o aval da mais abalizada doutrina, como a de Cezar Roberto Bitencourt, que afirma:

O entendimento contrário à redução da pena para aquém do mínimo cominado partia de uma interpretação equivocada, que a dicção do atual art. 65 do Código Penal não autoriza. Com efeito esse dispositivo determina que as circunstâncias atenuantes “sempre atenuam a pena”, independentemente de já se encontrar no mínimo cominado. É irretocável a afirmação de Carlos Canibal quando, referindo-se ao art. 65, destaca que “se trata de norma cogente por dispor o Código Penal que ‘são circunstâncias que sempre atenuam a pena’ ... e prossegue Canibal norma cogente em direito penal é norma de ordem pública, máxime quando se trata de individualização constitucional de pena”. A previsão legal, definitivamente, não deixa qualquer dúvida sobre a obrigatoriedade, e eventual interpretação diversa viola não apenas o princípio da individualização da pena (tanto no plano legislativo quanto judicial) como também o princípio da legalidade estrita.

(...)

Por fim, e a conclusão é inarredável, a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, venia concedida, carece de adequado fundamento jurídico, afrontando inclusive, os princípios da individualização da pena e da legalidade estrita (Tratado de Direito Penal Parte Geral, 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 765-768).

Essa Câmara já se manifestou favorável a este posicionamento, como se observa no seguinte acórdão de minha relatoria:

APELAÇÃO CRIMINAL - RECLUSÃO - RECEPÇÃO - PENA-BASE - FIXAÇÃO ACIMA DO PISO SANCIONATÓRIO - CULPABILIDADE INERENTE AO DELITO - REDUÇÃO AO MÍNIMO LEGAL - PRESENÇA DE ATENUANTES - POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO AQUÉM DO MÍNIMO ABSTRATO PREVISTO PARA O DELITO - INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL. RECURSO PROVIDO.

A culpabilidade do agente que recebe a coisa sabendo de sua origem ilícita é inerente ao crime de receptação e não merece maior grau de censura por parte do julgador na avaliação das circunstâncias judiciais, e na ausência de outras ocorrências que justifiquem a exasperação, a pena-base deve ser fixada no mínimo legal.

O art. 65 do Código Penal traz rol de circunstâncias que sempre atenuam a pena, de modo que não há falar em limitação à diminuição da pena aquém do mínimo abstrato previsto

para o delito se o réu confessou a prática delituosa. (Des. Ruy Celso Barbosa Florence. 2ª Câmara Criminal. Proc. nº 0000033-88.2007.8.12.0016 (2012.017165-0). 7/11/2012)

Dessarte, feitas essas considerações, passo a recalcular a sanção.

Tráfico Eventual de Entorpecentes – Antonio Roberto Batista Vianna.

Primeira fase: Deslocada para a terceira etapa do cálculo penal a reprovação relativa à quantidade e natureza da droga apreendida, a pena-base deve ser reduzida ao mínimo legal de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Segunda fase: Pela atenuante da confissão espontânea, reduzo a pena para 4 anos e 6 meses de reclusão e 450 dias-multa.

Terceira fase: Sendo julgado procedente o pedido defensivo de aplicação da minorante da eventualidade do tráfico de entorpecentes (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06) e afastamento da majorante relativa ao uso de transporte público (art. 40, III, da mesma Lei) reduzo a sanção em 1/4, ponderada a quantidade e natureza da droga apreendida (pouco mais de 15 Kg de maconha), o que, à míngua de outras moduladoras incidentes, resulta na pena definitiva de 3 anos, 4 meses e 15 dias de reclusão e 337 dias-multa.

Sopesadas as circunstâncias judiciais favoráveis e se tratando de réu primário condenado à pena privativa de liberdade inferior a 4 anos de reclusão, abrando o regime inicial ao aberto, conforme as diretrizes do art. 33 do Código Penal e dos enunciados sumulares 440, do Superior Tribunal de Justiça⁵, assim como 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal⁶.

Pelos mesmos motivos, considero preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, de modo que converto a corporal em duas restritivas de direitos a serem fixadas pelo juízo da execução penal. (...)

A Defesa postula a prevalência deste entendimento.

Pois bem. A pretensão defensiva comporta parcial acolhimento.

a) Do privilégio do tráfico de drogas.

É cediço que, para a consideração do benefício encartado no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06, denominado de “tráfico privilegiado”, é imprescindível que estejam presentes, cumulativamente, quatro requisitos elencados no mencionado dispositivo, quais sejam: a) ser o agente primário; b) portador de bons antecedentes; c) não se dedicar às atividades criminosas e d) não integrar organização criminosa.

Nesse sentido, dispõe o mencionado dispositivo, verbis:

“Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

(...)

5 STJ, En. Sum. 440 - Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

6 STF, En. Sum. 718 – A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

STF, En. Sum. 719 – A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução nº 5, de 2012).”

No caso em epígrafe, observa-se que estão preenchidos os requisitos necessários ao reconhecimento da redutora do tráfico privilegiado, na medida em que o réu é primário, portador de bons antecedentes e não há nos autos provas concretas de que se dedique às atividades criminosas ou integre organização criminosa.

Com efeito, a dinâmica dos fatos retratada neste caderno processual, evidenciada pelos depoimentos dos policiais militares que realizaram o flagrante e pela confissão judicial do recorrente, dá conta, apenas, de que este foi flagrado transportando o entorpecente apreendido, não se sabendo, ao certo, para onde ou mesmo para quem.

Ao ser interrogado na fase judicial, o embargante confessou a prática criminosa, afirmando que foi contratado nesta Capital para transportar a referida droga até a cidade de Corumbá, serviço pelo qual receberia a quantia de R\$1.500,00 (mil e quinhentos reais). (págs. 88/89 – arquivo de áudio),

Além disso, a quantidade de entorpecente apreendido (15,400Kg de maconha), embora relativamente expressiva, não se mostra, por si só, suficiente para a dedução de que seja integrante de organização criminosa voltada ao tráfico ou, ainda, que se dedique a esse tipo de atividade, mormente porque não há evidências concretas nesse sentido.

A propósito, colho trecho do voto proferido pelo e. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, nos autos de n. 0000858-32.2013.8.12.0045, Julgado em 01.12.2014:

“(...) É incabível, nesse átimo, pretender-se afastar a causa de diminuição do tráfico eventual, como no caso, com base em meras suposições, conjecturas ou ilações incompatíveis com o juízo de certeza que constitui, sob o império do princípio da presunção de inocência, a base ética inafastável de qualquer aspecto de uma condenação (...)”.

Diante desse quadro, o que de fato se tem nos autos é que o recorrente preenche todos os requisitos exigidos por lei, pois é primário, não possui antecedentes maculados e, repita-se, não existem provas de que se dedique às atividades criminosas ou integre organização criminosa, o que torna forçoso o reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado, prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas.

Neste sentido são os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci⁷:

“(...) aquele que cometer o delito previsto no art. 33, caput, ou §1º, se for primário (indivíduo que não é reincidente, vale dizer, não cometeu outro delito, após ter sido definitivamente condenado por crime anterior, no prazo de cinco anos, conforme arts. 63 e 64 do Código Penal) e tiver bons antecedentes (sujeito que não ostenta condenações definitivas anteriores), não se dedicando às atividades criminosas nem integrando organização criminosa, pode valer-se de pena mais branda. Estranha é a previsão a respeito de não se dedicar às atividades criminosas, pois não diz nada. Na norma do §4º, para que possa aplicar a diminuição de 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 organização criminosa. Pode o agente ser primário e de bons antecedentes, mas já tomar parte em quadrilha ou bando”.

⁷ Lei Penais e Processuais Penais Comentadas. 4. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 361.

No mesmo átimo, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 200.898, Quinta Turma, rel. Min. Jorge Mussi, j. 14/2/2012, exarou o seguinte entendimento, *verbis*:

“Revela-se ilegal a não aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da lei n.º 11.343/06 ao condenado primário e sem antecedentes criminais, surpreendido na posse de 24,7 g (vinte e quatro gramas e sete decigramas) de cocaína – quando a Corte a quo, com base na conduta criminosa que lhe foi atribuída e pela qual findou condenado e com fundamento em indícios, concluiu que fizesse da traficância sua profissão, sob pena de considerar toda e qualquer ação descrita no núcleo do tipo do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 uma situação incompatível com a aplicação da minorante em questão.”

A jurisprudência desta Corte é no mesmo sentido:

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – TRÁFICO DE DROGAS (ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06) – PRIVILÉGIO DO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS – APLICÁVEL – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS – QUANTIDADE DE DROGA UTILIZADA APENAS NA ÚLTIMA FASE DA DOSIMETRIA PARA AFERIÇÃO DO QUANTUM DE INCIDÊNCIA DA REDUTORA – PRECEDENTES DO STF – APLICADA EM 1/2 (METADE) – PENA-BASE REDUZIDA AO MÍNIMO – PRETENSÃO QUE VISA SEJA AFASTADA A HEDIONDEZ DELITIVA – PRIVILÉGIO QUE NÃO AFASTA O CARÁTER HEDIONDO – EQUIPARAÇÃO CONSTITUCIONAL – CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ARTIGO 40, INCISO V, DA LEI DE DROGAS (INTERESTADUALIDADE) – DESNECESSIDADE DA EFETIVA TRANSPOSIÇÃO DE FRONTEIRA – DROGA QUE COMPROVADAMENTE POSSUÍA COMO DESTINO OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO – REGIME PRISIONAL ALTERADO PARA O SEMIABERTO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL NÃO CABÍVEL – SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA NÃO AUTORIZADA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Impõe-se o reconhecimento da redutora do tráfico privilegiado, prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, porquanto a apelante preenche todos os requisitos estabelecidos em lei, na medida em que é primária, não possui antecedentes maculados, além de não haver provas nos autos de que esta se dedica às atividades criminosas ou integra organização criminosa. Assim, a referida moduladora deve incidir no patamar de 1/2 (metade), em face da quantidade considerável de droga apreendida em posse da apelante (artigo 42 da Lei n. 11.343/06). Deve ser pontuado, neste particular, que o e. STF consolidou o entendimento de que a consideração da circunstância judicial da natureza e quantidade de droga, tanto para exasperar a pena-base, na primeira fase da dosimetria, quanto para reduzir o quantum de incidência da minorante do tráfico privilegiado, na última etapa da fixação da pena, resulta em bis in idem, pois importa em dupla valoração da mesma circunstância em momentos distintos da individualização da pena. (STF: HC n.º 112.776/MS e n.º 109.193/MS). Destarte, como na hipótese dos autos foi reconhecida a redutora do tráfico privilegiado, tenho por bem reduzir a pena-base ao mínimo legal, embora pese em desfavor da apelante a quantidade de droga apreendida, a qual foi utilizada apenas na última fase da dosimetria, para sopesar o quantum de incidência da referida redutora no patamar intermediário.

(...)

7. Recurso parcialmente provido, para reconhecer a redutora do tráfico privilegiado no patamar de 1/2, bem como para alterar o regime inicial de cumprimento de pena para o semiaberto. (TJMS; Apelação Criminal n. 0003683-51.2013.8.12.0011 – Coxim, Rel. Des. Francisco Gerardo de Sousa, 3ª Câmara Criminal, Julgado em 13.03.2015).

Dessa forma, entendo que a causa de diminuição de pena referente ao tráfico privilegiado deve ser reconhecida em favor do embargante no patamar de 1/4, nos termos do voto do e. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

b) Da majorante prevista no artigo 40, III, da Lei de Drogas.

Neste particular, a pretensão defensiva também comporta provimento.

Isso porque a aludida causa de aumento não visa punir o traficante por simplesmente se utilizar do transporte coletivo em posse do entorpecente, mas sim quem se aproveita dessa circunstância para atingir um maior número de pessoas com o efetivo exercício da atividade criminosa.

A redação do mencionado dispositivo é clara nesse sentido. Confira-se:

“Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;”. (Grifei)

De fato, a finalidade da norma não é punir mais severamente o agente que apenas se utiliza do transporte público para deslocamento da droga até seu destino final. A *mens legis* visa reprimir a conduta do indivíduo que se utiliza desse meio para difundir o entorpecente em seu interior.

A propósito, este e. Tribunal de Justiça tem adotado o entendimento de que o simples fato de o indivíduo transportar droga no interior de um ônibus não tem o condão de, por si só, fazer incidir a referida majorante, sendo necessário que o agente se utilize desse transporte público para disseminar entorpecente, atingindo, dessa forma, um maior número de pessoas.

A esse respeito, merece destaque os precedentes desta Corte, *verbis*:

“(...) O simples fato do transporte da droga ter sido executado em transporte público, não faz por si só incidir o aumento da pena previsto no artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/2006, pois tal causa de aumento só tem lugar quando o agente, com o dolo de aproveitar-se do local, vende drogas a um elevado número de pessoas, beneficiando-se do local de aglomeração. (...)” (TJMS; APL 0051191-91.2011.8.12.0001; Campo Grande; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Carlos Eduardo Contar; DJMS 31/07/2013) – destaquei.

“(...) O disposto no inciso III, do art. 40, da Lei n. 11.343/2006 alcança a conduta caracterizada pelo oferecimento da droga para consumo de terceiros que estejam ocupando o transporte público, utilizando-se deste meio para disseminar o entorpecente, o que não se coaduna com a hipótese em que o réu simplesmente se vale do ônibus interestadual para se deslocar, mas sem intenção de comercializar o entorpecente dentro do transporte público. Deve ser promovida de ofício a reforma da sentença com o aumento da redução pelas atenuantes de confissão e menoridade quando foram fixadas em desproporção à pena aplicada. O regime inicial de cumprimento de pena deve observar os parâmetros do Código Penal brasileiro e não o dispositivo da Lei de crimes hediondos (cf. STF. HC 111.840). É possível a substituição da pena privativa de liberdade quando cumpridos os requisitos objetivos previstos no art. 44, do CP e reconhecido o tráfico privilegiado. Recurso parcialmente provido.” (TJMS; APL 0002204-78.2012.8.12.0004; Amambaí; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Ruy Celso Barbosa Florence; DJMS 29/07/2013; Pág. 28) – destaquei.

“**APELAÇÃO CRIMINAL. Recurso defensivo. Art. 33, caput, Lei. 11343/06. 28,770 kg de maconha. Pena-base. Exasperação. Natureza e quantidade. Súmula nº 444 do STJ. Confissão espontânea. Tráfico privilegiado. Descabimento. Art. 40, III, da Lei de drogas. Afastado. Art. 40, V, da Lei de drogas. Mantido reduz-se o quantum de exasperação da pena-base, já que, nos termos da Súmula nº 444 do STJ, podem constar como maus antecedentes processos já transitados em julgado. Remanesce a exasperação em um ano pela expressiva quantidade e tipo da droga apreendida, que também é hábil para afastar a concessão do tráfico privilegiado. Se a confissão é utilizada pelo magistrado na fundamentação da sentença, deve-se reconhecer tal atenuante. **O uso de transporte público somente configura causa de aumento de pena, se o veículo serve como facilitador para disseminação do entorpecente, funcionando como instrumento para atingir maior número de pessoas. Como serviu apenas de transporte, deve-se decotar tal circunstância.** A causa de aumento do tráfico interestadual resta configurada mesmo que a droga não tenha efetivamente ultrapassado as fronteiras do estado, pois o acordo para pulverização do entorpecente é suficiente para reconhecer a maior lesividade da conduta.” (TJMS; APL 0066382-79.2011.8.12.0001; Campo Grande; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes; DJMS 21/06/2013; Pág. 56) – destaquei.**

“ (...) **O simples fato de o réu transportar a droga em um ônibus não tem o condão, por si só, de fazer incidir a causa de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06. É necessário que o agente se utilize desse transporte público para nele difundir, usar e comercializar entorpecentes, atingindo maior número de pessoas, o que não ocorreu no presente caso, em que o estupefaciente estava acondicionado em uma mala no bagageiro externo do ônibus.**(TJMS; ACr-Recl 2010.036019-6/0000-00; Ponta Porã; Primeira Turma Criminal; Rel. Desig. Des. João Carlos Brandes Garcia; DJEMS 25/05/2011; Pág. 29) – destaquei.

Referido entendimento foi chancelado, recentemente, pelo e. STF, em decisão assim ementada, *verbis*:

Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PENA. DOSIMETRIA. LEI 11.343/06, ART. 40, III. CAUSA DE AUMENTO DA PENA. APREENSÃO DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE NO INTERIOR DE TRANSPORTE PÚBLICO. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E TELEOLÓGICA DA NORMA. CONTROVÉRSIA RELACIONADA COM A FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM VIRTUDE DE CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL AO PACIENTE. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE DEFERIDA. I – A causa de aumento de pena prevista no inciso III do art. 40 da Lei 11.343/06 somente tem aplicação nas hipóteses em que se verifica a comercialização de drogas nos locais referidos no preceito. Interpretação sistemática e teleológica do dispositivo legal, por meio do qual o legislador ordinário pretendeu, em face de certas situações, sancionar com maior rigor o tráfico de entorpecentes. II – A apreensão de substância entorpecente na posse de agente que se encontrava no transporte público – ônibus coletivo -, sem que haja comprovação de mercancia de drogas dentro do veículo, não é suficiente para aplicação da causa de aumento prevista na Lei Antidrogas. Alteração de entendimento da Primeira Turma. III – A pena-base fixada em 6 anos, num intervalo que varia de 5 a 15 anos, não desbordou os lindes da proporcionalidade e da razoabilidade, não havendo, a meu ver, flagrante ilegalidade ou teratologia que justifiquem a concessão da ordem, sendo certo, ainda, que não se pode utilizar “o habeas corpus para realizar novo juízo de reprovabilidade, ponderando, em concreto, qual seria a pena adequada ao fato pelo qual condenado o Paciente” (HC 94.655/MT, Rel. Min. Cármen Lúcia). IV - Ordem de habeas corpus parcialmente concedida, para afastar a aplicação da causa de aumento de pena prevista no inciso III do art. 40 da Lei 11.343/06. (HC 115815, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 13/08/2013, Processo Eletrônico DJe-168 Divulg 27-08-2013 Public 28-08-2013)

Destarte, é assente que a causa de aumento prevista no inciso III, do artigo 40, da Lei n. 11.343/06, visa apenar mais severamente o crime cometido por intermédio de transporte público, quando o intuito do agente for justamente o de facilitar a disseminação da droga entre os presentes, o que não ocorreu no caso em apreço, pois o embargante visava apenas transportar o entorpecente até o seu destino final.

Portanto, impõe-se o afastamento da majorante prevista no artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas.

c) Da redução da pena provisória aquém do mínimo legal.

A defesa postula, ainda, a redução da reprimenda aquém do mínimo legal na segunda fase da dosimetria penal, em razão da incidência da atenuante da confissão espontânea.

Neste ponto, não lhe assiste razão.

A respeito da matéria, tem-se entendido que a redução da reprimenda aquém do mínimo legal, por força da incidência de circunstâncias atenuantes, viola os institutos normativos vigentes, notadamente a orientação sumular n. 231 do Superior Tribunal de Justiça, de seguinte teor: “*A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal*”.

Sabe-se que o princípio da individualização da pena, insculpido no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, representa uma das mais importantes garantias asseguradas ao sentenciado, de ter fixada uma pena justa e proporcional ao ilícito cometido.

Entretanto, não se pode olvidar que a lei preceitua os parâmetros mínimo e máximo para a fixação da reprimenda penal, que devem ser estritamente observados pelo julgador sentenciante, sob pena de ocorrer violação ao princípio da reserva legal, previsto no inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição da República.

Com efeito, é dentro dessa concepção mais ampla que os princípios constitucionais referidos devem ser analisados e conjugados. E, justamente por isso, não há como negar a prevalência do princípio da legalidade ou da reserva legal, que, aliás, vigora de maneira soberana no âmbito de Direito Penal.

A respeito da matéria, extrai-se da doutrina:

“A individualização da pena, segundo a Constituição (art. 5º, XXXIX e XLVI), encontra seus limites na lei ordinária. Por isso, é inconstitucional extrapolar os limites legais (mínimos e máximos), com agravantes e atenuantes, por violar os princípios da pena determinada e da sua individualização” (Cezar Roberto Bitencourt. Código Penal Comentado. 6ª. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 286). – destaquei.

“As circunstâncias legais – atenuantes e agravantes – não constituem partes integrantes do tipo penal incriminador; figuram na Parte Feral do Código Penal para uso em qualquer infração penal, em caráter genérico. Por não fazerem parte do tipo, desnecessário incluí-las na peça acusatória, pois o acusado não se defende de sua eventual incidência. Elas podem ser aplicadas de ofício pelo magistrado na sentença condenatória; as partes as conhecem e deles podem fazer uso, conforme a coleta de provas nos autos, diretamente em suas alegações finais, pleiteando ao julgador a sua fixação. Desse modo, elas devem respeitar os limites estabelecidos pela lei, em relação ao máximo e ao mínimo da pena. O juiz pode lançá-las apenas dentro da faixa prevista no preceito sancionador (ex.: no homicídio simples, as agravantes e atenuantes podem provocar o aumento ou a redução da pena entre seis e vinte anos apenas). Outro motivo relevante para que não rompam os limites mínimo e máximo abstratamente previstos para a pena liga-se à inexistência de expressa quantidade legal para operar a elevação ou diminuição da sanção penal. Determinar-se que o magistrado agrave ou atenua a pena, quando tais causas estiverem presentes; o quantum fica a critério judicial. Se a pena-base for fixada no mínimo legal, ainda que existam

atenuantes, desse piso não pode o juiz afastar-se. O mesmo se diga das agravantes; atingindo a pena o teto, ainda que elas estejam presentes, não se pode ultrapassar o máximo. No campo das atenuantes, maior polêmica surgiu, em função do direito de defesa e do princípio da prevalência do interesse do réu. Porém, a sumula 231 do Superior Tribunal de Justiça é clara a respeito: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir a redução da pena abaixo do mínimo legal”. (Guilherme de Souza Nucci. Individualização da Penal. 4ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 234). – destaquei.

Ademais, é pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de não ser possível a redução da pena aquém do mínimo legal quando houver a presença de circunstâncias atenuantes. Confira-se:

*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 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.** II – O Tribunal Regional Federal da 1ª Região reformou a sentença condenatória para aumentar a fração de redução da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 para 1/4 (um quarto). A Corte regional deixou de aplicar o redutor no grau máximo permitido por entender que o comportamento do recorrente apresentou um maior grau de reprovabilidade, diferente da conduta das chamadas “mulas”, haja vista ter adquirido a droga com seus próprios recursos, para posterior revenda. III – Mantida a reprimenda no patamar superior a 4 (quatro) anos, fica superado o pedido de conversão da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, porquanto não atendido o requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal. IV – A fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena imposta ao recorrente está em desconformidade com a Súmula 719 desta Corte, que estabelece que a imposição de regime mais gravoso do que a pena permite deve vir acompanhada da devida fundamentação, o que não ocorreu na espécie. V – Recurso ordinário provido em parte, apenas para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda imposta ao recorrente. (RHC 118996, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 18/02/2014, Processo Eletrônico DJe-045 DIVULG 06-03-2014 PUBLIC 07-03-2014) – destaquei.*

*HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. 1. A questão controvertida neste writ - acerca da possibilidade (ou não) da fixação da pena abaixo do mínimo legal devido à presença de circunstância atenuante - já foi objeto de vários pronunciamentos desta Corte. 2. Na exegese do art. 65, do Código Penal, “descabe falar dos efeitos da atenuante se a sanção penal foi fixada no mínimo legal previsto para o tipo” (HC n 75.726, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 06.12.1998). 3. **De acordo com a interpretação sistemática e teleológica dos arts. 59, 67 e 68, todos do Código Penal, somente na terceira fase da dosimetria da pena é possível alcançar pena final aquém do mínimo cominado para o tipo simples ou além do máximo previsto.** 4. Há diferença quanto ao tratamento normativo entre as circunstâncias atenuantes/agravantes e as causas de diminuição/aumento da pena no que se refere à possibilidade de estabelecimento da pena abaixo do mínimo legal - ou mesmo acima do máximo legal. 5. O fato de o art. 65, do Código Penal, utilizar o advérbio sempre, em matéria de aplicação das circunstâncias ali previstas, para redução da pena-base em patamar inferior ao mínimo legal, deve ser interpretado para as hipóteses em que a pena-base*

tenha sido fixada em quantum superior ao mínimo cominado no tipo penal. 6. É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido da impossibilidade de redução da pena aquém do mínimo legal quando houver a presença de alguma circunstância atenuante. 7. Ordem denegada. (HC 93141/ RS, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, j. 24/6/2008, DJe 157 de 21/8/2008). – destaquei.

Também do Superior Tribunal de Justiça:

HABEASCORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO. ATENUANTE. REDUÇÃO DA PENA A PATAMAR AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. CORRUPÇÃO DE MENOR. ART. 244-B, ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ECA. ABSOLVIÇÃO. MENOR JÁ CORROMPIDO AO TEMPO DOS FATOS. ARGUMENTAÇÃO DESCABIDA. SÚMULA N. 500 DO STJ. CRIME FORMAL. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O STJ, seguindo a posição sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal - STF, uniformizou o entendimento no sentido de ser inadmissível o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie, ressalvada a possibilidade da existência de flagrante ilegalidade que justifique a concessão de ordem de ofício.

- Nos termos da Súmula 231 do STJ, descabe a redução da pena na segunda fase da dosimetria a patamar aquém do mínimo legal em razão da existência de circunstância atenuante.

- Nos termos da Súmula 500 do STJ, o delito do art. 244-B do ECA é formal, motivo pelo qual não se discute se o menor já era corrompido ao tempo do crime.

Habeas corpus não conhecido. (HC 311.795/MS, Rel. Ministro Ericson Marinho (Desembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 16/04/2015, DJe 29/04/2015) – destaquei.

PENAL. FIXAÇÃO DA REPRIMENDA. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. MATÉRIA SUMULADA. 1. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal (Súmula 231/STJ). 2. Da interpretação sistemática dos arts. 59, 67 e 68, todos do Código Penal, somente na terceira fase da dosimetria da pena é possível fixar a reprimenda aquém do mínimo legal estabelecido pelo legislador no preceito secundário do tipo penal. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Resp 1169469/PR, rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 4/9/2012, DJe 14/09/2012). – destaquei.

A partir dessa análise, pode-se concluir que, sendo a pena mínima e máxima estabelecidas em virtude de cominação legal, não pode o magistrado, ainda que reconheça a incidência de circunstâncias atenuantes ou agravantes, extrapolar os limites impostos pelo legislador, critério que não tem incidência em relação às causas de aumento ou diminuição de pena, pois, ao contrário das circunstâncias legais, não estão relacionadas às condições subjetivas ou pessoais do agente, mas são integrantes do próprio tipo penal infringido.

Dessa forma, no caso em exame, a atenuante da confissão espontânea não deve ser considerada para o fim de reduzir a pena aquém do mínimo legal.

d) Da retificação da dosimetria penal.

Feitas tais considerações, e antes de apreciar os pedidos de alteração do regime prisional e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, passo à retificação da dosimetria penal.

Na primeira fase, diante da aplicação da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado no patamar de 1/4, a reprovação relativa à quantidade de droga foi deslocada para a última fase da dosimetria penal, razão pela qual a pena-base deve ser fixada no mínimo legal de 05 anos de reclusão e 500 dias-multa, nos termos do voto do e. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

No segundo estágio da dosimetria penal, fora reconhecida a atenuante da confissão espontânea, contudo, conforme destacado anteriormente, “*A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal*” (súmula 231 do STJ). Por tal razão, mantenho a pena provisória no mínimo legal.

Por fim, no último estágio, deve ser aplicada a redutora do tráfico privilegiado no patamar de 1/4 (nos termos do voto vencido do Des. Ruy Celso Barbosa Florence), quedando-se a reprimenda em 03 anos e 09 meses de reclusão e 375 dias-multa, à razão unitária de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, a qual torno definitiva, ante o expurgo da majorante prevista no artigo 40, inciso III, da lei n. 11.343/06.

Quanto ao regime prisional, embora a pena definitiva seja um pouco inferior a 4 anos de reclusão, entendo ser cabível o semiaberto, diante da quantidade de droga apreendida, que constitui circunstância desfavorável.

Pela mesma razão, deixo de substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, por ser mostrar insuficiente à reprovação do ilícito penal.

Conclusão.

Diante do exposto, dou parcial provimento aos infringentes opostos por Antônio Roberto Batista Vianna, para reconhecer o privilégio previsto no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas no patamar de 1/4, afastar a majorante elencada no artigo 40, III, da Lei de Drogas e a alterar o regime prisional para o semiaberto, restando a reprimenda definitiva em 03 anos e 09 meses de reclusão e 375 dias-multa.

É como voto, em parte com o parecer.

A Sr^a. Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha (Revisora)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques (1º Vogal)

Divirjo do Relator, para negar provimento ao recurso, mantenho o voto condutor do acórdão ora desafiado, o qual acompanhei na oportunidade, onde a questão controvertida foi devidamente examinada, nos seguintes termos:

“(...). A causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei n.º 11.343/06, deve ser mantida, pois o acusado foi preso em flagrante quando transportava a droga no ônibus da viação “Andorinha” (f. 34).

Nesse passo, a repressão mais severa àqueles que cometem a infração em meios de transporte coletivo, na modalidade típica “transportar”, legitima-se em virtude da maior dificuldade que a fiscalização terá para individualizar o proprietário da droga.

Sobre o assunto, colhe-se na jurisprudência:

“Se a ré trazia consigo substância entorpecente para fins de traficância, dentro de ônibus intermunicipal, caracterizada está a causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei nº 11.343/06, tendo em vista se tratar de transporte público coletivo.”⁸

8 TJMG, Ap 1.0334.07.012710-8/0011, Itapajipe, 5ª Câm. Crim., rel. Des. Hécio Valentim, j. 29/04/2008.

Sem sorte ainda quanto ao pleito de aplicação da diminuta do art. 33, § 4º, da lei n.º 11.343/06, pois a prova demonstra que o acusado senão integra organização criminosa ao menos contribui com a mesma.

No caso em apreço, ainda que não se possa determinar qual organização ou quem a integraria – pelo simples fato de não se ter alcançado toda a estrutura do tráfico, algo quase sempre impossível – tendo em vista a enorme quantidade de droga transportada, evidenciando convergência de vontades, esforços e divisão de tarefas na consecução da prática delitiva, torna-se inviável a aplicação da diminuta.

Nesse sentido o Tribunal Regional Federal da 3ª Região vem se manifestando reiteradamente:

“PENAL – PROCESSO PENAL – TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES – (...) – CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA – § 4º, DO ARTIGO 33, DA LEI Nº 11.343/06 – INAPLICABILIDADE – AUTORA INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – RECURSO DA DEFESA DESPROVIDO – RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROVIDO.

(...)

5. No que pertine à norma do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, tenho entendido que tal benesse concedida pelo legislador deve ficar restrita - quando presentes todos os requisitos legais - a casos excepcionais, de menor gravidade, ou seja, pequenos traficantes, atuantes no mercado doméstico, envolvendo entorpecentes que se possam caracterizar, em princípio, como menos lesivos, e nunca a pessoas atuantes no tráfico internacional de drogas.

6. Tal benefício, a rigor, não é cabível, considerando, sobretudo, a natureza do entorpecente (cocaína), de notória lesividade, bem como a quantidade, e o fato da apelante, no mínimo, estar colaborando diretamente com as atividades de organização criminosa voltada para a mercancia ilícita de drogas.

7. A apelante, de forma habitual ou não, dedicava-se à atividade criminosa de tráfico de entorpecentes, participando, como transportadora da droga, de esquema criminoso voltado para o comércio ilícito de entorpecentes, impossibilitando a aplicação do benefício legal previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06. Nesta trilha já decidiu o Tribunal Regional Federal da 3ª Região que: “(...) Incabível a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, frente às circunstâncias que norteiam a prática delitiva, a natureza e a grande quantidade de droga apreendida, bem como diante as declarações do réu, que seguramente transportava a droga por conta e ordem de organização criminosa, exercendo a função de mula’.”⁹ (Destques não originais)

“PENAL – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS – APLICAÇÃO DO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006 – DELAÇÃO PREMIADA NÃO CONFIGURADA - (...) - APELAÇÃO IMPROVIDA.

(...)

4 - Sobre a dosimetria da pena, a benesse referente à causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 prevê uma redução de 1/6 a 2/3 para o agente que seja primário, possua bons antecedentes e não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

5 - Muito embora não haja registro de que a ré possua maus antecedentes,

⁹ Ap 34.277, rel. Des. Fed. Ramza Tartuce Gomes da Silva; DEJF 07/08/2009; Pág. 198.

tampouco que não seja primária, as circunstâncias com que se desenvolveu o tráfico e seus atos preparatórios demonstram que colaborou, ao menos nesse evento delitivo, como um membro da alguma organização criminosa, cabendo a ela, com total consciência da gravidade de sua conduta, a responsabilidade pelo transporte de considerável quantidade de cocaína de um país para o outro, contribuindo para o êxito da organização dedicada ao tráfico de entorpecentes, mormente por se tratar de tráfico transcontinental, que, por óbvio, exige maior elaboração.

6 - Vale dizer, que a quantidade e o tipo de droga traficada também são indicativos de uma maior ou menor cooperação com a organização criminosa, tendo em vista a natureza da droga traficada, que, sob o ponto de vista da potencialidade lesiva, oferece maior nocividade à saúde pública, devendo ser sopesada quando da formação de um juízo de valoração da benesse prevista em Lei.”¹⁰ (Destaques não originais)

O regime prisional permanecerá o fechado, eis que as peculiaridades do caso concreto recomendam a imposição de regime mais gravoso para reprovação do crime praticado.

Por fim, incabível a substituição da pena corporal em razão do quantum da pena imposta (art. 44, I, do Código Penal). (...).”

Posto isso, nego provimento ao presente recurso.

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva (2º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (3º Vogal)

Acompanho o voto do 1º Vogal.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (4º Vogal)

Em uma detida análise dos autos, acompanho o e. Relator, Desembargador Francisco Gerardo de Sousa, quanto ao afastamento da majorante do art. 40, III, da Lei 11.343/2006 e aplicação do regime semiaberto, porém, dirirjo quanto à aplicação do tráfico privilegiado.

Antônio foi condenado pela prática de tráfico de drogas por transportar 15 quilos e 400 de maconha, acondicionados em mala no bagageiro do ônibus da empresa Andorinha, que fazia o trajeto Campo Grande/Corumbá-MS.

Ora, pondera-se que nenhuma pessoa sem envolvimento com o narcotráfico seria recrutada em para transportar mais de 15 quilos de maconha, sem no mínimo já conhecer todo o esquema criminoso.

Como esclarece o Juiz Federal Convocado Rubens Calixto, do TRF 3ª Região, relator da ACr 0010410-28.2009.4.03.6000:

“Como a lei utilizou a conjunção ‘nem’, deduz-se que o réu não deverá se dedicar, ou tampouco integrar uma organização criminosa. Portanto, há uma diferença substancial entre ‘se dedicar a atividades criminosas’ e ‘integrar uma organização criminosa’. Para que se possa dizer que uma pessoa se dedica a uma organização ou atividade criminosa, exige-se a habitualidade, permanência, conjunção de propósitos, divisão de tarefas, e que o réu faça dessa conduta seu meio de vida. Também não se confunde com ‘integrar’ o significado do verbo ‘pertencer’, que indica uma relação de propriedade, de vinculação perene ou

¹⁰ Ap 33.560, rel. Des. Fed. Luís Paulo Cotrim Guimarães; DEJF 29/05/2009, pág. 507.

prolongada. O conceito de integrar não exige tais condições: basta a participação do agente na empreitada criminosa, de alguma forma, para que esteja integrado no contexto criminoso. Por outro lado, a reiteração de condutas criminosas no passado, ou o ânimo de reiterá-las futuramente, é elemento caracterizador da estabilidade e permanência, exigíveis para a configuração do crime autônomo de associação para o tráfico (antigo 14 da lei nº 6.368/75 e atual artigo 35, da lei nº 11.343/06).

Contudo, no parágrafo 4º, do artigo 33, da lei 11.343/06, não é necessário esse ânimo para que se caracterize a integração, já que está presente em outro requisito, que é o ‘não se dedicar a atividades criminosas’, pois se a lei exigisse que a prática reiterada de delitos, ou a vontade de praticá-los reiteradamente fosse elemento essencial para a integração a uma atividade criminosa, não teria inserido como requisito da causa de redução de pena a exigência de que o agente não se dedique a atividades criminosas.[...]

A pessoa que se dispõe a viajar transportando grande quantidade de entorpecente em prol de uma organização criminosa, proprietária da droga e detentora da logística de seu deslocamento, atua como um elo entre seus participantes.

[...]

Penso, ainda, que essa causa de diminuição está voltada ao tráfico de menor expressão, que não possui tamanha estrutura e poderio econômico, nem envolve quantidades tão expressivas de entorpecente; como no tráfico urbano de varejo. Por outro lado, 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. Essa pessoa sabe que está se envolvendo com pessoas inescrupulosas, que vivem do crime e são capazes de cometer atos terríveis para atingir seus objetivos, e que não terá justificativas plausíveis para permanecer por um período no exterior, senão a de transportar drogas e, ao final, receber quantia bastante elevada de dinheiro, que certamente levaria muito tempo para amealhar em condições lícitas de trabalho.

Assim sendo, discordo do entendimento de que, para ‘integrar a organização criminosa’ seja necessária vinculação perene ou prolongada, muito menos saber quem são os donos do entorpecente; os produtores e fabricantes.

Reafirmo que pouco importa, para que se afirme que o acusado integra uma organização criminosa, que esteja atuando pela primeira vez como ‘mula’, que seja contratado por um aliciador ou eventual ‘olheiro’; com os quais compartilha informações, e que não saiba a função ou identidade de cada elemento que compõe a organização criminosa, já que não saber quem é quem numa dessas organizações é uma medida de segurança para os que a integram, tanto para afastar riscos de delação, quanto para se esquivar da chamada ‘queima de arquivo’.

Assim, mesmo sem a estabilidade e permanência, o papel exercido pela acusada na atividade criminosa, fazendo a atividade essencial de transportar o entorpecente de um país para outro, a qualifica como integrante de organização criminosa e impede a concessão do benefício legal do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006. (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)”.

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).

Ressalte-se que o *modus operandi* demonstra sofisticação no esquema criminoso toda uma estrutura logística: em uma ponta da operação houve a aquisição da droga em grande quantidade, o preparo da mesma, o recrutamento do apelante, pessoa de baixo poder aquisitivo, contratação de pessoa para receber a droga, prepará-la para consumo e distribuí-la nos pontos de venda, sendo todas os envolvidos remunerados.

Portanto, dos fatos ocorridos é visível que o apelante efetivamente figurou como membro integrante de organização criminosa voltada à disseminação de drogas, inviável a aplicação do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

Por oportuno:

- LEI Nº 11.343/06. DRGOAS. ART. 33. TRÁFICO. EXISTÊNCIA DO FATO E AUTORIA. Apreensão de 13 (treze) petecas de cocaína, pesando aproximadamente 8,60g; e 10 (dez) tabletes de maconha, pesando, aproximadamente, 7.230gr. Prova testemunhal eficiente. Tráfico privilegiado. A grande quantidade de droga sugere ligação com organização criminosa, e não demonstrou o condenado desempenho de atividade lícita. Conduta não ocasional, a impedir o benefício. Pena privativa de liberdade. Fixada no mínimo cominado. Regime de cumprimento da pena. Crime equiparado aos hediondos, regime inicial fechado. Restituição de veículo. Matéria preclusa. Apelo defensivo improvido. Unânime. (TJRS; ACr 221562-57.2012.8.21.7000; Rio Grande; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Ivan Leomar Bruxel; Julg. 04/10/2012; DJERS 26/10/2012)

EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO. MINORANTE DO ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06. INAPLICABILIDADE. APREENSÃO DE QUANTIDADE ELEVADA DE DROGA. CIRCUNSTÂNCIA QUE EVIDENCIA O ENVOLVIMENTO DO AGENTE COM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. EMBARGOS REJEITADOS. Apesar de primário e de bons antecedentes, a apreensão de elevada quantidade de droga em poder do agente evidencia certo grau de envolvimento com organização criminosa voltada para a prática do tráfico de drogas, não o qualificando como traficante ocasional, o que justifica a não incidência da redução legal de pena prevista na Lei de Drogas. Embargos rejeitados (Des. Agostinho Gomes de Azevedo).. (TJMG; EINF-NUL 1.0040.10.013004-2/002; Rel. Des. Agostinho Gomes de Azevedo; Julg. 17/09/2013; DJEMG 23/09/2013).

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PENA MANTIDA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. NÃO CARACTERIZADO. RECURSO IMPROVIDO. Comprovada a autoria e materialidade delitiva, mantém-se a condenação dos agentes. Como dos fatos ocorridos é visível que os agentes figuraram como membros integrantes de organização criminosa voltada à disseminação de drogas, inviável a aplicação do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Apelação criminal. (TJMS; APL 0009641-32.2010.8.12.0008; Corumbá; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Manoel Mendes Carli; DJMS 04/09/2013)

PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINAR DE NULIDADE. REJEITADA. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INCIDÊNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENADO TRAFICANTE OCASIONAL. NÃO INCIDÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE [... 6. A atividade daquele que age como mula, transportando a droga de sua origem ao destino, na verdade pressupõe a existência de uma organização criminoso, com diversos membros, cada qual com funções específicas. Quem transporta a droga em sua bagagem, ou em seu corpo, cumpre uma função dentro de um esquema maior, que pressupõe alguém para comprar, ou de alguma forma obter a droga na origem, e alguém para recebê-la no destino, e providenciar a sua comercialização. 7. Não se exige o requisito da estabilidade na integração à associação criminoso; se existente tal estabilidade ou permanência nessa integração, estaria o agente cometendo outro crime, qual seja, o de associação para o tráfico, tipificado no artigo 35 da Lei nº 11.343/2006, em concurso material com o crime de tráfico, tipificado no artigo 33 do mesmo diploma legal.[...] . (TRF 3ª R.; ACr 0001489-14.2009.4.03.6119; SP; Primeira Turma; Rel. Juiz Conv. Márcio Mesquita; Julg. 06/08/2013; DEJF 15/08/2013; Pág. 153)

LEINº 11.343/06. DRGOAS. ART. 33. TRÁFICO. EXISTÊNCIA DO FATO E AUTORIA. Apreensão de 13 (treze) petecas de cocaína, pesando aproximadamente 8,60g; e 10 (dez) tabletes de maconha, pesando, aproximadamente, 7.230 g. Prova testemunhal eficiente. Tráfico privilegiado. A grande quantidade de droga sugere ligação com organização criminoso, e não demonstrou o condenado desempenho de atividade lícita. Conduta não ocasional, a impedir o benefício. [...] (TJRS; ACr 221562-57.2012.8.21.7000; Rio Grande; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Ivan Leomar Bruxel; Julg. 04/10/2012; DJERS 26/10/2012)

Ante o exposto, em parte com o parecer, dou parcial provimento aos Embargos Infringentes opostos por Antônio Roberto Batista Vianna, para afastar a majorante elencada no artigo 40, III, da Lei de Drogas e a alterar o regime prisional para o semiaberto, restando a reprimenda definitiva em 04 anos e 08 meses de reclusão e 475 dias-multa.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (5º Vogal)

Acompanho, em parte, o Relator e, em maior extensão, dou provimento integral aos embargos a fim de que prevaleça o voto por mim proferido no apelo subjacente, cujos fundamentos ora me reporto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencidos, parcialmente, os Des. Manoel e Ruy Celso e, no todo, os Des. Luiz Gonzaga e Contar, em parte com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Relator, o Exmo. Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Francisco Gerardo de Sousa, Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Manoel Mendes Carli e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 21 de outubro de 2015.

Seção Criminal

Mandado de Segurança n. 1406867-92.2015.8.12.0000 – Naviraí

Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, CORRUPÇÃO PASSIVA E PECULATO – CEDÊNCIA DE BEM SEQUESTRADO PARA USO PELA POLÍCIA – APLICAÇÃO ANALÓGICA DE REGRA PROCESSUAL PREVISTA NA LEI N. 11.343/06 – IMPOSSIBILIDADE – MEDIDA QUE CONTRASTA COM A DISCIPLINA LEGAL INERENTE ÀS MEDIDAS ASSECURATÓRIAS DEFINIDA PELO CPP – CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO – SEGURANÇA CONCEDIDA.

Havendo risco de perecimento de bens submetidos à medidas assecuratórias, o Código de Processo Penal prevê expressamente que “o juiz determinará a alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção” (art. 144-A). Assim, se a lei processual taxativamente trata da matéria, impossível torna-se a aplicação analógica de regra prevista em legislação especial, eis que tal somente poderia incidir no caso de lacuna involuntária, sobretudo porque a propriedade representa direito fundamental e a ação penal ainda pende de sentença de mérito definitiva, de modo que eventual restrição deve conformar-se estritamente com os ditames legais.

Segurança concedida para cassar a decisão que cedeu o veículo para uso da autoridade policial.

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, conceder a segurança. Ausentes, por férias, o Des. Romero Osme Dias Lopes e o Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva; e justificadamente, o Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 9 de dezembro de 2015.

Des. Francisco Gerardo de Sousa – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Marcus Douglas Miranda impetra o presente mandado de segurança, com pedido de liminar, em face de atos praticados pelo Magistrado Titular da Vara Criminal da Comarca de Naviraí no curso dos procedimentos inerentes ao fato que deu ensejo à instauração da ação penal n. 0006140-02.2013.

Na inicial, narra ter sido decretado o sequestro de seus bens como forma de garantir eventual ressarcimento à fazenda pública, mas que, contudo, pleiteou a restituição dos veículos e aparelhos eletrônicos, cujos pedidos não foram conhecidos pelo juízo impetrado.

Destaca que a maioria dos fatos descritos na inicial acusatória não se referem a dano ao erário e que nenhuma ação de improbidade foi intentada em seu desfavor, bem como salienta que a gravação dos dados constantes das mídias eletrônicas e a contabilização do prejuízo causado aos cofres públicos pelas condutas delituosas a si atribuídas deixaram de ser realizados tanto pela autoridade policial como pelo Ministério Público Estadual, referindo, em contraposição a isso, que a repercussão financeira dos supostos fatos delituosos somente alcança a cifra de R\$ 6.681,38 (seis mil, seiscentos e oitenta e um reais e trinta e oito centavos), de modo que sustenta possuir outros bens ou direitos suficientes a garantir o ressarcimento, inexistindo elemento concreto a demonstrar a efetiva necessidade da constrição patrimonial, sobretudo na proporção realizada.

Sob outro aspecto, aduz que a apreensão dos aparelhos eletrônicos e dos veículos perdura desde 08.10.2014, ou seja, há mais de 08 meses, havendo, em seu entender, patente excesso de prazo.

Argumenta, também, que a decisão que decretou o sequestro não atende ao pressuposto legal objetivo disciplinado pelo Decreto-Lei n. 3.240/41, pois deixou de ser previamente instruído com individualização dos bens sob os quais deveria recair a medida, sendo nula de pleno direito.

Enfatiza, ainda, que o juízo impetrado autorizou a autoridade policial a utilizar de um de seus veículos em virtude do risco de deterioração e mediante aplicação analógica dos dispositivos da Lei n. 11.343/06, reputando, por questão de justiça, que a medida escorreita seria a pronta restituição do bem mediante sua nomeação como depositário fiel.

Diante desse cenário, aduz que os atos praticados violam direito líquido e certo de sua titularidade, traduzindo-se em ilicitude e abuso de poder.

Assim, diante dos argumentos levados a efeito na inicial, requereu seja concedida a liminar no seguinte sentido:

“(...) a) Seja revogada a medida cautelar de sequestro dos bens do impetrante pelo excesso de prazo da constrição pela falta de indicação do dano real ou hipotético ao erário após 12 meses de investigação e mais de 08 (oito) meses da data do sequestro, ferindo os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, caracterizando constrangimento ilegal na conspurcação do patrimônio do impetrante;

b) A revogação da medida cautelar de sequestro dos bens do impetrante, pela ausência de requisito legal objetivo, consistente na indicação dos bens pela autoridade policial ou pelo MP que se pretendia a constrição, previsto na segunda parte do art. 3º do Decreto-Lei nº 3.240/41, determinando a restituição e desbloqueio dos bens do impetrante;

c) Seja concedida a revogação do sequestro dos bens do impetrante, pela ausência de elemento concreto da necessidade da medida, pelos motivos ventilados no tópico respectivo;

d) Caso outro entendimento quanto aos pedidos anteriores que revogam o sequestro integralmente, seja reconhecida à desproporcionalidade entre a constrição judicial e a repercussão financeira dos fatos delituosos imputados ao impetrante, na forma do tópico respectivo, deferindo a restituição e desbloqueio dos demais bens sequestrados, em especial do carro e da motocicleta;

e) Independente dos pedidos anteriores, requer a suspensão e/ou revogação da autorização de uso do veículo do impetrante concedido pela autoridade coatora;

f) Ainda de forma independente, requer a imediata nomeação do impetrante como fiel depositário do veículo e da motocicleta, pelos vários motivos alegados, em especial havendo bens imóveis do impetrante sequestrados;

g) Seja deferida liminarmente a imediata restituição dos aparelhos eletrônicos apreendidos no escritório de advocacia do impetrante, além dos já periciados e depositados no cartório da Vara Criminal de Naviraí, pelos motivos ventilados; (...)”.

Ao final, pede a concessão da segurança a fim de que *“seja confirmada a liminar eventualmente concedida pelo relator, com a concessão em definitivo do presente WRIT, ficando formulados no mérito todos os mesmos pedidos feitos anteriormente individualmente de liminares, que ficam ratificados como pedidos meritórios do Mandado de Segurança Criminal”*.

Na sequência, apresentou emenda à inicial, *“passando a requerer como medida liminar apenas a nomeação do impetrante como fiel depositário de seu veículo e da sua motocicleta”* (p. 922-927).

Em decisão monocrática de p. 929-937, este Relator admitiu o mandado de segurança *“apenas em relação à impugnação da autorização judicial de uso do veículo Ford/Fusion pela autoridade policial”*, reputando inadequada a via do *mandamus* em relação às demais matérias.

As informações acerca da impetração foram prestadas pelo juízo impetrado (p. 946-960).

Com vistas, a Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pela denegação da ordem (p. 962-964).

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (Relator)

Marcus Douglas Miranda impetra o presente mandado de segurança, com pedido de liminar, em face de atos praticados pelo Magistrado Titular da Vara Criminal da Comarca de Naviraí no curso dos procedimentos inerentes ao fato que deu ensejo à instauração da ação penal n. 0006140-02.2013.

Na inicial, narra ter sido decretado o sequestro de seus bens como forma de garantir eventual ressarcimento à fazenda pública, mas que, contudo, pleiteou a restituição dos veículos e aparelhos eletrônicos, cujos pedidos não foram conhecidos pelo juízo impetrado.

Destaca que a maioria dos fatos descritos na inicial acusatória não se referem a dano ao erário e que nenhuma ação de improbidade foi intentada em seu desfavor, bem como salienta que a gravação dos dados constantes das mídias eletrônicas e a contabilização do prejuízo causado aos cofres públicos pelas condutas delituosas a si atribuídas deixaram de ser realizados tanto pela autoridade policial como pelo Ministério Público Estadual, referindo, em contraposição a isso, que a repercussão financeira dos supostos fatos delituosos somente alcança a cifra de R\$ 6.681,38 (seis mil, seiscentos e oitenta e um reais e trinta e oito centavos), de modo que sustenta possuir outros bens ou direitos suficientes a garantir o ressarcimento, inexistindo elemento concreto a demonstrar a efetiva necessidade da constrição patrimonial, sobretudo na proporção realizada.

Sob outro aspecto, aduz que a apreensão dos aparelhos eletrônicos e dos veículos perdura desde 08.10.2014, ou seja, há mais de 08 meses, havendo, em seu entender, patente excesso de prazo.

Argumenta, também, que a decisão que decretou o sequestro não atende ao pressuposto legal objetivo disciplinado pelo Decreto-Lei n. 3.240/41, pois deixou de ser previamente instruído com individualização dos bens sob os quais deveria recair a medida, sendo nula de pleno direito.

Enfatiza, ainda, que o juízo impetrado autorizou a autoridade policial a utilizar de um de seus veículos em virtude do risco de deterioração e mediante aplicação analógica dos dispositivos da Lei n.

11.343/06, reputando, por questão de justiça, que a medida escorreita seria a pronta restituição do bem mediante sua nomeação como depositário fiel.

Diante desse cenário, aduz que os atos praticados violam direito líquido e certo de sua titularidade, traduzindo-se em ilicitude e abuso de poder.

Assim, diante dos argumentos levados a efeito na inicial, requereu seja concedida a liminar no seguinte sentido:

“(...) a) Seja revogada a medida cautelar de sequestro dos bens do impetrante pelo excesso de prazo da constrição pela falta de indicação do dano real ou hipotético ao erário após 12 meses de investigação e mais de 08 (oito) meses da data do sequestro, ferindo os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, caracterizando constrangimento ilegal na conspurcação do patrimônio do impetrante;

b) A revogação da medida cautelar de sequestro dos bens do impetrante, pela ausência de requisito legal objetivo, consistente na indicação dos bens pela autoridade policial ou pelo MP que se pretendia a constrição, previsto na segunda parte do art. 3º do Decreto-Lei nº 3.240/41, determinando a restituição e desbloqueio dos bens do impetrante;

c) Seja concedida a revogação do sequestro dos bens do impetrante, pela ausência de elemento concreto da necessidade da medida, pelos motivos ventilados no tópico respectivo;

d) Caso outro entendimento quanto aos pedidos anteriores que revogam o sequestro integralmente, seja reconhecida à desproporcionalidade entre a constrição judicial e a repercussão financeira dos fatos delituosos imputados ao impetrante, na forma do tópico respectivo, deferindo a restituição e desbloqueio dos demais bens sequestrados, em especial do carro e da motocicleta;

e) Independente dos pedidos anteriores, requer a suspensão e/ou revogação da autorização de uso do veículo do impetrante concedido pela autoridade coatora;

f) Ainda de forma independente, requer a imediata nomeação do impetrante como fiel depositário do veículo e da motocicleta, pelos vários motivos alegados, em especial havendo bens imóveis do impetrante sequestrados;

g) Seja deferida liminarmente a imediata restituição dos aparelhos eletrônicos apreendidos no escritório de advocacia do impetrante, além dos já pericidados e depositados no cartório da Vara Criminal de Naviraí, pelos motivos ventilados; (...).”

Ao final, pede a concessão da segurança a fim de que *“seja confirmada a liminar eventualmente concedida pelo relator, com a concessão em definitivo do presente WRIT, ficando formulados no mérito todos os mesmos pedidos feitos anteriormente individualmente de liminares, que ficam ratificados como pedidos meritórios do Mandado de Segurança Criminal”*.

Na sequência, apresentou emenda à inicial, *“passando a requerer como medida liminar apenas a nomeação do impetrante como fiel depositário de seu veículo e da sua motocicleta”* (p. 922-927).

Todavia, em decisão monocrática de p. 929-937, este Relator admitiu o mandado de segurança *“apenas em relação à impugnação da autorização judicial de uso do veículo Ford/Fusion pela autoridade policial”*, reputando inadequada a via do *mandamus* em relação às demais matérias.

Portanto, a análise recairá unicamente em relação ao pedido de *“suspensão e/ou revogação da autorização de uso do veículo do impetrante concedido pela autoridade Coatora”*.

Pois bem.

Ressai dos autos que o juízo impetrado, em decisão proferida na data de 17.06.2015, cedeu o automóvel Ford/Fusion (de placas OOG 3287) pertencente ao impetrante, a título de depósito, para uso pelo Departamento de Polícia Federal, especialmente a Delegacia da Polícia Federal de Naviraí. Eis o teor do referido *decisum* (p. 31-41):

“(...) Requer o Departamento de Polícia Federal, por intermédio de suas autoridades policiais, devidamente lotadas na Delegacia de Polícia Federal de Naviraí, autorização de uso de veículos apreendidos no curso da denominada ‘Operação Atenas’, sob o argumento de que a jurisprudência respalda tal providência, bem como pelo fato de que, a passar o tempo sob condições adversas da natureza, estariam a se deteriorar tais bens, havendo a salutar alternativa de utilizá-los em prol do interesse público, para fins de desenvolvimento das atividades de segurança pública de atribuição do nominado órgão.

Com o pedido, juntou-se cópia das perícias realizadas nos veículos, que não apresentam restrições ou adulterações, bem como acórdãos e demais documentos (fls. 5518-5577).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Estadual opinou favoravelmente ao deferimento do pleito.

Sem delongas, o deferimento, com algumas ressalvas.

De antemão, da leitura da representação policial proposta, observo que a autorização de uso pleiteada recai sobre os seguintes veículos, todos apreendidos no curso das investigações, sob ordem deste Juízo:

- 1. Toyota/Corolla, ano 2010/2011, prata, placas HTT5361;*
- 2. Honda/Civic, ano 2012/2012, branco, placas NRQ8525;*
- 3. Ford/Fusion, ano 2013/2014, branco, placas OOG3287;*
- 4. Honda/City, ano 2012/2013, preto, placas NRW5206;*
- 5. Volkswagen/Voyage, ano 2012/2013, prata, placas NRW3219;*
- 6. Ford/Fiesta, ano 2010/2010, prata, placas ASH6231;*
- 7. Fiat/Stilo, ano 2008/2009, preto, placas HTG1304.*

É certo que, juridicamente, há permissiva expressa para tal fim quanto aos veículos, embarcações ou aeronaves apreendidas como instrumentos para prática de crimes relacionados na Lei n° 11.343/06 (Lei de Drogas), mais precisamente em seu art. 61 e seguintes, o que certamente não é o caso dos presentes autos.

Observe-se, nesse sentido, a disciplina legal acerca do assunto, in verbis:

(...)

É, portanto, plenamente possível – e até mesmo recomendável – que tais espécies de bens, uma vez utilizadas para a prática da traficância sejam destinados para o bem do interesse público, com claro benefício social, uma vez empregados em serviços públicos que visam prevenir ou reprimir delitos relacionados a entorpecentes.

A celeuma, in casu, diz respeito à aplicação analógica de tal instituto a crimes outros que não aqueles discriminados na Lei nº 11.343/06, isto é, se há a possibilidade jurídica de autorização judicial de uso de veículos (o que se pede, no presente petítório), quando o processo a que estão vinculados os referidos bens versem sobre práticas delitivas diversas.

Para uma resposta segura e objetiva a tal imbróglio, indispensável é a análise da jurisprudência pátria e, após realizar consulta exaustiva ao acervo de julgados a respeito do tema no acervo digital das Cortes Superiores, convencido está este Juízo de que há possibilidade jurídica para o deferimento do pleito em questão, por evidente aplicação analógica dos dispositivos já elencados e estampados. Veja-se, a título de exemplo, julgados que subsidiam a afirmação acima.

Peço vênia para colacionar as seguintes ementas:

(...)

O significativo precedente judicial acima amolda-se perfeitamente às peculiaridades e particularidades do presente caso concreto, sendo certo que, sendo os fundamentos os mesmos, justo se faz, por consequência, decidir de forma correlata ao entendimento expressado pela E. Corte Superior:

Mais que isso, o voto apresentado pelo Relator do caso noticiado no julgado acima, o Excelentíssimo Senhor Ministro Sebastião Reis Júnior que, aliás, é o Julgador prevento no Superior Tribunal de Justiça para todas as ações mandamentais e sucedâneos recursais oriundos da Ação Penal nº 0006140-02.2013 ('Operação Atenas') possui evidente caráter didático, com análise aprofundada acerca do tema:

(...)

E arremata, com clareza cristalina o D. Relator:

Conclusão: observada, de um lado, a inexistência, no Código de Processo Penal, de norma condizente à utilização de bens apreendidos por órgãos públicos e verificada, de outro lado, a existência, no ordenamento jurídico, de norma nesse sentido, é possível o preenchimento da lacuna por meio da analogia, sobretudo se presente o interesse público em evitar a deterioração do bem.' (STJ, 6ª Turma, Recurso Especial n. 1.420.960 – MG (2012/0244217-8), Rel. Min.: Ministro Sebastião Reis Júnior. J. 24.02.2015)

Vê-se assim, plenamente, possível a outorga, mediante condições, dos veículos listados, desde que, conforme disciplina a jurisprudência: a) esteja comprovado o interesse público e; b) haja risco de deterioração do bem.

Passemos à análise de tais caracteres.

Primeiramente, é evidente e manifesto o interesse público na medida pleiteada. Os veículos apreendidos sob ordem deste Juízo vinculam-se aos corréus que, dentre outras imputações, respondem criminalmente pela hipotética formação de Organização Criminosa (Lei 12.850/13), peculato (art. 312 do CP), corrupção passiva (art. 317 do CP), dentre outros delitos, em tese cometidos em face da Administração Pública. Nesse sentido, há de se destacar até mesmo o caráter pedagógico em outorgar destinação social de importância e relevo aos veículos constritos pelas medidas acautelatórias de sequestro, proporcionando sua utilização para as atividades inerentes às atribuições do Departamento de Polícia Federal.

É sabido, aliás, as extensas responsabilidades de atuação da Polícia Federal, mormente em nossa região, fronteira, lembrando-se que a Delegacia local atende

a uma circunscrição que engloba todo o cone-sul do Estado de Mato Grosso do Sul e que, como sabido, padece de melhores condições funcionais e estruturais para o pleno desenvolvimento de suas atividades.

Não fosse o bastante, torno a frisar – como já o fiz quando da decisão que autorizou a deflagração da denominada ‘Operação Atenas’ e deferiu uma vasta série de medidas cautelares de natureza real e pessoal – que o Decreto-Lei 3.240/1941 (em plena vigência), não faz distinção entre bens lícitos e ilícitos, em sua finalidade precípua de assegurar meios para a recomposição do Erário supostamente desfalcado.

Assim sendo, por óbvio não há que se exigir prova irrefutável de que os veículos a serem cedidos, a título de depósito, fundam-se em práticas criminosas, vez que, por evidência, tratar-se-ia de afirmação meritória, que depende de comprovação probatória, e descabida e, por certo, a presente decisão possui evidente caráter de cognição sumária.

Em segundo lugar, há risco concreto de que os bens, expostos às mais diversas condições climáticas e, pelo transcorrer do tempo em que se encontram sob custódia, venham a se deteriorar, o que deve ser, obviamente, evitado, obstado.

Nesse aspecto, arrimo-me no Relatório Circunstanciado nº 173/2015, em que se demonstra, de maneira contundente, o processo de deterioração dos automóveis listados, considerando-se a falta de ambiente com cobertura e resguardo e o crescimento de vegetação nos arredores dos bens referidos (fls. 5519-5533).

Sendo assim, com base na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e, havendo a possibilidade de se outorgar destinação em prol do interesse público e obstar a deterioração dos bens, aplico, em expediente analógico, os dispositivos contidos nos arts. 61 e seguintes da Lei 11.343/06 e, de consequência, defiro a representação policial em apreço e autorizo o uso, mediante cessão, a título de depósito dos veículos acima listados, em favor do Departamento de Polícia Federal, em específico para a Delegacia de Polícia Federal em Naviraí, na pessoa de seu Delegado-Chefe ou quem suas vezes fizer.

Saliento que a utilização dos veículos deve se dar nos estritos limites das atribuições legais e regulamentares da Polícia Federal, obstando-se quaisquer desvios de finalidade, sob pena de responsabilização da autoridade responsável.

Não obstante, responsabilizar-se-á a autoridade competente pela manutenção em bom estado dos bens em questão, devendo apresentá-los a este Juízo, a qualquer tempo, desde que determinado.

Oficie-se à Agência Local do Detran – MS, a fim de que se expeça certificado de registro veicular, com as restrições judiciais acima elencadas, com base no art. 62, parágrafo único, da Lei 11.343/06.

Após, expeça-se termo de depósito, a ser assinado pelo Sr. Delegado-Chefe da Delegacia local da Polícia Federal, concretizando-se a cessão. (...).”

Como visto, a cedência do veículo deu-se em razão de comprovado interesse público e social e do risco de deterioração do bem, assim como mediante aplicação analógica dos dispositivos da Lei n. 11.343/06, pautada em julgado do e. Superior Tribunal de Justiça.

De fato, a jurisprudência vem estendendo a regra prevista no art. 62 da Lei 11.343/06 para procedimentos regidos pelo Código de Processo Penal a fim de possibilitar que a autoridade policial, em

atividades voltadas à segurança pública, possa fazer uso de bens veículos, embarcações ou aeronaves apreendidos em razão da utilização na prática de delitos.

Certamente que tal posicionamento desponta salutar, porquanto é cediço que a deterioração de veículos é acelerada quando estão em desuso e acondicionados em condições inapropriadas, sendo ainda a medida alinhada com o interesse público, já que os bens acabam por ser empregados para a defesa social.

Verificada, portanto, a afinidade da medida e a ausência de regra prevista na legislação processual penal comum acerca da destinação cautelar de veículos apreendidos em decorrência da utilização para a prática de crimes, a aplicação analógica da disciplina prevista na Lei n. 11.343/06 encontra respaldo no art. 3.º, do Código de Processo Penal, não podendo ser tida por ilegal.

Ocorre que a situação verificada nos autos não se encaixa nesse contexto, haja vista que o veículo Ford/Fusion de propriedade do impetrante não foi utilizado para a consecução de crimes, mas sim é objeto de medida assecuratória de sequestro (p. 523-616), ou seja, sobre esse bem recai providência de cunho cautelar cujo propósito é preservar uma reserva patrimonial a fim de que, ao final do processo, no caso de condenação, possa o erário ser ressarcido do prejuízo ocasionado pela conduta delitiva.

Nessa linha, o uso do automóvel para o fim perquerido pela autoridade policial (“*perseguições, abordagens, capturas, viagens no interesse do Departamento de Polícia Federal*”, dentre outros – p. 5495-5518 da ação penal 0006140-02.2013) parece contrastar com a própria natureza da constrição cautelar, dada a possibilidade de danos serem ocasionados pelas próprias contingências das ações voltadas à repressão criminal, assim como por eventual mau uso ou ocorrência acidentes, o que certamente resultaria na depreciação do bem.

Ademais, tratando-se de medidas assecuratórias, o Código de Processo Penal prevê expressamente que “*o juiz determinará a alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção*” (art. 144-A), vale dizer, a disciplina legal atinente à medida de sequestro possui mecanismos próprios para lidar com o recorrente problema do perecimento dos bens constritos.

Impende ainda ressaltar que a propriedade representa direito fundamental (art. 5º, XXII, Constituição Federal) e, malgrado passível de limitação mediante instrumentos de natureza processual, a restrição deve conformar-se com os ditames legais, até porque neste momento ainda vigora o princípio da presunção de inocência.

Em assim sendo, tenho que a autorização do uso do veículo mediante aplicação analógica de dispositivos da Lei n. 11.343/06 representa efetivo constrangimento ilegal, eis que ofende a direito líquido e certo do impetrante em ter seu patrimônio conservado enquanto pendente a ação penal da sentença de mérito.

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, contra o parecer, concedo a segurança exclusivamente para cassar a decisão que cedeu o veículo Ford/Fusion pertencente ao impetrante para uso pela Delegacia da Polícia Federal de Naviraí.

Caso prevaleça o voto proferido por este Relator, comunique-se ao juízo impetrado para a imediata adoção das providências necessárias ao cumprimento do acórdão.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, concederam a segurança ausentes, por férias, o des. Romero Osme Dias Lopes e o Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva; e justificadamente, o Des. Carlos Eduardo Contar.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Relator, o Exmo. Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Francisco Gerardo de Sousa, Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Manoel Mendes Carli e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 09 de dezembro de 2015.

3ª Câmara Criminal
Conflito de Jurisdição n. 1600521-44.2015.8.12.0000 – Campo Grande
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – CONFLITO DE JURISDIÇÃO – TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO E CORRUPÇÃO DE MENORES – FATO ILÍCITO CUJA DESCRIÇÃO EVIDENCIA QUE A AÇÃO DO AGENTE NÃO É DIRETAMENTE ASSOCIADA À VULNERABILIDADE DA CRIANÇA OU DO ADOLESCENTE – MENOR QUE PARTICIPA DO EVENTO CRIMINOSO – COMPETÊNCIA DO SUSCITANTE AFASTADA – CONFLITO PROCEDENTE.

Tratando-se de imputação de crime cometido em companhia de adolescente (e não efetivamente contra ele), assim como inexistindo relação direta entre a ação do agente e a condição de hipossuficiência do menor, porquanto a participação deste no fato ilícito decorre principalmente da depravação moral e não propriamente de sua vulnerabilidade, resta afastada a competência *ratione materiae* da 7ª Vara Criminal de Campo Grande, consoante termos do art. 2º, alínea z, item 1, da Resolução n.º 221/94, com as alterações promovidas pela Resolução n. 107/2014.

Conflito negativo procedente, restando fixada a competência do Juízo suscitado.

Com o parecer.

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, julgar procedente o conflito.

Campo Grande, 3 de dezembro de 2015.

Des. Francisco Gerardo de Sousa – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Cuidam os autos de conflito negativo de jurisdição suscitado pelo Juízo da 7ª Vara Criminal de Competência Especial da comarca de Campo Grande – MS em face do Juízo da 3ª Vara Criminal da mesma Comarca.

Conforme se extrai do processo, o suscitado remeteu os autos da ação penal de n. 0005180-04.2011.8.12.0001, que versa sobre a prática dos delitos tipificados no artigo 155, § 4º, incisos II e IV, c/c. artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, e artigo 244-B da Lei n. 8.069/1990, ao Juízo da 7ª Vara Criminal de Competência Especial desta Capital, em face do teor da Resolução n. 106/2014 (pág. 06).

Já o suscitante, ao receber os autos da ação penal, deu-se por incompetente para processá-la e julgá-la, sob o argumento de que “*a questão da vulnerabilidade do referido menor não encontra ressonância no âmbito da competência especializada deste Juízo, ante o apontamento de que o mesmo concorreu ativamente para a prática do delito em questão. Não foi, portanto, o adolescente em comento o alvo de tal*”

delito como vítima, no sentido estrito da palavra, razão pela qual não se ajusta, a hipótese vertente, aos princípios normativos que regem a r. Resolução, acima transcrita.” (págs. 04/05).

Uma vez requisitadas, as informações foram prestadas pelo Juízo suscitado (págs. 20/23).

Com vistas, a Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pela procedência do conflito, firmando a competência do juízo suscitado (págs. 26/34).

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (Relator)

Cuidam os autos de conflito negativo de jurisdição suscitado pelo Juízo da 7ª Vara Criminal de Competência Especial da Comarca de Campo Grande – MS em face do Juízo da 3ª Vara Criminal da mesma comarca.

Conforme se extrai do processo, o suscitado remeteu os autos da ação penal de n. 0005180-04.2011.8.12.0001, que versa sobre a prática dos delitos tipificados no artigo 155, § 4º, incisos II e IV, c/c. artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, e artigo 244-B da Lei n. 8.069/1990, ao Juízo da 7ª Vara Criminal de Competência Especial desta Capital, em face do teor da Resolução n. 106/2014 (pág. 06).

Já o suscitante, ao receber os autos da ação penal, deu-se por incompetente para processá-la e julgá-la, sob o argumento de que:

“a questão da vulnerabilidade do referido menor não encontra ressonância no âmbito da competência especializada deste Juízo, ante o apontamento de que o mesmo concorreu ativamente para a prática do delito em questão. Não foi, portanto, o adolescente em comento o alvo de tal delito como vítima, no sentido estrito da palavra, razão pela qual não se ajusta, a hipótese vertente, aos princípios normativos que regem a r. Resolução, acima transcrita.” (págs. 04/05).

Pois bem.

Com efeito, a Resolução n. 106/2014 deste Tribunal de Justiça foi editada com o fim de transformar a Central de Cartas Precatórias na 7ª Vara Criminal de Competência Especial da Comarca de Campo Grande – MS.

Disciplinando a matéria, a Resolução n. 221/1994 (com as alterações promovidas pela Resolução n. 107/2014) passou a prescrever em seu art. 2º, alínea z, item 1, que compete ao juiz de direito da 7ª Vara Criminal “*processar e julgar os crimes praticados contra criança e adolescente (em decorrência de sua condição), bem como os incidentes processuais, excetuando-se os crimes dolosos contra a vida, tentados ou consumados; os crimes decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher; e as infrações de menor potencial ofensivo, ressalvados os casos de conexão e continência*” (destaquei).

Trata-se, portanto, de critério *ratione materiae*, fundado na natureza da infração, que somente firmará a competência quando o crime for cometido contra o menor e diretamente em razão dessa condição, ou seja, em face de sua vulnerabilidade, sendo nítido o propósito de conferir efetividade ao postulado da proteção integral (art. 3º e art. 4º, par. único, *d*, da Lei n. 8.069/90).

Pois bem.

A inicial acusatória narra que (págs. 07/09):

“(...) Consta do inquérito policial que, no dia 27 de janeiro de 2011, por volta das 08h00min, na residência situada na Rua Onix, n. 152, Bairro Coopharadio, nesta Capital, o denunciado Odemir Severo Pinto, em concurso de agentes com o menor infrator Flavio Trindade dos Santos, mediante escalada, adentraram a residência da vítima Regina Maria Rodrigues, ocasião em que tentaram subtrair para si um rádio de toca CD, marca White-Westinghouse do interior do imóvel, só não consumando o intento criminoso por circunstâncias alheias à sua vontade.

I – Da Tentativa de Furto Qualificado

Depreende-se dos autos que, na data fatídica, o denunciado e o menor escalaram o muro da residência, sendo que ao tentarem arrombar a porta da cozinha, foram ouvidos pela vítima, que começou a gritar, motivo que fez com que empreendessem em fuga. Após, Regina acionou a Polícia Militar.

No momento em que os Policiais chegaram ao local, lograram êxito em encontrar o rádio de toca CD, marca White-Westinghouse, de propriedade da vítima, que o denunciado e o menor abandonaram em cima do muro ao fugir.

Após serem encontrados, o denunciado e o menor foram indagado sobre os fatos, ocasião em que assumiram a autoria do fato, informação que foi confirmada pela própria vítima e por duas testemunhas, conforme Auto de Reconhecimento de fl. 19.

Portanto, resta evidente a tentativa de furto qualificado por escalada e pelo concurso de agentes, uma vez que o denunciado e o menor não conseguiram subtrair o toca CD do interior da residência da vítima por motivos alheios as suas vontades, visto que foram capturados pelos Policiais.

II – Da Corrupção de Menores

Deflui-se dos autos que Odemir Severo Pinto praticou, juntamente com o menor infrator Flavio Trindade dos Santos, o crime de furto qualificado na forma tentada. Diante deste fato, imputa-se ao denunciado o crime de corrupção de menores.

A autoria e a materialidade dos crimes restam comprovadas pelo Boletim de Ocorrência (fls. 17 – frente e verso), pelo Auto de Exibição e Apreensão (fl. 18), Auto de Reconhecimento Positivo de Objeto (fl. 19), Auto de Entrega (fl. 20), bem como pelas declarações do próprio denunciado, bem como do menor infrator. (...)”

Como se vê, a imputação refere-se a delitos cometidos com a participação de menor de idade, e não efetivamente contra criança ou adolescente, inexistindo relação direta entre a ação do agente e sua condição de hipossuficiência ou de vulnerabilidade.

Note-se que o menor também deverá responder pela conduta por ele praticada, contudo no âmbito da Vara Especializada da Infância e da Juventude, juízo competente para efetivar a proteção conferida pelo ordenamento jurídico, mormente diante da peculiaridade do fato.

De fato, a participação das adolescentes no fato ilícito decorre de sua própria depravação moral, estando, pois, ainda que em parte, dissociada da questão relativa à sua vulnerabilidade que consubstancia o fator primordial à atração da competência do juízo suscitante.

Nesse sentido é a posição consolidada desta Corte de Justiça:

EMENTA – CONFLITO DE JURISDIÇÃO – SUSCITANDO O JUÍZO DA 7ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE CAMPO GRANDE – SUSCITADO O JUÍZO DA

3ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE CAMPO GRANDE – FURTO QUALIFICADO, RECEPÇÃO E CORRUPÇÃO DE MENORES – ADOLESCENTE QUE ATUA COMO COAUTOR NA PRÁTICA DELITIVA – COMPETÊNCIA DA VARA CRIMINAL RESIDUAL – CONFLITO PROCEDENTE.

Se o adolescente atuou na prática criminosa, como co-autor, sua menoridade não foi fundamental para a ação delituosa, sendo crime praticado com o auxílio do próprio adolescente, este não se apresenta como mera vítima, mas como co-autor, que, ademais, já responderá a procedimento da Vara Especializada da Infância, com possível aplicação de medidas simultâneas socioeducativas e de proteção, o que não justifica remessa do feito à Vara que julga crimes contra Criança.

Não se trata de hipótese que demanda foro especial, nos termos da Resolução n. 107 de de 30 de abril de 2014, não havendo que se falar em competência da Vara que processa Crimes contra Crianças.

Conflito de Jurisdição procedente, para fixar a competência da 3ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande. (Conflito de Jurisdição nº 1601307-88.2015.8.12.0000; Campo Grande; Primeiro Câmara Criminal; Rel. Des.ª Maria Isabel de Matos Rocha, Julgado em 20.10.2015).

*EMENTA – CONFLITO DE JURISDIÇÃO – ROUBO QUALIFICADO E CORRUPÇÃO DE MENORES – FATO ILÍCITO CUJA DESCRIÇÃO EVIDENCIA QUE A AÇÃO DO AGENTE NÃO É DIRETAMENTE ASSOCIADA À VULNERABILIDADE DA CRIANÇA OU DO ADOLESCENTE – MENOR QUE PARTICIPA DO EVENTO CRIMINOSO – COMPETÊNCIA DO SUSCITANTE AFASTADA – CONFLITO PROCEDENTE. I – Tratando-se de imputação de crime cometido em companhia de adolescente (e não efetivamente contra ele), assim como inexistindo relação direta entre a ação do agente e a condição de hipossuficiência do menor, porquanto a participação deste no fato ilícito decorre principalmente da depravação moral e não propriamente de sua vulnerabilidade, resta afastada a competência *ratione materiae* da 7.ª Vara Criminal de Campo Grande, consoante termos do art. 2.º, alínea z, ítem 1, da Resolução n.º 221/94, com as alterações promovidas pela Resolução n. 107/2014. II – Conflito negativo procedente, restando fixada a competência do Juízo da 4.ª Vara Criminal de Campo Grande. (Conflito de Jurisdição nº 1601862-42.2014.8.12.0000; Campo Grande; Primeira Câmara Criminal; de minha relatoria; Julgado em 01.09.2014)*

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. VARA ESPECIALIZADA OU VARA RESIDUAL. DENÚNCIA QUE DESCREVE A PRÁTICA DE CRIME DE ROUBO COM PARTICIPAÇÃO DE MENOR. SITUAÇÃO NÃO CONTEMPLADA PELA RESOLUÇÃO N. 107/2014. COMPETÊNCIA DA VARA RESIDUAL. PROCEDÊNCIA. Se a denúncia descreve a prática de um crime de roubo com a participação de um menor, não sendo a condição de menoridade decisiva para a ação do agente criminoso, tal situação não foi contemplada pela resolução nº 107, de 30 de abril de 2014, que excepciona a atuação da vara especializada. Conflito que se julga procedente, firmando-se a competência do juízo suscitado para processar e julgar o feito. (Rec. 1601187-79.2014.8.12.0000; Campo Grande; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes; em 30/07/2014)

Logo, os delitos retratados nos autos não se inserem na competência *ratione materiae* da 7ª Vara Criminal, cujo julgamento estará a cargo de umas das varas de competência residual da Comarca de Campo Grande.

Destarte, ante o exposto, com o parecer, julgo procedente o presente conflito negativo, fixando, por consequência, a competência do Juízo suscitado da 3ª Vara Criminal de Campo Grande/MS para processar e julgar a ação penal de n.º 0005180-04.2011.8.12.0001.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, julgaram procedente o conflito.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Relator, o Exmo. Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Francisco Gerardo de Sousa, Des. Dorival Moreira dos Santos e Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 03 de dezembro de 2015.

3ª Câmara Criminal**Recurso em Sentido Estrito n. 0034050-88.2013.8.12.0001 – Campo Grande
Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva**

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – RETRATAÇÃO DA DECISÃO QUE RECEBE A DENÚNCIA – POSSIBILIDADE – INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 396, 396-A DO CPP – MERCADORIA IMPRÓPRIA AO CONSUMO – ART. 7º, INCISO IX, DA LEI Nº 8.137/90 – NORMA PENAL EM BRANCO COMPLEMENTADA PELO § 6º DO ART. 18 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (LEI Nº 8.078/90) – MATERIALIDADE – IMPRESCINDIBILIDADE DA PERÍCIA TÉCNICA – ART. 158 DO CPP – DESPROVIMENTO.

Mesmo tendo recebido a denúncia, o magistrado pode reconsiderar essa decisão e rejeitar a peça acusatória após a apresentação da resposta do acusado, nos termos dos artigos 396 e 396-A, do CPP, desde que convencido da configuração de alguma das hipóteses previstas pelo artigo 395 do mesmo Código. Além disso, face ao disposto pelo artigo 3º, do CPP, por analogia, plenamente possível aplicar-se o artigo 267, § 3º, do CPC, que permite ao juiz extinguir o processo sem julgamento do mérito, diante da ausência de pressupostos processuais e condições da ação, a qualquer tempo, inclusive de ofício, posto que se trata de matérias de ordem pública, as quais, por sua natureza, não se sujeitam à chamada preclusão *pro judicato* ou a qualquer outro mecanismo que torne o ato imutável ou não passível de reforma.

O delito previsto no artigo 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90, é norma penal em branco, pois não esclarece nem exemplifica o que seja “*em condições impróprias ao consumo*”. A norma complementar é prevista no § 6º do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), que classifica os produtos impróprios ao uso ou ao consumo. Para configurar tal delito é imprescindível a comprovação da impropriedade do produto exposto ao consumo, e tal comprovação somente é possível por meio de perícia técnica, nos termos do artigo 158 do CPP, pois trata-se de infração que deixa vestígios materiais.

Não realizada a perícia, ausente a prova da materialidade e, conseqüentemente, a justa causa para a ação penal.

Recurso desprovido.

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, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 12 de novembro de 2015.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

O Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, qualificado nos autos, inconformado com a decisão de f. 146/150 que, retratando-se (f. 117/118), rejeitou a denúncia oferecida contra Teodorico Inácio de Souza Neto, por infração, em tese, ao crime previsto no art. 7º, IX, da Lei nº 8.137/90, sob o argumento de inexistir prova técnica capaz de comprovar a materialidade delitiva e, em consequência, determinou o arquivamento do processo, interpõe o presente Recurso em Sentido Estrito pelo qual, segundo as razões expostas a f. 156/175, postula pela cassação da referida decisão, com regular prosseguimento do feito, nos termos do art. 399 e seguintes do Código de Processo Penal.

Para fins de prequestionamento requer manifestação expressa acerca dos artigos 395, III, 396, *caput*, e 397, *caput*, todos do CPP.

As contrarrazões vieram a f. 182/189.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 194/198, opina pelo provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Estadual contra decisão de f. 146/150 que, retratando-se (f. 117/118), rejeitou a denúncia oferecida contra Teodorico Inácio de Souza Neto, por infração, em tese, ao crime previsto no art. 7º, IX, da Lei nº 8.137/90, sob o argumento de inexistir prova técnica capaz de comprovar a materialidade delitiva e, em consequência, determinou o arquivamento do processo.

Consta da denúncia que:

“(...) Consta dos inclusos autos de inquérito policial, que no dia 22 de novembro de 2012, na rua principal do Distrito de Anhanduí, nesta, no estabelecimento “Casa de carne Boi Branco”, o denunciado, Teodorico Inácio de Souza Neto, expôs a venda, bem como teve em depósito, 50 kg (cinquenta quilos) de carne bovina imprópria para o consumo, consoante laudo de vistoria de fls. 25-33.

Segundo apurou-se, as autoridades policiais, juntamente com peritos ambientais e uma equipe do Iagro, se dirigiram ao estabelecimento “Casa de Carne Boi Branco”, de propriedade do denunciado, para realizar uma perícia nas mercadorias do local, uma vez que fora descoberto anteriormente um caso de abate bovino clandestino, que teria como cliente destinatário o referido açougue.

Sendo assim, ao chegar ao local, as autoridades mencionadas constataram a existência de 50 kg (cinquenta quilos) de carne bovina impróprias para o consumo, dado que não fora cumprido o processo necessário para assegurar a higidez dos alimentos, bem como a correta dieta hídrica, realizada nos frigoríficos regularizados, e por isso estando em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, haja vista ser todo o material encontrado oriundo de abates clandestinos, consoante laudo de vistoria de fls. 25-33...” (sic).

Por inconformar-se com a decisão o recorrente, pelas razões expostas a f. 156/175, postula pela cassação da referida decisão, a fim de que o processo tenha regular prosseguimento, nos termos do art. 399 e seguintes do Código de Processo Penal. Para fins de prequestionamento requer manifestação expressa acerca dos artigos 395, III, 396, *caput*, e 397, *caput*, todos do CPP.

As contrarrazões vieram a f. 182/189.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 194/198, opina pelo provimento do recurso.

É o que basta para analisar a pretensão.

Na fase do artigo 396 do CPP a denúncia foi recebida, como se vê pela decisão de f. 117/118, da seguinte forma:

“Não vislumbro, ‘prima facie’, nenhuma das causas de rejeição previstas no art. 395 do Código de Processo Penal, satisfeitas estando as exigências previstas no art. 41 da mesma norma e havendo prova de materialidade e indícios suficientes de autoria, de sorte que recebo a denúncia em seus termos.

Cite(m)-se o(a)(s) réus pessoalmente para que, no prazo de 10(dez) dias, apresente (m) resposta à acusação por escrito, por intermédio de seu defensor, podendo arguir preliminares e alegar tudo o que interessar à defesa, oferecendo documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação.

(...) (sic)”.

Em atenção ao determinado, que nada mais é que o disposto pelo artigo 396-A do CPP, o acusado apresentou a resposta à acusação, alegando, preliminarmente, falta de condições de procedibilidade, pelo fato de as mercadorias não terem sido apreendidas, a fim de serem submetidas à indispensável perícia técnica, fato que leva à absolvição sumária por atipicidade formal e material da conduta.

Conclusos os autos na fase do artigo 397 do CPP, o magistrado, pela decisão de f. 146/150, acolheu os argumentos da defesa e, retratando-se, rejeitou a denúncia por falta de justa causa (inciso III do artigo 395 do CPP), reconhecendo ausente a prova da materialidade.

Não há irregularidade nessa postura.

A reforma do CPP, instituída pela Lei nº 11.719/2008, dentre outras novidades, introduziu no sistema o artigo 396-A, abrindo a possibilidade de a defesa arguir preliminares, criando ao magistrado a obrigação de realizar novo juízo de admissibilidade da denúncia já recebida, no qual deverá reapreciar a presença dos pressupostos processuais e das condições da ação.

Essa é a interpretação mais coerente com o espírito da norma e de todo o procedimento comum previsto pelo Código, pois não teria sentido algum permitir apresentação de preliminares defensivas (cuja principal finalidade sempre foi a de induzir à extinção do processo), se estas não pudessem ser apreciadas e eventualmente acatadas antes do julgamento de mérito, em especial quando tratarem de condições da ação, as quais podem e devem ser analisadas a qualquer tempo.

Sendo assim, tanto para rejeitar, quanto para acatar as preliminares, o momento adequado é a fase do artigo 397 do CPP, que embora pareça permitir extinção da ação penal apenas nas quatro hipóteses de absolvição sumária (*existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; manifesta causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; fato narrado evidentemente atípico; presença de causa de extinção da punibilidade*), a meu sentir possui maior alcance, possibilitando a extinção do processo sem julgamento do mérito, especialmente quando ausentes pressupostos processuais ou condições da ação, onde se inclui, na esfera penal, a falta de justa causa.

A 5ª Turma do STJ, em 2010, ao julgar o HC nº. 150.925/PE, de relatoria do Min. Napoleão Nunes Maia Filho (DJe 17/5/2010), já consagrou esse entendimento ao definir que *“é na oportunidade do art. 397 do CPP que o Juiz deverá se manifestar com mais vagar sobre as teses suscitadas pelo acusado, caso alguma preliminar, exceção ou excludente de ilicitude ou de culpabilidade sejam suscitadas em defesa prévia para contestar a admissibilidade ab initio da persecução penal, ou verificar a possibilidade de absolvição sumária”.*

Posteriormente, em 2013, ao julgar o REsp: 1318180 DF 2012/0082250-9, a 6ª Turma daquela Corte sufragou o mesmo entendimento, como se vê:

“RECURSO ESPECIAL – PROCESSUAL PENAL – DENÚNCIA – RECEBIMENTO – RESPOSTA DO ACUSADO – RECONHECIMENTO – AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA – POSSIBILIDADE – ILICITUDE DA PROVA – AFASTAMENTO – INVIABILIDADE – ACÓRDÃO RECORRIDO – FUNDAMENTO EXCLUSIVAMENTE CONSTITUCIONAL – DECRETO REGULAMENTAR – TIPO LEGISLATIVO QUE NÃO SE INSERE NO CONCEITO DE LEI FEDERAL 1. O fato de a denúncia já ter sido recebida não impede o Juízo de primeiro grau de, logo após o oferecimento da resposta do acusado, prevista nos arts. 396 e 396-A do Código de Processo Penal, reconsiderar a anterior decisão e rejeitar a peça acusatória, ao constatar a presença de uma das hipóteses elencadas nos incisos do art. 395 do Código de Processo Penal, suscitada pela defesa. 2. As matérias numeradas no art. 395 do Código de Processo Penal dizem respeito a condições da ação e pressupostos processuais, cuja aferição não está sujeita à preclusão (art. 267, § 3º, do CPC, c/c o art. 3º do CPP). 3. Hipótese concreta em que, após o recebimento da denúncia, o Juízo de primeiro grau, ao analisar a resposta preliminar do acusado, reconheceu a ausência de justa causa para a ação penal, em razão da ilicitude da prova que lhe dera suporte. 4. O acórdão recorrido rechaçou a pretensão de afastamento do caráter ilícito da prova com fundamento exclusivamente constitucional, motivo pelo qual sua revisão, nesse aspecto, é descabida em recurso especial. 5. Os decretos regulamentares não se enquadram no conceito de lei federal, trazido no art. 105, III, a, da Constituição Federal. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido. (STJ, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, Data de julgamento: 16/05/2013, T6 – Sexta Turma).

No mesmo sentido:

“RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – FURTO DE ENERGIA ELÉTRICA – RECEBIMENTO DA DENÚNCIA – RETRATAÇÃO – PRECLUSÃO PRO JUDICATO – INOCORRÊNCIA – APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA – DESCABIMENTO – 1) Embora o tema ainda renda polêmica, não há que se reconhecer a preclusão pro judicato quando, após a defesa prévia, o magistrado reconsidera a decisão de recebimento da denúncia e rejeita a inicial acusatória ainda no nascedouro da ação. Sequer iniciada a fase instrutória. Mormente porque, interposto recurso em sentido estrito pela acusação, o tribunal não estaria impedido de conhecer da ilegalidade no recebimento da peça e conceder habeas corpus de ofício para o trancamento da ação penal. Não obstante, descabe ao magistrado, na mesma toada em que rejeita a inicial por falta de suporte mínimo de materialidade e de autoria delitiva, incursionar no mérito para condicionar a extinção da punibilidade ao pagamento da dívida contraída com a concessionária de energia elétrica. Com efeito, ou bem o magistrado extingue o feito sem exame de mérito por ausência de condição para o exercício válido da ação penal, ainda que após a defesa prévia, ou bem admite a ação, cumprindo, se for o caso, absolver sumariamente o réu. As duas providências. Rejeição da inicial por falta de justa causa e declaração de extinção da punibilidade, sobretudo sob condição de quitação da dívida com a concessionária de energia elétrica. Representam uma contradictio in terminis e consubstanciam, sob outro enfoque, uma manutenção ilegal da ação penal contra o réu. (...). Provimento parcial do recurso. (TJRJ; RSE 0225102-18.2012.8.19.0001; Terceira Câmara Criminal; Relª Desª Suimei Meira Cavalieri; Julg. 18/08/2015; DORJ 24/08/2015).

Com isso fica claro que o magistrado, mesmo tendo recebido a denúncia, pode reconsiderar essa decisão e rejeitar a peça acusatória após a apresentação da resposta do acusado, nos termos dos artigos 396 e 396-A, do CPP, desde que convencido da configuração de alguma das hipóteses previstas pelo artigo 395 do mesmo Código.

Além de tudo, face ao disposto pelo artigo 3º, do CPP, por analogia, plenamente possível aplicar-se o artigo 267, § 3º, do CPC, que permite ao juiz extinguir o processo sem julgamento do mérito, diante da ausência de pressupostos processuais e condições da ação, a qualquer tempo, inclusive de ofício, posto que se trata de matérias de ordem pública, as quais, por sua natureza, não se sujeitam à chamada preclusão *pro judicato* ou a qualquer outro mecanismo que torne o ato imutável ou não passível de reforma.

No que toca à ausência de justa causa para o início da persecução penal, no caso dos autos, tenho que também agiu bem o magistrado.

Como visto, Teodorico Inácio de Souza foi denunciado como incurso nas penas do artigo 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90 porque expunha à venda no estabelecimento de sua propriedade 50 kg de carne bovina “*impróprias para o consumo, dado que não fora cumprido o processo necessário para assegurar a higidez dos alimentos, bem como a correta dieta hídrica, realizada nos frigoríficos regularizados, e por isso estando em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, haja vista ser todo o material encontrado oriundo de abates clandestinos*” (SIC).

Ou seja, carne sem embalagem padrão e sem comprovação da origem.

Embora seja certo que em outra ocasião adotei posicionamento distinto, entendendo que “*Apesar do produto não ter sido submetido a exame pericial, deve-se atentar que na presente hipótese (art. 18, par. 6º, inc. II, última parte, do código de defesa do consumidor) a condição imprópria ao consumo é presumida pelo tipo penal, tratando-se, a toda evidência, de crime de perigo abstrato (...)*”. (TJMS; APL 0001157-77.2009.8.12.0003; Bela Vista; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Francisco Gerardo de Sousa; DJMS 20/02/2015; Pág. 70)”, revejo tal posicionamento pelos seguintes fundamentos.

O delito previsto no artigo 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90, efetivamente é uma norma penal em branco, pois não esclarece nem exemplifica o que seja “*em condições impróprias ao consumo*”. De tal forma, tal norma jurídica deve ser complementada por outra. E a norma que classifica quais os produtos impróprios ao uso ou ao consumo é a prevista no § 6º do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

Na espécie, após certo período de instabilidade, a jurisprudência do STF e do STJ pacificou-se no sentido de que para configurar o delito previsto no artigo 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90, c/c art. 18, § 6º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, é imprescindível a comprovação da impropriedade do produto exposto ao consumo, e que tal comprovação somente é possível por meio de perícia, em cumprimento ao artigo 158 do CPP, pois trata-se de infração que deixa vestígios materiais. Eis alguns exemplos:

“HABEAS CORPUS – CRIME CONTRA AS RELACOES DE CONSUMO – FABRICAÇÃO E DEPÓSITO DE PRODUTO EM CONDIÇÕES IMPRÓPRIAS PARA O CONSUMO. INCISO IX DO ART. 7º DA LEI 8.137/90, COMBINADO COM O INCISO II DO § 6º DO ART. 18 DA LEI Nº 8.078/90 – CONFIGURAÇÃO DO DELITO – CRIME FORMAL – PRESCINDIBILIDADE DA COMPROVAÇÃO DA EFETIVA NOCIVIDADE DO PRODUTO – REAJUSTAMENTO DE VOTO – NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA IMPROPRIEDADE DO PRODUTO PARA USO – INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS PENAL E ADMINISTRATIVA – ÔNUS DA PROVA DO TITULAR DA AÇÃO PENAL – ORDEM CONCEDIDA.

1. Agentes que fabricam e mantêm em depósito, para venda, produtos em desconformidade com as normas regulamentares de fabricação e distribuição. Imputação do crime do inciso IX do art. 7º da Lei nº 8.137/90. Norma penal em branco, a ter seu conteúdo preenchido pela norma do inciso II do § 6º do art. 18 da Lei nº 8.078/90.

2. São impróprios para consumo os produtos fabricados em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação. A criminalização da

conduta, todavia, está a exigir do titular da ação penal a comprovação da impropriedade do produto para uso. Pelo que imprescindível, no caso, a realização de exame pericial para aferir a nocividade dos produtos apreendidos.

3. *Ordem concedida*”. (HC n. 90.779/PR, Ministro Carlos Britto, Primeira Turma, DJe 24/10/2008).

RECURSO EM HABEAS CORPUS – TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL – CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO (ART. 7º, IX, DA LEI N. 8.137/1990) – INÉPCIA DA DENÚNCIA – FALTA DE JUSTA CAUSA – IMPRESCINDIBILIDADE DE PERÍCIA TÉCNICA – AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE DELITIVA.

1. *A responsabilidade penal objetiva agride os cânones do Direito Penal democraticamente orientado* (RHC n. 20.109/MG, Ministra Maria Thereza, Sexta Turma, DJe 19/10/2009).

2. *A omissão dos comportamentos típicos que teriam concretizado a participação dos réus nos fatos criminosos descritos pela acusação torna a denúncia inepta.*

3. *Para que se cumpra o princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal, a denúncia há de estar baseada em um suporte probatório mínimo quanto aos indícios de autoria, à existência material de uma conduta típica e à prova de sua antijuridicidade e culpabilidade.*

4. *O Superior Tribunal de Justiça entende que, para se caracterizar o delito previsto no art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/1990 – crime contra as relações de consumo –, é imprescindível a realização de perícia, a fim de se atestar se as mercadorias apreendidas estavam, de fato, em condições impróprias para o consumo.*

5. *Recurso em habeas corpus provido para trancar a ação penal*” (Recurso em habeas corpus nº 41.075 – SC (2013/0319920-0)).

“APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO – EXPOR À VENDA OU VENDER PRODUTO EM CONDIÇÕES IMPRÓPRIAS PARA O CONSUMO – APREENDIDOS PRODUTOS COM DATA DE VALIDADE EXPIRADA (ART. 7º, INC. IX, DA LEI Nº 8.137/90 C/C ART. 18, §6º, INC. I, DA LEI Nº 8078/90) E PRODUTOS EM DESACORDO COM AS NORMAS REGULAMENTARES DE FABRICAÇÃO, DISTRIBUIÇÃO OU APRESENTAÇÃO (ART. 7º, INC. IX, DA LEI Nº 8.137/90 C/C ART. 18, §6º, INC. II, DA LEI Nº 8078/90) – RECURSO MINISTERIAL – NÃO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA – AUSENTE PROVA DA MATERIALIDADE – NECESSIDADE DE LAUDO PERICIAL – IMPRESCINDIBILIDADE DA PERÍCIA APENAS PARA PROVAR A MATERIALIDADE DO CRIME TIPIFICADO NO ART. 7º, INC. IX, DA LEI Nº 8.137/90 C/C ART. 18, §6º, INC. II, DA LEI Nº 8078/90 – O EXPIRAÇÃO DO PRAZO DE VALIDADE PODE SER COMPROVADO POR OUTROS ELEMENTOS DE PROVA DOS AUTOS. PRECEDENTES TRIBUNAIS SUPERIORES – RECURSO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDO – RECEBER PARCIALMENTE A DENÚNCIA.

1. *O delito previsto no art. 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90, revela-se uma norma penal em branco, eis que não explicita a expressão “em condições impróprias ao consumo”, bem como não a exemplifica, devendo, pois, ser integralizada por outra norma jurídica que lhe dê suporte. No caso esta norma é a prevista no art. 18, §6º, do Código de Defesa do Consumidor.* 2. *Segundo o atual posicionamento das Cortes Superiores, para configurar o delito previsto no art. 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90, c/c art. 18, §6º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, é imprescindível a comprovação da impropriedade do produto exposto ao consumo, o que somente é possível por meio de perícia* 3. *Por outro lado, no caso de apreensão de produtos com o prazo de validade expirado, faz-se desnecessária a perícia técnica quando comprovado por outros meios estar expirado o prazo indicado no rótulo*

do produto. 4. No caso dos autos em que, além de produtos em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação (inc. II), foram apreendidos produtos com o prazo de validade expirado (inc. I), deve a denúncia ser recebida somente quanto a este último fato criminoso, ao passo que a prova da materialidade é realizada por outros meios. 5. Recurso ministerial parcialmente provido, para receber parcialmente a denúncia”. (TJES; RSE 0005892-33.2011.8.08.0024; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça; Julg. 25/06/2014; DJES 07/07/2014).

“CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO. ARTIGO 7º, INCISO IX, DA LEI N. 8.137/90. SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSURREIÇÃO DEFENSIVA. Apreensão de carne bovina e suína sem inspeção sanitária. Necessidade de realização de prova pericial para demonstração da condição imprópria ao consumo. Materialidade. Imprescindibilidade de perícia. Questão pacificada no Superior Tribunal de Justiça. Recurso provido. Absolvição do réu fulcro no artigo 386, II, do código de processo penal. O Superior Tribunal de Justiça entende que, para se caracterizar o delito previsto no art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/1990 - Crime contra as relações de consumo -, é imprescindível a realização de perícia, a fim de se atestar se as mercadorias apreendidas estavam, de fato, em condições impróprias para o consumo (RHC 41075/SC, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, sexta turma, julgado em 20/03/2014)”. (TJSC; ACR 2012.072707-9; São Miguel do Oeste; Quarta Câmara Criminal; Rel. Desig. Des. Jorge Henrique Schaefer Martins; Julg. 19/12/2014; DJSC 14/01/2015; Pág. 48).

Inobstante os documentos de f. 30/48 (laudo de vistoria elaborado pelo Iagro), confirme que o abate era clandestino e sem inspeção pelo órgão sanitário competente, e o relatório apresentado a f. 51/53, emitido pela Coordenadoria-Geral de Perícias, ateste as condições precárias de transporte, o fato é que a indispensável perícia técnica, capaz de atestar se, efetivamente, apesar de todos os problemas acima referidos, o produto era impróprio para o consumo, não foi realizada, desatendendo-se, portanto, ao disposto pelo artigo 158, do CPP.

Trata-se de desídia injustificável, já que o produto fora localizado e examinado pelos órgãos administrativos, não se vislumbrando razão para a ausência de apreensão e, conseqüentemente, submissão à perícia, em especial quando o acusado já era conhecido como praticante contumaz daquela conduta.

Discorrendo sobre o artigo 158 do CPP, sobre a necessidade da perícia em delitos que deixam vestígios, Guilherme de Souza Nucci, na obra “Código de Processo Penal Comentado”, 13ª ed., p. 389, esclarece:

“Em relação a estes últimos é que se preocupou o artigo em questão, exigindo que se faça a inspeção pericial, com a emissão de um laudo, para comprovar a materialidade. Portanto, em crimes que deixam vestígios materiais deve haver, sempre, exame de corpo de delito. Preferencialmente, os peritos devem analisar o rastro deixado pessoalmente. Em caráter excepcional, no entanto, admite-se que o façam por outros meios de prova em direito admitidos, tais como o exame da ficha clínica do hospital que atendeu a vítima, fotografias, filmes, atestados de outros médicos, entre outros. É o que se chama de corpo de delito indireto.”

Neste caso, embora perfeitamente possível, até o momento, sequer o exame de corpo de delito indireto foi realizado.

Em decorrência, ausente a prova da materialidade do delito, não há nos autos o suporte probatório mínimo para embasar a denúncia, situação que implica na falta do interesse de agir, eliminando a causa para a ação penal. Recebimento de peça acusatória em tais circunstâncias, à toda evidência, caracteriza constrangimento ilegal.

Voltando a Nucci (p. 823 da obra acima referida), tem-se que: *“Se ocorrer o ingresso da ação penal, sem o acompanhamento de prova pré-constituída, embora a narrativa feita na denúncia ou na queixa possa ser considerada juridicamente possível, não haverá interesse de agir, tendo em vista ter sido desrespeitado o interesse-adequação. Não há justa causa para a ação penal.”*

É o caso dos autos.

São estes os fundamentos pelos quais, contra o parecer, nego provimento ao recurso para manter a decisão de f. 146/150, e em consequência, determinar o arquivamento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

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. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 12 de novembro de 2015.

3ª Câmara Criminal
Apelação n. 0062456-90.2011.8.12.0001 – Campo Grande
Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – AMEAÇA E VIAS DE FATO – NULIDADE POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA – AFASTADA – AUDIÊNCIA ESPECIAL – ART. 16 DA LEI Nº 11.340/06 – AUSÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE – SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – INAPLICABILIDADE À ESPÉCIE – PRELIMINARES REJEITADAS – AUTORIA – PROVAS – DECLARAÇÕES DA VÍTIMA – COERÊNCIA COM OUTROS ELEMENTOS – CONFIRMAÇÃO – LEGÍTIMA DEFESA – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO – PRINCÍPIOS DA BAGATELA IMPRÓPRIA E DA INSIGNIFICÂNCIA – INAPLICABILIDADE DIANTE DA RELEVÂNCIA PENAL DO FATO – PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – INAPLICABILIDADE – PRIVILÉGIO DO ART. 129, § 4º, DO CP – INOCORRÊNCIA – ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – NÃO CONFIGURAÇÃO – AGRAVANTE DO ART. 61, II, “F”, DO CÓDIGO PENAL – CONFIRMAÇÃO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITO – REQUISITOS – ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL – RECURSO DESPROVIDO.

A decisão que recebe a denúncia tem forma interlocutória e, por esta razão, o juízo positivo de admissibilidade da acusação penal prescinde de fundamentação complexa.

A designação da audiência especial prevista pelo artigo 16 da Lei nº 11.340/2006 não é obrigatória. Nos casos de ação penal pública condicionada à representação exige-se manifestação da vítima no sentido de retratar-se, apresentada antes do recebimento da denúncia. Tratando-se de lesão corporal no âmbito da violência doméstica, o STF decidiu que a ação é pública incondicionada (ADIN nº 4.424). Quando se trata de contravenção, por força do artigo 17 do Decreto-Lei nº 3.688/1941, a ação penal é incondicionada.

A suspensão condicional do processo não se aplica a casos envolvendo violência doméstica pela expressa vedação contida no artigo 41 da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), que afasta a possibilidade de extensão a ilícitos de tal natureza dos institutos despenalizadores previstos pela Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais).

Confirma-se a condenação quando a sentença bem analisou a prova produzida nos autos. Em delitos relativos à violência doméstica contra a mulher a palavra da vítima assume valor relevante, posto que na maioria das vezes praticado no recôndito do lar, sem testemunhas presenciais. Sobreleva-se tal importância quando o caderno processual contém outros elementos de prova coerentes com as declarações da vítima.

Rejeita-se a tese da legítima defesa quando ausente prova de agressão injusta, atual e iminente por parte da vítima, tampouco do uso moderado dos meios necessários para repeli-la.

Se o delito de ameaça não foi utilizado ou serviu como meio, fase normal de preparação ou de execução para a prática das vias de fato, e as condutas, embora praticadas no mesmo contexto fático, foram perpetradas com desígnios completamente autônomos, devem ser consideradas independentes entre si, inviabilizando a incidência do princípio da consunção.

Repele-se a aplicação da causa especial de redução da pena, prevista no art. 129, § 4º, do Código Penal, diante da ausência de comprovação de que a ação tenha sido motivada por relevante valor social ou moral ou sob o domínio de violenta emoção, logo após injusta provocação da vítima.

Não se aplica o princípio da bagatela imprópria aos delitos praticados em afronta a Lei nº 11.340/2006.

Não há como acolher o pedido de aplicação da atenuante da confissão espontânea se o apelante negou os fatos em seu interrogatório judicial.

Inviável o afastamento da circunstância prevista no artigo 61, II, “f”, do Código Penal sob a alegação de elementar do tipo de ameaça sob o rito da Lei Maria da Penha, pois a agravante foi justamente acrescida nesse rol pela Lei n.º 11.340/06, com o intuito de recrudescer a punição pelos delitos cometidos diante das hipóteses legais previstas.

O delito praticado resultou em violência e grave ameaça à ofendida, sendo inadmissível a substituição da pena corpórea por restritiva de direitos, por vedação do art. 44, I, do Código Penal.

Recurso conhecido e desprovido. Com o parecer.

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, rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 24 de setembro de 2015.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Trata-se de apelação criminal interposta por L. G. M., em face da sentença de f. 68-77, que o condenou como incurso no artigo 147, *caput*, do CP, e art. 21 do Decreto-Lei 3.688/1941, em situação de violência doméstica, cuja pena foi fixada em 01 (um) mês e 10 (dez) dias de detenção pelo primeiro e 20 (vinte) dias de prisão simples, pelo segundo.

Em suas razões recursais (f. 88-141), o apelante requer, preliminarmente, a declaração da nulidade do feito por falta de fundamentação da decisão que recebeu a denúncia ou pela ausência de realização da audiência prevista no art. 16 da Lei n. 11.340/06, bem como lhe seja oportunizada a concessão da suspensão condicional do processo. No mérito, sustentou: i) a insuficiência de provas; ii) a aplicação do princípio da bagatela imprópria; iii) a aplicação da excludente da legítima defesa própria; iv) seja aplicado o princípio da consunção entre as condutas delitivas; v) reconhecimento da atenuante da confissão espontânea; vi) aplicação do privilégio do art. 129, § 4º, do CP; vii) a exclusão da agravante do artigo 61, II, “f”, do Código Penal; e viii) a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Para fins de prequestionamento requer manifestação expressa acerca do artigo 16, da Lei 11.340/06; do artigo 89, da Lei n.º 9.099/95; dos artigos 25, 44, 61, II, “f”, 65, inciso III, alínea “d”, e 129, § 4º, todos do Código Penal; do artigo 386, incisos VI e VII, do Código de Processo Penal, bem como os artigos 5º, inciso LVII, e 93, inciso

IX, ambos da Constituição Federal, e ainda, os demais dispositivos legais do Código Penal que regem a matéria, além, das Jurisprudências e doutrinas colacionadas nas razões recursais.

Contrarrazões a f. 143-152, pugnando pela rejeição das preliminares e, no mérito, pelo improvimento do recurso. Prequestiona, em caso de provimento ao recurso defensivo, ofensa aos arts. 4º, 16 e 41 da Lei n. 11.340/2006; arts. 1º, III; 5º, § 2º, e XLI; 226, § 8º, da CF/88).

A Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 167-178, opina pela rejeição das preliminares e improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por L. G. M., em face da sentença de f. 68-77, que o condenou como incurso no artigo 147, *caput*, do CP, e art. 21 do Decreto-Lei 3.688/1941, em situação de violência doméstica, cuja pena foi fixada em 01 (um) mês e 10 (dez) dias de detenção pelo primeiro e 20 (vinte) dias de prisão simples, pelo segundo.

Em suas razões recursais (f. 88-141), o apelante requer, preliminarmente, a declaração da nulidade do feito por falta de fundamentação da decisão que recebeu a denúncia ou pela ausência de realização da audiência prevista no art. 16 da Lei n. 11.340/06, bem como lhe seja oportunizada a concessão da suspensão condicional do processo. No mérito, sustentou: i) a insuficiência de provas; ii) a aplicação do princípio da bagatela imprópria; iii) a aplicação da excludente da legítima defesa própria; iv) seja aplicado o princípio da consunção entre as condutas delitivas; v) reconhecimento da atenuante da confissão espontânea; vi) aplicação do privilégio do art. 129, § 4º, do CP; vii) a exclusão da agravante do artigo 61, II, “f”, do Código Penal; e viii) a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Para fins de prequestionamento requer manifestação expressa acerca do artigo 16, da Lei 11.340/06; do artigo 89, da Lei n.º 9.099/95; dos artigos 25, 44, 61, II, “f”, 65, inciso III, alínea “d”, e 129, § 4º, todos do Código Penal; do artigo 386, incisos VI e VII, do Código de Processo Penal, bem como os artigos 5º, inciso LVII, e 93, inciso IX, ambos da Constituição Federal, além dos demais dispositivos legais do Código Penal que regem a matéria.

Contrarrazões a f. 143-152, pugnando pela rejeição das preliminares e, no mérito, pelo improvimento do recurso. Prequestiona, em caso de provimento ao recurso defensivo, ofensa aos arts. 4º, 16 e 41 da Lei n. 11.340/2006; arts. 1º, III; 5º, § 2º, e XLI; 226, § 8º, da CF/88).

A Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 167-178, opina pela rejeição das preliminares e improvimento do recurso.

É o que basta para o exame do recurso.

Preliminares

Nulidade

Insubsistente a alegada nulidade pela falta de designação da audiência especial prevista pelo artigo 16 da Lei nº 11.340/2006.

Por força do artigo 17 da Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688/1941), a ação penal proposta para apurar toda e qualquer contravenção penal é pública incondicionada, fato que, por si só, exclui qualquer possibilidade de retratação por parte da vítima de tal infração no âmbito doméstico.

Quanto ao crime de ameaça, rejeita-se a alegação de nulidade pela falta de designação da audiência especial prevista pelo artigo 16 da Lei nº 11.340/2006, cujo ato não é obrigatório, mas dependente de elemento volitivo da vítima.

Se não foi demonstrada intenção da vítima de violência doméstica em se retratar, não é necessária a designação da audiência do art. 16 da Lei n. 11.340/06.

Ainda que o delito de ameaça seja de ação penal pública condicionada, para que haja necessidade de designação da audiência especial prevista pelo artigo 16 da Lei nº 11.340/2006 exige-se demonstração da intenção da vítima, no sentido de retratar-se, antes do recebimento da denúncia. Confira-se o texto legal:

“Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público”.

Nesse sentido tenho reiteradamente decidido. Exemplificando:

“APELAÇÃO CRIMINAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – PRELIMINARES – INCOMPETÊNCIA DA VARA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – AMEAÇA OCORRIDA NO ÂMBITO FAMILIAR – INCIDÊNCIA DA LEI Nº 11.340/06 – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO QUE RECEBEU A DENÚNCIA – AFRONTA AO ART. 93, IX, DA CF – NULIDADE NÃO VERIFICADA – CERCEAMENTO DE DEFESA – INOCORRÊNCIA – AUDIÊNCIA DE RETRATAÇÃO – ARTIGO 16 DA LEI Nº 11.340/06 – DESNECESSIDADE – SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – INCABÍVEL – PREFACIAIS REJEITADAS – MÉRITO – ABSOLVIÇÃO EM RAZÃO DA INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA COM RELAÇÃO AO CRIME DE DANO – NEGATIVA DE AUTORIA ISOLADA NOS AUTOS – PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA – INAPLICABILIDADE DIANTE DA RELEVÂNCIA PENAL DO FATO – AFASTAMENTO DA AGRAVANTE DO ART. 61, II, F, DO CÓDIGO PENAL – IMPOSSIBILIDADE – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO – REQUISITOS – ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL – RECURSO DESPROVIDO. I. (...). IV. Não há falar em nulidade do feito pela ausência da audiência prevista no art. 16 da Lei nº 11.340/06, cuja realização depende de elemento volitivo da vítima, no sentido de se retratar, o que não ocorreu neste caso. V. (...). IX. Recurso desprovido. Acórdão. (TJMS; APL 0042442-51.2012.8.12.0001; Campo Grande; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva; DJMS 28/07/2015; Pág. 22).

No caso, houve representação da vítima a f. 6 e não há qualquer retratação desta.

Rejeito, pois, a preliminar.

Suspensão condicional do processo.

A suspensão condicional do processo é um dos institutos despenalizadores previstos pela Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), mas inaplicável a casos relativos à Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha) pela expressa determinação de seu artigo 41. Confira-se:

“Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995.”.

E isto é assim porque a aplicação de qualquer instituto despenalizador viria de encontro à proteção Constitucional garantida à incolumidade da mulher no âmbito doméstico, e também à especial proteção constante da Lei Maria da Penha. Acerca do tema confira-se entendimento do STJ:

“(...) 1. O art. 41 da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha) afastou a incidência da Lei 9.099/95 quanto aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, o que acarreta a impossibilidade de aplicação dos institutos despenalizadores nela previstos, como a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95). (...)” (HC 142017/MG Habeas Corpus N. 2009/0137397-6 Rel. Min. Napoleão Nunes Maia, 5ª Turma. DJe. 01/02/2010).

“(...) 3. Não se aplica aos crimes praticados contra a mulher, no âmbito doméstico e familiar, a Lei 9.099/1995. (Artigo 41 da Lei 11.340/2006). (...) 4. A suspensão condicional do processo é medida de caráter despenalizador criado pela Lei 9.099/1995 e vai de encontro aos escopos criados pela Lei Maria da Penha para a proteção do gênero feminino (...)” (HC 109547/ES Habeas Corpus N. 2008/0139036-5 Relª. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), 6ª Turma. DJe. 07/12/2009, RT vol. 893 p. 505).

Rejeita-se a alegação.

Mérito

No mérito, o apelante pretende, inicialmente, a sua absolvição, ao argumento de insuficiência de provas ou, ainda, pelo princípio da insignificância.

É cediço que somente se admite prolação do decreto condenatório diante de conjunto probatório robusto, seguro, estreme de dúvida. Caso contrário, em homenagem ao princípio do *“in dubio pro reo”*, impositiva a absolvição com base no inciso VII do artigo 386 do Código de Processo Penal, ou, mesmo no inciso II do mesmo comando legal se não houver prova da existência do fato.

Sobre o tema Guilherme de Souza Nucci, na obra *“Manual de Processo Penal e Execução Penal”*, 11ª ed, Ed. Forense, p. 62, ensina, verbis:

“Por outro lado, quando cuidamos do princípio da presunção de inocência, não podemos olvidar o princípio da prevalência do interesse do réu, que com o primeiro se interliga, afinal, justamente porque o estado natural do indivíduo é de inocência que seu interesse está acima da dúvida; logo, in dubio pro reo, ou seja, na dúvida, é melhor decidir em favor do acusado.”

Contudo, na hipótese vertente, não há dúvidas de que a autoria recai sobre o apelante, pois as provas produzidas em ambas as fases são suficientes para manter o édito condenatório.

Narra a denúncia que, no dia 11 de setembro de 2011, por volta das 00h30m, na Rua Elidio Pinheiro, 40, Bairro Parque do Sol, em Campo Grande (MS), o apelante praticou vias de fato contra a vítima J. C. dos S., sua companheira, agredindo-a com empurrões e apertões em seu rosto. Consta ainda que, na sequência, o apelante ameaçou causar mal injusto e grave à vítima, dizendo-lhe *“vou acabar te matando (...)”*

Nos delitos relativos a violência doméstica, a palavra da vítima assume substancial relevância porque quase em sua totalidade, são praticados no recôndito do lar, longe dos olhares de terceiros. Nesse sentido (sem grifos na origem):

“HABEASCORPUS – PENAL E PROCESSO PENA – AMEAÇA – LEI 11.340/2006 – TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL – AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA – DEPOIMENTO DA VÍTIMA – ELEMENTO IDÔNEO – ORDEM DENEGADA.

(...). 4. *Os crimes praticados no ambiente familiar e doméstico são praticados, via de regra, na clandestinidade, sem a presença de testemunhas oculares, motivo pelo qual não se pode ignorar, especialmente antes de iniciada a instrução processual, o depoimento prestado pela ofendida.* 5. *Ordem denegada.*” (STJ. HC 179364/DF. Rel. Min. Marco Aurélio Belizze. Quinta Turma. Julgado em 07/08/2012).

APELAÇÃO CRIMINAL – VIAS DE FATO – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – PRELIMINARES – NULIDADE DO PROCESSO – NÃO REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DO ART. 16 DA LEI MARIA DA PENHA – SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – REJEITADAS – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – PROVAS DA AUTORIA E MATERIALIDADE – CRIME CONFIGURADO – ALEGAÇÃO DE LEGÍTIMA DEFESA – TESE REFUTADA – AUSÊNCIA DE PROVAS SOBRE A PRESENÇA DESSA CAUSA EXCLUDENTE DE ILICITUDE – ÔNUS DA DEFESA – PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA – INAPLICABILIDADE – APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – IMPOSSIBILIDADE – CONFIGURADA A HIPÓTESE DA CONFISSÃO QUALIFICADA – APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 129, §4º DO CP – PRETENSÃO AFASTADA – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – IMPOSSIBILIDADE – VIOLÊNCIA DE ELEVADA GRAVIDADE – RECURSO DESPROVIDO.

(...) 4. *Apalavra da vítima deve ser atribuído relevante valor na busca pela verdade real, principalmente se estiver em harmonia com os demais elementos de convicção existentes no caderno processual e, sobretudo, nos casos de violência doméstica, onde, não raras as vezes, o delito é cometido na ausência de testemunhas presenciais.*

5. *No âmbito do processo penal, a prova da alegação incumbe a quem fizer (CPP, art. 156, § 1ª parte). Nesse compasso, aventada, pela defesa, tese de exclusão de crime, a ela – defesa – competirá a produção das provas necessárias a subsidiar o acolhimento dessa alegação, sob pena de ser desconsiderada pelo julgador na formação do seu convencimento. (...)*” (TJMS. Apelação 0059424-43.2012.8.12.0001. Rel. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. Primeira Câmara Criminal. Julgado em 09/09/2013).

Verifica-se do caderno de provas que as declarações da ofendida em ambas as fases são coerentes, sem apresentar contradição relevante que coloque em dúvida sua idoneidade.

A f. 5, a vítima assevera “*que no dia dos fatos o autor chegou embriagado e passou a discutir (...) a chamando de ‘vagabunda, vou acabar te matando’ e apertado seu rosto com as mãos desferiu empurrões contra a mesma, não restando lesões aparentes. (...)*”

Na fase judicial, reafirmou que sempre era agredida pelo apelante e que só fala de matá-la. Disse, ainda, *verbis*:

“(...) primeiro ele me agrediu (...) eu fui para a casa da minha mãe (...) ele ligou dizendo que ia me buscar lá no serviço (...) eu disse que não, porque eu já tinha largado dele e não ia voltar mais (...) ele falou que se eu não fosse embora junto com ele ele ia passar com o carro por cima de mim, porque ele sabia por onde eu passava (...) ele foi no meu serviço (...) falou ‘eu vim te buscar’ (...) eu disse ‘não, eu estou esperando a polícia’ (...) ele desceu do carro e veio pra cima de mim (...) eu peguei e fui pra dentro do meu serviço (...) aí o guarda pegou e segurou ele (...) falou ‘o senhor não vai entrar, não vai entrar porque não é permitido entrar aqui’ (...) nisso os funcionário que trabalha em construção iam saindo na hora (...) saíram e foram lá e grudaram ele lá (...) seguraram de monte ele no chão, né, pra ele não entrar (...)” (Áudio de f. 67).

Ainda que isso baste, tem-se nos autos outros elementos seguros a confirmar a versão da ofendida, como o testemunho de M. C. dos S., mãe da vítima, que diz que o apelante foi ao serviço desta e ameaçou passar com o carro por cima dela (Áudio, f. 67).

Como se vê, o conjunto probatório mostra-se idôneo e firme no sentido de esclarecer a materialidade e a autoria, não se havendo falar em absolvição por insuficiência de provas, devendo ser confirmada a sentença que bem analisou a prova produzida e o direito aplicável à espécie.

Desta forma, não há como acolher o pedido de absolvição fundado em dúvida acerca da autoria.

Bagatela imprópria.

Os delitos praticados mediante violência e/ou grave ameaça contra pessoa não podem ser considerados irrelevantes para o Direito Penal, em especial se praticados no ambiente doméstico, contra a mulher, por força dos princípios de proteção insculpidos na Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha).

É o caso dos crimes de ameaça e contravenção de vias de fato contra mulher, em decorrência de situação de gênero, tipificados nos artigos 147 do Código Penal e art. 21 do Decreto-Lei n. 6.388/41, acerca dos quais, em casos de restabelecimento e/ou preservação da relação familiar e tratando-se de fato isolado na vida do agressor, vinha adotando o entendimento doutrinário e jurisprudencial que considera possível ao juiz deixar de aplicar a pena em razão de a mesma ter-se tornado inócua.

Entretanto, é patente que a conduta praticada não pode ser considerada irrelevante, pois ofende princípios protetivos estabelecidos pela lei especial, que visa garantir o princípio da dignidade humana.

Assim, o princípio da bagatela imprópria, que possibilita ao julgador deixar de aplicar a sanção, inobstante a tipicidade do fato, e também o da insignificância, que reconhece a atipicidade da conduta impondo a absolvição, não se aplicam a delitos praticados em ambiente doméstico diante do relevante desvalor da conduta, mesmo diante da preservação ou do restabelecimento da relação familiar e de o agressor ser dotado de condições pessoais favoráveis.

É nesse sentido que se posiciona o STJ:

“PENAL E PROCESSO PENAL – AGRAVO REGIMENTAL – RECURSO ESPECIAL LESÃO CORPORAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA – IRRELEVÂNCIA PENAL DO FATO – NÃO APLICAÇÃO. 1. Não têm aplicação aos delitos com violência à pessoa, no âmbito das relações domésticas, tanto o princípio da insignificância como o da bagatela imprópria, sendo pacífico o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça no sentido da relevância penal de tais condutas. 2. Agravo regimental improvido”. (STJ; AgRg-REsp 1.464.335; Proc. 2014/0162412-5; MS; Sexta Turma; Relª Minª Maria Thereza Assis Moura; DJE 31/03/2015).

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS – LESÃO CORPORAL E AMEAÇA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – NÃO APLICAÇÃO – REEXAME DO ACERVO PROBATÓRIO – VEDAÇÃO – REITERAÇÃO DA CONDUITA – RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência desta corte superior caminha no sentido de não se admitir aplicação do princípio da insignificância no que se refere aos crimes praticados com violência ou grave ameaça, haja vista o bem jurídico tutelado. Maior atenção deve se ter quando se tratar de violência praticada contra mulher no âmbito das relações domésticas. 2. (...). 4. Agravo regimental não provido”. (STJ; AgRg-HC 278.893; Proc. 2013/0335214-2; MS; Sexta Turma; Rel. Min. Rogério Schietti Cruz; DJE 09/04/2015).

Também assim diversos Tribunais de Justiça, como se vê:

“APELAÇÃO CRIMINAL – LESÃO CORPORAL EM CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – CONDENAÇÃO MANTIDA – SURSIS – CABIMENTO – RECURSO PROVIDO EM PARTE. 1. Estando devidamente comprovadas a materialidade e a autoria do delito, deve ser mantida a condenação. Conforme precedente do STJ, não têm aplicação aos delitos com violência à pessoa, no âmbito das relações domésticas, os princípios da intervenção mínima e da insignificância, sendo tais condutas relevantes para o Direito Penal. 2. Preenchidos os requisitos do art. 77 do CP, deve ser concedido o sursis ao réu. 3. Recurso provido em parte”. (TJMG; APCR 1.0707.12.021222-0/001; Rel. Des. Eduardo Brum; Julg. 03/06/2015; DJEMG 10/06/2015).

“APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – LESÃO CORPORAL DE NATUREZA LEVE – PEDIDOS DE ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVA OU POR ATIPICIDADE DO FATO, REDUÇÃO DA PENA E SUA SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS – ACOLHIMENTO PARCIAL PARA, DE OFÍCIO, RECONHECER A FORMA TENTADA ANTE A AUSÊNCIA DO EXAME DE CORPO DE DELITO E REDUZIR A PENA E CONCEDER A SUSPENSÃO CONDICIONAL. Como regra, o princípio da insignificância não se aplica aos delitos cometidos mediante violência ou grave ameaça contra a pessoa, em que o desvalor da conduta se faz sempre presente justo em razão dessa elementar. Em casos de violência doméstica, menos ainda. (...). Recurso parcialmente provido”. (TJRS; ACr 0243949-95.2014.8.21.7000; Três Coroas; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. João Batista Marques Tovo; Julg. 14/05/2015; DJERS 08/06/2015).

“APELAÇÃO CRIMINAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – CONTRAVENÇÃO PENAL – VIAS DE FATO – ABSOLVIÇÃO – ATIPICIDADE DA CONDUTA – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – NÃO CABIMENTO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – IMPOSSIBILIDADE – NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO PREVISTO NO INCISO I DO ART. 44 DO CODIGO PENAL – SENTENÇA MANTIDA. 1. Não é cabível a aplicação do princípio da bagatela nos crimes de violência doméstica e familiar. 2. O princípio da insignificância é cabível nos delitos patrimoniais e não pode encontrar respaldo no direito penal para justificar a violência, desrespeitando importantes princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana, a cidadania, a liberdade e o respeito à convivência familiar. 3. A impossibilidade de substituição da pena corporal por restritivas de direitos decorre da violência empregada contra a pessoa e é inviável quando praticada no âmbito familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do artigo 226 da Constituição Federal. 4. Recurso conhecido e não provido”. (TJDF; Rec 2013.12.1.001926-7; Ac. 778.554; Terceira Turma Criminal; Rel. Des. Humberto Adjuto Ulhôa; DJDFTE 22/04/2014; Pág. 199). Destaquei.

“APELAÇÃO – PENAL E PROCESSO PENAL – AMEAÇA E VIAS DE FATO – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO – CONFIGURAÇÃO DO VÍNCULO DE AFETIVIDADE – REJEIÇÃO – AUDIÊNCIA PRELIMINAR – DESNECESSIDADE – SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – INCABÍVEL – PALAVRA DA VÍTIMA E PROVA TESTEMUNHAL – PROVAS SUFICIENTES – LEGÍTIMA DEFESA – INOCORRÊNCIA – PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA – INAPLICABILIDADE – VIOLENTA EMOÇÃO NÃO CONSTATADA – AGRAVANTE DO ART. 61, II, “F”, DO CÓDIGO PENAL – AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM – SUBSTITUIÇÃO DA PENA – POSSIBILIDADE PARA CONTRAVENÇÃO PENAL – PARCIAL PROVIMENTO. (...). Não se aplica o princípio da bagatela imprópria aos delitos praticados em afronta a Lei nº 11.340/2006. (...). (TJMS; APL 0066144-26.2012.8.12.0001; Campo Grande; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Carlos Eduardo Contar; DJMS 30/03/2015; Pág. 31).

Com estes fundamentos, rejeito o pedido de aplicação do princípio da bagatela imprópria.

Legítima defesa

A legítima defesa, prevista pelo artigo 25 do Código Penal, é uma das causas excludentes da ilicitude ou da culpabilidade, somente reconhecível diante de prova de o agente ter reagido contra uma injusta agressão, atual ou iminente, contra direito seu ou de terceiro, praticada pela da vítima, mediante emprego moderado dos meios necessários para a repulsa.

Repele-se a alegação quando dos autos não se extrai prova no sentido de que a vítima tenha praticado qualquer agressão injusta contra o agressor, como ocorre nestes autos, cujas provas demonstraram que as agressões aconteceram de forma imotivada, inexistindo qualquer fato a amparar a referida excludente. Consta dos autos que o apelante não estava lesionado e não há qualquer elemento de prova a amparar tal alegação.

Aplicação do princípio da consunção.

O princípio da consunção, ao contrário do que sustenta a Defesa, não possui incidência no presente caso.

Como é cediço, a consunção pressupõe a existência de relação de dependência entre diversas condutas ilícitas de modo que seja possível a absorção de uma (menos grave) pela outra (mais danosa).

No caso dos autos, o delito de ameaça não foi utilizado ou serviu como meio, fase normal de preparação ou de execução para a prática da contravenção de vias de fato.

As condutas, embora praticadas no mesmo contexto fático, são completamente independentes entre si e foram perpetradas com desígnios autônomos, até porque inexistente relação de progressividade na conduta daquele que primeiramente atenta contra a integridade física e depois perturba a tranquilidade de outrem.

Assim, impossível a aplicação.

Privilégio do art. 129, § 4º, do CP

Repele-se a aplicação da causa especial de redução da pena, prevista no art. 129, § 4º, do Código Penal, diante da ausência de comprovação de que a ação tenha sido motivada por relevante valor social ou moral ou sob o domínio de violenta emoção, logo após injusta provocação da vítima. Nesse sentido:

“PENAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI MARIA DA PENHA – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – DESCABIMENTO – SUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO – DESCLASSIFICAÇÃO – FORMA CULPOSA – IMPOSSIBILIDADE – VALORAÇÃO DA PALAVRA DA VÍTIMA – LESÃO CORPORAL “PRIVILEGIADA” – NÃO CARACTERIZAÇÃO – APLICAÇÃO DA PENA – ATENUANTE LEGAL – CONFESSÃO ESPONTÂNEA – RECONHECIMENTO. (...) Afasta-se o “privilégio” se não comprovado que o réu agiu impelido por motivo de relevante valor social ou moral, tampouco sob domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima. (...)” (TJMG; APCR 1.0024.11.050864-5/001; Rel. Des. Júlio Cezar Guttierrez; Julg. 10/02/2015; DJEMG 25/02/2015).

A prova acima analisada afastou qualquer possibilidade de o apelante ter praticado a ação imbuído por motivo de relevante valor social ou moral, e muito menos após injusta provocação da vítima, fato que torna impossível o acolhimento da pretensão.

Atenuante da confissão espontânea

No que se refere ao reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, verifica-se dos autos que o apelante negou, em seu interrogatório judicial, peremptoriamente, tivesse ameaçado ou lesionado a vítima (Áudio de f. 67).

Diante disso, não há como reconhecer a atenuante pretendida.

Agravante – art. 61, II, “f”, do CP

Ao contrário do que sustenta a defesa, a agravante prevista no artigo 61, II, “f”, do Código Penal, aplica-se ao crime de ameaça (art. 147 do CP) e à contravenção de vias de fato (art. 21 do Decreto-Lei nº 3.688/41) porque os mesmos não trazem em seu bojo a circunstância de agressão contra mulher, cônjuge ou companheira, razão pela qual a incidência da agravante não configura *bis in idem*, sendo plenamente aplicável ao caso. Nesse sentido:

“A agravante prevista no art. 61, II, f, do Código Penal é plenamente aplicável à ameaça (art. 147 do Código Penal) e vias de fato (art. 21 do do Decreto-Lei 3.688/1941), haja vista que os r3.688 referidos tipos não trazem em seu bojo a circunstância de agressão contra mulher, cônjuge ou companheira, diferentemente do que ocorre no crime previsto no artigo 129, § 9.º, do mesmo codex” (TJMS, AC 0023950-45.2011.8.12.0001, 1ª Câmara Criminal, Rel. Des. Francisco Gerardo de Sousa, j. 17/03/14).

“Mostra-se inviável o afastamento da circunstância prevista no artigo 61, II, “f”, do Código Penal sob a alegação de elementar do tipo de ameaça sob o rito da Lei Maria da Penha, pois a agravante foi justamente acrescida nesse rol pela Lei n.º 11.340/06, com o intuito de recrudescer a punição pelos delitos cometidos diante das hipóteses legais previstas” (STJ – HC 159.619/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 04/10/2011, DJe 17/10/2011).

Referida agravante não pode ser aplicada quando se trata de crime de lesão corporal no âmbito doméstico, pois aí caracteriza-se o *bis in idem* em razão de o tipo do artigo 129, § 9º, do Código Penal, já prever o recrudesimento da sanção por esse fato.

Destarte, mantém-se a agravante.

Substituição por restritiva de direitos.

Face ao inciso I do artigo 44 do Código Penal, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito em infrações praticadas no âmbito da violência doméstica somente é possível quando a pena aplicada for inferior a quatro anos e o ilícito não tenha sido praticado mediante violência ou grave ameaça a pessoa.

Confira-se recentíssima decisão do STJ (sem grifo na origem):

“AGRAVO REGIMENTAL – RECURSO ESPECIAL – DIREITO PENAL – ART. 147 DO CP – CRIME DE AMEAÇA – VIOLAÇÃO DO ART. 44, I, DO CP – OCORRÊNCIA – SUBSTITUIÇÃO DA PENA – IMPOSSIBILIDADE – CRIME COMETIDO COM GRAVE AMEAÇA À PESSOA. 1. Na via especial, a discussão acerca da classificação jurídica dos fatos dispostos nos autos mitiga a incidência da Súmula nº 7/STJ. 2. As turmas que compõem a terceira seção do Superior Tribunal de Justiça têm-se manifestado quanto à impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em hipótese de violência doméstica (art. 44, I, do cp). 3. No caso, o agravante praticou vias de fato contra a sua ex-esposa, apertando seus braços violentamente, fato este que se insere na proibição legal de substituição, nos termos do art. 44, I, do Código

Penal, portanto cabível a cassação do acórdão a quo. 4. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada. 5. Agravo regimental improvido” (STJ; AgRg-REsp 1.464.755; Proc. 2014/0163836-4; MS; Sexta Turma; Rel. Min. Sebastião Reis Júnior; DJE 01/12/2014).

Igualmente esta colenda Corte:

“APELAÇÃO CRIMINAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LESÃO CORPORAL E VIAS DE FATO – PRELIMINARES – NULIDADE DO FEITO POR AUSÊNCIA DA AUDIÊNCIA PREVISTA NO ART. 16 DA LEI Nº 11.340/06 – AFASTADA – NULIDADE PROCESSUAL POR NÃO TER SIDO OPORTUNIZADA A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – AFASTADA. (...) IX. Impossível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, eis que o apelante não preenche o requisito previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal, pois, o delito foi cometido com violência física contra à vítima. Com o parecer, recurso improvido”. (TJMS; APL 0012727-27.2013.8.12.0001; Campo Grande; Primeira Câmara Criminal; Relª Desª Maria Isabel de Matos Rocha; DJMS 30/01/2015; Pág. 62).

No caso dos autos houve violência e grave ameaça e, assim, não há como acolher o pedido de substituição.

Prequestionamento.

Quanto aos questionamentos suscitados, inexistente violação ou negativa de vigência.

Dispositivo

São estes os fundamentos pelos quais, com o parecer, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, rejeitaram as preliminares e, no mérito, negaram provimento ao recurso.

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, 24 de setembro de 2015.

Seção Criminal
Revisão Criminal n. 1602441-87.2014.8.12.0000 - Cassilândia
Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

EMENTA – REVISÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO QUALIFICADO – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO – PLURALIDADE DE QUALIFICADORAS – DOSIMETRIA DA PENA – MATÉRIA NÃO DISCUTIDA NA APELAÇÃO – REJEIÇÃO – PRESENÇA DE MAIS DE UMA QUALIFICADORA – FASE DA DOSIMETRIA EM QUE DEVE SER CONSIDERADA PARA FINS DE RECRUDESCIMENTO DA PENA.

Se o pedido revisional ventila matéria não enfrentada no recurso de apelação, nem se trata de reiteração de pedido, impõe-se o seu conhecimento, nos termos da jurisprudência desta Corte.

Conhece-se da revisão que objetiva discutir a fase da dosimetria da pena em que deve ser aplicada a segunda agravante reconhecida pelo Conselho de Sentença para fins de reclusão da pena, quando a matéria não foi analisada na apelação.

Ocorrendo pluralidade de qualificadoras, uma deve ser empregada para justificar o tipo penal qualificado, e as demais, caso sejam previstas pelo artigo 61, do Código Penal, na segunda fase da dosimetria, como agravantes, sem que com isso se pratique qualquer lesão aos artigos 61 e 67, do Código Penal.

Recurso desprovido.

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, rejeitar a preliminar e indeferir a revisional. Ausentes, por férias, o Des. Carlos Eduardo Contar e o Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 11 de novembro de 2015.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Jesus da Cruz Pereira, qualificado nos autos, ingressa com a presente revisão criminal visando corrigir erro judiciário que alega ter ocorrido na decisão de f. 37/43, que o condenou a cumprir pena de 15 (quinze) anos e 02 (dois) meses de reclusão em regime fechado pela prática de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos II e IV, do Código Penal).

Nas razões de f. 18/32 alega, em resumo, que o Conselho de Sentença reconheceu a presença de duas qualificadoras, sendo que ao fixar a pena, o juiz praticou o *bis in idem*, pois como uma (surpresa) foi considerada para qualificar o crime, a outra (motivo fútil) deveria ter sido empregada para elevar a

pena-base, na primeira fase da dosimetria, e não como fez o magistrado, que considerou a outra como circunstância agravante, elevando duplamente a sanção na segunda fase da dosimetria.

Em razão disso pleiteia que a qualificadora do motivo fútil seja empregada na primeira fase da dosimetria, o que levaria à redução da pena para treze anos de reclusão.

Através do parecer lançado a f. 60/65, a Procuradoria-Geral de Justiça suscita preliminar de não conhecimento sob o fundamento de que o pedido não encontra guarida em nenhuma das hipóteses do artigo 621 do CPP, eis que, em seu entendimento, o requerente estaria pretendendo rediscutir a prova. Quanto ao mérito, pugna pelo desprovimento do recurso sob o fundamento de que a qualificadora do motivo fútil foi reconhecida pelo Júri e encontra prova segura de sua presença.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Jesus da Cruz Pereira, qualificado nos autos, ingressa com a presente revisão criminal visando corrigir erro judiciário que alega ter ocorrido na decisão de f. 37/43, que o condenou a cumprir pena de 15 (quinze) anos e 02 (dois) meses de reclusão em regime fechado pela prática de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos II e IV, do Código Penal).

Nas razões de f. 18/32 alega, em resumo, que o Conselho de Sentença reconheceu a presença de duas qualificadoras, sendo que ao fixar a pena, o juiz praticou o *bis in idem*, pois como uma (surpresa) foi considerada para qualificar o crime, a outra (motivo fútil) deveria ter sido empregada para elevar a pena-base, na primeira fase da dosimetria, e não como fez o magistrado, que considerou a outra como circunstância agravante, elevando duplamente a sanção na segunda fase da dosimetria.

Em razão disso pleiteia que a qualificadora do motivo fútil seja empregada na primeira fase da dosimetria, o que levaria à redução da pena para treze anos de reclusão.

Através do parecer lançado a f. 60/65, a Procuradoria-Geral de Justiça suscita preliminar de não conhecimento sob o fundamento de que o pedido não encontra guarida em nenhuma das hipóteses do artigo 621 do CPP, eis que, em seu entendimento, o requerente estaria pretendendo rediscutir a prova. Quanto ao mérito, pugna pelo desprovimento do recurso sob o fundamento de que a qualificadora do motivo fútil foi reconhecida pelo Júri e encontra prova segura de sua presença.

Da preliminar suscitada pela Procuradoria-Geral de Justiça.

Ao contrário do que entendeu a douta Procuradoria, a presente revisão criminal não pretende reapreciar a prova dos autos em relação à correção do reconhecimento da agravante do motivo fútil, mas sim o redimensionamento da pena, posto que entende ter havido erro judiciário na fixação da reprimenda.

Segundo a jurisprudência firmada por este Sodalício, muito embora o art. 621 do CPP disponha de hipóteses de cabimento bastante restritivas, é possível o conhecimento da revisional quando o pedido funda-se em erro técnico ou injustiça evidente.

A Seção Criminal deste Sodalício já pacificou entendimento no sentido da possibilidade de alargamento das hipóteses de cabimento de revisão criminal sempre que presente algum risco de injustiça, seja na condenação ou na aplicação da pena. Confira-se, com redução ao necessário e sem grifo na origem:

“REVISÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRELIMINARES DE NÃO CONHECIMENTO ARGUIDA PELA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA. (...). À revisão criminal, ainda que ação de fundamentação vinculada, deve-se dar elasticidade máxima nas suas hipóteses de cabimento previstas no art. 621 do código de processo penal, sob pena de perpetuação de teratologias. (...).” (TJMS; RVCr 1412404-06.2014.8.12.0000; Corumbá; Seção Criminal; Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes; DJMS 28/07/2015; Pág. 16).

“REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO. REJEITADA. (...). 1. Esta colenda seção criminal tem entendimento firmado no sentido de flexibilizar a regra prevista no artigo 621 do código de processo penal, para conhecer de ação de revisão criminal fundada em possível erro técnico ou injustiça evidente. (...).” (TJMS; RVCr 1409685-51.2014.8.12.0000; Fátima do Sul; Seção Criminal; Rel. Des. Francisco Gerardo de Sousa; DJMS 27/03/2015; Pág. 25).

Os arts. 621 e 622 do CPP dispõem, *verbis*:

“Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

Art. 622 - A revisão poderá ser requerida em qualquer tempo, antes da extinção da pena ou após.

Parágrafo único - Não será admissível a reiteração do pedido, salvo se fundado em novas provas.”

Assim, em casos como o dos autos, em que o pedido tem por finalidade possível readequação da pena, matéria de ordem pública, que deve ser revista de ofício, deve ser conhecido, exceto se as questões postas na revisional já tenham sido objeto de discussão específica no recurso anterior.

A questão trazida pelo recorrente no pedido inicial não foi levada a análise por ocasião da apelação. De tal forma, não se tratando de mera reiteração de pedidos de análise da prova, e diante da possibilidade de readequação da pena, matéria de ordem pública, é de ser conhecida a demanda revisional, ficando rejeitada a preliminar.

No que toca ao mérito, a questão é simples.

Quando se reconhece no mesmo crime mais de uma qualificadora (no caso foram duas – surpresa e motivo fútil –), uma deve ser empregada para justificar o tipo penal qualificado, e a outra na segunda fase da dosimetria, como agravante, sem que com isso se pratique qualquer lesão aos artigos 61 e 67, do Código Penal, já que ambas estão previstas no artigo 61 do CP como circunstâncias agravantes. Neste caso foi isto o que ocorreu, pois o magistrado empregou a da surpresa como qualificadora e a do motivo fútil como agravante.

Neste sentido é a lição de Ricardo Augusto Schmitt, in *Sentença Penal Condenatória*, ed. Jus Podivm, 8.^a edição, pág.154:

“A presença de uma qualificadora traduz na imediata adequação da conduta a um tipo penal específico, com sanção própria prevista em abstrato. Torna-se suficiente, então, apenas uma qualificadora para alterar a pena em abstrato prevista para determinado crime.

No entanto, caso estejam presentes mais circunstâncias que qualifiquem o delito, estas deverão ser valoradas na segunda fase de aplicação da pena, na hipótese de estarem relacionadas como circunstâncias agravantes, ou seja, na hipótese de terem previsão legal expressa como agravantes, uma vez que o rol é taxativo; ao revés, não havendo previsão expressa como agravantes, deverão integrar a primeira fase do processo de dosimetria da pena, na circunstância judicial que melhor se amoldar, concretizando a pena-base.

(...)

Com isso, vemos que a posição jurisprudencial dominante é no sentido de que em havendo duas ou mais qualificadoras previstas em uma situação concreta, apenas uma servirá para tipificar o delito – promovendo a alteração da pena em abstrato – enquanto as demais deverão ser apreciadas e valoradas como circunstâncias agravantes – segunda fase (se como tal prevista), ou como circunstâncias judiciais – primeira fase (se não houver previsão como agravante)”.

Nesse sentido firmou-se o entendimento do STJ: (ementas reduzidas ao que aqui interessa e sem grifos na origem).

“PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. (...) OFENSA AOS ARTS. 61 E 67, AMBOS DO CP. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. DOSIMETRIA. UTILIZAÇÃO DE UMA QUALIFICADORA COMO AGRAVANTE GENÉRICA E OUTRA PARA QUALIFICAR O TIPO. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. (...). AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (...). 4. “A jurisprudência desta Corte e do colendo STF admite que, reconhecidas duas ou mais qualificadoras, uma enseje o tipo qualificado e a outra circunstância negativa, seja como agravante (se como tal prevista), seja como circunstância judicial (REsp. 831.730/DF, Rel. Min. Félix Fischer, 5T, DJU 09.04.07 e HC 71.293/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 18.08.95)”. (HC 70594/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJ 19/11/2007). (...). 9. Agravo regimental a que se nega provimento”. (AgRg no AREsp 400.825/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 04/12/2014, DJe 17/12/2014).

“PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO. (...). DOSIMETRIA DA PENA. RECONHECIMENTO DE DUAS QUALIFICADORAS. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE UMA PARA CONFIGURAÇÃO DO TIPO QUALIFICADO E DE OUTRA COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. (...). 1. (...). 4. Existindo pluralidade de qualificadoras, esta corte superior de justiça admite a consideração de uma delas para justificar o tipo penal qualificado (no caso, o motivo fútil) e as demais circunstâncias judiciais desfavoráveis, na primeira fase, ou como agravantes, na segunda etapa de dosimetria da pena. 5. (...). 6. Agravo regimental não provido”. (STJ; AgRg-AREsp 299.776; Proc. 2013/0055092-6; SP; Sexta Turma; Rel. Min. Rogério Schietti Cruz; DJE 30/03/2015).

“PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. (...). PLURALIDADE DE QUALIFICADORAS. UMA CIRCUNSTÂNCIA PARA QUALIFICAR O DELITO E OUTRA COMO AGRAVANTE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. I. (...). V. Em face da existência de duas qualificadoras - motivo fútil consistente em impedir que a vítima e seus amigos brincassem no local dos fatos, atingida de inopino sem que pudesse se defender - a dosimetria da pena merece reparo, a fim de que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro utilize uma daquelas circunstâncias para qualificar o delito e a outra como circunstância agravante, prevista em uma das alíneas do art. 61, inciso II, do Código Penal,

adequando-a à jurisprudência desta Corte. VI. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator”. (STJ; HC 237.591; Proc. 2012/0063933-4; RJ; Quinta Turma; Rel. Min. Gilson Langaro Dipp; Julg. 26/06/2012; DJE 01/08/2012).

“PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. JÚRI. DOSIMETRIA DA PENA. PLURALIDADE DE QUALIFICADORAS. RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA E MOTIVO TORPE. RECONHECIMENTO DE UMA PARA QUALIFICAR O HOMICÍDIO E DA OUTRA COMO CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE. APRECIÇÃO UNIPESSOAL. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. VIOLAÇÃO. NAO OCORRÊNCIA. 1. (...). 3. No mérito, a decisão deve ser mantida intacta, porque proferida em harmonia com a jurisprudência pacífica desta Corte e com a do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que, reconhecido pelo Júri pluralidade de qualificadoras, no crime de homicídio, uma deverá qualificar o delito e as demais poderão caracterizar circunstância agravante, se for prevista como tal, ou, residualmente, circunstância judicial. 4. Agravo regimental a que se nega provimento”. (STJ; AgRg-REsp 1.050.290; Proc. 2008/0085942-0; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze; Julg. 28/02/2012; DJE 14/03/2012).

No mesmo sentido decisões das Cortes Estaduais:

“APELAÇÃO CRIMINAL. Crime contra a vida e respeito aos mortos. Homicídio qualificado por motivo fútil e recurso que dificultou a defesa da vítima, e ocultação de cadáver. (...). Dosimetria. Almejada redução da reprimenda imposta. Concorrência de qualificadoras. Magistrado que utilizou uma delas como circunstância judicial negativa. Possibilidade apenas de forma residual, o que não é a hipótese dos autos. Recurso que dificultou a defesa da vítima prevista como agravante genérica, que deve ser utilizada na segunda fase da dosimetria. Migração da referida qualificadora para a segunda fase dosimétrica. (...)”. (TJSC; ACR 2014.072587-5; Chapecó; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Rui Francisco Barreiros Fortes; Julg. 17/06/2015; DJSC 26/06/2015; Pág. 339).

“APELAÇÃO CRIMINAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. JÚRI. (...). PENA-BASE. AJUSTE. UTILIZAÇÃO DE UMA QUALIFICADORA COMO CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE. POSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DO PERCENTUAL ADOTADO NA MINORANTE DA TENTATIVA. 1. (...). 5. Existindo concorrência de qualificadoras em um tipo penal, uma delas servirá para qualificar o crime, enquanto a outra poderá ser utilizada como circunstância agravante. 6. Não constatado rigor no percentual de diminuição pela tentativa, deve ser mantida a variante em 1/3 (um terço), em face do iter criminis percorrido. Apelo conhecido e parcialmente provido para adequar a dosimetria da pena imposta”. (TJGO; ACr 0380608-29.2012.8.09.0174; Senador Canedo; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Nicomedes Domingos Borges; DJGO 07/02/2014; Pág. 241).

Como se vê, sem razão o requerente ao sustentar que a segunda qualificadora deve incidir na primeira fase da dosimetria.

Destarte, correta a decisão primeva, que considerou a qualificadora do motivo fútil (prevista como tal no artigo 61 do Código Penal) como circunstância agravante, aplicando o acréscimo dela decorrente na segunda fase da dosimetria.

São estes os fundamentos pelos quais nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar e indeferiram a revisional. Ausentes, por férias, o des. Carlos Eduardo Contar e o des. Francisco Gerardo de Sousa.

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. Romero Osme Dias Lopes, Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Manoel Mendes Carli, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 11 de novembro de 2015.

2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0000143-73.2014.8.12.0006 - Camapuã
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL ACUSATÓRIA – FURTO – RECONHECIMENTO DA QUALIFICADORA DO ABUSO DE CONFIANÇA – POSSIBILIDADE – AGRAVAMENTO DO REGIME INICIAL DE PRISÃO – INVIABILIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A incidência da qualificadora do abuso de confiança (art. 155, § 4º, II do CP) depende da constatação de dois aspectos: o primeiro diz respeito à existência da relação de confiabilidade entre agente e ofendido, enquanto o segundo está relacionado à utilização da confiança como instrumento para facilitar a execução da conduta criminosa.

Para fixação do regime inicial de prisão, deve ser levada em consideração, além da quantidade de pena imposta, a eventual condição de reincidente do agente, a existência de circunstâncias judiciais a ele desfavoráveis e, ainda, a inteligência do art. 387 § 2º, do Código de Processo Penal.

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, 26 de outubro de 2015.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

O Ministério Público Estadual interpôs o presente recurso de apelação criminal, almejando, basicamente, a reforma da sentença de mérito proferida pelo Magistrado da 1ª Vara da Comarca de Camapuã/MS, que condenou Fernando Luiz de Albuquerque Júnior, já qualificado nos autos, como incurso nas sanções penais do art. 155, *caput*, do Código Penal, à pena de 1 (um) ano de reclusão, em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, à razão unitária mínima, com substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos consistente em prestação pecuniária.

Em suas razões, o órgão acusatório postulou o reconhecimento da qualificadora do abuso de confiança e o agravamento do regime inicial de prisão. Por fim, elaborou prequestionamento sobre a matéria discutida.

A defesa ofereceu contrarrazões (fls. 171-176).

A Procuradoria-Geral de Justiça, às fls. 190-193, manifestou-se, opinando pelo conhecimento e provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

O Ministério Público Estadual interpôs o presente recurso de apelação criminal, almejando, basicamente, a reforma da sentença de mérito proferida pelo Magistrado da 1ª Vara da Comarca de Camapuã/MS, que condenou Fernando Luiz de Albuquerque Júnior como incurso nas sanções penais do art. 155, *caput*, do Código Penal, à pena de 1 (um) ano de reclusão, em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, à razão unitária mínima, com substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos consistente em prestação pecuniária.

De acordo com a denúncia:

“(...) Consta do incluso inquérito policial que, em algum momento entre os dias 02 e 05/03/2012, na Rua Sonia Olidio da Silva, nº 131, Cristo Redentor, nesta cidade de Camapuã/MS, o denunciado Fernando Luiz de Albuquerque Júnior, consciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, com abuso de confiança, subtraiu para si coisa alheia móvel, qual, seja, uma lâmina de cheque preenchida no valor de R\$ 300,00 (trezentos reais) da vítima Rafael Henrique Gomes Corte.

Segundo restou apurado, na data dos fatos, o denunciado estava hospedado na residência de seu amigo/vítima Rafael, onde na ocasião furtou do interior da casa uma lâmina de cheque preenchida no valor de R\$ 300,00 (trezentos reais), que a vítima havia recebido como forma de pagamento de seu trabalho.

Diante dos fatos, foram realizadas diligências nos autos, onde restou provado que a pessoa do denunciado acabou por descontar referido cheque, conforme cópia da lâmina com o nome do denunciado no verso (documento de f. 05).

A materialidade e autoria delitiva restaram comprovadas no Boletim de Ocorrência (f. 03), bem como pelos depoimentos constantes nos autos.

Diante de todo o exposto e assim agindo, Fernando Luiz de Albuquerque Júnior incorreu nas penas do artigo 155, § 4º, inciso II, do Código Penal, razão pela qual é oferecida em face dele a presente denúncia, pugnando pelo seu recebimento e autuação, citando-se o acusado para que apresente defesa preliminar, sob pena de revelia, ouvindo-se as testemunhas abaixo arroladas e, por fim, interrogando o réu, conforme o rito estabelecido no Código de Processo Penal, até final condenação (...).”

“(...) Consta do incluso inquérito policial que, em algum momento entre os dias 02 e 05/03/2012, na Rua Sonia Olidio da Silva, nº 131, Cristo Redentor, nesta cidade de Camapuã/MS, o denunciado Fernando Luiz de Albuquerque Júnior, consciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, com abuso de confiança, subtraiu para si coisa alheia móvel, qual, seja, uma lâmina de cheque preenchida no valor de R\$ 300,00 (trezentos reais) da vítima Rafael Henrique Gomes Corte.

Segundo restou apurado, na data dos fatos, o denunciado estava hospedado na residência de seu amigo/vítima Rafael, onde na ocasião furtou do interior da casa uma lâmina de cheque preenchida no valor de R\$ 300,00 (trezentos reais), que a vítima havia recebido como forma de pagamento de seu trabalho.

Diante dos fatos, foram realizadas diligências nos autos, onde restou provado que a pessoa do denunciado acabou por descontar referido cheque, conforme cópia da lâmina com o nome do denunciado no verso (documento de f. 05).

A materialidade e autoria delitiva restaram comprovadas no Boletim de Ocorrência (f. 03), bem como pelos depoimentos constantes nos autos.

Diante de todo o exposto e assim agindo, Fernando Luiz de Albuquerque Júnior incorreu nas penas do artigo 155, § 4º, inciso II, do Código Penal, razão pela qual é oferecida em face dele a presente denúncia, pugnando pelo seu recebimento e autuação, citando-se o acusado para que apresente defesa preliminar, sob pena de revelia, ouvindo-se as testemunhas abaixo arroladas e, por fim, interrogando o réu, conforme o rito estabelecido no Código de Processo Penal, até final condenação (...).”

Diante desses fatos, o Ministério Público Estadual denunciou pelo crime de furto qualificado pelo abuso de confiança. Concluída a instrução processual, sobreveio sentença (fls.133-139) que, julgando parcialmente procedente o pedido acusatório, condenou o denunciado pelo crime de furto simples, submetendo-o às penas acima ressaltadas.

Em virtude disso, o Ministério Público Estadual interpôs o presente recurso de apelação criminal. Em suas razões (fls. 159-157), o órgão acusatório postulou o reconhecimento da qualificadora do abuso de confiança e o agravamento do regime inicial de prisão. Por fim, elaborou questionamento sobre a matéria discutida.

A defesa ofereceu contrarrazões (fls. 171-176).

A Procuradoria-Geral de Justiça, às fls. 190-193, manifestou-se, opinando pelo conhecimento e provimento do recurso.

São esses, pois, os fatos que merece relevância.

Passo, portanto, ao exame recursal.

1. Do pedido de reconhecimento da agravante do abuso de confiança:

O pedido merece acolhimento.

O legislador ordinário, art. 155, § 4º, II, do Código Penal, elegeu o abuso de confiança como elemento qualificador do crime de furto.

Nos dizeres do eminente professor Cleber Masson¹:

“(...) abuso de confiança é o sentimento de credibilidade ou de segurança que uma pessoa deposita em outra. Cuida-se de circunstância subjetiva, incomunicável no concurso de pessoas (art. 30 do CP). Esta qualificadora consiste na traição, pelo agente, da confiança que, oriunda de relações antecedentes entre ele e a vítima, faz com que o objeto material do furto tenha sido deixado ou ficasse exposto ao seu fácil alcance.”

Observa-se, diante do breve ensinamento doutrinário trazido à baila, que a essência básica da qualificadora em questão repousa na existência de relação de confiabilidade entre réu e vítima. Mas, não basta a confiança, sendo também necessário que o agente tenha se utilizado dos aspectos decorrentes dessa relação intersubjetiva para a prática do crime, especialmente da confiança que nele depositada.

Enfim, pode-se concluir que a incidência da qualificadora depende da constatação de dois aspectos: o primeiro diz respeito à existência da relação de confiabilidade entre agente e ofendido, enquanto o segundo está relacionado à utilização da confiança como instrumento para facilitar a execução da conduta criminosa.

¹ MASSON, Cleber. *Código penal comentado*. São Paulo: Método, 2013, p. 598.

Voltando os olhos ao presente caso, não pairam dúvidas de que à situação concreta demonstra, inequivocamente, que o furto foi praticado pelo apelante foi ato criminoso fruto da facilidade decorrente da confiança nele depositada pela vítima.

O ofendido, ouvido em juízo, declarou que ele o apelante estudavam juntos por determinado período de tempo. Afirmou, ainda, que, em certo dia, o apelante lhe indagou sobre a possibilidade de passar alguns dias em sua casa, o que foi aceito pela vítima, que afirmou ter aceitado o pedido pelo fato de que conhecia o apelante e nele confiava.

Diante desse contexto, a despeito da vítima negar a existência de íntima relação de amizade com o apelante, era indiscutível que ambos mantinham ao menos uma breve relação de companheirismo, do que, inclusive, emergiu o aspecto da confiabilidade, determinante para a vítima autorizar o apelante a residir temporariamente em sua casa. Até porque ninguém autoriza outrem a habitar sua residência, de forma a integrar o seu contexto familiar, se não tiver uma mínima segurança quanto à idoneidade do aspecto comportamental da pessoa.

Indiscutível, portanto, a relação de confiança havida entre apelante e vítima.

Exalto aqui, novamente, o depoimento judicial da vítima, onde ela declarou que, no dia dos fatos, chegou em sua residência trazendo consigo duas lâminas de cheque que estavam guardadas dentro em sua carteira. Relatou que, ao resolver ir tomar banho, deixou sua carteira, com os cheques, dentro do seu guarda-roupas. Afirmou, ainda, que, logo após tomar banho, percebeu que um dos cheques não estavam mais dentro de sua carteira, o qual, mesmo após ostensivas buscas, não foi mais encontrado no local. Apontou, por fim, o apelante como responsável pela furto, que disse ter sido cometido enquanto estava no banho.

Ora, a partir de uma simples análise dos fatos, é possível constatar que um dos aspectos que facilitou a prática criminosa foi o fato de que o apelante residia no local, com consentimento da vítima e de seus familiares. Diante disso, e até pelo tempo em que o apelante já estava habitando o local (aproximadamente uma semana), era natural que a vítima e seus familiares depositassem uma maior confiança nele, dispensando, inclusive, a adoção de medidas mais ostensivas de vigilância sobre seus comportamentos.

Aproveitando-se desse contexto, ou seja, da confiança nele depositada e, sobretudo, da falta de vigilância sobre suas ações, o apelante vislumbrou facilidade na prática criminosa, vindo a subtrair a lâmina de cheques.

Perante o exposto, é lícita a incidência a qualificadora do abuso de confiança no presente caso, pelo que acolho a presente pretensão recursal, para o fim de subsumir a conduta do apelante no tipo penal previsto no art. 155, § 4º, II, do Código Penal.

Em virtude disso, passo a redimensionar a pena definitiva.

Na primeira fase, levando em consideração a mesma análise feita na sentença, cuja conclusão foi pela inexistência de moduladoras desfavoráveis, fixo a pena-base no mínimo legal, ou seja, em 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, considerando que não foram reconhecidas agravantes ou atenuantes, fixo a pena intermediária em 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na terceira fase, inexistindo causas de aumento ou de diminuição da pena avaliáveis, fixo a pena definitiva em 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

2. Do pedido de agravamento do regime inicial de prisão:

No que diz respeito ao regime prisional, nos termos da súmula 440 do STJ, mantenho regime inicial aberto.

Nesse ponto, é preciso esclarecer que, embora o apelante tenha sido definitivamente condenado por outro crime de homicídio (fl. 81), essa condenação não se enquadra nos aspectos legais da reincidência, razão pela qual o apelante, no contexto da presente ação penal, ainda deve ser considerado tecnicamente primário.

Diante desse contexto, considerando que o apelante é primário, e considerando, também, que inexistem moduladoras desfavoráveis, à luz do aspecto quantitativo da pena aplicada, mostra-se adequada a fixação do regime aberto, como feito em sentença.

Assim, afasto tal pretensão.

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, em parte com o parecer, conheço do presente recurso de apelação criminal acusatório e, no mérito, dou-lhe parcial provimento, apenas para o fim de reconhecer a incidência da qualificadora do abuso de confiança e, por isso, subsumir a conduta do apelante ao tipo penal previsto no art. 155, § 4º, II, do Código Penal.

Em virtude disso, redimensionada a pena definitiva do apelante, fixo-a em 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, à razão mínima, mantida a substituição da pena privativa de liberdade, nos termos da sentença.

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. 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, 26 de outubro de 2015.

2ª Câmara Criminal
Conflito de Jurisdição n. 0006168-96.2014.8.12.0008 – Corumbá
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – CONFLITO DE JURISDIÇÃO – POSSE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL – CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO - DECLÍNIO DE COMPETÊNCIA PARA A JUSTIÇA COMUM DEVIDO A NECESSIDADE DE CITAÇÃO POR EDITAL – IMPOSSIBILIDADE – TENTATIVAS DE LOCALIZAÇÃO DOS RÉUS NÃO ESGOTADAS – CONTINUIDADE DA COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL - CONFLITO PROCEDENTE.

Tratando de crime de menor potencial ofensivo, a remessa dos autos à Justiça Comum somente pode ser feita após esgotado todos os meios possíveis para citação pessoal, o que incoorreu no caso em tela, considerando que sequer foi expedido mandado de citação para o endereço residencial de um dos réus ou efetuadas consultas nos demais mecanismos a disposição do Judiciário, deixando de constatar inclusive, que, durante a tramitação dos autos no Juizado, o outro réu encontrava-se preso novamente na Comarca.

Assim, a competência permanece sendo do Juizado Especial Criminal, uma vez que necessário empreender todos os esforços para citação pessoal dos réus, antes do declínio de competência à Justiça Comum.

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, julgar procedente o conflito. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 19 de outubro de 2015.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Corumbá que se declarou incompetente para atuar nos autos nº 0006168-96.2014.8.12.0008, onde figuram como réus Rogério Escobar de Oliveira e Hilmer Alexsander Cuellar Roca.

Em suas razões, enfatizou o juízo suscitante que o feito tramitava no Juizado Especial Criminal da Comarca que, por meio da decisão de fl. 338, declinou expressamente da competência para processar e julgar o feito, ao argumento de que os acusados estariam em local incerto e não sabido, de modo que seria necessária a citação via edital, prática esta vedada no âmbito dos Juizados.

Argumenta, entretanto, que atualmente o Poder Judiciário possui inúmeros meios de busca de endereços a sua pronta e efetiva disposição (Saj, Sigo, Siel, Renajud, Infoseg, entre outros), de modo que é inconcebível a remessa dos autos do Juizado para o Juízo Comum, sob o fundamento de o acusado estar em local incerto e não sabido, sem que se tenham sido realizadas consultas a tais mecanismos.

Desta forma, requereu a procedência do presente conflito de jurisdição, para que seja declarada a competência do juízo suscitado (Juízo da Vara do Juizado Especial de Corumbá) para processar o feito.

Os Juízos suscitante e suscitado prestaram informações (fls. 358-364).

A Procuradoria-Geral de Justiça, às fls. 366-368, manifestou-se pela procedência do conflito, para o fim de que seja reconhecida a competência do Juízo da Vara do Juizado Especial de Corumbá.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Corumbá que se declarou incompetente para atuar nos autos nº 0006168-96.2014.8.12.0008, onde figuram como réus Rogério Escobar de Oliveira e Hilmer Alexander Cuellar Roca.

Colhe-se dos autos que Rogério Escobar de Oliveira e Hilmer Alexander Cuellar Roca foram denunciados por infração aos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/06.

Na sentença, os réus tiveram suas condutas desclassificadas para o art. 28 da Lei n. 11.343, oportunidade em que foi determinado que os autos fossem desmembrados com relação a eles e encaminhados ao Juizado Especial da Comarca (Corumbá-MS) (fls. 245-259).

Ao receber os autos, o juízo do Juizado Especial de Corumbá determinou que o Cartório agendasse a audiência preliminar e procedesse as citações e intimações necessárias (fl. 309).

Foi expedido mandado de ordem para o Diretor do Estabelecimento Penal (fl. 311), contudo, por não estarem presos, os réus não foram citados e não compareceram à audiência designada (fl. 319).

Dada vistas ao Ministério Público Estadual, diante da impossibilidade de citação via edital no âmbito do Juizado Especial, foi requerida a remessa dos autos para o Juízo Comum (fl. 323).

O magistrado indeferiu o pedido e determinou que se oficiasse às empresas Sanesul e Enersul para que informassem o atual endereço dos réus (fl. 324).

Diante da resposta negativa de tais empresas, o juízo do Juizado Especial declinou da competência e determinou a remessa dos autos para o Juízo Comum (fl. 338), o qual não aceitou e suscitou o presente conflito (fls. 343-344).

Pois bem. Consta-se que está com razão o juízo suscitante (2ª Vara Criminal da Comarca de Corumbá).

De fato, enquanto os autos ainda tramitavam no Juizado Especial, o réu Rogério havia sido preso em flagrante na comarca de Corumbá por tráfico de drogas (em 10/02/15 - autos n. 0000836-17.2015.8.12.0008) e continua nesta condição até a presentes data.

E, com relação ao réu Hilmer, sequer foi expedido mandado de citação para seu endereço residencial (Rua Santa Luzia, s/n, Bairro Popular Velha, Corumbá-MS) (fl. 26).

Ademais, como bem asseverado, de fato, “o Poder Judiciário possui inúmeros meios de busca de endereços a sua pronta e efetiva disposição (Saj, Sigo, Siel, Renajud, Infoseg, entre outros), de modo que é inconcebível a remessa dos autos do Juizado para o Juízo Comum, sob o fundamento de o acusado estar em local incerto e não sabido, sem que se tenham sido realizadas consultas a tais mecanismos” (fl. 343).

Portanto, evidente que não foram esgotadas todas as tentativas para citação pessoal dos réus Rogério e Hilmer, ocorrendo a prematura remessa do feito à Justiça Comum, uma vez que os réus não estão em local incerto e não sabido, enquanto não forem esgotadas todas as diligências possíveis visando a localização dos mesmos para a citação.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. MAUS TRATOS. CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. CITAÇÃO PESSOAL INFRUTÍFERA. DECLÍNIO DE COMPETÊNCIA PARA A VARA CRIMINAL. CHAMAMENTO FICTO. NÃO ESGOTAMENTO DOS MEIOS DISPONÍVEIS PARA LOCALIZAÇÃO DOS ACUSADOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA. 1. A citação por edital somente deve ser efetuada quando esgotados todos os meios disponíveis para se encontrar pessoalmente o réu. 2. O tema ganha relevo quando se trata de crime de menor potencial ofensivo, mormente porque o rito sumaríssimo não comporta a chamada citação ficta, a qual, afigurando-se necessária, importa na declinação da competência do Juizado Especial Criminal para a Justiça comum, nos termos do parágrafo único do art. 66 da Lei n. 9.099/95. 3. Tal circunstância, por representar alteração de competência absoluta, prevista no artigo 98, inciso I, da Constituição Federal, evidencia que a determinação da aludida modificação deve ser precedida do esgotamento dos meios disponíveis para a localização do acusado, sob pena de malferimento ao princípio do juiz natural, também de índole constitucional (art. 5º, inciso LIII, da CF/88). 4. Embora o mandado citatório tenha sido direcionado para dois possíveis endereços dos pacientes, apenas um foi alvo da diligência infrutífera do meirinho, sendo certo que, depois de declinada a competência absoluta, a citação pessoal foi efetivada no endereço remanescente. 5. Ordem concedida para anular a ação penal deflagrada em desfavor dos pacientes perante a Vara Criminal da comarca de Rio Brilhante/MS, desde o recebimento da denúncia, inclusive. (HC 224.343/MS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 25/09/2012, DJe 09/10/2012)

Posto isso, com o parecer, declaro como competente para processar e julgar o feito – autos nº 0006168-96.2014.8.12.0008 - o juízo da Vara do Juizado Especial de Corumbá, pelo que julgo procedente o presente conflito de competência.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, julgaram procedente o conflito. 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, 19 de outubro de 2015.

2ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1409323-15.2015.8.12.0000 – Campo Grande
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LESÃO CORPORAL – CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA – NÃO CONVALIDAÇÃO JUDICIAL – PRISÃO ILEGAL CONFIGURADA – RELAXAMENTO DA PRISÃO - ORDEM CONCEDIDA.

A prisão em flagrante é uma medida caracterizada pela privação da liberdade de locomoção do agente surpreendido em situação de flagrância, que independe de prévia autorização judicial. No caso, não houve a convalidação judicial da prisão em flagrante. A prisão em flagrante, sem a conversão por ato judicial, não se justifica, por si só, a manutenção da prisão.

O juízo *a quo*, sem que tivesse convertido a prisão em flagrante em prisão preventiva, substituiu a prisão preventiva por internação provisória, permanecendo o paciente com constrição da liberdade, tornando-se a prisão ilegal, diante da ausência de conversão do flagrante em prisão preventiva.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, conceder a ordem.

Campo Grande, 28 de setembro de 2015.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pelos advogados Wesley Silva Caetano – OAB/MS nº 18.881 e Emilene Maeda Ribeiro – OAB/MS nº 17.420 em favor de J.C.M., qualificado nos autos, apontando como autoridade coatora a Juíza de Direito da 1ª Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Campo Grande/MS, almejando, em síntese, a concessão de liberdade provisória sem fiança e/ou a aplicação de outras medidas cautelares diversas da prisão.

Afirmam os impetrantes que o paciente no dia 20 de janeiro de 2015, ofendeu, em tese, a integridade corporal da vítima J.C.M., sua esposa. Em razão disso, pela autoridade policial foi arbitrada fiança ao paciente, o qual, afirma ter sido considerado inimputável, pelo que foi determinada a sua internação provisória.

Que o paciente recebeu alta do Hospital (Manicômio Judiciário) e pela Magistrada foi determinada a recondução do paciente ao Presídio Militar Estadual.

Sustenta que não há nos autos decretação da prisão preventiva e que não existem fundamentos para a prisão cautelar.

Afirma que o retorno do paciente para o Presídio configura constrangimento ilegal.

Assim, requereu, em sede de liminar, a concessão da ordem, para o fim de determinar que seja expedido alvará de soltura. No mérito, requer a confirmação da tutela de urgência.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 24-25.

A autoridade apontada como coatora prestou informações às fls. 30-32, com documentos de fls. 33-48.

A Procuradoria-Geral de Justiça pelo Parecer de fls. 50-55, manifestou-se pela denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pelos advogados Wesley Silva Caetano – OAB/MS nº 18.881 e Emilene Maeda Ribeiro – OAB/MS nº 17.420 em favor de J.C.M., qualificado nos autos, apontando como autoridade coatora a Juíza de Direito da 1ª Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Campo Grande/MS, almejando, em síntese, a concessão de liberdade provisória sem fiança e/ou a aplicação de outras medidas cautelares diversas da prisão.

Afirmam os impetrantes que o paciente, no dia 20 de janeiro de 2015, ofendeu, em tese, a integridade corporal da vítima J.C.M., sua esposa, tendo sido preso em flagrante. Em razão disso, pela autoridade policial foi arbitrada fiança ao paciente, afirmando que o mesmo foi considerado inimputável, pelo que foi determinada a sua internação provisória.

Dizem os impetrantes, ainda, que o paciente recebeu alta do Hospital (Manicômio Judiciário) e pela Magistrada foi determinada a recondução do paciente ao Presídio Militar Estadual.

Sustenta que não há nos autos decretação da prisão preventiva e que não existem fundamentos para a prisão cautelar.

Sustentam, também, que o retorno do paciente para o Presídio configura constrangimento ilegal.

Assim, requereu, em sede de liminar, a concessão da ordem, para o fim de determinar que seja expedido alvará de soltura. No mérito, requer a confirmação da tutela de urgência.

Passo ao exame das questões postas:

Colhe-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante no dia 20 de janeiro de 2015, pela suposta prática do crime de lesão corporal, em situação de violência doméstica, previsto no art. 129, § 9º, do Código Penal.

Segundo os autos do inquérito policial e ocorrência policial, a vítima declara que “*seu esposo, após ingerir bebida alcoólica se apoderou de um cabo de vassoura e agrediu a declarante na perna direita, sem motivo algum, tendo ficado com hematomas; que a declarante informa que saiu correndo para a rua para pedir ajuda, quando J. pegou uma marreta e acertou a testa da declarante.*”

Pode-se verificar que a a autoridade apontada como coatora, com fundamento no art. 310, II e 312, ambos do CPP e Lei 10.216/01, “*diante da imprescindibilidade e urgência na internação para tratamento*”, substituiu a prisão preventiva por internação provisória, determinando que o paciente fosse “internado em manicômio judiciário ou em outro estabelecimento adequado”.

Pelo que consta dos autos o paciente recebeu alta da internação no Hospital Nosso Lar, pelo que foi determinada a sua recondução do Presídio Militar Estadual.

Em informações de fls. 30-32 a autoridade apontada como coatora informa que:

“Inicialmente, informo que o paciente foi preso em flagrante no dia 20 de janeiro de 2015 pela prática de lesão corporal dolosa, em situação de violência doméstica e familiar contra J.C.M., sua esposa.

A autoridade policial arbitrou fiança, a qual não foi paga pelo paciente (f. 1). Anota-se que há outros registros envolvendo as mesmas partes em violência doméstica.

Posteriormente o Subcomandante da Polícia Militar informou que a Unidade Prisional não dispõe de ala psiquiátrica, enfermaria, nem profissionais de saúde para atender as necessidades do paciente, interditado judicialmente e que necessitaria tomar medicamentos contínuos a ser ministrados regularmente por outra pessoa em horários estabelecidos (f. 25-28), além de tratamentos.

Autorizou-se a internação compulsória e provisória, nos termos previstos nos artigos 310, II e 312, ambos do CPP e Lei 10.216/01 (f. 35).

Em data de 31 de julho de 2015 o Hospital Nosso Lar comunicou a alta médica do paciente, motivo pelo qual foi determinado que ele fosse reconduzido ao Presídio Militar Estadual (f. 60/61).”

Como bem se sabe, a prisão em flagrante é uma medida caracterizada pela privação da liberdade de locomoção do agente surpreendido em situação de flagrância, que independe de prévia autorização judicial.

Verifica-se do autos de prisão em flagrante nº 0002618-80.2015.8.12.0001 que ao paciente foi arbitrada fiança pela autoridade policial (fls. 02-03 do auto de prisão em flagrante).

Com efeito, com a comunicação da prisão em flagrante ao Ministério Público Estadual, nos termos do art. 306, do CPP, pelo órgão acusador foi requerida a cassação da fiança e conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva (fls. 18-20 do auto de prisão em flagrante).

No entanto, a autoridade apontada como coatora, diante do pedido ministerial, decidiu o seguinte (fls. 18-19 do auto de prisão em flagrante):

“No caso, verifica-se dos autos e do conjunto probatório, que não estão presentes indícios suficientes para o decreto prisional.

Em consulta ao sistema, o requerido não registra qualquer outra ocorrência criminal, relacionado ou não à Lei Maria da Penha.

Ressalta-se que apenas as informações descritas no Boletim de Ocorrência nº 1262/2015 são insuficientes para embasar o decreto prisional.

Ademais, não restou demonstrado, à primeira vista, de que forma o denunciado dificultaria ou prejudicaria a colheita de provas.

No que tange ao resguardo da ordem pública, novamente, ressalta-se que a solicitação de prisão não veio embasada na configuração da indispensabilidade da preventiva para a manutenção da credibilidade da justiça, aliados ao fato de que não existem antecedentes ou reincidência, bem como não há elementos a denotar a possibilidade de que pretenda frustrar o cumprimento de eventual condenação.

Ainda, em consulta ao Sistema SAJ verifica-se que já foram concedidas medidas protetivas em favor da vítima J.C.M. nos autos de nº 0002619-65.2015.8.12.0001.

Por tais razões, deixo de converter o flagrante em prisão preventiva.

Aguarde-se o recolhimento da fiança arbitrada.

Às providências necessárias.

Ciência ao Ministério Público.

Intimem-se. Oportunamente, archive-se. “

Diante desse contexto, impende ressaltar que, como é sabido, com o advento da Lei nº Lei 12.403/11, o art. 310, do CPP passou a estabelecer o seguinte:

“Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.”

Diante da decisão da Magistrada acima transcrita, verifica-se que não houve a convalidação judicial da prisão em flagrante.

Como bem se sabe a manutenção da prisão em flagrante não se justifica, por si só, sem a conversão em prisão preventiva, por decisão judicial.

Ocorre que foi encaminhado ofício à autoridade apontada como coatora, pelo Subcomandante da Polícia Militar, nos autos de prisão em flagrante, informando o seguinte:

“informa a Vossa Excelência que em 21 de Janeiro de 2015, o SGT Pm Ref J.C.M. – Matrícula nº 95393023, (...), foi recolhido nesta Unidade Prisional por força de Prisão em Flagrante Delito pela prática, em tese, de Lesão Corporal Dolosa (art. 129 § 9 do CP), conforme Nota de Culpa Anexa.

Ademais, comunico que segundo informações obtidas pela Seção do PME, o custodiado é interditado judicialmente desde Julho de 2003, em sentença proferida (...)

Naquele processo o referido interno foi declarado absolutamente incapaz para exercer os atos da vida civil (...)

Informo ainda, que o mesmo faz uso contínuo de medicamentos (...)

Todavia, faz-se necessário comunicar que esta Unidade Prisional não dispõe de ala psiquiátrica, enfermaria, nem mesmo profissionais de saúde para atender as necessidades de um reeducando com este quadro clínico”.

Diante dessas informações constante do ofício, pela Magistrada apontada como coatora foi proferida a seguinte decisão (fl.35):

“Considerando a informação do Subcomandante da Polícia Militar de que a Unidade Prisional não dispõe de ala psiquiátrica, enfermaria, nem mesmo profissionais de saúde para atender as necessidades de J.C.M.

Considerando a informação de que a vítima é curadora do indiciado, existindo conflito de interesse no caso.

Considerando ainda que a soltura do réu representa um risco à vida, integridade física e segurança dela.

Por fim, diante da negativa da Defensoria Pública em atuar como curador provisório e defesa do indiciado, diante da imprescindibilidade e urgência na internação para tratamento, substituo a prisão preventiva por internação provisória, nos termos previstos nos artigos 310, II e 312, ambos do CPP e Lei 10.216/01, devendo o indiciado J.C.M. ser internado em manicômio judiciário ou em outro estabelecimento adequado.

1. Oficie-se ao Subcomandante responsável pela direção do PMEFR, para as providências necessárias ao cumprimento da decisão.

2. Oficie-se ainda ao Juízo da 2ª Vara de Família onde tramitou Ação de Interdição do indiciado sob o nº 0831065-02.202.8.12.0001, encaminhando cópia integral dos autos para às providências que entender cabível, em razão do conflito de interesse existente entre a curadora e o interditado, não cabendo a este Juízo decidir questões cíveis. Intime-se a vítima da decisão. Ciência ao Ministério Público. Oportunamente, arquivem-se.”

Na hipótese sub judice, contudo, o juízo *a quo*, malgrado não ter convertido a prisão em flagrante em prisão preventiva, posteriormente, substituiu a prisão preventiva por internação provisória.

Ocorre que, não houve a convalidação judicial da prisão em flagrante.

Percebe-se que o paciente permaneceu preso em flagrante, sem a convalidação judicial da prisão em flagrante em prisão preventiva, como nos determina o art. 310, II, do Código de Processo Penal.

Nos autos de prisão em flagrante foi noticiado por meio de ofício do Diretor do Presídio Militar Estadual que o paciente *“foi internado no Hospital Nosso Lar em virtude da substituição de Prisão Preventiva por internação provisória”*.

Consta ainda do procedimento de auto de prisão em flagrante que o paciente recebeu alta médica (ofício de fl. 61 do processo de auto de prisão em flagrante) e que se encontra em sua residência, juntamente com a sua esposa.

Desse modo, não existe título judicial (decreto de prisão preventiva) ensejador da custódia do paciente. Não houve o cumprimento das formalidades constitucionais/legais da prisão em flagrante.

Diante dessas circunstâncias, na hipótese em análise, a ilegalidade da prisão preventiva pela não convalidação judicial da prisão em flagrante enseja em relaxamento da prisão em flagrante, com a liberação do paciente, já que o retorno do paciente para o Presídio Militar configura constrangimento ilegal diante da não convalidação judicial da prisão em flagrante em prisão preventiva.

Diante do exposto, contra o Parecer da PGJ, concedo a ordem pretendida para o fim de relaxar a prisão em flagrante do paciente J.C.M.

Caso prevaleça este voto, expeça-se alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, concederam a ordem.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

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. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 28 de setembro de 2015.

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0004732-43.2012.8.12.0018 - Paranaíba
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DA DEFESA – ABANDONO MATERIAL – INADIMPLÊNCIA DE PENSÃO ALIMENTÍCIA – JUSTA CAUSA PARA A FALTA DE ASSISTÊNCIA AO DEPENDENTE – ÔNUS PROBATÓRIO DA ACUSAÇÃO – INVERSÃO INDEVIDA DO ÔNUS PROBATÓRIO – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

Impõe-se a reforma da sentença, porquanto consoante a jurisprudência do STJ, “Não basta, para o delito do art. 244 do Código Penal, dizer que o não pagamento de pensão o foi sem justa causa, se não demonstrado isso com elementos concretos dos autos, pois, do contrário, toda e qualquer inadimplência alimentícia será crime e não é essa a intenção da Lei Penal” (STJ, HC 141.069/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe de 21/03/2012)

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, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencida a 1ª vogal. Decisão contra o parecer.

Campo Grande, 10 de novembro de 2015.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

C.P.S. interpôs apelação criminal contra a sentença proferida às f. 158-164, que julgou procedente o pedido contido na denúncia, condenando o ora apelante, pela prática do crime previsto no artigo 244, do Código Penal, à pena de 1 (um) ano de detenção e 1 (um) salário mínimo vigente à época do fato, em regime aberto, que foi substituída por uma pena restritiva de direito consistente na prestação pecuniária.

Em suas razões recursais às f. 174-180, a defesa pleiteia pela absolvição por ausência do elemento subjetivo, exigido pelo tipo penal, conduzindo a atipicidade do fato contido na denúncia e, por fim, prequestiona dispositivo infralegal.

Em contrarrazões às f. 182-185, o *parquet* pugna pelo manutenção da sentença.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por sua vez, em parecer às f. 192-195, opina pelo conhecimento e improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

C.P.S. interpôs apelação criminal contra a sentença proferida às f. 158-164, que julgou procedente o pedido contido na denúncia, condenando o ora apelante, pela prática do crime previsto no artigo 244, do Código Penal, à pena de 1 (um) ano de detenção e 1 (um) salário mínimo vigente à época do fato, em regime aberto, que foi substituída por uma pena restritiva de direito consistente na prestação pecuniária.

Postula, em síntese, pela absolvição por ausência do elemento subjetivo, exigido pelo tipo penal, conduzindo a atipicidade do fato contido na denúncia e, por fim, prequestiona dispositivo infralegal.

Narra a denúncia (f. 01-02), os fatos a seguir expostos:

“(...) Entre 25 de maio e 30 de novembro de 2010, o denunciado C.P.S., ciente da ilicitude da conduta e provabilidade do fato, sem justa causa, faltou ao pagamento da pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada em favor de seu filho Alexandre Enzo de Pinho.

Constam no Caderno Inquisitivo cópia dos autos n. 018.06.001017-4 (fls. 09/48), segundo o qual o denunciado deixou injustificadamente de pagar pensão alimentícia ao filho, ora vítima. Inclusive, foi decretada sua prisão ante a falta de pagamento (...)”

O recurso deve ser provido.

Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é certo que para que se configure o delito previsto no artigo 244 do Código Penal, é imprescindível a demonstração da ausência de justa causa, para cumprir a obrigação alimentícia que é elemento normativo do tipo, incumbindo aludido ônus a acusação.

A propósito:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ABANDONO MATERIAL. ABSOLVIÇÃO EM 1º GRAU. CONDENAÇÃO, EM SEDE DE APELAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, PARA RESTABELECER A SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. JUSTA CAUSA PARA A FALTA DE ASSISTÊNCIA AOS DEPENDENTES. ÔNUS PROBATÓRIO DA ACUSAÇÃO. INVERSÃO INDEVIDA DO ÔNUS PROBATÓRIO. ALEGAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE PROVA. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I. O Tribunal a quo, ao reformar sentença absolutória, condenou o acusado pela prática do crime previsto no art. 244 do Código Penal - abandono material -, ao entendimento de que o réu não teria comprovado a existência de justa causa para o inadimplemento das prestações alimentícias devidas aos filhos.

II. A decisão atacada neste Regimental, por sua vez, ao prover o Recurso Especial do acusado, fundamentou-se na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, para a configuração do crime de abandono material, deve ser provada, pela acusação, a ausência de justa causa para a falta de assistência aos dependentes.

III. O provimento do Recurso Especial decorreu da afirmação, efetuada pelo Tribunal a quo, de que caberia à defesa comprovar a presença de justa causa para a inadimplência. A questão discutida no Recurso Especial, assim, cingiu-se à indevida inversão do ônus da prova, destacando-se a existência de ofensa ao disposto no art. 156 do Código de Processo Penal.

IV. Consoante a jurisprudência do STJ, “Não basta, para o delito do art. 244 do Código Penal, dizer que o não pagamento de pensão o foi sem justa causa, se não demonstrado isso com elementos concretos dos autos, pois, do contrário, toda e qualquer inadimplência alimentícia será crime e não é essa a intenção da Lei Penal” (STJ, HC 141.069/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe de 21/03/2012). Em igual sentido: “A denúncia, relativa ao crime tipificado no artigo 244 do Código Penal, como toda inicial acusatória, deve descrever a conduta imputada em todas as suas circunstâncias, não bastando, à sua validade, a descrição da obrigação descumprida, qualificada pela expressão ‘sem justa causa’, que há, por certo, enquanto substancia fato, de ser definida. A inversão do ônus da prova, quando se a admita, reclama previsão legal” (STJ, REsp 928.406/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJe de 04/08/2008).

V. Agravo Regimental improvido. (AgRg no REsp 1354416/MG, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Sexta Turma, julgado em 02/04/2013, DJe 19/04/2013)

Ao que se infere dos autos, o acusado foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 244, *caput*, do Código Penal, porque, no período compreendido entre 25 de maio e 30 de novembro de 2010, teria deixado, sem justa causa, de prover a subsistência do filho menor de 18 anos de idade, faltando com o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada.

Pois bem. No presente caso, dúvidas não há de que o ora apelante vem descumprindo com a obrigação judicialmente fixada de pagar a pensão alimentícia a seu filho A. E. de P., restando devidamente comprovadas a materialidade e autoria delitiva.

O elemento subjetivo do crime é o dolo, ou seja, a vontade de praticar uma das condutas descritas na lei. No caso do crime em comento é, portanto, a vontade consciente de deixar de prover a subsistência do sujeito passivo. Pelas provas colacionadas aos autos, constata-se que não restou comprovado aqui o elemento subjetivo do tipo.

Tratando-se a ausência de justa causa de um elemento normativo do tipo incriminador, incumbe ao Ministério Público, que é o titular da ação penal, demonstrar a sua configuração, assim como a dos demais elementos do tipo.

Na hipótese, observa-se a inexistência de prova de que o recorrente efetivamente tenha condições de arcar com o pagamento da pensão alimentícia e não o tem feito sem justa causa.

Destarte, tenho que não restou demonstrado o dolo na conduta do réu, não tendo a acusação logrado se desincumbir do ônus de provar que o acusado tinha condições de realizar os pagamentos, não o fazendo injustificadamente.

Por derradeiro, no que tange ao prequestionamento aventado, tenho que a matéria foi amplamente discutida, sendo prescindível a indicação pormenorizada de dispositivos legais e infralegais.

Diante do exposto, contra o parecer ministerial, dou provimento ao recurso interposto por C.P.S., para absolvê-lo do crime previsto no artigo 244, do Código Penal, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

A Sr^a. Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha. (1^a Vogal):

Trata-se de apelação criminal interposta por C.P.S. contra sentença que o condenou à pena de 01 (um) ano de detenção e 01 (um) salário mínimo vigente à época dos fatos, em regime aberto, que foi substituída por uma restritiva de direitos consistente na prestação pecuniária.

Irresignado, pugna pela absolvição por ausência do elemento subjetivo exigido pelo tipo penal, conduzindo à atipicidade do fato contido na denúncia, por fim, prequestiona dispositivo infralegal.

O ilustre relator conheceu do recurso, dando-lhe provimento, para absolver o apelante, do crime previsto no art. 244, do Código Penal, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Peço vênia para divergir em parte do i. relator, pois entendo ser o caso de manter inalterada a sentença condenatória. Explico.

Infere-se da denúncia (f. 01/02):

“(...) Entre 25 de maio e 30 de novembro de 2010, o denunciado C.P.S., ciente da ilicitude da conduta e provabilidade do fato, sem justa causa, faltou ao pagamento da pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada em favor de seu filho A. E. P.

Constam no caderno inquisitivo cópia dos autos n. 018.06.001017-4 (fls. 09/48), segundo o qual o denunciado deixou injustificadamente de pagar pensão alimentícia ao filho, ora vítima. Inclusive, foi decretada sua prisão ante a falta de pagamento (...)”

O magistrado sentenciante, ao proferir sua decisão, ponderou o que segue (f. 158/164):

“Ante o exposto e por tudo o mais que dos autos consta, julgo procedente a ação penal, para o fim de Condenar o Réu C.P.S., vulgo C. b., exercendo a profissão de Borracheiro, natural de Paranaíba/MS, nascido aos 27/02/1982, filho de B. P. da S. e de S. B. da S., domiciliado na Rua Adão Ferreira, n.º 160, bairro Jardim Inocência (trevão) Rua Leopoldino da Silva Lemos, n.º 32, nesta cidade e comarca, como incurso no artigo 244 do Código Penal.

Atento às diretrizes estabelecidas pelo artigo 59 do Código Penal, passo à fixação da pena do acusado:

Não há circunstâncias a serem consideradas.

Fixo a pena base em 01(um) ano de detenção e 01 salário mínimo vigente à época do fato.

Não existem circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Fixo a pena intermediária em 01(um) ano de detenção e 01 (um) salário mínimo vigente à época do fato.

Não há causa de aumento ou de diminuição de pena.

Inexistindo, portanto, qualquer outra circunstância modificadora, torno a pena definitiva em 01 (um) ano de detenção e um salário mínimo vigente à época do fato.

O regime de cumprimento da pena é o aberto.

Defiro o direito de recorrer em liberdade.

Tendo em vista que o acusado preenche os requisitos do artigo 44 do Código Penal, sendo assim entendo ser o caso de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, consistente na prestação pecuniária, conforme prevê o artigo 45 do Código Penal.”

Consta dos autos, que o valor mensal a ser pago pelo apelante pela pensão alimentícia de seu filho, como meio de garantir-lhe a subsistência corresponde a 50 % (cinquenta por cento) do salário mínimo vigente, todo dia 10 de cada mês.

Contudo, infere-se que nos meses de maio a novembro de 2010 o Apelante recusou-se a efetuar o pagamento fixado nos autos n.º 018.06.001017-4, tendo incorrido no crime de abandono material, previsto no art. 244, do Código Penal.

Segundo restou apurado, foram infrutíferas as tentativas para recebimento da aludida pensão alimentícia pendente de forma amigável, eis que o Apelante simplesmente recusa-se a quitar as prestações atrasadas, nem muito menos dar continuidade no pagamento das futuras.

Vale salientar que a criança ainda tem pouca idade, qual seja: 09 (nove) anos, e, por motivos óbvios, ainda precisa por longo tempo da pensão alimentícia paterna para sua subsistência, que lhe vem sendo negada pelo devedor, muito embora não se revista o valor da pensão de especial onerosidade, se consideradas as necessidades de sustento de uma criança.

Registra-se que o Apelante já foi preso por diversas vezes, e não paga a pensão, sendo que, para tal, não apresenta nenhuma justificativa, prolongando-se essa situação há anos, com evidente prejuízo ao alimentando, um mais de tantas crianças abandonadas por seus pais, no aspecto material, e que levarão a sua vida com sequelas variadas dessa negligência e desinteresse paternos.

Isso mesmo assinalado na sentença (f. 159/160):

“Não estamos aqui falando de um simples inadimplemento de pensão alimentícia, e sim de um caso que corre há anos na justiça e o qual o acusado não se preocupou em nenhum momento em sustentar, atender as necessidades básicas de sustento do filho, ainda menor.

Importante salientar que o filho abandonado não têm idade nem condições de, sozinho, conseguir meios para sobreviver com dignidade, sem que seus genitores colaborem com seu sustento. É extremamente injusto que somente a genitora arque com a criação e sustento do menor, sem qualquer participação do réu.

O acusado deixou, de forma livre e consciente, de prover a subsistência da filha menor, ocasionando assim sérios problemas de ordem material.

Por tudo que foi exposto, penso que restaram comprovadas a autoria e materialidade do delito, pois os documentos acostados aos autos são hábeis a comprovar a conduta dolosa do acusado, em abandonar o filho sem prover meios para sua subsistência, configurando assim o delito tipificado no artigo 244 do Código Penal.

A testemunha L. F. G. (fls.139), em juízo, informou ter conhecimento de vários mandados de prisão em razão da falta de pagamento da pensão alimentícia. De fato, o acusado se recusa a pagar a pensão. Por fim, informa que não há relacionamento entre a criança e o pai, pois os familiares do pai e nem o próprio procuram o menor.

A testemunha C.R.A. (fls. 110), em juízo, declarou que desde quando a criança nasceu, sempre foi uma labuta para receber pensão. Salienta que veio várias vezes até o judiciário com a finalidade de receber a pensão, para sustento do filho. Por fim, esclarece que o acusado já foi preso várias vezes em razão do não pagamento da pensão e até desistiu de receber os valores estabelecidos da pensão.

O acusado C.P.S. (fls.139), em juízo, relatou não ter pago a pensão e ainda que relata que já foi preso em razão do inadimplemento de pensão alimentícia. Atualmente, esclareceu que a pensão não está em dia.

O acusado, durante a instrução processual, não trouxe aos autos elementos capazes de comprovar que a sua inadimplência se deu em virtude de motivo justificado.”

Como se vê, de um lado, evidente a necessidade do alimentando de receber a pensão alimentícia para que se possa garantir a sua subsistência, e, por outro, não consta dos Autos nenhuma justificativa por parte do Apelante, a comprovar a sua impossibilidade de pagar a pensão alimentícia fixada. Ademais, caberia a ele comprovar tal fato.

Ademais, existem outros meios legais, como o pleito de redução de pensão alimentícia, ou mesmo justificativas de impedimentos ocasionais, para atender a dificuldades de pagamento que possa o devedor atravessar. O que não pode é simplesmente se eximir de pagar o que deve a seu filho menor de idade, como vem fazendo de forma sistemática e duradoura.

A situação dura há anos, pelo que consta da prova dos autos, e para o devedor, acaba se gerando uma situação de tolerância com sua conduta, pois continua sem pagar.

Destarte, divirjo do relator para negar provimento ao recurso e mantenho inalterada a sentença condenatória, eis que entendo que o não pagamento de pensão alimentícia estabelecida judicialmente, sem a prova da efetiva impossibilidade para tanto, caracteriza o crime de abandono material tipificado no art. 244 do Código Penal.

Conclusão:

Ante o exposto, com o parecer, divirjo do i. relator, para negar provimento ao recurso interposto por C.P.S., para manter incólume a sentença vergastada.

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, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencida a 1ª vogal. Decisão 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, Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha e Des. Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 10 de novembro de 2015.

1ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1410864-83.2015.8.12.0000 - Caarapó
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL - POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA – CRIME AMBIENTAL – ARMAZENAMENTO DE EMBALAGENS VAZIAS DE AGROTÓXICOS – LEGISLAÇÃO ANTERIOR TIPIFICANDO A CONDUTA – REGULAMENTAÇÃO PELAS NORMAS DA ABNT – FATO TÍPICO – ORDEM DENEGADA.

O trancamento de ação penal por ausência de justa causa é medida das mais excepcionais, sendo que a denúncia, para ser recebida, deve estar acompanhada de “*lastro probatório mínimo apto a demonstrar, ainda que de modo indiciário, a efetiva realização do ilícito penal por parte do denunciado*”. (STJ.RHC 48.631/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 20/11/2014, DJe 28/11/2014), mormente quando a denúncia descreve o fato típico e preenche os requisitos do art. 41 do CPP.

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, 3 de novembro de 2015.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Os advogados Giuliano Corradi Astolfi, Carina Bottega e Carlos Alberto Galvão Filho impetram ordem de *habeas corpus*, em favor do paciente Douglas Franco, apontando como autoridade coatora a Juíza de Direito da 2ª Vara da Comarca de Caarapó - MS.

Afirmam os impetrantes, em suma, que o paciente foi denunciado por ter praticado em tese a conduta prevista no inciso II, do §1º, do artigo 56, da Lei nº 9.605/98, porém a denúncia seria inepta, porquanto a conduta é atípica, pois se trata de norma penal em branco.

Aduzem que “a juíza de primeiro grau cometeu dois equívocos ao dizer que ao tempo da conduta praticada pelo paciente Douglas Franco as duas Leis já estavam regulamentadas”

“O primeiro equívoco é temporal, pois, a conduta imputada ao paciente Douglas Franco foi praticada no dia 05 de março de 2013, conforme consta dos autos e dito pela própria autoridade coatora na decisão combatida (trecho transcrito abaixo – f. 130), e alegada regulamentação, NBR 9843-3:2013 da ABNT, somente foi publicada no dia 01 de agosto de 2013 e, somente passou a ter validade no dia 01 de setembro de 2013 (segue consulta do site da ABNT)” (f. 09)

“Com essas informações verifica-se que, em tese, a autoridade coatora teria violado o princípio da anterioridade da lei penal, estampado no artigo 1º do Código Penal.” (f. 09)

“Assim, verifica-se que a conduta do ora paciente, Sr. Douglas Franco é atípica, uma vez que não há previsão legal de como deviam as embalagens de agrotóxicos ser armazenadas, além de ser a denúncia inepta por não indicar a forma de armazenamento violada pelo réu” (f. 10).

Liminar indeferida, às f. 119-121.

Informações da autoridade apontada como coatora às f. 131-137.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 140-146, denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelos advogados Giuliano Corradi Astolfi, Carina Bottega e Carlos Alberto Galvão Filho, em favor de Douglas Franco, apontando como autoridade coatora a Juíza de Direito da 2ª Vara da Comarca de Caarapó - MS.

Afirmam os impetrantes, em suma, que o paciente foi denunciado por ter praticado em tese a conduta prevista no inciso II, do §1º, do artigo 56, da Lei nº 9.605/98, porém a denúncia seria inepta, porquanto a conduta do paciente é atípica, pois se trata de norma penal em branco.

Aduzem que:

“A juíza de primeiro grau cometeu dois equívocos ao dizer que ao tempo da conduta praticada pelo paciente Douglas Franco as duas Leis já estavam regulamentadas”

“O primeiro equívoco é temporal, pois, a conduta imputada ao paciente Douglas Franco foi praticada no dia 05 de março de 2013, conforme consta dos autos e dito pela própria autoridade coatora na decisão combatida (trecho transcrito abaixo – f. 130), e a alegada regulamentação, NBR 9843-3:2013 da ABNT, somente foi publicada no dia 01 de agosto de 2013 e, somente passou a ter validade no dia 01 de setembro de 2013 (segue consulta do site da ABNT)” (f. 09)

“Com essas informações verifica-se que, em tese, a autoridade coatora teria violado o princípio da anterioridade da lei penal, estampado no artigo 1º do Código Penal.” (f. 09)

“Assim, verifica-se que a conduta do ora paciente, Sr. Douglas Franco é atípica, uma vez que não há previsão legal de como deviam as embalagens de agrotóxicos ser armazenadas, além de ser a denúncia inepta por não indicar a forma de armazenamento violada pelo réu” (f. 10).

Pretende o impetrante o trancamento da Ação Penal n. 0001436.37-2013.8.12.0031, por ausência de justa causa.

Douglas Franco, ora paciente, foi denunciado nos seguintes termos (f. 13-14):

“No dia 05 de março de 2013, por volta das 17h15min, no imóvel rural denominado “Fazenda Santa Cecília”, zona rural da cidade de Caarapó/MS, o denunciado, consciente

da ilicitude de sua conduta de destinação a embalagens vazias de agrotóxicos em descumprimento às exigências estabelecidas na legislação.

Segundo o apurado, ao realizar fiscalização na Fazenda Santa Cecília, de propriedade do pai do denunciado, os profissionais do IBAMA constataram que o denunciado – responsável pela propriedade - não havia dado destinação adequada às embalagens vazias (já utilizadas) de agrotóxicos, eis que estavam empilhadas a céu aberto”.
– Grifo no original.

O trancamento de ação penal por ausência de justa causa é medida das mais excepcionais.

A denúncia, para ser recebida, deve estar acompanhada de “lastro probatório mínimo apto a demonstrar, ainda que de modo indiciário, a efetiva realização do ilícito penal por parte do denunciado (STJ.RHC 48.631/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 20/11/2014, DJe 28/11/2014)”.

No caso concreto existe referido lastro probatório mínimo, conforme consta da ocorrência n 578/2013 (f. 18), comunicação de crime e auto de infração (f.20-21); relatório de fiscalização e fotografias (f.22-24), certidão de f. 25; interrogatório extrajudicial (f.44-45) e demais depoimentos testemunhais.

Os impetrantes sustentam que o tipo penal do art. 56, § 1º, II da Lei 9.605/98 não estava regulamentado na época dos fatos e o artigo 15 da Lei 7.802/89, que se adequaria a conduta narrada, trataria-se de norma penal em branco, pois não havia disposição legal acerca de como as embalagens de agrotóxicos deveriam ser armazenadas ou descartadas, o que tornaria a conduta do paciente atípica, além de que a denúncia não teria especificado como estavam armazenadas as embalagens.

Pois bem. Observa-se que a denúncia descreve claramente a infração prevista no art. 15 da Lei 7.802/89 e não do art. 56, § 1º, II da Lei de Crimes Ambientais, bem como descreve de que maneira irregular as embalagens de agrotóxicos utilizados estavam descartadas. Frise-se que referida lei encontrava-se em plena vigência quando do cometimento do ato.

Conforme artigo publicado pelo Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz, do TRF da 4ª Região, sobre crime de agrotóxicos ¹: (...) *O delito previsto no art. 15 da Lei nº 7.802/89 persiste intacto no ordenamento jurídico (...) O princípio da especialidade não impede que alguém que manipule agrotóxicos possa cometer os demais delitos previstos na Lei nº 9.605/98. (...) Não se pode perder de vista que, em matéria ambiental, a Lei de Agrotóxicos sobrevive apenas como norma especial, punindo a conduta de quem produza, comercialize, transporte, aplique, preste serviço ou dê destinação a resíduos ou embalagens vazias de agrotóxicos, seus componentes e afins, descumprindo as exigências das leis e de seus respectivos regulamentos (...)*

O ilustre desembargador ainda, no mesmo artigo, afirma que “*Dar destinação ilegal a resíduos e embalagens é descumprir, dentre outras, especialmente as novas disposições acrescentadas pela Lei 9.974/2000, que disciplinam o fracionamento e a reembalagem de agrotóxicos, seus componentes afins, e que impõem aos usuários o dever de efetuar a devolução das embalagens vazias dos produtos aos estabelecimentos comerciais em que foram adquiridos, no prazo de até um ano, contado da data da compra. (...) O cumprimento das exigências técnicas, aliás, é obrigatório para qualquer das condutas definidas no tipo, especialmente, diríamos, por parte de quem transporta, utiliza e/ou presta serviço. Não obedecer às instruções dos profissionais habilitados será o mesmo que descumprir as exigências estabelecidas nas leis e nos regulamentos*”. E mais, diz que comete o crime do art. 15 da Lei 7.802/89, “*o usuário e/ou prestador de serviços que abandona as embalagens vazias em local inadequado e deixa de devolvê-las ao comerciante, como determina a lei*”.

1 http://www.Revistadoutrina.Trf4.Jus.Br/artigos/edicao008/paulo_vaz.Htm, consulta no dia 29.10.2015 às 10:02 horas.

A Lei 9.974 de 06.06.2000, alterou o art. 6º da Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989, sendo extremamente clara acerca da destinação das embalagens vazias de agrotóxicos, senão vejamos:

Art. 6º

(...)

§ 2º Os usuários de agrotóxicos, seus componentes e afins deverão efetuar a devolução das embalagens vazias dos produtos aos estabelecimentos comerciais em que foram adquiridos, de acordo com as instruções previstas nas respectivas bulas, no prazo de até um ano, contado da data de compra, ou prazo superior, se autorizado pelo órgão registrante, podendo a devolução ser intermediada por postos ou centros de recolhimento, desde que autorizados e fiscalizados pelo órgão competente.

Observo ainda que mesmo antes da alteração da ABNT 9843-3 em 2013, as propriedades rurais tinham o mesmo tratamento para armazenamento em armazéns industriais, centros de distribuições, armazéns comerciais e armazéns gerais, os quais estavam regulamentados pela ABNT NBR 9843:2004, que já previa, antes mesmo da alteração dada em 2013, as formas de armazenamento de agrotóxicos e produtos nocivos à natureza, senão vejamos:

4.4 Requisitos específicos para o armazenamento em armazém

Para o armazenamento do agrotóxicos deve-se seguir a legislação específica, observando-se as recomendações do fabricante e o prescrito em 4.4.1 a 4.4.17.

4.4.1 Embalagens abertas, danificadas ou com vazamentos devem ser acondicionadas em recipiente fechado (barricas plásticas ou tambores) e identificadas, guardadas em área segregada e em seguida devolvidas para o fabricante.

4.4.2 As embalagens devem ser armazenadas sobre palete, para evitar o contato direto do produto com o piso.

4.4.3 As embalagens devem ser armazenadas com a tampa para cima, de acordo com a seta de orientação na embalagem. 4.4.4 As embalagens devem ser armazenadas de forma que as pilhas fiquem afastadas no mínimo: a) 0,50 m da parede: b) 1 m das luminárias ou teto. 4.4.5 As embalagens devem ser dispostas de forma a proporcionar melhores condições de aeração do sistema e permitir facilidades no manuseio e/ou movimentação do conjunto (pálete). 4.4.6 As embalagens devem ser dispostas de tal forma que a pilha do mesmo palete tenha somente embalagens iguais e do mesmo produto. 4.4.7 As embalagens de formato retangular devem ser empilhadas com apoios cruzados, o que assegura uma auto. amarração do conjunto, bem como uma maior resistência deste.

4.4.8 Sempre que um tipo de embalagem não apresentar estabilidade no palete ou na pilha, deve ser feita amarração com filme de polietileno ou cintas de tecido ou plásticas, com lacre, do forma a assegurar a estabilidade da pilha.

4.4.9 A altura máxima de empilhamento das embalagens deve obedecer às orientações dos fabricantes, expressas nas embalagens/rótulos, caixas coletivas e/ou instruções dos fabricantes.

4.4.10 O armazenador deve elaborar um plano de armazenagem, separando os agrotóxicos por família: herbicidas, acaricidas, fungicidas, inseticidas etc.. de forma a evitar contaminação cruzada entre os produtos, e deve consultar a ABNT NBR 14619, para separação das classes de risco.

4.4.11 O armazenador deve observar os rótulos de segurança no armazenamento dos produtos de forma a ficar protegido de variações de temperatura e umidade. 4.4.12 Todas as caixas coletivas ou outras embalagens de transporte devem apresentar informações

em português, contendo no mínimo: — advertência sobre os riscos no manuseio para os trabalhadores; — classe do produto (herbicida, fungicida, inseticida, acaricida etc.); — composição e nome químico do produto; — conteúdo: — informações relativas à classificação para transporte: — informações relativas aos cuidados no armazenamento: — prazo de validade.

4.4.13 As embalagens devem ser armazenadas com as identificações ou rótulos sempre para fora do palete, ou para o lado por onde o produto é movimentado.

4.4.14 O armazenador deve manter no local de armazenagem um conjunto de equipamentos e materiais de absorção, para atender derramamentos de produtos, composto no mínimo de: — material neutralizante conforme orientação do fabricante; — um conjunto do EPI específico para atender as avarias/vazamentos; — um recipiente com material absorvente (serragem, vermiculita, areia ou outros); — um recipiente vazio para recolhimento de resíduos; — uma pá de plástico com cabo e uma vassoura.

4.4.15 Procedimento de contenção, recolhimento e remessa para o fabricante:
a) ao recolher um produto não fazer misturas. Cada produto deve ser colocado em um recipiente de resgate ou tambor, identificado com as informações da embalagem original;
b) as embalagens de resgate ou tambor fechadas e identificadas devem ser enviadas ao fabricante para sua destinação final;
c) descontaminar a área de acordo com instruções do fabricante contidas na FISPQ;
d) isolar a área contaminada com utilização de cones e fitas;
e) para descontaminar a área atingida com o vazamento, deve-se consultar o fabricante;
f) para produtos líquidos: — fazer uma barreira com material absorvente; — recolher o produto absorvido em recipientes e identificá-lo para envio ao fabricante. O transportador/armazenador não pode dar destino final aos resíduos;
g) para produtos sólidos, recolher em sacos plásticos, fechar e identificar antes de colocar no recipiente de resgate/ tambor;
h) recomenda-se não lavar com água a área contaminada;
i) seguir os procedimentos da FISPQ fornecida pelo fabricante do produto;
j) suspender todas as operações na área contaminada

4.4.16 Produtos vencidos devem ser colocados em área segregada, para serem devolvidos para o fabricante.

4.4.17 No armazenamento vertical (racks ou porta-paletes), quando houver produtos sólidos e líquidos, recomenda-se empilhar produtos sólidos na parte superior.

5. Requisitos básicos para armazenamento em pequenos depósitos:

Mesmo para estocagem de pequenas quantidades de agrotóxicos, principalmente nas propriedades rurais, alguns critérios importantes desta Norma devem ser observados para garantir um armazenamento seguro. COMO:

a) a construção deve ser de alvenaria, com boa ventilação e iluminação natural;

b) as instalações elétricas devem estar em bom estado de conservação para evitar curto-circuito e incêndios;

c) as portas devem permanecer trancadas para evitar a entrada de crianças, animais e pessoas não autorizadas;

d) manter sempre os produtos em suas embalagens originais;

e) não é recomendável armazenar estoques de produtos além das quantidades para uso a curto prazo; O nunca armazenar restos de produtos em embalagens sem tampa ou com vazamentos;

g) o depósito deve estar sinalizado com uma placa “cuidado veneno”

h) o depósito deve ficar num local livre do inundações o separado do outras construções, como residências e instalações para animais;

i) o piso deve ser cimentado e o telhado som goteiras, para permitir que o depósito fique sempre seco;

j) os produtos devem estar armazenados de forma organizada. longe de alimentos, rações animais, medicamentos e sementes.

(...)

Portaria 3214 de 08 de junho de 1978 do Ministério do Trabalho Lei 7802 de 11 de junho de 1989 Decreto 4074 de 04 de janeiro de 2002 Lei 9605 de 13 de fevereiro de 1998 Lei 2063 de 06 do outubro de 1983 Decreto 96044 de 18 do maio de 1988 NR-6 do Ministério do Trabalho - Equipamento de Proteção Individual - EPI NR-7 do Ministério do Trabalho - PCMSO - Programa de Controle Médico e Saúde C.:-.:racional NR-9 do Ministério do Trabalho - PPRA - Programa de Prevenção de Riscos Ambientais NR-11 do Ministério do Trabalho - Transporte. movimentação. armazenagem e manuseio de materiais NR-17 do Ministério do Trabalho - Ergonomia NR-26 do Ministério do Trabalho - Sinalização de segurança ABNT NBR 7500:2003 - Identificação para o transporte terrestre, manuseio, movimentação e armazenamento de produtos ABNT NBR 7503:2003 - Ficha de emergência e envelope para o transporte terrestre de produtos perigosos - Características. dimensões e preenchimento.

Portanto, havia na época dos fatos legislação anterior devidamente regulamentada, salientando-se que o magistrado não fica adstrito à capitulação legal dada na denúncia, mas sim ao fundamento jurídico nela inserido, sendo que a conduta do paciente se amolda perfeitamente à descrita na lei 7.802/89, como alhures narrado.

Portanto, *a priori*, trata-se fato típico e punível, não havendo se falar em trancamento da ação penal, pois preenchidos os requisitos do art. 41 do CPP e verificada a justa causa para o recebimento da denúncia, sendo que somente após a instrução processual, será possível verificar se o apelante cometeu o ilícito penal ou não.

Ante o exposto, com o parecer, denego a ordem.

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. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Manoel Mendes Carli, Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha e Des. Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 03 de novembro de 2015.

3ª Câmara Criminal
***Habeas Corpus* n. 1413124-36.2015.8.12.0000 – Ponta Porã**
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – PRISÃO PREVENTIVA – PACIENTE PORTADORA DO VÍRUS HIV ENTRANDO NO SÉTIMO MÊS DE GESTAÇÃO – CONVERSÃO EM PRISÃO DOMICILIAR – ART.318, IV, DO CPP – REGRAS MÍNIMAS PARA MULHERES PRESAS – ORDEM CONCEDIDA.

Converte-se a prisão preventiva em prisão domiciliar de paciente em período gestacional avançado, ingressando no sétimo mês de gestação, portadora do vírus HIV, em prestígio ao princípio da dignidade da pessoa humana e, sobretudo, para que a criança nasça saudável.

HABEAS CORPUS DE OFÍCIO – GARANTIA DE PRISÃO DOMICILIAR ATÉ QUE RECÉM-NASCIDO COMPLETE SEIS MESES.

Tendo em vista que recém-nascido(a) lactente necessita de cuidados especiais, por razões humanitárias e pelo bem da criança, prorroga-se o período de prisão domiciliar até que a criança complete seis meses, com a advertência que o descumprimento das condições impostas pode ensejar o retorno ao cárcere antecipado.

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, conceder a ordem.

Campo Grande, 26 de novembro de 2015.

Des. Manoel Mendes Carli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

A Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul impetra ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor da paciente Sandra da Silva Orvieda, apontando como autoridade coatora o Juiz(a) de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Ponta Porã-MS.

Versa o presente *writ* acerca do constrangimento ilegal sofrido pela paciente em razão da manutenção de sua prisão preventiva pela prática dos delitos descritos nos artigos artigo 35, da Lei 11.343/2006 e 288, do Código Penal, por estar grávida de 6 meses e ser portadora do vírus HIV, além de ser mãe de uma criança de 6 anos.

Discorre sobre os requisitos autorizadores da liminar.

Requer a concessão de liminar para que o paciente seja substituída sua prisão preventiva por prisão domiciliar e, ao final, a concessão definitiva da ordem para conceder a prisão domiciliar ou converter a prisão preventiva em medidas cautelares. Documentos de f.10-28.

Liminar indeferida, às f.31-32.

Informações da autoridade apontada dispensadas (f.32).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às f.39-45, pela denegação da ordem (f.39-45).

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, com pedido de liminar, em favor da paciente Sandra da Silva Orvieda, apontando como autoridade coatora o Juiz(a) de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Ponta Porã-MS.

Verifico no Sistema de Automação Judicial-SAJ que a paciente Sandra foi presa em flagrante (Inquérito Policial 0001905-51.2015.8.12.0019) 24 de março de 2015, junto com Gilberto Ale Gimenes, com 191 gramas de maconha uma trouxinha de cocaína, pesando cerca de 2 gramas, estando a droga em depósito em duas residências em Aral Moreira-MS, onde também havia diversos objetos de proveniência ilícita.

Consta ainda que Sandra, junto com Gilberto e Geovane Ribas da Silva se associaram para praticar o tráfico de drogas e praticar delitos contra o patrimônio.

Em razão de tais delitos, a prisão preventiva de Sandra foi decretada em 28 de maio de 2015 (data da assinatura digital).

Requerida sua prisão domiciliar, a mesma foi indeferida pela autoridade apontada como coatora (f.26-28), com o seguinte argumento “Além disso, em que pese o fato de a requerente ser portadora de bons antecedentes e portadora do vírus HIV, verifica-se ao menos, por ora, que a prisão é necessária para garantir a instrução criminal, pois o processo é complexo, possui 04 réus e imputação de vários crimes e tendo em vista que a audiência de instrução está designada para o dia 09/11/2015, devendo ser levado em conta que a ré informou que está recebendo a devida assistência médica no estabelecimento penal, por ora, é razoável a manutenção da prisão preventiva, sem prejuízo, de que após o interrogatório da ré, eventualmente a questão seja reavaliada”.

Quando feito o pedido na origem, em 18 de setembro de 2015, Sandra estava no 5º mês de gravidez, estando, agora, ingressando no 7º mês de gravidez.

Em consulta ao Sistema de Automação Judicial-SAJ (f.346/383 dos autos de origem) verifico que a paciente é primária.

De acordo com o artigo 318, do Código de Processo Penal:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - maior de 80 (oitenta) anos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Tenho que a paciente faz jus à concessão da prisão domiciliar nos termos do inciso IV do artigo 318 do Código de Processo Penal, considerando sua condição de gestante no 7 mês de gravidez portadora do HIV, especialmente para que seu bebê não nasça com o referido vírus.

Consigne-se ainda que o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Nº 8.069/90) assegura à gestante o atendimento médico pré e perinatal, acompanhamento no período pós-natal e direito à amamentação:

Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.

Art. 8º É assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal.

§ 1º A gestante será encaminhada aos diferentes níveis de atendimento, segundo critérios médicos específicos, obedecendo-se aos princípios de regionalização e hierarquização do Sistema.

§ 2º A parturiente será atendida preferencialmente pelo mesmo médico que a acompanhou na fase pré-natal.

§ 3º Incumbe ao poder público propiciar apoio alimentar à gestante e à nutriz que dele necessitem.

§ 4º Incumbe ao poder público proporcionar assistência psicológica à gestante e à mãe, no período pré e pós-natal, inclusive como forma de prevenir ou minorar as consequências do estado puerperal.

§ 5º A assistência referida no § 4º deste artigo deverá ser também prestada a gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção.

Art. 9º. O Poder Público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade”

Cabe ainda, aqui, prestigiar o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que as condições da penitenciárias brasileiras não são das melhores, ou seja, não se pode concluir que uma detenta grávida está tendo todo o atendimento necessário para que seu filho nasça saudável.

Observe-se ainda que aprovadas as regras mínimas para mulheres presas por ocasião da 65ª Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em dezembro de 2010, foram, por meio das quais os Estados-membros, incluindo-se o Brasil, reconhecem, entre outros:

Regra 57 As provisões das Regras de Tóquio deverão orientar o desenvolvimento e a implementação de respostas adequadas às mulheres infratoras. Deverão ser desenvolvidas opções de medidas e alternativas à prisão preventiva e à pena especificamente voltadas às mulheres infratoras, dentro do sistema jurídico do Estado-membro, considerando o histórico de vitimização de diversas mulheres e suas responsabilidades maternas.

Regra 61 Ao condenar mulheres infratoras, os juízes terão a discricionariedade de considerar fatores atenuantes, tais como ausência de histórico criminal e a não gravidade relativa da conduta criminal, considerando as responsabilidades maternas e os antecedentes característicos.

Nessas condições, concedo a ordem em maior extensão para que a paciente permaneça em prisão domiciliar até que a criança complete 6(seis) meses, período necessário para amamentação.

Aliás:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. PEDIDO DE REVOGAÇÃO. INDEFERIMENTO. PRÉVIO MANDAMUS. ALEGADO EXCESSO DE PRAZO NA APRECIÇÃO. SUPERVENIÊNCIA DE CONDENAÇÃO. ORDEM DENEGADA. DELONGA SUPERADA. PRISÃO DOMICILIAR.

MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PACIENTE GESTANTE AO TEMPO DA IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. FILHO JÁ NASCIDO. PRESERVAÇÃO DA CONSTRIÇÃO NA SENTENÇA. CONDIÇÕES INSALUBRES PARA O CRESCIMENTO DA CRIANÇA. NECESSIDADE DE ASSEGURAR AO RECÉM-NASCIDO SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS. ARTS. 6º E 227 DA CF E LEI 8.069/90. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. POSSIBILIDADE DA PRISÃO DOMICILIAR CAUTELAR. CONSTRANGIMENTO RECONHECIDO. LIMINAR DEFERIDA. CONFIRMAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O STF passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que foi aqui adotado, ressalvados os casos de flagrante ilegalidade, quando a ordem poderá ser concedida de ofício.

2. Sobrevindo o julgamento do remédio constitucional originário, o qual teve a ordem denegada, resta superada a aventada ilegalidade por excesso de prazo na sua apreciação.

3. A ausência de exame da questão da possibilidade de colocação da paciente em prisão domiciliar no aresto proferido impede o conhecimento do mandamus nesse ponto por este STJ.

4. Com o advento da Lei 12.403/2011, permitiu-se ao juiz a substituição da prisão cautelar pela domiciliar quando o agente for imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência. Exegese do art. 318, III, do CPP.

5. A excepcionalidade da situação em que comprovadamente se encontra a paciente e seu filho, já nascido e em fase de lactação, justifica que, por razões humanitárias, pelo bem da criança que agora merece os cuidados da mãe em situação mais favorável do que aquela apresentada no cárcere, permitir que aguarde em prisão domiciliar cautelar o trânsito em julgado da condenação sofrida.

6. A violação das regras da prisão domiciliar enseja o restabelecimento da constrição preventiva, assim como poderá ser novamente ordenada se sobrevier fato novo ou situação que exija a sua imposição.

7. Habeas corpus julgado prejudicado quanto ao excesso de prazo e não conhecido no restante, concedendo-se, contudo, a ordem de ofício para, confirmando-se a liminar anteriormente deferida, determinar que a paciente seja colocada em prisão domiciliar, nos termos do art. 318, III, do Código de Processo Penal, até o trânsito em julgado da condenação. (STJ. HC 307.430/SP, Rel. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do Tj/Pe), Quinta Turma, julgado em 18/08/2015, DJe 01/09/2015)

A excepcionalidade da situação em que se encontra a paciente e sua filha, recém-nascida, ainda lactente e com necessidades especiais, justifica que, por razões humanitárias, pelo bem da criança que agora merece os cuidados da mãe, em situação mais favorável do que aquela apresentada na prisão, se permita que aguarde em prisão domiciliar o julgamento da ação penal a que responde perante o Juízo singular, até seu trânsito em julgado. 3. Habeas corpus não conhecido, concedendo-se, contudo, a ordem de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, para, confirmando a liminar anteriormente deferida, determinar que, nos termos do art. 318, III, do CPP, a paciente aguarde em prisão domiciliar o julgamento da ação penal a que responde, até o seu trânsito em julgado. (HC 280.936/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 11/02/2014, DJe 21/02/2014).

Tal medida também prestigia o princípio da economia processual, pois após o nascimento da criança, haveria nova interposição de writ para garantir a prisão domiciliar à paciente, pois não teria a mesma como cuidar de forma adequada de recém-nascido no cárcere.

Ante o exposto:

a) Contra o parecer, concedo a ordem para converter a prisão preventiva de Sandra da Silva Orvieda em prisão domiciliar até o final de sua gravidez e nascimento da criança;

b) Nos termos do artigo 398, do RITJMS¹ (Resolução 589, de 8 de abril de 2015, DJMS 3325, de 15 de abril de 2015), concedo *habeas corpus* de ofício a Sandra da Silva Orvieda para que a mesma permaneça em prisão domiciliar até que seu bebê complete seis meses, devendo, após referido período, a necessidade de prisão preventiva ser reapreciada pela autoridade apontada como coatora.

Expeça-se o alvará de soltura, devendo constar no mesmo as seguintes condições:

a) A paciente encontra-se em prisão domiciliar, somente podendo deixar sua residência para comparecer à consultas médicas, hospitais, ir em farmácias e para obter benefícios sociais, bem como, comparecer aos atos do processo;

b) A paciente deve informar nos autos de origem, através de sua defesa técnica, o endereço que poderá ser encontrada, bem como, enviar cópia da certidão de nascimento de seu filho(a).

Deve constar ainda que a advertência que a violação das regras da prisão domiciliar poderá ensejar o restabelecimento da prisão preventiva, sem impedimento de novo decreto de prisão cautelar em caso de fato novo ou situação que exija a sua imposição.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra o parecer, concederam a ordem.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Manoel Mendes Carli, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva e Des. Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 26 de novembro de 2015.

¹ Art. 398. O Tribunal poderá, de ofício, expedir ordem de *habeas corpus* quando, no curso de qualquer processo, verificar que alguém sofre ou se ache ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0000008-96.2013.8.12.0038 – Nioaque
Relatora Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – DA PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE DAS RAZÕES: APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE SUBMETER ADOLESCENTE À PROSTITUIÇÃO E MANTENÇA DE ESTABELECIMENTO DESTINADO À PROSTITUIÇÃO – APRESENTAÇÃO TARDIA DAS RAZÕES RECURSAIS – MERA IRREGULARIDADE – PRELIMINAR REJEITADA.

Afasta-se a preliminar de não conhecimento do recurso, sob o argumento de que seria intempestivo, ante a apresentação tardia das respectivas razões, uma vez que, conforme entendimento pacificado na jurisprudência e neste Tribunal, tal ocorrência constitui mera irregularidade.

Preliminar rejeitada, recurso conhecido.

APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE SUBMETER ADOLESCENTE À PROSTITUIÇÃO E MANTENÇA DE ESTABELECIMENTO DESTINADO À PROSTITUIÇÃO – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – PEDIDO DE CONSUNÇÃO ENTRE OS DELITOS – IMPOSSIBILIDADE – TIPOS PENAS E OBJETOS PROTEGIDOS DISTINTOS – RECURSO IMPROVIDO.

Não há falar em absolvição por falta de provas se um dos recorrentes, e os depoimentos das vítimas e testemunhas confirmam que nos estabelecimentos comerciais dos recorrentes ocorria a exploração sexual de mulheres, nacionais e de outros países, bem como de adolescentes.

Não há falar em consunção entre os delitos de submeter adolescente à prostituição e manutenção de estabelecimento destinados à exploração sexual porque tais dispositivos resguardam direitos distintos.

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 aos recursos, com o parecer.

Campo Grande, 24 de novembro de 2015.

Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha – Relatora

RELATÓRIO

O Sr. Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha.

Reginaldo Arce de Oliveira, Ronaldo Arce de Oliveira e Siméia Arce de Oliveira foram condenados às seguintes penas:

Reginaldo e Siméia, foram condenados, cada um, à pena de 06 anos de reclusão, no regime semiaberto, e ao pagamento de 10 dias-multa pela prática do delito de submeter menor de 18 anos, previsto no art. 218-B e manter estabelecimento para exploração sexual, previsto no art. 229, ambos do CP.

Ronaldo Arce de Oliveira, foi condenado à 02 anos de reclusão, no regime aberto, e ao pagamento de 10 dias-multa pela prática do delito de manter estabelecimento para exploração sexual, previsto no art. 229 do CP.

Inconformados, recorrem alegando que as provas não são suficientes a lastrear o édito condenatório, alternativamente pedem a aplicação do princípio da consunção entre os delitos de manter estabelecimento destinado à prostituição e submeter pessoa menor de 18 anos à exploração sexual.

O *parquet*, às f.471-483, contra-arrazoa pelo não conhecimento do feito pela intempestividade das razões recursais, e, no mérito, pela manutenção da decisão lançada.

O parecer ministerial opina, às f.498-520, pela rejeição da preliminar arguida e, no mérito, pelo improvimento recursal.

VOTO

O Sr. Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relator)

Da preliminar de intempestividade no oferecimento das razões recursais.

A apresentação intempestiva das razões recursais na esfera criminal constitui mera irregularidade que não inviabiliza o conhecimento e apreciação do recurso.

Nesse sentido, pacífico o posicionamento deste Egrégio Tribunal de Justiça, *verbis*:

APELAÇÃO CRIMINAL PENAL – HOMICÍDIO – APRESENTAÇÃO TARDIA DAS RAZÕES RECURSAIS – MERA IRREGULARIDADE – PENA-BASE – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS – EXASPERAÇÃO FUNDAMENTADA – NÃO PROVIMENTO.

Afasta-se a preliminar de não conhecimento do recurso, sob o argumento de que seria intempestivo, ante a apresentação tardia das respectivas razões, uma vez que, conforme entendimento pacificado na jurisprudência pátria, tal ocorrência constitui mera irregularidade. (.). (Apelação Criminal – Reclusão – N. 208.01793-0/00-0 – Dourados. Segunda Turma Criminal. Relator – Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. J. 27.04.209)

Rejeito esta preliminar.

Do pedido de absolvição por falta de provas:

Os recorrentes foram denunciados porque:

“(…) 1º fato

Consta do incluso inquérito policial que, em 13 de dezembro de 2012, período noturno, na denominada ZBM, zona de baixo meretrício, do município de Nioaque/MS, Reginaldo Arce de Oliveira e Siméia Arce de Oliveira submeteram as adolescentes A.D. da S. (17 anos) e Madalena Aparecida Martins da Silva (17 anos) à prostituição e à exploração sexual.

Segundo restou apurado, Reginaldo Arce de Oliveira induziu, introduziu e submeteu a adolescente A. na atividade de prostituição e exploração sexual, trabalhando no estabelecimento comercial denominado 'Boate Pantera's Night', situado no município de Nioaque/MS.

Ainda, Siméia Arce de Oliveira induziu, introduziu e submeteu a adolescente M. na atividade de prostituição e exploração sexual na denominada zona ZBM, zona de baixo meretrício, trabalhando no estabelecimento comercial denominado 'Boate Bar Mix', situado no município de Nioaque/MS.

Apurou-se que as adolescentes colaboravam na mercantilização sexual, fazendo 'programas' para satisfazer a lascívia dos homens que compareciam no local, sendo os acusados Reginaldo Arce de Oliveira e Siméia Arce de Oliveira os responsáveis por essa repugnante prática delituosa, sendo os proprietários das boates em que as menores 'vendiam seus corpos'.

2º fato

Consta do incluso inquérito policial que, em 13 de dezembro de 2012, período noturno, na denominada ZBM, zona de baixo meretrício, do município de Nioaque/MS, Reginaldo Arce de Oliveira e Siméia Arce de Oliveira e Ronaldo Arce de Oliveira foram surpreendidos mantendo, por conta própria, estabelecimentos em que ocorria exploração sexual.

Segundo prova colhida no caderno inquisitorial, os estabelecimentos denominados 'Boate Pantera's Night', 'Boate Bar Mix' e 'Boate Jacutinga', de propriedade dos acusados Reginaldo, Simeia e Ronaldo, respectivamente são locais notórios na exploração sexual, sendo rotineira a oferta por parte de mulheres de 'sexo mediante paga' que habitualmente lá se encontram, fato que ocorre com o consentimento expresso dos ora denunciados.

3º fato

Consta do incluso inquérito policial que, em 13 de dezembro de 2012, período noturno, na denominada ZBM, zona de baixo meretrício, do município de Nioaque/MS, Ronaldo Arce de Oliveira foi surpreendido tirando proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros.

Segundo restou apurado, em diligências realizadas no local denominado 'Boate Jacutinga', de propriedade do acusado, foram flagradas Graciele Gomes da Silva (23 anos) e a estrangeira de origem paraguaia Edelmira Quinonez Garcia (33 anos), as quais se prostituíam no local, realizando 'programas sexuais' dos quais eram obrigadas a entregar para Ronaldo entre R\$ 20,00 (vinte reais) e R\$ 30,00 (trinta reais) pela 'utilização' dos quartos existentes no local unicamente para tal fim.

Assim, resta claro que eram exploradas pelo acusado, o qual tirava proveito da prostituição alheia, que claramente era fomentada em seu estabelecimento comercial, conhecido por tal prática criminosa...". (destaques nossos)

Os recorrentes, ao serem ouvidos na fase inquisitiva, às f.30-35 e 43-45, confirmam que são os responsáveis pelos estabelecimentos comerciais "Boate Pantera's Night" e "Boate Bar Mix".

Em tal ocasião, o recorrente Reginaldo afirma que "(...) A. trabalhava para o interrogado como garota de programa em sua boate, juntamente com outras quatro garotas; que cobrava R\$:20,00 pelo quarto; que não sabe dizer quanto A. cobrava por programa; Que não sabia que A. era menor de idade; que seu erro foi não pedir o documento de identidade para A."

Siméia, na fase policial, às f.30, utilizou-se do direito de permanecer calada.

Ronaldo, na fase policial, às f.43 dos autos, afirma que “(...) *Tinha três garotas; que todas são “garotas de programa”; que todas as garotas são maiores de idade, tem mais de 18 anos; que cobrava 20,00 reais pelo quarto (...)*”.

Em juízo, às f.345, Siméia e Reginaldo se reservaram ao direito de permanecer em silêncio, Reginaldo, em juízo, às f.345, na captação audiovisual, afirma que não auferia lucro com a prostituição, mas apenas locava os quartos.

As vítimas que prestavam serviço nos estabelecimentos comerciais dos recorrentes, na fase policial, relatam que os apelantes auferiam lucro diretamente dos programas sexuais, veja-se:

Depoimento da adolescente A. D. da S. (f. 17-18)

“(...) que é ‘garota de programa’ na boate panteras, próximo ao posto de gasolina tuiuiu, nesta cidade, BR que liga a cidade de Nioaque/Jardim MS; que cobra aproximadamente R\$ 10,00 por programa; que o dono da boate é a pessoa de Reginaldo Arce de Oliveira, vulgo ‘Regis’; que Regis sabia que a depoente tinha 17 anos de idade, mesmo assim Regis ‘contratou’ a depoente para trabalhar naquele local; que entregava à pessoa de ‘Regis’ a quantia de R\$ 20,00 por cada programa (em razão do quarto); que Regis também distribuía os preservativos entre as meninas; que reside na cidade de Aquidauana e quando pretende fazer programas, liga pra ‘Regis’ e fica hospedada na própria boate Panteras, nesta cidade, onde trabalha; que trabalha naquele local há 02 meses; que afirma que ingere bebida alcoólica e fuma cigarro na boate onde trabalha [...] que afirma que ganha cerca de R\$ 3.000,00 reais por mês na boate; que afirma que faz os programas em um quarto dentro da própria boate; que ‘Regis’ nunca forçou a depoente a nada, que afirma que esta se prostituindo por livre e espontânea vontade; que ‘Regis’ não a pediu para que mudasse de identidade; que já havia trabalhado na ‘boate Bar Mix’, de propriedade da senhora Simeia Arce de Oliveira; que naquele local, a senhora Simeia lhe entregaria um documento falso, pois caso chegasse a Polícia por lá, era para apresentar aquele documento; que a depoente não aceitou e foi embora do local; que na ‘Boate Bar Mix’ trabalhavam outras menores na época; que na ‘boate panteras’ onde trabalhava por último somente havia ela de adolescente, não existiam mais menores; que soube que na ‘boate Jacutinga’, de propriedade de Ronaldo Arce de Oliveira também trabalhava menor e ele trazia algumas mulheres do Paraguai e de outras cidades; que a pessoa soube que a pessoa de Ronaldo Arce de Oliveira, dono da Boate Jacutinga, não paga direito, deixa as meninas passarem fome e quando elas estão devendo dinheiro ao Ronaldo Arce, não as deixa ir embora; que soube que duas amigas suas, fugiram da Boate de Ronaldo, ou seja da Boate Jacutinga; que a pessoa de Regis, Reginaldo Arce de Oliveira, sempre deu comida para a depoente e para as outras meninas (...)”.

Depoimento de Madalena Aparecida Martins da Silva (f. 20-21).

“(...) que é ‘garota de programa’ na Boate Bar Mix, no bairro São Miguel, nesta cidade, há um mês; que cobra aproximadamente R\$ 120,0 por programa; que a dona da boate é a pessoa de Simeia Arce de Oliveira; que Simeia sabia que a depoente tinha 17 anos de idade, mesmo assim Simeia ‘contratou’ a depoente para trabalhar naquele local; que entregava à pessoa de ‘Simeia’ a quantia de R\$ 20,00 por cada programa; que afirma que todas as vezes que fazia ‘programas’ usava preservativo (camisinha); que reside na cidade de Aquidauana e quando pretende fazer programas, ligava para Simeia; que ficava hospedada na própria Boate Bar Mix, onde trabalha como garota de programa; que trabalha naquele local há um mês; que afirma que ingere bebida alcoólica e fuma cigarro na boate bar mix, onde trabalha; [...] que afirma que ganha aproximadamente R\$ 1.500,00 reais por mês na boate; que faz os ‘programas’ em um quarto dentro da própria boate bar mix. -

Gracieli Gomes da Silva (f. 25-26):

“(...) que possui 23 anos de idade [...] que desde 21 anos trabalha ‘fazendo programas’; que foi através de uma amiga que soube da ‘Boate Jacutinga’ da pessoa de Ronaldo Arce de Oliveira; que quando soube da ‘Boate Jacutinga’ ligou para Ronaldo e disse que gostaria de trabalhar lá; que Ronaldo explicou que cobrava pelo quarto com ar R\$ 30,00 e sem ar R\$ 20,00 por cada programa e também ‘cobrava’ a ‘dose’ de bebida alcoólica; que a alimentação era liberada; que Ronaldo foi buscá-la na cidade de Aquidauana-MS [...] que na Boate Ronaldo também recebia Paraguaias ou ia buscá-las; que Ronaldo foi buscar uma moça Paraguaia na cidade de Bonito-MS; que a boate dava os preservativos; que em todos os programas usava preservativos; que a pessoa de Ronaldo nunca a agrediu, mas soube que Ronaldo já agrediu outras meninas [...] que o cliente paga ao Ronaldo e no final da noite, este paga a vítima; que Ronaldo tem uma máquina de cartão Cielo e também aceita cartão.

A Paraguaia Edelmira Quiñonez Garcia (f. 28), assim relata

“(...) que possui 33 anos de idade; que é de nacionalidade Paraguaia; que estava trabalhando na ‘Boate Jacutinga’ de propriedade de Ronaldo Arce de Oliveira; que tal boate fica próxima às outras boates, também dos irmãos Arce de Oliveira; que chegou há dois dias; que Ronaldo foi buscá-la na cidade de Bonito-MS; que estava trabalhando na cidade de Bonito-MS, mas preferiu vir para Nioaque-MS [...] que faz programas para pagar suas contas.

Como se verifica nos depoimentos acima, as referidas vítimas trabalhavam para os recorrentes, fazendo sexo mediante paga e repassando parte do lucro para os recorrentes.

Dos depoimentos acima transcritos conclui-se que as vítimas possuíam uma relação de subserviência para com os apelantes, que era alcançada por estes através de violência para com outras (bode expiatório), privação de dinheiro, privação de alimentação, deslocamento do local de origem.

Então, embora referidas mulheres submetidas à exploração tenham se retratado em juízo, na nítida intenção de livrar os apelantes do encarceramento, seja por coação dos recorrentes, seja pela relação de dominância pré-estabelecida, a prova da acusação é segura para permitir a condenação, porque os depoimentos dos policiais que atuaram no feito, tanto na fase policial quanto judicial, confirmaram os depoimentos prestados por tais vítimas na fase policial, veja-se:

O Policial Ednaldo Tores Coronel, na fase judicial, às f. 199-200, assim declara:

“(...) que confirma as declarações de f. 10-11; que na noite dos fatos diligenciaram nas três boates, além de outros bares; que na boate Jacutinga constataram que o proprietário era Ronaldo, que estava no local; que obtiveram informações de que no lugar acontecia a prostituição e que a Ronaldo era repassado a quantia de cerca de 20 a 30 reais por programa pelo uso do quarto; que se recorda apenas de ter visto duas mulheres, sendo uma de Aquidauana e outra de origem paraguaia, sendo que ambas confirmaram que vieram até Nioaque para exercer a prostituição a convite de Ronaldo; que após, diligenciaram até a boate Panteras, de propriedade de Reginaldo, que se apresentou como responsável pelo estabelecimento; que no local encontraram uma menor de idade, que se encontrava em um quarto, no interior da boate; que instada a apresentar a documentação, disse ser maior de idade e ter perdido seus documentos; porém, após acabou confessando ser menor de idade, o que foi confirmado pela documentação encontrada; que ouviu a menor confessar que estava ali por vontade própria e que Reginaldo tinha conhecimento de sua menoridade; que além da menor outras mulheres trabalhavam no local, e estas declararam que estavam se prostituindo no local por vontade própria; não sabe informar se elas disseram que repassavam parte do valores obtidos nos programas sexuais à Reginaldo; após diligenciaram na boate Bar Mix, local em que Siméia apresentou-se como responsável; que no local foram encontradas outras mulheres que afirmaram estarem no local

se prostituindo por vontade própria; que a menor foi encontrada em um local ao lado da boate, em uma casa; que o depoente não sabe dizer se a casa também é utilizada para prostituição, mas tem conhecimento de que os funcionários do estabelecimento frequentam a casa para fazer refeições, etc; em conversa com a menor, esta afirmou que também se prostituía no local e que Siméia sabia de sua menoridade; que as mulheres nada disseram a respeito do repasse de parte dos valores obtidos com o programas sexuais à Siméia; que informaram que estavam no local por vontade própria; que nos três locais há bares administrados pelos acusados, inclusive com o alvará da prefeitura e com a venda de bebidas alcóolicas; dada a palavra à defesa: que de início, Madalena negou que estava no local se prostituindo, dizendo que trabalhava como babá; mas depois acabou por confirmar que realizava programas, após a delegada de polícia ter lhe dito que a outra adolescente já havia narrado tal circunstância; que entre a boate Bar Mix e a casa localizada ao lado existe um muro, com um vão de cerca de um metro e meio; que diligenciaram no interior desta casa acompanhados de uma das mulheres que trabalhavam na boate; que Siméia reside com os filhos na casa localizada ao lado da boate; que trabalha na delegacia de polícia de Nioaque há cerca de oito anos e meio; que nesse período, no local onde funciona a boate Pantera, sempre funcionaram boates; que no local são realizadas festas temáticas, mas sempre relacionadas à boate; que já foram feitas outras diligências nas três boates, porém nunca houve o flagrante de ilícitos; que as três boates possuem o alvará da polícia civil; que conhece a disposição dos quartos existentes nos três estabelecimentos; que enquanto estão trabalhando, as mulheres residem nos quartos dos estabelecimentos; que na boate Bar Mix existem de cinco a sete quartos que ficam distante do bar cerca de vinte metros; que não tem conhecimento de que os quartos seriam locados para terceiros; que diligenciaram primeiro na boate Jacutinga e depois parte da equipe se dirigiu às outras boates; que não encontraram armas no local; que nenhuma das mulheres disse estar no local devido à ameaças ou constrangimentos; que o alvará emitido pela polícia civil ainda estava em vigor (...)”.

O Policial Edevaldo Cuevas Barbosa às f. 201-202, em juízo, assim relata:

“(...) que confirma as declarações prestadas às f. 14-15; que diligenciaram primeiro à boate Jacutinga, de propriedade de Ronaldo; que abordaram uma mulher de origem paraguaia que declarou estar ali fazendo programas, a convite de Ronaldo e que repassavam a este o valor de 20 a 30 reais referente à cada programa realizado; que a mesma informações foi repassada por uma moça de Aquidauana; que Ronaldo se apresentou como responsável pelo local; que pelo que se recorda só havia no local duas mulheres dedicando-se à prostituição; que após diligenciaram à boate Panteras, de propriedade de Reginaldo, local onde havia várias mulheres e uma menor de idade; que esta informou ser menor de idade e que Reginaldo tinha conhecimento de tal circunstância; que as mulheres disseram estar no local de livre e espontânea vontade para fins de prostituição; que todas elas estavam ali a convite de Reginaldo e todas obedeciam a regras para organização do local, como horários de saída e chegada; que não presenciou as mulheres dizendo a respeito de repasse de porcentagem ou valores a Reginaldo; que presenciou a abordagem a menor, que a princípio negou ser menor de idade, mas acabou confessando sua menoridade, o que restou confirmado por documentos encontrados em quarto do estabelecimento; que foi essa adolescente que disse que na boate Bar Mix também havia outra menor prostituindo-se; após diligenciaram na boate Bar Mix e encontraram duas mulheres maior de idade e uma menor; que a acusada Siméia chegou instantes depois, informando ser a responsável pelo local; que as mulheres disseram estar ali de livre e espontânea vontade, tendo sido convidadas por Siméia para trabalharem no local; que nada disseram a respeito de porcentagem ou valores repassados à Siméia; que pelo que se recorda o nome da adolescente era Madalena; que quando chegaram no local, visualizaram a adolescente saindo da boate em direção a casa existente ao lado, por um buraco existente no muro divisório; que um rapaz, que acredita ser neto da genitora dos acusados, disse que a adolescente seria sua namorada; que após entrevista com o Conselho Tutelar, a adolescente acabou desmentindo tal versão ao dizer que estava no local prostituindo-se; que não tem conhecimento se a casa é utilizada por

funcionários da boate para fins de refeição, etc; que nos três locais há venda de bebida alcóolica; que não sabe dizer se possuem alvará da prefeitura para funcionamento, mas eles possuem alvará da polícia civil.”

Portanto, restou provado nos autos que os recorrentes aliciavam mulheres, nacionais, menores de idade, e estrangeiras, para trabalharem em seus prostíbulo, e disfarçavam o lucro auferido dos programas sexuais da vítima na forma de “aluguel dos quartos”.

Sintomático que, se o objetivos dos apelantes não fosse o lucro com a “casa de prostituição”, não iriam angariar as meninas e mulheres para tal prática, inclusive trazendo-as de outras cidades, nem se importariam com o modo como elas desenvolvessem suas práticas sexuais, se tais práticas não fossem pelos apelantes intermediadas.

Vale citar as ponderações ministeriais, em breve trecho a f. 512-513:

Demais disso, as fotografias tiradas do local mostram categoricamente que os apelantes mantinham as casas de prostituição em funcionamento. As fotos acostadas à f. 57, retratam avisos afixados no local, estabelecendo a obrigação das moças em manter os quartos organizados e limpos, a proibição do uso de celulares, o horário de estarem prontas no salão e o fato do proprietário contar com a colaboração de todas .

Na fotografia acostada à f. 58, pode-se ver uma caixa de preservativos masculinos, apreendidos conforme Auto de Exibição e Apreensão (f. 52) e que corrobora o depoimento extrajudicial da vítima menor A.D. da S. (f. 17) de que Reginaldo Arce de Oliveira distribuía os preservativos entre as mulheres para atenderem os clientes da casa.

Como se vê farto conjunto probatório coligido nestes autos ficou comprovado que todos os corréus mantinham, por conta própria, estabelecimentos em que ocorria a exploração sexual, pois não parece crível que todos acusados coincidentemente tivessem quartos ao lado dos respectivos estabelecimentos onde, diga-se de passagem, as “garotas de programa angariavam seus clientes, mas não participassem do “empreendimento”.

Isso porque, como visto, Ronaldo e Reginaldo acabaram por confessar tal circunstância na fase inquisitorial e a prova testemunhal foi uníssona no sentido de que os locais, inclusive o pertencente a Siméia, eram destinados à prostituição.

É indiferente o objetivo de lucro ou a mediação por parte do gerente ou proprietário, conforme consta expressamente da redação do art. 229 do Código Penal, bastando que seja local onde habitualmente ocorra a exploração sexual. (...)”

Cabe assinalar que os locais, inclusive o pertencente a Siméia, eram destinados à prostituição, e vale lembrar que é indiferente o objetivo de lucro ou a mediação por parte do gerente ou proprietário, para se configurar o delito, conforme consta expressamente da redação do art. 229 do Código Penal, bastando que seja local onde habitualmente ocorra a exploração sexual.

O fato é típico e antijurídico, sendo correto afirmar que o costume, ou mesmo aceitação social, pode influenciar a criação do direito (direito consuetudinário) mas não revoga a lei posta. A tipicidade material da conduta de manter casa de prostituição não é afastada pela eventual inércia das autoridades em proceder a fiscalização ou aplicação da lei penal.

Não há falar ainda em erro de proibição pelo fato dos estabelecimentos comerciais em tela possuírem alvará de funcionamento, vez que não existe autorização para a exploração sexual, e o favorecimento aliciamento para tal prática é socialmente reprovado, sem falar sequer do repúdio social quanto ao

envolvimento de adolescentes em tais situações, pois estas vêm sendo cada vez mais alvo de legislação protetiva de sua dignidade e liberdade sexual.

Dessa forma, mantenho a condenação lançada.

Quanto ao pedido de absolvição do delito previsto no art. 218-B, § 2º, inc. I do Código Penal:

Os apelantes buscam a absolvição quanto ao delito previsto no art. 218-B, § 2º, inc. I do Código Penal, alegando que as adolescente já eram prostituídas e estavam fazendo programas de livre e espontânea vontade.

Em que pese a tese defensiva, o tipo penal de submeter menor de 18 anos à exploração sexual, previsto no art. 218-B do CP, tutela a dignidade sexual de vulnerável que é submetido ou induzido à prostituição e prescinde de averiguação sobre sua voluntariedade.

Da leitura dos verbos descritos no art. 218-B do CP conclui-se que para configuração desse delito basta que a vítima seja colocada à disposição dos clientes, ainda que não tenha atendido a nenhum, o que ocorreu no caso em tela.

E mais, o fato das adolescentes serem ou não previamente envolvidas e vítimas de exploração sexual ou “prostituídas” em nada altera o panorama nos autos, posto que o tipo penal em questão não exige a efetiva corrupção dessas vítimas, bastando a submissão ou induzimento à prostituição.

Quanto ao pedido de consunção entre os delitos de manter casa destinada à prostituição, e o delito de submeter adolescente à exploração sexual:

Não procede tal pedido, pois trata-se de delitos distintos, vejamos:

Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.

Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente:

Pena – reclusão, de dois a cinco anos, e multa. (destaques nossos)

Da simples leitura dos referidos dispositivos se constata que se trata de crimes distintos, pois o art.218-B pune a submissão, a indução a atração da vítima para satisfazer a lascívia de outrem, ao passo que o art. 229 do CP pune aquele que mantém estabelecimento em que ocorra a exploração sexual.

Não há nesses dois crimes aquela relação de um deles servir de meio necessário, ou fase de preparação para o outro, eles são independentes. Não funciona um dos crimes como fase de preparação ou de execução de um outro, mais grave, as condutas não são necessariamente dependentes uma da outra.

Antes da lei 12.015/2009 a redação do tipo não se referia a estabelecimento onde houvesse exploração sexual, mas sim a lugar destinado a encontros libidinosos. O que está reprovado, agora, não é o sexo (a libidinagem), sim a exploração, pois o destaque é para a proteção de menores.

São tipos penais distintos, num deles se pune aquele que mantém, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente, e no outro se pune aquele que submete, induzi ou atrai à prostituição ou outra forma

de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone.

As condutas tipificadas nos 218-B e 229, ambos do Código Penal, são distintas, por isso é incabível a aplicação do princípio da consunção com a pretendida absorção da conduta descrita no art. 229 do Código Penal, pelo crime previsto no art. 218-B, § 2º, inc. I do Código Penal, já que os momentos consumativos e as objetividades jurídicas são distintas, não havendo que se falar em bis in idem.

Portanto, não existe consunção entre esses delitos.

Ante o exposto, com o Parecer, rejeito a preliminar lançada e, no mérito, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento aos recursos, com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Relatora, a Exma. Sra. Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Romero Osme Dias Lopes e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 24 de novembro de 2015.

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0000714-56.2014.8.12.0002 - Dourados
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ART. 33, *CAPUT* E ART. 35, DA LEI 11343/06) – PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI 11.343/2006 – INVIÁVEL – COMPROVADA A TRAFICÂNCIA – LAUDOS PERICIAIS, DELAÇÃO PREMIADA E PROVA TESTEMUNHAL QUE PROVAM A MATERIALIDADE E A AUTORIA DO TRÁFICO– PLEITO ABSOLUTÓRIO QUANTO AO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – INVIÁVEL – BOCA DE FUMO – VÁRIOS AGENTES ATUANDO COM DISTRIBUIÇÃO DE TAREFAS – PROVADO O VÍNCULO ESTÁVEL E DURADOURO – PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE – POSSIBILIDADE – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA CONDUTA SOCIAL E DA NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS DECOTADAS – REDUÇÃO DO *QUANTUM* DE EXACERBAÇÃO PELA MODULADORA DOS MAUS ANTECEDENTES – PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE – PEDIDO DE REGIME PRISIONAL MAIS BRANDO – IMPOSSIBILIDADE LEGAL – *QUANTUM* DE PENA E REINCIDÊNCIA QUE IMPÕEM O REGIME FECHADO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A declaração do corréu, a prova testemunhal, as circunstâncias em que se desenvolveu a investigação prévia e a operação policial que culminou com a prisão em flagrante e a quantidade e diversidade de drogas apreendidas (pasta-base de cocaína, maconha e crack) comprovam que na casa do apelante funcionava um ponto de comercialização de substância entorpecente.

Apesar da dependência química do apelante atestada pelo laudo psicológico, foi reconhecido que ele possuía capacidade de autodeterminação de seu comportamento à época dos fatos, logo, não há que se falar em absolvição.

O tráfico e a associação criminosa se provaram pelo fato de cinco agentes atuarem com distribuição de tarefas (tarefas de estocagem da droga, de mantenedor da “boca de fumo”, e de abastecimento da “ boca ”), assim, não há que se falar em desclassificação do delito de tráfico de drogas para o previsto no art. 28 da Lei 11.343/06.

Mantém-se a condenação do apelante pelo crime de associação para o tráfico, pois o *animus societatis* restou demonstrado pela narrativa das testemunhas de acusação e declaração do corréu, indicando que Leonardo integrava uma associação estável que visava a comercialização de drogas.

Na aferição das circunstâncias judiciais descritas no art. 59, do CP, a moduladora da conduta social foi amparada em fundamentação genérica, pois o fato de ser o apelante usuário de droga, por si só, não pode ser considerado como má conduta social para aumentar da pena-base.

A moduladora do art. 42 da Lei de Drogas não é no caso desfavorável, pois a quantidade de drogas não é grande, apesar de sua diversidade.

Se cada moduladora foi sopesada com severidade exacerbada, cabe reduzir o *quantum* do aumento correspondente à moduladora que remanesce desfavorável.

Não há como mitigar o regime prisional fechado imposto na instância singela, tendo em conta o total da pena e a reincidência do apelante.

Em parte contra o parecer, recurso parcialmente provido.

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, dar provimento parcial ao recurso. Decisão em parte com o parecer.

Campo Grande, 20 de outubro de 2015.

Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha.

Leonardo Ferreira dos Santos interpôs recurso de apelação manifestando seu inconformismo pela sentença que julgou procedente da denúncia, condenando-o à pena de 16 (dezesesseis) anos e 07 (sete) meses de reclusão, regime fechado e 1903 (mil novecentos e três) dias-multa, pela prática do crime descrito no art. 33, *caput* e 35, ambos da Lei 11343/06.

O Apelante, em suas razões recursais, argumenta que a droga apreendida seria para seu próprio consumo, pois seria dependente químico o que estaria comprovado pelo exame de dependência de drogas. Aponta que o conjunto probatório seria insuficiente para comprovar a traficância, pois não estaria demonstrada que a “pequena quantidade de droga” apreendida seria comercializada.

Sustenta que não estaria comprovado o ânimo da associação estável e permanente entre o Apelante e os corréus para a traficância, ante a ausência de investigação anterior capaz de demonstra o vínculo associativo permanente, assim, deveria ser absolvido da imputação de associação para o tráfico.

Apregoa que, em caso de manutenção do decreto condenatório, a pena-base deveria ser revista, pois as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP não teriam sido sopesadas com isonomia e sobriedade o que teria gerado exasperação desproporcional nas penas.

Assim, pugna pela reforma da sentença, pleiteando pela desclassificação do delito tipificado no art. 33, *caput*, para o previsto no art. 28, da Lei 11343/06 e pela absolvição do crime do art. 35, da citada lei. Alternativamente, requer a fixação da pena-base no mínimo legal e o abrandamento do regime prisional (f. 471/485).

O Ministério Público, em contrarrazões, argumenta que estará comprovado que o Apelante e os corréus atuavam de forma organizada, sendo que na casa de Leonardo Ferreira funcionaria um ponto de venda de drogas, sendo ele o administrador do local. Pontua também que pena-base e o regime prisional forma fixados adequadamente, assim, pleiteia pelo improvimento do recuso (f. 489/514)

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de f. 552/562, opina pelo improvimento da apelação ponderando que o conjunto probatório demonstraria que o Apelante estava associado aos demais corréus para a prática do crime de tráfico de drogas, utilizando da residência como “boca de fumo”.

VOTO

A Sra. Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Leonardo Ferreira dos Santos manifestando seu inconformismo pela sentença que julgou procedente da denúncia, condenando-o à pena de 16 (dezesesseis) anos e 07 (sete) meses de reclusão, regime fechado e 1903 (mil novecentos e três) dias-multa, pela prática do crime descrito no art. 33, *caput* e 35, ambos da Lei 11343/06.

Dos fatos.

O apelante, juntamente com os corréus Leonardo Vieira Escalante, Wagner de Oliveira, André Lucionado Soares Pereira e Marlon Douglas Garcia Mendes, foram denunciados como incurso nas penas do art. 33 *caput* e art. 35, da lei 11343/06, pois, mantinham associação estável e permanente cujo objetivo era exercer o tráfico de entorpecentes. Narra a denúncia que (f. 01/08):

“(...) ao 27 de novembro de 2013, por volta das 6 horas, no imóvel localizado à Rua Aldelino Garcia Camargo, nº 2135, Parque dos Coqueiros, neste Município, os denunciados Leonardo Vieira Escalante, Wagner de Oliveira, Leonardo Ferreira dos Santos, foram presos em flagrante delito porque, adredemente mancomunados, tinham em depósito, para fins de mercancia 2,3g (dois gramas e trezentos miligramas) de pasta base de cocaína, 1,8kg (um quilo e oitocentos gramas) de Cannabis sativa Linneu e uma porção de crack, pesando 35g (trinta e cinco gramas), sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Consta, ainda, que os acusados André Luciano Soares Pereira e Marlon Douglas Garcia Mendes forneceram as drogas aos reportados acusados, que eram responsáveis pela sua comercialização.

Vislumbra-se, ao cabo, que o indigitados associaram, de modo estável e permanente, com o desiderato de perpetrar o crim de tráfico de drogas.

Narra o inquérito policial, que na data e hora supramencionados, policiais civis deslocaram-se até o endereço Rua Aldelino Garcia Camargo, nº 2135, Parque dos Coqueiros, nesta urbe, com o escopo de efetuar o cumprimento do mandado de busca e apreensão, expedido nos autos nº 0014114-74.2013.8.12.0002 (fl. 34) e averiguar a possível ocorrência do crime de tráfico ilícito de drogas e associação para tráfico de entorpecentes.

Trata-se de um conjunto de quitinetes, sendo que, em uma delas, residem os acusados Leonardo Vieira Escalante e Wagner de Oliveira e, em outra, o denunciado Leonardo Ferreira dos Santos.

No domicílio de Leonardo Vieira Escalante e Wagner de Oliveira, foram apreendidos 11 (onze) papелotes de pasta-base de cocaína, uma porção de 2,8g (dois gramas e oitocentos miligramas) e um cigarro de 0,9g (novecentos miligramas) de maconha.

Registre-se que, no decorrer do cumprimento do mandado, os acusados Wagner de Oliveira e Leonardo Vieira, ao perceberem a presença dos policiais, tentaram descartar os entorpecentes no vaso sanitário.

Em seguida, procedeu-se busca na reserva ambiental localizada em frente à morada dos acusados, onde foram localizados 35g (trinta e cinco gramas) de crack e 1,8g (um quilo e oitocentos gramas) de Cannabis sativa Linneu, pertencentes aos acusados.

Nesta contextura, Leonardo Vieira Escalante, Wagner de Oliveira, Leonardo Ferreira dos Santos foram presos em flagrante delito e encaminhados à Delegacia de Polícia para as providências cabíveis.

Perante a autoridade policial, Leonardo Vieira Escalante afirmou que estava guardando os entorpecentes em sua residência a pedido de Leonardo Ferreira dos Santos, o que ocorria frequentemente, Explicitou, ainda que Leonardo Ferreira dos Santos comercializava drogas no local, sendo que estas eram adquiridas de André Luciano Soares Pereira e entregues por Marlon Douglas Garcia.

Afirmou, ainda que, André Luciano e Marlon Douglas são sócios na empreitada criminosa do tráfico ilícito de entorpecentes, sendo que eles são responsáveis pela distribuição e fornecimento de narcóticos em diversas “bocas de fumo” desta cidade (fl. 10-11).

Impede ressaltar que Leonardo Vieira Escalante reconheceu sem sombra de dúvidas as pessoas de André Luciano Soares Pereira, vulgo “Cambraia” e Marlon Douglas Garcia Mendes, vulgo “Marlon”, como sendo os distribuidores e fornecedores dos psicotrópicos apreendidos.

Noutro vértice, Wagner de Oliveira e Leonardo Ferreira dos Santos negaram a autoria delitiva (fls. 19-20 e 26-27) enquanto André Luciano Soares Pereira e Marlon Douglas Garcia Mendes não foram localizados para serem ouvidos.

De tudo, deduz-se que os elementos coletados até agora apontam nitidamente a ligação entre os denunciados, os quais se associaram, com o fito de reiteradamente praticar o crime de tráfico de drogas.

In casu, Leonardo Vieira Escalante e Wagner de Oliveira eram responsáveis pela estocagem do psicotrópico, enquanto Leonardo Ferreira dos Santos, que residia ao lado destes, era o mantenedor da “boca de fumo”. Esta por sua vez, era abastecida por André Luciano Soares Pereira e por Marlon Douglas Garcia Mendes, tudo com evidente divisão de tarefas. (...)”.

Sobreveio sentença que julgou procedente a pretensão punitiva estatal impondo ao Apelante Leonardo Ferreira dos Santos à pena de 16 (dezesesseis) anos e 07 (sete) meses de reclusão, regime fechado e 1903 (mil novecentos e três) dias-multa, pela prática do crime descrito no art. 33, *caput* e 35, ambos da Lei 11.343/06. (sentença de f. 401/407 e embargos de declaração de f. 438/442). Na mesma oportunidade Leonardo Viera Escalante foi condenado e Wagner de Oliveira foi absolvido.

Irresignado, Leonardo Ferreira dos Santos interpôs recurso de apelação pugnando pela desclassificação do delito tipificado no art. 33, *caput*, para o previsto no art. 28, da Lei 11343/06 e pela absolvição do crime do art. 35, da citada lei. Alternativamente, requer a fixação da pena-base no mínimo legal e o abrandamento do regime prisional (f. 471/485).

Do pedido de desclassificação.

A materialidade do delito de tráfico de substância entorpecente é incontestada e restou demonstrada pelo auto de exibição e apreensão de f. 81/83 e laudo de exame de toxicológico de f. 317/321.

A autoria, o Apelante Leonardo Ferreira, na delegacia, negou a prática do tráfico de drogas, relatando que (f. 57):

“(...) conhece as pessoas denominadas Leonardo Vieira Escalante e Wagner de Oliveira, há aproximadamente um mês, pois residem no mesmo conjunto residencial localizado no bairro Parque dos Coqueiros, onde ficam algumas quitinetes. O interrogando é usuário de drogas há aproximadamente um ano, sabe que Leonardo Vieira também usa drogas, havendo algumas oportunidades que chegaram a consumir drogas juntos. A respeito de Wagner de Oliveira, não sabe mencionar se ele consome algum tipo de droga,

pois não tem muita intimidade com o mesmo. A respeito das pessoas Marlon Douglas e André Luciano (Cambraia), conhece há aproximadamente um ano, informa ainda que Marlon Douglas foi namorado da irmã da atual convivente do interrogando, Maria Paula Reis. O interrogando afirma que não vende entorpecentes. A respeito da droga encontrada enterrada próximo a casa do interrogando afirma que não tinha conhecimento da existência de tal substância, admite que diariamente entrava na matinha para consumir droga na companhia da pessoa que conhece pela alcunha Gilson Carroceiro e Leomar de acunha “TI ou Baiano”. Tais pessoas também moram no mesmo conjunto de quitinetes em que o interrogando tem domicílio. Hoje o interrogando foi preso quando estava dormindo na casa de Angela, mãe de Marlon Douglas. A respeito da droga encontrada na casa de Leonardo Vieira e Wagner de Oliveira o interrogando afirma que não lhe pertence, mas admite que ontem chegou a consumir droga na companhia de Leonardo Vieira, Baiano e João. A pessoa que conhece por João trabalha em uma empresa que presta serviços de construção civil denominada Poligonal, a droga consumida por todos foi fornecida parte por Leonardo Vieira e outra quantidade por João (...).”

Portanto, alegou que não sabia da existência da droga encontrada na reserva ambiental (“matinha”) próxima a sua residência, afirmou, tão somente, que é usuário de droga há um ano e que consome substância entorpecente diariamente.

Em juízo, o Apelante novamente negou qualquer envolvimento com o tráfico e alegou ser apenas usuário de droga. Narrou que trabalha como entregador de pizza e recebia, em média, de R\$40,00 (quarenta reais) até R\$ 50,00 (cinquenta reais) por dia. Esclareceu que “fumava 100g de maconha” por semana e “crack”, dependendo do dia, fumava umas 10 balas ou 5 balas”. Quando foi questionado sobre a incompatibilidade entre seus rendimentos e a quantidade de droga por ele utilizada, informou que além de comprar também ganhava droga e que usava na casa da mãe do Marlon. (cf. termo de audiência - audiovisual de f. 402).

Em que pese a negativa da autoria, fato é que a prisão do apelante se deu durante o cumprimento de mandados de busca e apreensão requisitados às f. 135/139 e 141/145 e autorizados no decorrer da operação denominada “PC-27 II – Polícia Civil” (autos n. 0014114-74.2013.8.12.0002 Medidas Investigatórias Sobre Organizações Criminosas – processo físico).

Constata-se que o serviço de inteligência da Polícia Civil de Dourados estava monitorando a residência do Sr. Leonardo Ferreira dos Santos, objetivando apurar “denúncias” recebidas de moradores das redondezas de que no local funcionaria um ponto de venda de drogas, tendo como vendedor o apelante e como fornecedores os corréus André Luciano Soares Pereira e Marlon Douglas Garcia Mendes. (conforme relatório de investigação de f. 111/115).

Aqui a narrativa do trabalho investigatório é importante para a compreensão das circunstâncias em que o delito ocorreu e da responsabilidade penal do apelante.

Em juízo, a testemunha Saulo Soares, René de Andrade e Noé Arruda, policiais civis que participaram da investigação, relataram de maneira pormenorizada como desenvolveu-se a ação policial que culminou na prisão do Apelante e dos corréus. Apontaram que a função de Leonardo Ferreira dos Santos era atender pessoalmente os usuários de droga, sendo que em sua casa funcionava uma “Boca de Fumo” que era por ele administrada. Também explicaram que o corréu Leonardo Escalante guardava parte da droga que seria comercializada em sua casa a pedido do Apelante Leonardo Ferreira. Declararam ainda que os corréus André e Marlon eram os responsáveis por “abastecer” a “Boca de Fumo” (cf. termo de audiência - audiovisual de f. 402).

As declarações de policiais não podem ser desconsideradas como elementos de prova, até porque, no caso em exame, foram prestadas mediante compromisso e sob o crivo do contraditório, inexistindo

qualquer elemento a indicar má-fé ou abuso de poder por parte dos agentes do Poder Público ou qualquer indício de que tenham a pretensão de incriminar inocente.

As declarações dos policiais em juízo, longe de ser contraditória, foram seguras no sentido de apontar que o Apelante realmente comercializava substância entorpecente em sua casa. Não há razão para duvidar da veracidade dos relatos dos policiais, que até prova em contrário, merecem credibilidade assim como o de qualquer pessoa idônea. O Superior Tribunal de Justiça admite os testemunhos de policiais como meio de prova:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CRIMES COMETIDOS NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 6.368/76. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. ALEGAÇÃO DE CONDENAÇÃO EXCLUSIVAMENTE EM DEPOIMENTOS DE POLICIAIS CIVIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. ALTERAÇÃO DA DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. FUNDAMENTAÇÃO LACÔNICA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. APLICAÇÃO RETROATIVA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90. REGIME PRISIONAL. APLICAÇÃO DO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE. WRIT PARCIALMENTE CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, EM PARTE.

(...) 2. Conforme entendimento desta Corte, não há óbice a que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante do paciente sejam considerados na sentença como meio de prova para embasar a condenação, desde que colhidos sob o crivo do contraditório e em harmonia com os demais elementos de cognição, tal como na hipótese.(...) (STJ. HC 166124 / ES. Rel. Min. Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado). Quinta Turma. Julgado em 21/06/2012). (destaques nossos)

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MUTATIO LIBELI. ART. 384, CAPUT, DO CPP. OBSERVÂNCIA. CONDENAÇÃO. PROVAS DO INQUÉRITO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. TESTEMUNHO POLICIAL. EFICÁCIA PROBATÓRIA. VALORAÇÃO DAS PROVAS. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. PRECEDENTES MATÉRIA RESERVADA À APRECIACÃO EM SEDE DE REVISÃO CRIMINAL.

(...) 6. Ademais, os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções. Em sendo assim, tais depoimentos revestem-se de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes do STJ e do STF.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. (STJ. REsp 604815 / BA. Rel. Min. Laurita Vaz. Quinta Turma. Julgado em 23/08/2005).

Os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos que tenham participado no exercício de suas funções, assim, suas declarações revestem-se de eficácia probatória.

No caso , os relatos dos policiais são coerentes e convencem da existência do crime de tráfico de drogas pelo qual o Apelante foi condenado.

Também de grande relevância são as declarações do corréu Leonardo Vieira Escalante prestadas na delegacia. Vejamos (f. 25/28):

“(...) no mesmo residência onde mora, também reside a pessoa de Leonardo Ferreira, conhecido como “Leo” ou “Gordinho” o qual comercializa drogas no local.

Acontece que o imóvel onde Leonardo Ferreira mora está em obras e juntamente com este residem outras pessoas, os quais são usuários de drogas, e em face disso Leonardo, na tarde de ontem, por volta das 15h30min, foi até a casa do interrogando e pediu para que o interrogando guardasse uma embalagem de metal, contendo cerca de sete papéletes de entorpecente. Que, Leonardo afirmou que viria na manhã de hoje buscar o entorpecente para poder continuar a vender a referida droga. Afirma o interrogando que não trabalha para Leonardo revendendo droga e que apenas ficou guardando a droga ora apreendida a pedido de Leonardo. Que, é apenas usuário e não traficante. Que, na manhã de hoje, policiais do SIG foram até a casa do interrogando para cumprirem um mandado de busca e apreensão e acabaram localizando a droga no interior do imóvel onde o interrogando. Que, também reside com o interrogando a pessoa conhecida por Vagner o qual ao ver a presença da Polícia e sabendo que ali tinha entorpecente, no desespero e temendo ser preso, tentou descartar a droga, mas foi impedido pelos Policiais. Que, Vagner não é usuário de droga e não sabe se o mesmo comercializa droga no local. Sabe que Vagner já residiu com outra pessoa que comercializava entorpecentes. Pelo que sabe, Leonardo Ferreira revende drogas para pessoa conhecida por Marlon, sendo que este é quem fornece a droga para Leonardo revender. Que, Marlon reside com uma pessoa conhecida por “Cambraia” no Bairro Cachoerinha e salvo engano Marlon e “Cambraia” são sócios e comercializam drogas juntos, abastecendo “bocas de fumo”, onde são revendidas drogas. (...)”.

Em juízo, ao corréu Leonardo Vieira Escalante foi proposto o acordo da delação premiada, sendo por ele prontamente aceito. Então, ao ser interrogado, ele detalhou a conduta de cada um dos corréus envolvidos no delito narrado na denúncia. Informou que toda a droga apreendida seria comercializada e que sua função seria armazenar a substância entorpecente para Leonardo Ferreira e seu pagamento era feito com drogas. Disse que Leonardo Ferreira vendia droga no local e que Marlon e André Luciano (vulgo “Cambraia”) abasteciam a “boca de fumo” do Leonardo, além de fornecerem substância entorpecente para diversos outros traficantes (cf. termo de audiência - audiovisual de f. 402).

Ora, a declaração do corréu Leonardo Vieira Escalante, aliada à prova testemunhal, às circunstâncias em que se desenvolveu-se a operação policial que culminou com a prisão em flagrante do Apelante (trabalho de investigação prévio da polícia) e à quantidade e diversidade de drogas apreendida (2,3 g de pasta-base de cocaína, 1,8 kg de maconha e 35 g de crack) comprovam que na casa do Apelante funcionava um ponto de comercialização de substância entorpecente. Fugir desta realidade é fechar os olhos ao óbvio e desprezar o bom-senso.

Consigno ainda que apesar da dependência química do Apelante atestada pelo laudo psicológico de f. 370/383), foi reconhecido que ele possuía capacidade de autodeterminação de seu comportamento à época dos fatos. O perito, psicólogo especialista em psicologia clínica, fez constar que:

“(...) Resposta aos Quesitos do Juízo

1) O acusado, ao tempo da infração penal que lhe é imputada, era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com tal entendimento? Justifique;

Não, o examinado era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com tal entendimento.

2) O acusado é dependente de substância entorpecente? Em caso afirmativo, especifique a droga e o grau de dependência.

Sim, o acusado é dependente de uso de substância canabinoide, no entanto, essa não chega a diminuir nem suprimir sua capacidade de entendimento nem autodeterminação.

Conclusão: Pelo avaliado em entrevista objetiva e aduzido dos testes psicométricos, aos quais o examinado foi submetido, constatei que o réu é Imputável, ou seja, tinha total conhecimento do caráter ilícito do fato e íntegra capacidade de determinar-se de acordo com tal entendimento. (...)’.

Assim, o fato do apelante ser dependente químico (como atestado pelo laudo), não afasta a condição de traficante, e ademais Leonardo Ferreira tinha total conhecimento do caráter ilícito do fato e capacidade de entender a ilicitude de sua conduta.

É sabido que muitos usuários passam a comercializar entorpecente para garantir seu vício, mas tal fato não exclui a culpabilidade do agente. Sobre o tema, pronunciou-se o Supremo Tribunal Federal em julgados que receberam as seguintes ementas:

HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES (Art. 12 da Lei nº 6.368/76). LAUDO DE EXAME TOXICOLÓGICO E DE CONSTATAÇÃO DEFINITIVO: PERITO ÚNICO: NÃO GERA NULIDADE PROCESSUAL. DOSIMETRIA DA PENA: RÉU PRIMÁRIO: CONFISSÃO: DECISÃO BEM FUNDAMENTADA.

(...) 4. A circunstância de ser o agente considerado usuário ou dependente de droga, por si só, não constitui motivo relevante para a descaracterização do tráfico de entorpecente, mormente quando comprovada a sua condição de traficante e a considerável quantidade com ele apreendida: cerca de cinco quilos de cocaína. (...) (STF. HC 73197. Rel. Min. Maurício Corrêa. Segunda Turma. Julgado em 02/04/1996).

HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - QUANTIDADE PEQUENA - IRRELEVÂNCIA - AGENTE USUÁRIO DA DROGA - CESSÃO GRATUITA A TERCEIROS DA SUBSTÂNCIA TÓXICA - CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO (LEI Nº 6.368/76, ART. 12) - REEXAME DE PROVA - INIDONEIDADE DO WRIT CONSTITUCIONAL - PEDIDO INDEFERIDO. - A legislação penal brasileira não faz qualquer distinção, para efeito de configuração típica do delito de tráfico de entorpecentes, entre o comportamento daquele que fornece gratuitamente a droga e a conduta do que, em caráter profissional, comercializa a substância tóxica ou que gera dependência física ou psíquica. A cessão gratuita de substância entorpecente (cloridrato de cocaína) equivale, juridicamente, ao fornecimento oneroso de substância tóxica, pelo que ambos os comportamentos realizam, no plano da tipicidade penal, a figura delituosa do tráfico de entorpecentes, que constitui objeto de previsão legal constante do art. 12 da Lei nº 6.368/76. - A condenação penal pelo crime de tráfico não é vedada pelo fato de ser também o agente um usuário da droga. - Não descaracteriza o delito de tráfico de substância entorpecente o fato de a Polícia haver apreendido pequena quantidade do tóxico em poder do réu. - O habeas corpus constitui remédio processual inadequado para a análise da prova, para o reexame do material probatório produzido, para a reapreciação da matéria de fato e, também, para a revalorização dos elementos instrutórios coligidos no processo penal de conhecimento. (STF. HC 74420. Rel. Min. Celso de Mello. Primeira Turma. Julgado 19/12/1996).

Provou-se então o tráfico de drogas, não havendo que falar em desclassificação para o crime previsto no art. 28 da lei n. 11.343/06.

As provas produzidas durante a persecução penal são suficientes para comprovar que o apelante, além de usuário, comercializava substância entorpecente, assim, não há que se falar desclassificação da conduta diante da dinâmica narrada nos autos.

Oportuno transcrever as conclusões apresentadas pelo sentenciante que bem examinou os fatos e as provas (f. 401/407):

“(...) A autoria dos crimes redundou hialina, pois as provas colhidas no feito não deixam quaisquer dúvidas em relação à atividade criminosa desenvolvida pelos denunciados. Veja-se que a ação que resultou na prisão dos acusados teve seu início em procedimento investigativo que visava dismantelar pontos de distribuição de entorpecentes nesta Comarca, sendo que em razão das informações fora expedido mandado de busca e apreensão e (autos n. 0014114-74.2013), e durante seu cumprimento constatou-se a veracidade das informações sobre a associação dos acusados para o exercício do tráfico de entorpecentes. Das provas colhidas extrai-se que Leonardo Ferreira Santos residia numa quitinete e no mesmo conjunto habitavam os acusados Leonardo Vieira Escalante e Wagner de Oliveira, sendo que na residência destes foram apreendidos 11 papérols de pasta-base de cocaína, além de uma porção e um cigarro de maconha, e no momento da abordagem tentaram se desvencilhar da droga ao notarem a presença dos policiais. Após as buscas efetuadas nas residências, policiais passaram a vistoriar a reserva ambiental localizada em frente às quitinetes, local onde encontraram outras 35 gramas de crack e 1,8 kg de maconha, também pertencentes aos acusados. Dando seguimento às investigações, fora constatado que Leonardo Vieira mantinha em depósito entorpecentes à pedido de Leonardo Ferreira, fato que se dava rotineiramente, pois Leonardo Ferreira era o responsável pela comercialização do entorpecente no local, o qual era fornecido pelos acusados André Luciano e Marlon Douglas, os quais eram sócios e responsáveis pela distribuição de drogas em várias bocas de fumo nesta urbe. Nada obstante, Leonardo Vieira Escalante, indagado perante a autoridade policial, reconheceu e apontou, sem sombra de dúvidas, os acusados como membros da sùcia criminosa voltada ao tráfico de entorpecentes. O policial Rene de Andrade Pina com invulgar precisão relatou a hierarquia da sùcia, a qual tinha como chefe máximo André Luciano Soares Pereira, sendo seu braço direito e lugar-tenente Marlos Douglas Garcia Mendes, sendo Leonardo Ferreira dos Santos, vendedor final da droga, conhecido nos expedientes policiais como “boqueiro”. Em absoluta simetria tem-se os depoimentos dos policiais Noé Satain Arruda Junior e Saulo Soares Filho. Constatou-se que o réu Leonardo Vieira Escalante, era apenas partícipe dos delitos, e não integrava propriamente a quadrilha, mas somente escondeu a droga para Leonardo Ferreira dos Santos. Aliás, Escalante pactuou delação premiada com o Ministério Público, que foi homologada por esse Juízo, de tal sorte que será beneficiado com o máximo da minoração permitida em lei. A seu turno, nenhuma prova se fez contra o réu Wagner de Oliveira. Tanto os policiais como o réu Leonardo Vieira Escalante, confirmaram as declarações prestadas por Wagner, inocentando-o e refutando qualquer responsabilidade pelo tráfico aqui apurado. De tal maneira, o conjunto probatório revela de forma insofismável a prática delitativa, donde irrecusável juízo de procedência, com o consequente veredicto condenatório em face dos denunciados como incursos nas penas dos arts. 33, caput, 35, caput, ambos da Lei 11.343/06, restando perfeitamente individualizadas as condutas dos acusados, sendo Leonardo Vieira Escalante o responsável por estocar os entorpecentes, enquanto Leonardo Ferreira dos Santos, que residia ao lado, mantinha a “boca de fumo” com a comercialização das drogas, local que, por sua vez, era abastecido pelos acusados André Luciano Soares Pereira e Marlon Douglas Garcia Mendes, ou seja, a atividade era contínua e as tarefas distribuídas logisticamente entre os acusados visando maior organização e produtividade da atividade ilegal. E inaplicável a causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, do atual diploma Antitóxico, por versar o caso presente, sobre acusados dedicados à atividade criminosa. Não se olvide que a redução de pena é incompatível com a habitualidade e permanência exigidas para a configuração do crime de associação a que foram condenadas os réus. (...) Por fim, concluiu o laudo pericial colacionado às f. 370-375 ser o réu Leonardo Ferreira dos Santos dependente químico, contudo, tal fato não serve para mitigar o tratamento penal a lhe ser reservado. Malgrado o tom ameno, quase paternal conferido pelo legislador ao dependente químico (art. 28), é unânime na doutrina e jurisprudência que as sanções (!) preconizadas na Lei 11.343/2006 tem conotação penal. A despeito tenha contornos de mera admoestação, hialino que entregando-se habitualmente ao consumo de entorpecentes e drogas afins, não está a merecer mais essa afabilidade legislativa. Veja-se que apesar de comprovar a adicção do réu, o laudo também assentou ser Imputável,

e que era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito de seus atos, bem como determinar-se de acordo com tal entendimento. Além do mais, perfeitamente coexistente a situação usuário/traficante, aliás, rotineira, pois comumente o vício leva o usuário a vender entorpecentes para se manter. E ainda que ao tempo do crime fosse inteiramente incapaz de entender a ilicitude dos fatos, o certo é que ingressou no estado torpe voluntariamente, e a dependência toxicológica, apesar de ser tratada como “doença”, não deriva de caso fortuito ou força maior, ou seja, o agente tem o livre arbítrio para se manter afastado de psicotrópicos e abrandar a pena de dependentes configuraria injustiça com quem não envereda por tais caminhos sombrios e acicate à criminalidade para cometer ilícitos sob efeito de drogas. Em sentido semelhante há julgados decidindo que a entrada voluntária em estado torpe, por qualquer meio capaz de alterar a cognição do agente, não exclui sua imputabilidade. No mesmo sentido, há entendimento de que, em caso de incapacidade parcial ou total de discernimento, causada exclusivamente por uso de entorpecentes, não se aplica a diminuição prevista. É que vige em nosso direito a princípio da actio liberæ in causa, sendo válido trazer-se a lume a lição de Basileu Garcia sobre o tema: “No que concerne à repressão dos delitos praticados em estado de embriaguez, o sistema do novo Código é radicalmente diverso do do Código de 1890, que permitiu muitos abusos, nesse particular. O antigo estatuto apresentava esta circunstância atenuante; haver sido o crime cometido em estado de embriaguez incompleta, não procurada, não sendo o delinqüente habituado a praticar crimes nesse estado. E não havia, acerca da responsabilidade em tal hipótese, outra disposição. Em se tratando de embriaguez intensa, sustentava-se o cabimento da dirimente da completa perturbação dos sentidos e da inteligência.” (...) “O atual Código arrola as seguintes hipóteses. Primeira: embriaguez voluntária ou culposa, não podendo determinar a exclusão da responsabilidade (art. 24, nº II). Dá-se a voluntária quando o agente quer embriagar-se; e a culposa quando quer tão-somente beber – e se alcooliza pela sua imoderação. Completa ou não, nenhuma dessas espécies de embriaguez autoriza a isenção de pena.” (...) “Cabe indagar se será realmente plausível que alguém se proponha alcoolizar-se para cometer crime. Imagina-se, quando se enuncia a pergunta, naturalmente, o caso de ser completa a embriaguez, porque o agente, se objetivasse tão-somente a incompleta, não poderia pleitear a isenção de pena. O problema é particularmente sugestivo quando focalizado nos seguintes termos: é concebível que alguém, em estado de inimputabilidade atual, pratique um crime deliberado anteriormente” “Largas controvérsias tem-se travado sobre o assunto, que é o das acciones liberæ in causa (ações livres na sua causa). Procurar alguém obter um estado de inimputabilidade para praticar crime é perfeitamente possível. Aliás, a questão não se circunscreve à embriaguez. Abrange outras hipóteses de estados de inimputabilidade, inclusive o sono. Exemplo interessante: certa mãe pretende matar o seu filho recém-nascido, mas quer escapar à responsabilização penal. Coloca-o junto a si no leito, certa de que, ao dormir, virá, com algum movimento a esmaga-lo. Psicologia ensina que idéias profundamente enraizadas na mente podem produzir desejada ação. Durante o sono.” “A solução por quase todos aceita é no sentido da plena responsabilidade de quem pratica uma actio liberæ in causa. No momento em que o agente executa o ato lesivo, não está presente o dolo, pelos seus elementos constitutivos – inteligência e vontade. Eis porque escritores, como Pessina, sustentaram ser impossível reconhecer a imputabilidade nesses casos. Mas a opinião vencedora avulta quase unânime no sentido afirmativo, porque, se o dolo não é contemporâneo à ação, é, pelo menos, contemporâneo ao início da série causal de eventos, que se encerra com o resultado danoso. Toda ação provém de uma série causal, de que participam muitas condições. Uma dessas condições se põe em atividade pela deliberação do agente, cujo dolo é coincidente com o primeiro elo da série causal. Deve, pois, responder pelo acontecimento, de que é causa material e psíquica.”¹ De tal maneira, o conjunto probatório revela de forma insofismável a prática delitativa, donde irrecusável a condenação dos denunciados, Leonardo Ferreira dos Santos e Leonardo Vieira Escalante como incursores nas penas dos arts. 33, caput, e 35, caput, ambos da Lei 11.343/2006, na forma do art. 69 do Código Penal, e absolver o réu Wagner de Oliveira, na forma do CPP, art. 386, V. (...).”

¹ GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad. pgs. 343 ut 348. vol I, tomo I.

O sentenciante procedeu de modo irretocável no exame do conjunto probatório, sua análise mostra-se muito coerente, portando deve ser adotada como razão de decidir.

Assim, fica confirmado o decreto condenatório, pois está caracterizado, sem qualquer dúvida, o delito de tráfico, não havendo que se falar em desclassificação para o delito de uso (art. 28, da lei 11343/2006).

Do pleito absolutório pelo delito de associação para o tráfico

O apelante requer sua absolvição pelo delito descrito no art. art. 35, da lei 11343/06.

O referido dispositivo prevê:

Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.

O elemento subjetivo do delito é o dolo específico, ou seja, o especial fim de agir, manter uma meta comum que deve ser a associação duradoura e permanente entre os envolvidos, não bastando a reunião ocasional.

Sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci preleciona que:

“Exige-se elemento subjetivo do tipo específico, consistente no ânimo de associação, de caráter duradouro e estável. Do contrário, seria um mero concurso de agentes para a prática do crime de tráfico. Para a configuração do delito do art. 35 (antigo art. 14 da Lei 6.368/76) é fundamental que os ajustes se reúnam com o propósito de manter uma meta comum.” (Guilherme de Souza Nucci. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas – 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 273, vol. 1.).

Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi lecionam que:

“É mister que haja o dolo específico: associar para traficar. O crime de associação, como figura autônoma, há de ser conceituado em seus estreitos limites definidores. Jamais a simples co-autoria, ocasional, transitória, esporádica, eventual configuraria o crime de associação. Para este é mister inequívoca demonstração de que a ligação estabelecida entre A e B tenha sido assentada com esse exato objetivo de sociedade espúria para fins de tráfico, ainda que este lance final não se concretize, mas sempre impregnada dessa específica vinculação psicológica, de se dar vazão ao elemento finalístico da infração”. (Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi. Lei de Drogas Anotada - Lei n. 11.343/2006. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 120.) .

Portanto, indispensável para comprovação do delito o “animus” associativo de forma estável e duradoura com a finalidade de cometer os crimes referenciados no tipo do art. 35, da lei 11343/06.

O apelante, na delegacia e em juízo, negou a prática do tráfico de drogas, bem como a associação com os corréus no comércio de entorpecentes, relatando que as drogas encontradas pela autoridade policial destinavam-se ao seu próprio consumo (f. 57 e audiência de f. 402).

Contudo, como acima exposto, a versão do apelante de que a droga apreendida destinava-se ao próprio consumo é desmentida pelo conjunto fático-probatório, que demonstra a associação entre Leonardo Ferreira, André Luciano Soares e Marlon Douglas.

Explico:

Pela prova testemunhal e as circunstâncias em que se desenvolveu a apreensão da drogas (com um trabalho investigativo prévio da polícia civil) não há dúvida de que Leonardo Ferreira fazia de sua casa um ponto de venda de drogas, sendo que André Luciano e Marlon Douglas eram os responsáveis por “abastecer” o local com substâncias entorpecente, sendo que estes também distribuíam drogas para vários pontos da cidade.

Em verdade, cada um dos corrêus tinha papel determinado no comércio ilícito de drogas, cabendo ao Leonardo Ferreira a função de “vendedor final da droga”. Está comprovado o “animus” associativo entre o Apelante e os corrêus André Luciano e Marlon, pois patente a habitualidade e o concluiu de vontades existente entre eles para o fim de traficar substâncias entorpecente, logo, o dolo específico do delito restou provado, o que impede a absolvição pleiteada.

Em caso semelhante, assim pronunciou-se este Tribunal:

APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – PLEITO ABSOLUTÓRIO – PROVA ROBUSTA EVIDENCIANDO A PRÁTICA DOS CRIMES PREVISTOS NO ART. 33, CAPUT, E 35 DA LEI 11.343-06 – IMPOSSIBILIDADE – TRÁFICO PRIVILEGIADO – NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS – INCABILIDADE – REGIME PRISIONAL – MANTIDO – QUANTIDADE E ESPÉCIE SIGNIFICATIVA DE DROGA (52G DE PASTA BASE DE COCAÍNA) SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – INAPLICABILIDADE – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Se o conjunto probatório é robusto para evidenciar a prática dos crimes de tráfico e associação para o tráfico, a condenação é medida que se impõe. (...) (TJMS. Apelação Criminal 0001801-87.2011.8.12.0055. Rel. Des.Manoel Mendes Carli. Segunda Câmara Criminal. Julgado em 02/12/2014).

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO – NÃO ACOLHIDA – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – RECURSO IMPROVIDO.

I – Não há que se falar em absolvição do delito de tráfico pois, a delação feita pelos corrêus são uníssonas em aponta-lo como sendo a pessoa que comandava o tráfico de drogas no interior do estabelecimento penal.

II - Melhor sorte não assiste ao apelante quanto o pedido de absolvição do delito de associação para o tráfico. Isso porque, analisando-se o tipo penal descrito no art. 35 da Lei de drogas, tem-se: “associarem-se (reunirem-se, juntarem-se) duas ou mais pessoas com a finalidade de praticar (realizar, cometer) os crimes previstos nos arts. 33, caput, e § 1.º, e 34 da lei 11.343/2006”, ou seja, é a quadrilha ou bando específica do tráfico ilícito de entorpecentes. In casu, consoante se extrai dos autos, o animus societatis restou suficientemente demonstrado nos autos, pois quando o apelante não mais dispunha de substância entorpecente para ser comercializada naquele local, solicitava a Luiz Hélio que mantivesse contato com sua esposa Márcia Pires, para que esta levasse a droga até eles, o que ocorreu durante 03 (três) anos. Observa-se, outrossim, que Marcos Freire também mantinha contato direto, tanto com Márcia como com Marta, através de aparelho celular, de modo que a esposa de Luiz Hélio, levava a droga e a vendia ao corrêu Marcos Freire.

III – Recurso improvido. (TJMS. Apelação Criminal 0010381-71.2011.8.12.0002. Rel. Des. Francisco Gerardo de Sousa. Primeira Câmara Criminal. Julgado em 20/11/2014)

Em suma, as provas produzidas são suficientes para comprovar, de forma isenta de dúvida, que Leonardo Ferraira, Marlon Douglas e André Luciano integram uma equipe coesa e permanente, criada com o fim específico de fomentar o tráfico de entorpecentes. Logo, mantém-se a condenação pelo delito previsto no art. 35 da Lei de Drogas.

Do pedido de redimensionamento da pena-base.

Ao fixar a pena, o magistrado ponderou que (f.440/441):

“(...) Em princípio, cumpre observar a espécie do entorpecente traficado, pois consabido os efeitos deletérios da cocaína e seus derivados, na forma do art. 42 da Lei 11.343/2006, que preponderante sobre as circunstâncias do art. 59 do CP. Culpabilidade normal à espécie, possuidor de maus antecedentes conforme se extrai das certidões de antecedentes criminais insertos nos autos; conduta social não favorável como se observa do laudo pericial de fl. 370-375 o qual conclui ser o réu dependente químico; as demais circunstâncias não lhe são desfavoráveis. Assim, nos termos do art. 59 do CP e 42 da Lei 11.343/06, fixam-se as penas bases em 09 (nove) anos de reclusão e 790 dias-multa de sanção pecuniária, equivalendo a fração unitária em 1/30 do salário mínimo, por infringir o art. 33, caput, da Lei n. 11343/2006, bem como à 5 (cinco) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 860 dias-multa, equivalendo à fração unitária em 1/30 do salário mínimo por infringir o art. 35, caput, do dispositivo antitóxico. Conforme observado nas certidões de antecedentes verifica-se que o réu possui duas condenações transitadas em julgado, razão pela qual, reconheço a reincidência aumentando-se as penas em 1/6. Não havendo outras condições que aumentem ou diminuam as penas torno-as em definitivas em 10 (dez) anos de reclusão e 900 dias-multa por infringir o art. 33 caput, da lei n. 11343/2006, e 06 (seis) anos, 07 meses e 1003 dias-multa por infração ao art. 35 da Lei 11343/2006. O início do cumprimento da pena será pelo regime fechado. (...)”

Na primeira fase foram consideradas desfavoráveis os antecedentes, a conduta social e a natureza e quantidade da droga (art. 42, da Lei 11343/06).

As sanções devem ser personalizadas e particularizadas de acordo com a natureza e as circunstâncias dos delitos e à luz das características pessoais do infrator.

No processo de individualização da pena, o juiz analisa o disposto nos art. 59 ao 68, do CP, sendo vedada qualquer tipo de padronização.

Avaliando as circunstâncias judiciais do art. 59, do CP, verifico que não pode subsistir a circunstância judicial da conduta social, mas deve ser mantida a valoração negativa pelos maus antecedentes.

- Dos antecedentes:

O sentenciante apontou que o Apelante possui maus antecedentes, o que é comprovado pela certidão de antecedentes de f. 219/221, 388/390 e de 397/400, de onde verifica-se que o Apelante realmente ostenta duas condenações transitadas em julgado, logo, uma condenação deve ser utilizada para caracterizar a agravante da reincidência e outra para justificar a exasperação da pena-base.

Assim, o apelante tem maus antecedentes.

Da conduta social: Sobre a conduta social, Guilherme de Souza Nucci esclarece que:

“(...) Conceito de Conduta Social: é o papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança etc. (...) Deve-se observar como se comporta o réu em sociedade, ausente qualquer figura típica incriminadora. (...)”. (Guilherme de Souza Nucci. Código Penal Comentado. 11º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 426/427).

A conduta social deve ser averiguada a partir da vida do agente frente à sua comunidade e à sociedade como um todo, assim como o aspecto do relacionamento familiar e social.

O magistrado *a quo* disse que a conduta social do Apelante “*não é favorável como se observa do laudo pericial de fl. 370-375 o qual conclui ser o réu dependente químico*”.

Sobre o fato de ser o Apelante usuário de droga, destaco que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o uso de entorpecente pelo réu, por si só, não pode ser considerado como má-conduta social para fins de aumento da pena-base.

Tal posicionamento consta do seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. DISPARO DE ARMA DE FOGO. (I) DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONDUTA SOCIAL. ARGUMENTAÇÃO INIDÔNEA. MAUS ANTECEDENTES. REFORMATIO IN PEJUS CONFIGURADA. (II) EXECUÇÃO. REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS E FAVORABILIDADE DE TODAS AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1 A dependência toxicológica é, na verdade, um infortúnio, não podendo, por isso mesmo, ensejar a exasperação da pena-base a título de má conduta social. (STJ. HC 201.453-DF. Rel. Min. Sebastião Reis Junior. Sexta Turma. Julgado em 02/02/2012)

Não havendo outros elementos seguros que permitam valorar negativamente a conduta social do Apelante, tal circunstância judicial deve ser afastada.

Do art. 42, da Lei de Drogas. A natureza e quantidade de droga apreendida, podem (e devem) ser tomada como parâmetro para definir o *quantum* da pena-base, atendendo aos parâmetro trazidos pelo art. 42, da Lei 11343/06.

O Superior Tribunal de Justiça, em situações semelhantes, entendeu que a natureza e a quantidade da substância encontrada em poder do agente criminoso, por si só, justifica a elevação da reprimenda na primeira fase da dosimetria. Vejamos:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DOSIMETRIA DA PENA. CONSIDERAÇÕES INDEVIDAS NA APRECIÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS (ART. 59 DO CÓDIGO PENAL). CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REDUÇÃO DA PENA-BASE - MUITO EXACERBADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS - QUE SE IMPÕE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO, ENTRETANTO, JUSTIFICADA PELA EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (APROXIMADAMENTE 400 QUILOGRAMAS DE MACONHA). ART. 42, DA LEI N.º 11.343/06. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Paciente condenada, após julgamento do recurso de apelação, às penas de 22 (vinte e dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime prisional inicial fechado, mais 1.980 (mil novecentos e oitenta) dias-multa, pela prática dos crimes previstos no art. 33, caput, c.c. art. 35 e 40, incisos III e V, todos da Lei n.º 11.343/06. Quantidade de droga apreendida: aproximadamente 400 (quatrocentos) quilogramas de maconha.

(...) 6. *No tráfico de drogas, não há ilegalidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal se é expressiva a quantidade de droga apreendida. Por isso, na espécie, mostra-se jurídico o aumento, na primeira fase da dosimetria, de dois anos.*

7. *O art. 42 da lei n.º 11.343/06 é expresso no sentido de que o “juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto”. (...) (STJ. HC 255960 DF. Rel. Min. Laurita Vaz. Quinta Turma. Julgado em 19/09/2013).*

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO PARA RECORRER EM LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. 8 KILOS E 230 GRAMAS DE COCAÍNA. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. REEXAME DA FIXAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO EM ELEMENTOS CONCRETOS. EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA (ART. 40, I, DA LEI 11.343/06). INVIABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. NÃO-INCIDÊNCIA DE CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06). INCABÍVEL A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. REPRIMENDA SUPERIOR A 4 ANOS. ORDEM NÃO CONHECIDA.

(...) 4. *Apreendida grande quantidade de cocaína (8 kilos e 230 gramas), sendo o paciente condenado pela prática do crime de tráfico internacional de entorpecentes e confirmada sua condenação no julgamento do recurso apelatório da defesa, a prisão é medida idônea para a garantia da ordem pública.*

5. *A expressa menção no acórdão ao fato de ter sido apreendida expressiva quantidade de drogas (8,230k de cocaína), por si só é suficiente para legitimar o aumento da pena-base (artigo 42 da Lei n.º 11.343/2006).*

(...) 9. *Habeas corpus não conhecido.* (STJ. HC 173.883/SP. Rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira. Sexta Turma. Julgado em 19/11/2012)

Dessa forma, na primeira etapa da dosimetria, os critérios do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 servem para fundamentar a pena-base, devendo preponderar a quantidade e natureza da substância entorpecente.

No caso em tela, foram apreendidos em poder durante a operação que culminou na prisão do apelante 2,3 g de pasta-base de cocaína, 1,8 kg de maconha e 35 g de crack, porém é de salientar que a quantidade das drogas, malgrado sua diversidade, não justificam resposta penal mais gravosa.

Entendo que não deve no caso agravar-se a pena-base por ser negativa a natureza e a quantidade da drogas apreendidas em poder do apelante.

Da necessidade de reduzir a exasperação do *quantum* do aumento da pena base por cada moduladora.

Ademais, entendo que ocorreu exasperação da pena-base manifestamente excessiva, computando-se de forma demasiado severa cada moduladora desfavorável, o que merece ser corrigido.

O princípio da proporcionalidade tem o objetivo de coibir excessos desarrazoados, por meio da aferição da compatibilidade entre os meios e os fins da pena, para evitar restrições desnecessárias ou abusivas, buscado sempre um equilíbrio na fixação das penas, evitando um rigor excessivo ou um abrandamento que a torne ineficaz para os fins a que se destina.

Então, observando o princípio da proporcionalidade e tendo em conta o bem juridicamente tutelado, mostra-se adequada à reprovação e prevenção do crime o aumento da pena-base em 10 (dez) meses de

reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa para cada uma das circunstância judiciais negativas, que no caso são apenas os maus antecedentes, única moduladora que julgo desfavorável.

Idêntico patamar de aumento deve ser utilizado para a associação para o tráfico.

Do redimensionamento da pena.

Passo ao redimensionamento da pena privativa de liberdade imposta ao apelante, considerando que os crimes praticados estão tipificados no art. 33, *caput* e art. 35 da Lei 11.343/06.

No âmbito da 1ª. fase do método trifásico de apenamento, apesar de afastadas as moduladoras da conduta social e da diversidade da droga segundo regra do art. 42, da Lei de Drogas, ainda persistem desfavoráveis os antecedentes (pelos motivos declinados na sentença), então:

- para o crime de tráfico de drogas a pena-base fica fixada em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 570 (quinhentos e setenta) dias-multa.

- para o crime de associação para o tráfico a pena-base fixa fixada em 03 (três) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 800 (oitocentos) dias-multa.

Na 2ª. fase, tal como fixado na sentença (f. 441), deve ser mantida a incidência da agravante da reincidência (art. 61, I, do CP), no patamar de 1/6 (um sexto), assim:

- para o crime de tráfico de drogas a pena fica fixada em 06 (seis) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 665 (seiscentos e sessenta e cinco) dias-multa.

- para o crime de associação para o tráfico a pena fica fixada em 04 (quatro) anos, 05 (cinco) meses e 16 (dezesesseis) dias de reclusão e 933 (novecentos e trinta e três) dias-multa.

Na 3ª. fase, sem causas de aumento ou diminuição a incidir, não há alterações a serem efetuadas nos cálculos acima.

Nos termos do art. 69 do Código Penal, o apelante fica condenado definitivamente às penas de 06 (seis) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 665 (seiscentos e sessenta e cinco) dias-multa pelo tráfico e 04 (quatro) anos, 05 (cinco) meses e 16 (dezesesseis) dias de reclusão e 933 (novecentos e trinta e três) dias-multa pela crime do art. 35 da Lei de Drogas.

As penas definitivas somam 11 (onze) anos, 02 (dois) meses e 16 (dezesesseis) dias de reclusão e 1598 (mil quinhentos e noventa e oito) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos.

Do regime inicial de cumprimento da pena.

No que tange ao regime prisional, a lei de drogas não faz nenhuma referência ao regime inicial para cumprimento da pena, razão pela qual, esse assunto sempre foi regido pelas leis dos crimes hediondos.

A Lei 8.072/1990, em seu texto original, falava em regime integralmente fechado e, posteriormente, com as alterações advindas da Lei 11643/2007, passou a estabelecer que para os crimes hediondos e equiparados, o regime inicial para cumprimento da pena seria o fechado (art. 2º, §1º)

Ao debruçar-se sobre a Lei 8.072/90 e o regime inicial de cumprimento de pena, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *habeas corpus* 111840, ocorrido em 27/06/2012, declarou,

incidentalmente, a inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime inicialmente fechado prevista no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos). O acórdão recebeu a seguinte ementa:

Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. *Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.*

2. *Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.*

3. *Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.*

4. *Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.*

5. *Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que “[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado. (STF.HC 111.840. Rel. Min. Dias Toffoli. Tribunal Pleno. Julgado em 27/06/2012).*

Logo, afastou a obrigatoriedade do cumprimento da pena em regime fechado para o condenado por tráfico de drogas, atribuindo ao Julgador a atividade de individualizar a reprimenda, de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

No caso em exame, a pena definitiva fixada ultrapassa 08 (oito) anos de reclusão e o réu é reincidente, o que afasta a possibilidade de fixação de regime diverso do fechado (art. 33, §2º, “a”, do CP), assim, neste tópico o pedido do Apelante não merece ser acolhido.

Do prequestionamento.

Com relação aos prequestionamentos aventados, esclareço que a matéria foi apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão de a matéria se confundir com o mérito e ter sido amplamente debatida.

Conclusão.

Ante o exposto, em parte contra o parecer, dou provimento parcial ao apelo, para excluir da primeira fase da dosimetria as moduladoras da conduta social e da natureza e quantidade de drogas e reduzir, por exacerbado, o *quantum* do aumento da pena-base pela moduladora desfavorável (maus antecedentes), fixando as penas do apelante Leonardo Ferreira dos Santos em 11 (onze) anos, 02 (dois) meses e 16 (dezesesseis) dias de reclusão e 1598 (mil quinhentos e noventa e oito) dias-multa, sendo cada dia multa contado à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento parcial ao recurso. Decisão em parte com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Relator, o Exmo. Sr. Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Romero Osme Dias Lopes e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 20 de outubro de 2015.

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0801361-29.2012.8.12.0021 – Três Lagoas
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – APROPRIAÇÃO INDÉBITA – CRIME CONTRA IDOSO – PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA – AFASTADA – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

A ADI nº 3.096-5 – STF, interpreta a aplicação do art. 94 do Estatuto do Idoso que prevê a aplicação do procedimento da Lei nº 9.099/95 nos crimes previstos na referida lei, para beneficiar o idoso, visto que o procedimento previsto na Lei nº 9099/95 é mais célere.

Referida ADI proíbe expressamente a utilização das medidas despenalizadoras e de interpretação benéfica ao autor do crime.

Se o apelante recebeu valores do curatelado e não prestou contas de que tais valores foram empregados nas despesas do curatelado, nem os documentos provaram os gastos a que se refere em suas manifestações e interrogatório, impõe-se a condenação por apropriação indébita.

Com o parecer, 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. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 20 de outubro de 2015.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha – Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Raimundo Ribeiro Filho interpôs recurso de apelação manifestando seu inconformismo com a sentença (fls. 215-225) que julgou em parte procedente a denúncia, condenando-o à pena de 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 15 (quinze) dias-multa em 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do crime descrito no art. 102, da Lei nº 10.741/2003. A pena foi substituída, por duas penas restritivas de direito, conforme art. 44 incisos I, II, III do Código Penal, sendo: i) por uma pena de prestação pecuniária no valor correspondente aos danos sofridos pela vítima, qual seja R\$47.739,1 (quarenta e sete mil, setecentos e trinta e nove reais e onze centavos), equivalente a 76,753 (setenta e seis vírgula setecentos e cinquenta e três) salários-mínimos, vigentes ao tempo do fato, corrigidos monetariamente desde a data de 09 de maio de 2012, a ser depositado em favor da vítima Edison Ribeiro da Silva (artigo 45, § 1º, do CP); i) por uma prestação restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços em Entidade Assistencial e sem fins lucrativos, a ser designada pelo Juízo da execução penal, na quantia de 1h/dia, pelo tempo da pena privativa de liberdade.

O apelante, em suas razões recursais (fls. 238-251), argumenta preliminarmente a incompetência da justiça comum, nulidade dos atos decisórios e da ação penal; afirma que tudo o que recebeu foi empregado para cuidar do curatelado e que muitas vezes empregava renda própria para essa finalidade, pois a pensão do curatelado não era suficiente; o crime não foi consumado, visto que não houve desvio de valores em proveito próprio; pede a absolvição, pois não houve dolo; afirma que cabe a quem alega provar o fato delituoso; afirma que as testemunhas têm interesse na causa.

O Ministério Público, em suas contrarrazões (fls. 256-266), pugna pela rejeição da preliminar, pois o procedimento sumaríssimo seria adotado em razão na celeridade, por se tratar de direitos de um idoso; argumenta que as provas dos autos são seguras para ensejar uma condenação; e que o apelante não comprovou em que foram empregadas as verbas recebidas. Pede o conhecimento e improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 271-281) opinou pela rejeição da preliminar, em razão de que a lei prevê a utilização do rito sumaríssimo para beneficiar o idoso na questão da celeridade processual, e não para aplicar as medidas despenalizadoras previstas na Lei nº 9099/95; opina pela manutenção da condenação, por haver provas de que o apelante recebeu os valores referentes às pensões retroativas e não prestou contas se a verba foi revertida em favor do curatelado. Opina pelo conhecimento e improvimento do recurso.

VOTO

A Sra. Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relatora)

Trata-se de apelação criminal interposta por Raimundo Ribeiro Filho manifestando seu inconformismo com a sentença (fls. 215-225) que julgou em parte procedente a denúncia, condenando-o à pena de 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 15 (quinze) dias-multa em 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do crime descrito no art. 102, da Lei nº 10.741/2003. A pena foi substituída, por duas penas restritivas de direito, conforme art. 44 incisos I, II, III do Código Penal, sendo: i) por uma pena de prestação pecuniária no valor correspondente aos danos sofridos pela vítima, qual seja R\$47.739,1 (quarenta e sete mil, setecentos e trinta e nove reais e onze centavos), equivalente a 76,753 (setenta e seis vírgula setecentos e cinquenta e três) salários-mínimos, vigentes ao tempo do fato, corrigidos monetariamente desde a data de 09 de maio de 2012, a ser depositado em favor da vítima Edison Ribeiro da Silva (artigo 45, § 1º, do CP); i) por uma prestação restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços em entidade assistencial e sem fins lucrativos, a ser designada pelo Juízo da Execução Penal, na quantia de 1h/dia, pelo tempo da pena privativa de liberdade.

O apelante, em suas razões recursais (fls. 238-251), argumenta preliminarmente a incompetência da justiça comum, nulidade dos atos decisórios e da ação penal; afirma que tudo o que recebeu foi empregado para cuidar do curatelado e que muitas vezes empregava renda própria para essa finalidade, pois a pensão do curatelado não era suficiente; o crime não foi consumado, visto que não houve desvio de valores em proveito próprio; pede a absolvição, pois não houve dolo; afirma que cabe a quem alega provar o fato delituoso; afirma que as testemunhas têm interesse na causa.

O apelante foi denunciado por apropriar-se indevidamente como narra a denúncia (f. 02-04):

“(…) Consta do incluso procedimento apuratório que, entre o dia 09 de maio de 2012 e 06 de setembro de 2012, por no mínimo duas vezes, nesta cidade e Comarca, o denunciado apropriou-se de pensão e proventos do idoso Edison Ribeiro da Silva, dando-lhes aplicação diversa da de sua finalidade.

Segundo apurado, o ofendido tem 65 (sessenta e cinco) anos e é portador de enfermidade mental, mais precisamente esquizofrenia, desde a juventude, razão pela qual recebe benefício da Previdência Social no valor de um salário-mínimo.

Em razão da enfermidade, o ofendido foi interdito no processo de nº 007027-54.2006.8.12.0021, que tramitou na 1ª Vara Cível desta Comarca, tendo-lhe sido nomeado como curador seu irmão, ora denunciado.

Nesse ínterim, no ano de 2004, após descobrir que teria direito de receber pensão por morte de sua genitora, o ofendido, devidamente assistido, ingressou com uma ação visando obter referida pensão e seus atrasados.

Em 09 de maio deste ano, o ofendido, enfim, teve reconhecido o direito de receber a pensão pela morte de sua mãe, no valor de um salário-mínimo e também os atrasados que totalizaram R\$ 49.215,57 (quarenta e nove mil, duzentos e quinze reais e cinquenta e sete centavos).

Acontece que os demais irmãos do ofendido então descobriram que o denunciado, na qualidade de seu curador, teria se apropriado de tamanha quantia de dinheiro, deixando de aplicá-los nos cuidados e assistência devidos a Edison.

Com isso, dois outros irmãos do ofendido, senhores Evanildo e Pedro, formalizaram uma denúncia perante esta Promotoria de Justiça, resultando na instauração do presente procedimento que confirmou apropriação indevida, pois o denunciado comprometeu-se a prestar conta do dinheiro do irmão, mas não o fez.

É dos autos também que, no início de setembro passado, o denunciado apropriou-se da pensão, do provento e ainda do décimo terceiro salário do ofendido, relativos ao mês de agosto desse ano, quando Edison foi residir na companhia do irmão Evanildo, o qual ingressou com uma ação para tornar-se seu novo curador (autos nº 0801055-60.2012.8.12.0021 – 1ª Vara Cível desta comarca).

A materialidade e autoria delitivas estão representadas no extrato de pagamento de precatórios, no regate de depósito judicial – comprovante de emissão de poupança em nome do denunciado, relatório social, certidão auxiliar do MP/MS, assim como no teor da denúncia formalizada perante o parquet.

Com tais comportamentos, o denunciado incorreu por duas vezes no crime apropriação indébita contra idoso, na forma continuada, incidindo três agravantes, pois o ofendido é seu irmão e tutelado, além de enfermo mental.

Ex positis, MPE denuncia a Vossa Excelência Raimundo Ribeiro Filho, como incurso no artigo 102 da Lei nº 10.741/03 (duas vezes) c/c art. 61 inc. II, alíneas “e” (contra o irmão), “f” (com abuso de autoridade) e “h” (contra enfermo) observando-se, ao final, a regra do art. 71, caput, ambos do CP(...).”

Da preliminar de incompetência:

O apelante traz a preliminar de incompetência da justiça comum, afirmando que o art. 94 do Estatuto do Idoso prevê a aplicação do procedimento da Lei nº 9.099/95 para os crimes previstos na referida lei, vide artigo:

Art. 94. Aos crimes previstos nesta Lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995, e, subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal. (Vide ADI 3.096-5 – STF)

No entanto, a ADI nº 3.096-5 – STF, interpreta a aplicação do referido dispositivo, para beneficiar o idoso, visto que o procedimento previsto na Lei nº 9099/95 é mais célere, e não da forma como pede o apelante. A referida ADI, proíbe expressamente, a utilização das medidas despenalizadoras e de interpretação benéfica ao autor do crime. Vide ementa a seguir:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 39 E 94 DA LEI 10.741/2003 (ESTATUTO DO IDOSO). RESTRIÇÃO À GRATUIDADE DO TRANSPORTE COLETIVO. SERVIÇOS DE TRANSPORTE SELETIVOS E ESPECIAIS. APLICABILIDADE DOS PROCEDIMENTOS PREVISTOS NA LEI 9.099/1995 AOS CRIMES COMETIDOS CONTRA IDOSOS.

1. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.768/DF, o Supremo Tribunal Federal julgou constitucional o art. 39 da Lei 10.741/2003. Não conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade nessa parte.

2. Art. 94 da Lei n. 10.741/2003: interpretação conforme à Constituição do Brasil, com redução de texto, para suprimir a expressão “do Código Penal e”. Aplicação apenas do procedimento sumaríssimo previsto na Lei n. 9.099/95: benefício do idoso com a celeridade processual. Impossibilidade de aplicação de quaisquer medidas despenalizadoras e de interpretação benéfica ao autor do crime.

3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente para dar interpretação conforme à Constituição do Brasil, com redução de texto, ao art. 94 da lei n. 10.741/2003.

Além disso, mesmo que o entendimento do STF fosse diferente, o apelante não teria direito ao procedimento previsto na Lei nº 9.099/95, visto que a pena máxima cominada da infração que lhe foi imputada é de 04 anos de reclusão, vide artigo:

Art. 102. Apropriar-se de ou desviar bens, proventos, pensão ou qualquer outro rendimento do idoso, dando-lhes aplicação diversa da de sua finalidade:

Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa.

Conforme o art. 60 da Lei nº 9.099/95, o Juizado Especial Criminal é competente para conciliação, julgamento e execução de infrações penais de menor potencial ofensivo, vide artigo:

Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência. (Redação dada pela Lei nº 11.313, de 2006)

E o art. 61 da mesma Lei, define quais são as infrações penais de menor potencial ofensivo, que são as contravenções penais e crimes com pena máxima cominada não superior a 02 anos, vide artigo:

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. (Redação dada pela Lei nº 11.313, de 2006)

Pelos motivos acima expostos, afasto a preliminar de incompetência da justiça Comum.

Do pedido de absolvição:

O apelante afirma que tudo o que recebeu foi empregado para cuidar do curatelado e que muitas vezes empregava renda própria para essa finalidade, pois a pensão do curatelado não era suficiente; afirma que o crime não foi consumado, visto que não houve desvio de valores em proveito próprio; assim, pede a absolvição, pois não houve dolo; cabendo a quem alega provar o fato delituoso; e que as testemunhas têm interesse na causa.

No interrogatório judicial (fls. 158-169), o apelante afirma o que segue:

“Juiz: Ok. Esta acusação da prática do crime de apropriação indébita previdenciária contra a pessoa de seu irmão, Edson Ribeiro da Silva é verdadeira ou não é?”

Réu: Mentirosa.

Juiz: Não é?

Réu: Não é. Não é verdadeira.

(...)

Juiz: Alcançou essa cifra de R\$49.000,00?

Réu: Não. Essa soma retroativa, ela foi o seguinte. E promotoria levantou a do INSS quarenta e nove mil e pouco, mas lá no banco do Brasil foram descontados mil e quatrocentos reais e um pouquinho no imposto de renda. Inclusive eu fui na advogada, ela entrou com uma ação para a Receita Federal restituir estes R\$1.400,00 porque ele é esquizofrênico e não poderia ser cobrado. Aí ela entrou com essa ação, entrou com essa...

Juiz: Esse pedido.

Réu: é. Com esse pedido e foi negado pelo juiz da Vara Federal.

Juiz: Tá. Mas então por fim o senhor levantou quanto? Quarenta e sete mil e pouco.

Réu: 47 mil e acho que setecentos reais.

Juiz: Certo. E isso, o senhor levantou esse dinheiro quando, em que data?

Réu: Dia 10.

Juiz: 10 de?

Réu: 10 de maio.

Juiz: Maio de 2011?

Réu: é. Saiu no dia 09 aí a advogada me ligou e no dia 10 eu fui lá levei todas as documentações que era...

Juiz: Desse dinheiro quarenta e sete mil reais e pouco, o senhor tirou algum para pagar os honorários da advogada ou não?

Réu: Teve para que quatro mil e pouco reais... O problema deles aí, eles...

Juiz: Tá. Vamos devagar. Estamos fazendo as contas.

Réu: Tá. Beleza.

Juiz: quarenta e sete menos quatro, quarenta e três aproximadamente. O senhor ficou?

Réu: Não, fiquei com 47, quarenta e sete mil e pouquinho. Mas é... Não.

Juiz: Então o senhor pagou os honorários do seu bolso?

Réu: Os honorários veio em precatório diferente.

Juiz: Ah, em um alvará diferente.

Réu: Em um alvará diferente.

Juiz: Entendo.

Réu: Tanto que era para ter saído em dois juntos e não saiu, saiu o dela primeiro aí depois de um ano que saiu o outro.

Juiz: Tá. E o que o senhor fez com esse dinheiro do Senhor Raimundo? Essa que é a grande questão.

Réu: O dinheiro (...) Tá. Essa que é a grande questão. Esse dinheiro eu paguei contas atrasadas...

Juiz: Contas atrasadas de quem?

Réu: (...) Da cirurgia dele.

Juiz: Mas estavam atrasadas desde quando?

Réu: Ah, 2009 mais ou menos. Deixa eu acabar de concluir, doutor. Em 2009 eu fiz um empréstimo na conta dele de R\$5.000,00 e eu inteirei com o meu dinheiro R\$2.000,00 e aí na época que foi... Que ele foi operado a Doutora Alessandra disse para mim: “Senhor Raimundo, eu só faço a cirurgia no Senhor Edson se for no hospital anestesia geral. E tem outra só faço também se você me prometer de ficar 320 dias ou mais com ele, porque ele pode” Como ele é esquizofrênico, ele pode passar a mão ou meter a unha e tirar e perder a vista.”, eu tive que (...) Eu passei dois dias com ele dia e noite, inclusive dormindo na minha cama e eu dormindo embaixo ele urinou em mim, e eu passei dois dias eu não aguentei porque eu no ano de 20 eu tive (...) Eu fiz uma cirurgia na cabeça, tinha um tumor. Tanto que na época eu não era nem para ter pegado o Edson porque eu estava... Passei os quatro anos dando convulsões né (...)

Juiz: Pede água lá (ininteligível).

Réu: Eu também queria um pouco de água. E aí eu tive que contratar um... Ele não é enfermeiro...

Juiz: Certo, Senhor Raimundo, aí o senhor diz que pagou contas, mas pesa de uma cirurgia que ele fez há uns três anos atrás.

Réu: Certo.

Juiz: E qual valor que o senhor pagou dessa cirurgia?

Réu: R\$7.000,00. Entre remédio e tudo.

Juiz: Certo. E que mais?

Réu: Paguei R\$6.000,00 do enfermeiro, ficou comigo...

Juiz: Mas o enfermeiro...

Réu: Ele ficou comigo três meses, o enfermeiro ficou direto comigo três meses, e quem pagou (...)

Juiz: Mas daquela época da cirurgia?

Réu: Não, aí doutor, aí eu paguei o enfermeiro, mas eu tive que fazer, eu tive que emprestar dinheiro de colega meu e emprestar dinheiro do banco para que eu pudesse salvar a vista dele.

Juiz: Sei. E mais alguma despesa, mais alguma conta a pagar?

Réu: Despesa tem, doutor. Eu não (...) Depois que eu estive na promotoria e me deu o AVC, eu larguei tudo de mão que eu estou (...) Hoje eu estou aleijado, das pernas, do braço, psicologicamente eu estou aleijado, me atacou a labirintite.

Juiz: Hum.

Réu: É isquemia. Então hoje eu larguei (...) Da época que foi tirado o meu irmão da minha mão não mexi mais com nada, as notas estão aqui. Eu comprei uma máquina de lavar faz tudo, eu comprei um toldo porque o meu terreno é dez por vinte aonde ele gostava de ficar na área, e pegava sol. Comprei um toldo mandei o rapaz colocar o toldo na frente e atrás, eu comprei (...) Tudo com o restante desse dinheiro. Eu comprei um guarda-roupa, eu paguei acho que quase mil reais nesse guarda-roupa.

Juiz: Guarda-roupa para o senhor ou para ele?

Réu: Não, para ele, para ele.

Juiz: Hum.

Réu: Ele vivia em um quarto de 09 metros quadrados.

Juiz: Sei.

Réu: Eu comprei para ele três colchões, porque de 60 em 60 dias ele (...) Eu tinha que trocar o colchão porque ele urinava, ele fazia a necessidade na calça, na calça geriátrica, mas vazava, a noite vazava. Comprei uma sapateira para colocar os sapatos dele, tênis, chinelos. E roupas e tenho uma quantia que eu não me recordo quanto, entendeu. Tem que juntar todas essas notas, todas essas coisas que eu comprei para que eu possa devolver na hora do acerto de contas na área cível, que me parece que é área civil né, a ignorância minha. E acho que eu devo prestar conta na área cível.

Juiz: O senhor é réu em prestação de contas?

Réu: Não. Tenho uma ação, já tem uma ação correndo na área cível.

Juiz: é ação de prestação de contas, da curatela?

Réu: é. Da curatela.

Juiz: Uhum.

Réu: Da curatela. E aí eu vou prestar conta né, e...

Juiz: Então o senhor não sabe que ao todo o senhor gastou com despesas com o Senhor Edson?

Réu: Não sei. Não sei.

Juiz: Nem sabe quanto sobrou? Ou não sobrou nada?

Réu: Não sei quanto, eu tenho dinheiro no banco, mas não sei quanto sobrou.

Juiz: Mas como o senhor sabe quanto tempo ou qual o saldo que o senhor tem no banco?

Réu: Não, o dinheiro meu, o dinheiro meu está junto com o dinheiro dele. Meu, da minha mulher. Eu sei que tem saldo, agora eu tenho que tirar o que foi gasto com ele para que eu possa devolver o que...

Juiz: Desses R\$47.000,00 que o senhor recebeu líquido do benefício atrasado lá, que o seu irmão tinha direito. Na verdade o senhor recebeu em nome dele...

Réu: Certo.

Juiz: Tudo que o senhor gastou foi para ele ou o senhor gastou alguma coisa para o senhor, para sua esposa, para outras pessoas?

Réu: Tst-tst. Para ele, Excelência, porque eu tenho um salário bruto, de R\$5.500,00, a minha esposa trabalha de atendente de educação infantil e ganha acho que R\$900,00 livre. Eu tenho o meu filho que é advogado que é da funcional da Caixa Econômica, não precisa eu tenho outro filho que é biomédico, também não precisa, e tenho outro filho que está fazendo direito agora. Então, eu tinha condições, tinha não, eu tenho condições de cuidar da minha família, e muito bem.

(...)

MP: E depois desse valor, houveram-se despesas consideráveis?

Réu: Ai é que houve mais porque eu levei ele para minha casa. Mas eu queria ... O Excelência, eu só queria...

Juiz: O que o promotor quer saber não são despesas ordinárias. Despesas com médicos, despesas com tratamentos, despesas com enfermeiro para cuidar no período intenso. Isso o doutor quer saber. Depois de maio de 2012 houve alguma?

Réu: Teve, teve. Teve o cuidador.

Juiz: Mas assim, ocorrências (...) Não, o cuidador é coisa do dia a dia. Ocorrências que exigiram um desempenho maior de dinheiro? Como a cirurgia, com um tratamento?

Réu: Não, não. Teve médico, teve remédio.

Juiz: São situações ordinárias, são situações corriqueiras.

MP: O senhor se recorda que mês que ele foi para sua casa?

Réu: Eu acredito que deve ter sido, eu acredito que deve ter sido em março mais ou menos. Mas o doutor, eu só queria fazer uma (...) Se o senhor pudesse. Na época que eu levei esse meu irmão para minha casa, o Senhor Ivanildo, ele me chamou lá na minha casa, me telefonou e dizendo que ele estava em nome dos quatro irmãos e que era para mim dividir esse dinheiro com os quatro. Ai eu disse que não, que eu tinha contas para pagar, contas que eu paguei e eu também não tinha a intenção de entregar meu irmão. Eu não tinha intenção, porque... Ai ele falou assim: “então você pega esse boi (...)”, eu falei isso para o senhor na promotoria. Ele falou: “Então você pega esse doido e tira de dentro da minha casa porque eu não quero esse doido aqui.”(...)

MP: Tá bom. Esses gastos que o senhor fala que ele teve, enquanto na casa do senhor depois que saiu esse valor, eram os mesmos gastos que ele tinha antes de ir para casa do senhor ou eram gastos diferentes?

Réu: Não né, doutor porque é o que eu falei né, eu tive que comprar guarda-roupa, tive que comprar cama, eu tive que comprar três colchões, eu tive que comprar (...)”

Pois bem, em atenção detalhada aos autos resta comprovado que a pensão no valor de R\$ 47.087,87 (quarenta e sete mil oitenta e sete reais e oitenta e sete centavos), foi depositada na conta-corrente do apelante, conforme documentos dos autos (ofício de requisição de precatório fls. 13, extrato de pagamento de precatórios fls. 14, resgate de depósito judicial fls. 18).

Em relação a alegação de que o delito não ficou comprovado, esta não prospera, pois o ofício de requisição de precatório (fls. 13), o extrato de pagamento de precatórios (fls. 14), e o resgate de depósito judicial (fls. 18), comprovam que o depósito foi feito na conta do apelante, bem como, o próprio apelante admite que o depósito foi feito em sua conta bancária, confundindo-se com seus rendimentos próprios, mas não junta documento algum que comprove suas alegações de que teria pago despesas do curatelado com tal verba recebida.

O apelante não prestou contas a contento de como os valores foram empregados nas despesas do curatelado, ou seja, quais tratamentos de saúde do curatelado foram pagos, bem como, se adquiriu moveis para o mesmo, ou se houve melhorias em sua habitação.

A assistente social Lilian às fls. 107-14, afirmou que não havia móveis novos no quarto da vítima, apenas móveis simples, o que reforça que Raimundo não estava revertendo o dinheiro para o curatelado.

Já os documentos acostados (f. 61-83), apenas atestam que o curatelado efetuou certos tratamentos de saúde, no entanto, o apelante não junta recibos comprovando que houve pagamentos, qual seu valor e onde foram realizados os gastos a que se refere em suas manifestações e interrogatório.

Alguns desses tratamentos médicos percebe-se que foram realizados no SUS, que é gratuito. Quanto aos demais, não há qualquer prova de pagamento nem de valores em débito.

Assinalo que os recebimentos de valores mais expressivos ocorreram no ano de 2012, enquanto alguns desses documentos datam do ano de 2009 (p. Ex. acompanhamento de glaucoma e cirurgia de catarata datada de 17/04/2009, cf. F. 69). Note-se que este documento assinala que a última consulta foi em 30/4/2012, data anterior à decisão judicial que reconheceu ao curatelado direito a receber a pensão por morte de sua mãe.

Com efeito, só em 09 de maio de 2012 o curatelado teve reconhecido o direito de receber a pensão pela morte de sua mãe, no valor de um salário-mínimo e também os atrasados que totalizaram R\$ 49.215,57 (quarenta e nove mil, duzentos e quinze reais e cinquenta e sete centavos). E só depois disso ocorreram os recebimentos de tais valores.

De qualquer modo, haveria o apelante de ter provado que pagou, mesmo que alguns anos depois, as alegadas dívidas ou despesas do curatelado, mas não fez prova de nenhum pagamento

Analisando o interrogatório do apelante, vê-se que confirmou o seguinte: a) em maio/2012 recebeu mais de R\$ 47.000,00, a quantia, esta, pertencente à vítima referente aos valores retroativos de pensão; b) teria usado parte do montante, R\$ 7.000,00, para pagar a cirurgia realizada em 2009; c) teria pago R\$ 6.000,00 de enfermeiro; d) por fim, teria comprado uma máquina de lavar e móveis para a vítima, e) teria feito um empréstimo no valor de R\$ 5.000,00 na época, para pagar a cirurgia do curatelado.

Mas nada disso provou, muito menos esclareceu o destino dos R\$ 49.215,57, porque não apresentou notas de nenhuma despesa.

Quanto aos móveis que teria comprado para a vítima, também não se comprovou isso, porque a assistente social que elaborou o relatório social, ao ser ouvida (fls. 115/122), esclareceu que quando esteve

na casa do apelante, mais precisamente no quarto da vítima, observou que não havia móveis novos, mas sim, móveis simples.

A defesa do apelante, outrossim, em alegações finais, sustenta que não há o crime de Apropriação Indébita, tendo em vista que não houve destinação diversa do numerário, “pois o Réu tem os valores depositados em conta, aguardando o pedido de prestação de contas por parte dos interessados, tendo em vista que, deverá ser abatido valores que foram gastos com o enfermo arrecadados por através de empréstimos pessoais.”.

Mas, se o apelante é confrontado neste processo crime, sob acusação de ter efetuado os gastos do dinheiro do curatelado, sem demonstrar que o fez em benefício do incapaz, deveria trazer aos autos as notas e documentos provando os gastos que alegou, ou mesmo provar que ajuizou ação de prestação de contas, ou que se defendeu de uma delas, e nada disso foi feito, pois não há prova nos autos de qualquer ação de prestação de contas ajuizada por ele.

Segundo alega a defesa, “os valores foram gastos quando o Curatelado estava sob o poder do Réu, sendo que, o valor de maior monta está sob a responsabilidade do mesmo até a presente data, depositado em conta aguardando a devida prestação de contas, para que, com isso, o novo curador seja obrigado a ressarcir os gastos que o Réu teve nestes 8 anos que ficou com a guarda do incapaz.”.

Porém, não basta ao apelante afirmar esse bom propósito de prestar contas, sem de fato o fazer, e, por outro lado, se ele tivesse em seu poder provas dos gastos que já teria feito e que entende deveriam lhe ser ressarcidos, deveria ter apresentado tais documentos, nesta sede penal, ou provar que teria feito isso em qualquer ação civil própria.

O que se vê é o contrário.

Lilian, ao ser inquirida em juízo (fls. 107-14), informou que estava presente nas reuniões realizadas no Ministério Público com os irmãos, onde foi oportunizado diversas vezes a Raimundo que trouxesse comprovantes dos gastos referentes a aproximadamente R\$ 49,00,0 (quarenta e nove mil reais), recebidos em razão da pensão por morte da esposa de Edilson, e sempre disse que traria, mas nunca o fez.

Ao menos poderia ter alegado e provado que tal discussão já estava sendo providenciada e resolvida na esfera civil, com a prestação de contas efetuada ou com os pagamentos comprovados, mas nada disso fez.

Note-se que, em pesquisa ao SAJ, na comarca de origem onde os interessados residem, não constatei qualquer processo desse tipo, existem sim a ação de interdição do curatelado em que o apelante foi designado seu curador (autos 0007027542006) e a ação mais recente de curatela 0801055602012, em que Evanildo substituiu o apelante na função de curador da vítima (por decisão judicial datada de 2013).

Na ação mais antiga em que o apelante era o curador da vítima (autos 0007027542006), constata-se que o último andamento é datado de 2007, ficando claro que não houve movimentações recentes que pudessem albergar soluções relativas a eventuais prestações de contas ou discussões acerca de gastos / pagamentos.

Então, não há qualquer prova de qualquer pagamento feito pelo apelante para atender a gastos do curatelado vítima, resvalando sua defesa para meras alegações sem prova.

Desta forma, entendo que a materialidade e a autoria estão devidamente comprovadas, por isso, mantém-se a condenação do apelante.

Conclusão:

Ante o exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso defensivo, para manter a sentença condenatória em todos os seus termos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Relatora, a Exma. Sra. Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Romero Osme Dias Lopes e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 20 de outubro de 2015.

1ª Câmara Criminal
Recurso em Sentido Estrito n. 0000522-60.2013.8.12.0002 – Dourados
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO – ARTIGO 121, §2º, II e IV, COMBINADO COM O ARTIGO 14, II, E COM ARTIGO 73, PRIMEIRA PARTE, TODOS DO CÓDIGO PENAL – IMPRONÚNCIA – AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA – RECURSO PROVIDO

Ausentes indícios suficientes de autoria impronuncia-se o agente com fulcro no artigo 414, do Código de Processo 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, dar provimento ao recurso. Decisão contra o parecer.

Campo Grande, 27 de outubro de 2015.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por Luiz Carlos Cardozo da Silva em face da decisão proferida pelo Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Dourados, que o pronunciou ao julgamento pelo Tribunal do Júri pela prática do crime disposto no artigo 121, §2º, II e IV, combinado com o artigo 14, II, e com o artigo 73, primeira parte, todos do Código Penal, pois, segundo consta da denúncia:

Infere-se do inquérito policial que no dia 27 de outubro de 2012, por volta das 18h00min, na Rua Belo Horizonte, nº 450, Jardim Independência, nesta cidade de Dourados/MS, o denunciado, dolosamente, por motivo fútil e mediante recurso que dificultou a defesa do ofendido, desferiu um disparo de arma de fogo, contra a vítima Tiago, vulgo Gordinho, contudo, por erro na execução, atingiu a adolescente de 16 anos N.de O. L. F., a qual somente não veio a óbito por circunstâncias alheias à vontade do acusado.

As investigações levadas a efeito apuraram que no dia e local dos fatos ocorria uma festa em comemoração ao aniversário da adolescente T. W. da S. R., na qual participavam apenas sua família e alguns amigos, dentre eles Tiago, vulgo “Gordinho” e a adolescente N. de O. L. F.

Em dado momento, o denunciado Luiz Carlos que é primo de T., mesmo não sendo convidado para a festa, chegou ao local em sua caminhonete C-10, de cor azul, placa CGX-1847 e, sem autorização, adentrou a residência.

Ao avistar a vítima Tiago, vulgo Gordinho, na festa, Luiz Carlos dirigiu-se até ele e indagou quem havia permitido sua entrada, desencadeando uma discussão, instante em

que, inesperadamente, o denunciado sacou uma arma de fogo que trazia consigo, vindo a atirar contra Tiago, entretanto, por erro na execução do delito, atingiu a adolescente N. na região próxima ao queixo.

Ato contínuo, as pessoas ali presentes tentaram desarmar Luiz Carlos, o qual, em meio ao entrevero, acabou atirando contra sua própria perna, tendo sido conduzido por seu primo Tiago da Silva Rocha ao Hospital da Vida, enquanto N. foi socorrida pelo Samu que a encaminhou para o mesmo hospital, onde recebeu os devidos cuidados médicos.

Comunicada do ocorrido, a equipe da polícia militar dirigiu-se ao local e após diligenciar, confirmou a autoria do delito na pessoa do denunciado que foi em flagrante delito.

Insta salientar que a arma do crime em meio ao entrevero, uma pessoa identificada até então apenas como “Neguinho” apanhou a arma do crime e evadiu-se.

A materialidade delitiva ficou comprovada pelo Boletim de Ocorrência (fls. 13-15), pela Ocorrência Policial Militar (fls. 16-19).

Postula, às f. 241-267, pela impronúncia, diante da insuficiência de indícios de autoria ou desclassificação para o delito de lesão corporal leve.

Alternativamente, requer a exclusão das qualificadoras e prequestiona dispositivo legal.

Em contrarrazões, às f. 270-286, o Ministério Público Estadual, requer o improvimento do recurso.

A decisão foi mantida à f. 287.

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 300-306, é pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (Relator)

Busca o recorrente a impronúncia, sustentando que ausentes indícios de autoria, sendo que a decisão debatida foi proferida nos seguintes termos:

(...)

Os presentes autos versam sobre ação penal de competência do Tribunal do Júri, pois Luiz Carlos Cardozo da Silva é acusado de tentar matar Tiago, e por erro na execução atingiu a vítima N. de O. L. F., que não vieram a óbito naquela ocasião por circunstâncias alheias à vontade do acusado, por motivo fútil e recurso que dificultou a defesa das vítimas.

A materialidade da tentativa de homicídio está demonstrada pelo exame de corpo de delito auto de prisão em flagrante (f. 9-10) e laudo de exame de corpo de delito (f. 134-5).

Quanto aos indícios de autoria, estão presentes. A vítima N. de O. L. F. disse na delegacia: “(...) A declarante estava numa festa de aniversário da amiga T. W. (...). Que, então repentinamente chegou uma camionete, azul, com um monte de madeira na carroceria e parou na rua. Que, um rapaz adentrou no local da festa, cumprimentou o pessoal, chegou na frente de Tiago e perguntou: quem deixou você entrar aqui? em seguida, colocou a mão no short, tirou uma arma da cintura e apontou para Tiago. Que, as pessoas tentaram segurar esse rapaz, mas mesmo assim, ele efetuou um disparo que atingiu a declarante próximo ao queixo. (...) Que, depois o Samu levou a declarante para o Hospital da Vida,

onde ficou na enfermaria, sendo que instantes depois, ouviu a voz de um rapaz dentro da enfermaria que era a mesma voz do rapaz que efetuou o disparo contra a declarante (...), logo depois a polícia apareceu com três fotos num aparelho celular para que a declarante reconhecesse o rapaz que efetuou o disparo, sendo que reconheceu sem sombra de dúvidas uma das fotos apresentadas (...).” (f. 35-6). Em juízo confirmou o depoimento acima, conforme gravação em áudio e vídeo de f. 167.

A versão da vítima N. de O. L. F. foi confirmada em sede investigativa e judicial pelas testemunhas que apontam a possível autoria do acusado, como o policial Haune Faker Duarte e Ederson Henrique Fernandes da Silva (f. 167).

Os elementos de prova acima detalhados indicam a possível autoria da tentativa de homicídio. Estes indícios são suficientes à pronúncia. A versão do acusado, quanto à negativa de autoria, depende de prova cabal e sem discussões no bojo dos autos para ser reconhecida nesta primeira fase do processo do Tribunal do Júri.

Como tal não ocorreu, tem-se a necessidade da pronúncia.

Assim existem elementos que permitem aos jurados analisarem a acusação em plenário. Também a desclassificação deve ser reservada para o conselho de sentença, pois o disparo de arma de fogo seria, pelo menos em tese, suficiente para matar.

Quanto às qualificadoras, novamente se tem alguns depoimentos como de N. de O. L. F., Ederson Henrique Fernandes da Silva e também de Haune Faker Duarte que o disparo teria sido de inopino e porque a pessoa de Thiago, vulgo “gordinho” estaria na festa. Logo, esta versão, quanto às qualificadoras também é afeta ao Tribunal do Júri, que analisará a eventual exclusão.

Cabe ao conselho de sentença, na exata manifestação de sua soberania constitucional julgar os fatos. Em plenário será possível decidir acerca da absolvição, desclassificação ou exclusão das qualificadoras. No momento, não há elementos que me convençam, quantum satis, da ocorrência da defesa própria. Dúvidas existem, logo, o Tribunal do Júri deve julgar o réu. Como evidencia Paulo Lúcio Nogueira:

(...)

Diante do exposto e mais que dos autos consta, julgo procedente a denúncia para pronunciar Luiz Carlos Cardozo da Silva, brasileiro, solteiro, nascido aos 24.5.86, em Dourados-MS, filho de Wany Cardozo da Silva, residente na rua Belo Horizonte, n.º 372, Jardim Independência, em Dourados-MS, por infração ao artigo 121, § 2º, incisos I e IV c.c. artigo 14, inciso I e artigo 73, primeira parte, todos do Código Penal, ou seja, tentativa de homicídio qualificado por motivo fútil (discussão pela presença da vítima Tiago na festa), além do recurso que dificultou a defesa da vítima (ataque de surpresa), a fim de ser submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, nos termos do artigo 413 do CPP.

Na fase inquisitiva foram ouvidos os policiais responsáveis pelo atendimento da ocorrência – Giancarlo Kavacs e Haune Faker Duarte – a vítima – N. de O. L. F. –, o recorrente e as testemunhas Ederson Henrique Fernandes da Silva (f. 46-47), Thiago da Silva Rocha (f. 49), T.W. (f. 51-52), Vaneide Cardoso da Silva (f. 56) e Elizeu Ramos de Barros (f. 56).

Em juízo, foram ouvidos os policiais – Giancarlo e Haune –, a vítima, o recorrente e as testemunhas Ederson e José Pereira Brasil.

Ocorre que, diversamente da conclusão da pronúncia, tenho que as provas colhidas no feito são insuficientes quanto a autoria do delito narrado na inicial acusatória.

Os policiais responsáveis pelo atendimento da ocorrência narraram que testemunhas apontaram que o recorrente teria desferido disparos de arma de fogo contra o seu desafeto, que precariamente foi identificado como Tiago, vulgo “Gordinho”, sendo que, por erro de execução, alvejou a vítima Nathalia.

Entretanto, as citadas testemunhas que poderiam esclarecer os fatos não foram ouvidas, sequer o suposto desafeto “Tiago” foi arrolado como testemunha. Ao contrário, as testemunhas ouvidas no feito não trouxeram relevantes esclarecimentos dos fatos, bem como não confirmaram que o recorrente foi o autor do delito em tela.

Ademais, embora a vítima Nathalia, na delegacia, tenha apontado o recorrente como autor do disparo, em juízo, alterou a versão e esclareceu que não visualizou quem estaria com a arma de fogo.

Não pode ser ignorado que a testemunha Ederson, em juízo, além de declarar que não tem conhecimento do autor do disparo, registrou que há quem diga que foi o recorrente e outros apontam como autor um terceiro conhecido como “Neguinho”.

Ora, pelas provas do feito apenas há a certeza que na data fatídica estava ocorrendo preparativos para a festa de aniversário da testemunha T., sendo que a vítima Nathalia e o recorrente foram alvejados por disparo de arma de fogo, sem contudo, extrair-se a certeza necessária do autor dos referidos disparos.

Consigne-se que algumas testemunhas ouvidas no feito somente indicaram que houve uma discussão anterior na festa, mas não souberam apontar os participantes do entreveio ou o autor do disparo de arma de fogo.

De acordo com a redação do art. 413 do CPP, para o juízo de pronúncia necessária a existência de provas da materialidade do fato e indícios suficientes de autoria ou participação no delito.

Não se desconhece que neste momento limita-se a um mero juízo de admissibilidade da acusação, no qual dúvidas sobre a autoria ou sobre a intenção do acusado devem ser declinadas ao Tribunal do Júri, órgão constitucionalmente competente para julgar os crimes dolosos contra a vida.

Entretanto, frise-se que, *in casu*, não há elementos suficientes a embasar a tese acusatória de que o recorrente seria o autor do disparo que alvejou a vítima N. Sequer houve a cautela de ouvir o suposto desafeto “Tiago”, a fim de que fossem esclarecidas as circunstâncias do feito.

Há, apenas conversas de pessoas não identificadas de que o recorrente seria o autor do delito, o que, ao meu ver, não são suficientes para demonstrar os indícios de autoria e encaminhá-lo para julgamento pelo Tribunal do Júri.

Assim, diante da insuficiência de elementos a demonstrar os indícios de autoria, tenho que a impronúncia do recorrente é medida impositiva.

Por oportuno:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – JÚRI – HOMICÍDIO SIMPLES – PRONÚNCIA – IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA – Tese defensiva de negativa de autoria. Meros comentários de pessoas não identificadas de que seria o réu o autor do crime não constituem indícios suficientes de autoria a justificar a pronúncia. Decisão reformada. Impronúncia decretada, na forma do art. 414 do CPP. Recurso provido.¹

Por fim, quanto ao prequestionamento a matéria foi debatida restando desnecessária a indicação pormenorizada.

¹ Recurso em Sentido Estrito Nº 70057904633, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ricardo Coutinho Silva, Julgado em 18/06/2015

Ante o exposto, contra o parecer, dou provimento ao recurso defensivo para, com fulcro no artigo 414, do Código de Processo Penal, impronunciar o recorrente Luiz Carlos Cardozo da Silva.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso. Decisão 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 Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 27 de outubro de 2015.

1ª Câmara Criminal
Recurso n. 0002327-72.2014.8.12.0015 – Miranda
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – TENTATIVA DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO – DECISÃO DE PRONÚNCIA – PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE LESÃO CORPORAL – ALEGADA AUSÊNCIA DE *ANIMUS NECANDI* – MULTIPLICIDADE DE GOLPES DE FACA EM REGIÃO POTENCIALMENTE VITAL – CESSAÇÃO APENAS APÓS O DESARME DO RÉU – FORTES INDÍCIOS DA EXISTÊNCIA DE *ANIMUS NECANDI* – MATÉRIA AFETA AO JÚRI – INVIABILIDADE – QUALIFICADORAS – MOTIVO FÚTIL E RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA – PRETENDIDA EXCLUSÃO DA PRONÚNCIA – ELEMENTARES MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTES – ACOLHIMENTO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A multiplicidade de facadas desferidas contra a vítima em região potencialmente vital somado ao fato de que o agente teria parado de lhe desferir facadas apenas após ter sido desarmado, mostram-se incompatíveis com a tese da ausência de *animus necandi*, o que basta para afastar a almejada desclassificação do crime de tentativa de homicídio para lesão corporal grave.

Sendo manifestamente improcedentes as qualificadoras da futilidade e do recurso que dificultou a defesa da vítima, destituídas de qualquer amparo fático, devem ser expurgadas, de plano, da decisão de pronúncia.

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, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencida a 2ª vogal, parcialmente. Decisão contra o parecer.

Campo Grande, 27 de outubro de 2015.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por M. de S. da L. em face da decisão proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Miranda, que o pronunciou como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, II e IV, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal.

Em suas razões, busca a desclassificação do homicídio qualificado tentado para o crime de lesão corporal grave, alegando não ter agido com *animus necandi*, e, subsidiariamente, o afastamento das qualificadoras do motivo fútil e do recurso que dificultou a defesa da vítima.

O Ministério Público Estadual apresentou contrarrazões, pugnando pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina no mesmo sentido.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (Relator)

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por M. de S. da L. em face da decisão proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Miranda, que o pronunciou como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, II e IV, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal.

Em suas razões, busca a desclassificação do homicídio qualificado tentado para o crime de lesão corporal grave, alegando não ter agido com *animus necandi*, e, subsidiariamente, o afastamento das qualificadoras do motivo fútil e do recurso que dificultou a defesa da vítima.

Assiste-lhe parcial razão.

Ao que foi apurado nos autos até o encerramento da fase da pronúncia (*judicium accusationis*), tem-se por suficientes os elementos reunidos para a manutenção da decisão a fim de levar o recorrente a julgamento pelo Júri Popular.

Confira-se o seguinte excerto da decisão (f. 195-200):

“Na pronúncia, consoante lição de Fernando Capez¹, há um mero juízo de prelibação, pelo qual o juiz admite ou rejeita a acusação, sem penetrar no exame do mérito, devendo convencer-se apenas da existência do crime e de indícios suficientes da autoria, restringindo-se, portanto, à verificação da presença do fumus boni iuris, admitindo todas as acusações que tenham ao menos probabilidade de procedência.

O ilustre doutrinador ensina que, nesta fase, não é necessária prova plena da autoria, bastando meros indícios, isto é, a probabilidade de que o réu tenha sido o autor do crime.

Nessa fase, o acusado poderá também, ser impronunciado, se não houver qualquer prova da materialidade ou indício de autoria ou, ainda, em caráter excepcional, por implicar decisão de mérito, ser sumariamente absolvido, quando resulte nítida, clara, de modo irretorquível, a prova de excludente de culpabilidade ou ilicitude.

In casu, é irrefutável a prova da materialidade delitiva, consoante teor do laudo de corpo de delito - exame necroscópico de f. 40/41 e ficha de atendimento e prontuário médico de f. 170/190.

Também há suficientes indícios da autoria, diante da confissão do acusado, na fase judicial, de que desferiu diversos golpes de faca contra a vítima, apesar de afirmar que assim atuou para se defender; versão diversa da apresentada pelo ofendido.

Nesse passo, não merece acolhida a tese da defesa de que não haveria nos autos prova de que o acusado atuara com animus necandi, haja vista a multiplicidade de facadas desferidas conforme relato da vítima e do próprio acusado, ao menos uma delas em região potencialmente vital, consoante descrição do prontuário médico de f. 170/190 retro.

Outrossim, a vítima relata que o acusado teria parado de lhe desferir facadas apenas

¹ In **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva. 1990. p. 548.

após ter sido desarmado, situação que aliada à multiplicidade de golpes e os locais atingidos mostram-se, em princípio, incompatíveis com a tese da ausência de animus necandi, o que desautoriza seu reconhecimento, especialmente na presente fase processual, em que prevalece o princípio in dubio pro societate, merecendo a questão ser analisada, com maior profundidade, pelo Tribunal do Júri, nos termos da jurisprudência pátria, in literis:

'HOMICÍDIO – PRELIMINAR – AUSÊNCIA DE EXAME DE CORPO DE DELITO – LEGÍTIMA DEFESA – QUALIFICADORAS – MOTIVO FÚTIL E SURPRESA – A juntada do laudo de necropsia após o encerramento da instrução não conduz à anulação do processo, se demonstrada a materialidade por outro meio de prova. Sendo a pronúncia mero juízo de admissibilidade da acusação, não se pode acolher a legítima defesa, se essa tese não se encontra indubitavelmente demonstrada nos autos. Havendo, nessa fase, indícios de ter o réu agido com vontade de matar, deve ele ser pronunciado, vez que prevalece o princípio do in dubio pro societate. Sendo o crime precedido de discussão, não se pode dizer que a vítima tenha sido colhida de surpresa. (TJMG RSE 000.242.308-5/00 3ª C.Crim. Rel. Des. Mercêdo Moreira J. 30.10.2001).

Portanto, havendo prova da materialidade delitiva e indícios suficientes de que fora o acusado o autor das facadas, e não merecendo acolhida, em princípio, a tese defensiva de desclassificação para o crime de lesões corporais, é caso de pronúncia do acusado.

Nesse passo, é de se ter presente que há nos autos duas vertentes para os fatos ocorridos na ocasião narrada na denúncia.

A vítima afirma que foi à residência do acusado resgatar objetos furtados de sua casa e que teve autorizada sua entrada pela companheira do réu. A vítima também afirmou que, quando chegou na residência do acusado, visualizou o mesmo se evadir, mas que este retornou posteriormente, saiu detrás da casa e passou a esfaqueá-lo. O ofendido afirma que não percebeu a aproximação do réu e quando se deu conta já estava esfaqueado, o que autoriza inferir que fora surpreendido. A vítima relata, ainda, ter entrado em luta corporal e tido êxito em desarmar o denunciado, esclarecendo que D.D.P. limitou-se a lhe dar carona, tendo permanecido no automóvel.

Por outro lado, o acusado afirma que a vítima invadiu sua residência, sem qualquer autorização, durante o repouso noturno, armado de uma faca, acompanhado de terceira pessoa, ameaçando-o, assim como sua família. O réu afirma que a vítima teria investido contra si e que desferiu as facadas contra a mesma para se defender.

Em tal situação, há dúvidas quanto ao efetivo iter criminis e a efetiva motivação do crime, diante da discrepância dos relatos da vítima e do acusado, o que recomenda a manutenção da qualificadoras imputadas na denúncia, por ser necessária análise mais aprofundada da quaestio, inviável na presente fase, devendo ser submetida a apreciação do Tribunal do Júri, que é Juiz natural competente para dirimir as controvérsias dos crimes dolosos contra a vida.

Portanto, havendo prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria, deve ser o acusado julgado pelo Juiz natural da causa, mantida as qualificadoras do motivo fútil e do recurso que dificultou a defesa da vítima, por não serem manifestamente descabidas.

Nesse sentido, confira-se, jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, in literis:

'O juiz de 1º grau e o Tribunal agiram em consonância com a doutrina pátria e com a remansosa jurisprudência firmada na âmbito dos tribunais estaduais. Realmente, salvo em hipóteses excepcionalíssimas, ou seja, quando a circunstância qualificadora for manifestamente improcedente e de todo descabida, o juiz não pode excluí-la da pronúncia, sob pena de usurpar competência constitucional do Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII,

da CF/1988). (STJ Recurso Especial nº 58279-MG Rel. Adhemar Maciel 6ª Turma j. 26.03.1996 DJ 16.09.1996, pág. 33798).

Posto isso, com fundamento no art. 408 do Código de Processo Penal, pronuncio M. de S. da L., qualificado nos autos, para que seja submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incisos II e IV c/c art. 14, inciso II, do Código Penal, consoante fundamentação supra.”

Inicialmente, impende registrar que o Código de Processo Penal, em seu artigo 413, trata da pronúncia. Vejamos a redação desse dispositivo:

“Art. 413. O juiz, fundamentadamente pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou participação.

§ 1º A fundamentação da pronúncia limita-se à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena.

Da leitura do dispositivo, percebe-se que a decisão, na fase da pronúncia, trata-se de mero juízo de prelibação, ou seja, basta que o julgador indique a prova da materialidade e a existência de indícios suficientes de autoria ou participação para declinar ao Tribunal do Júri, órgão constitucionalmente competente, o julgamento dos crimes contra a vida.

Em casos tais, esse Sodalício tem entendimento uníssono no sentido de que se impõe a pronúncia, para que o Tribunal do Júri decida sobre o mérito da acusação, *in verbis*:

“EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO TENTADO – SENTENÇA DE PRONÚNCIA – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA – LEGÍTIMA DEFESA NÃO EVIDENCIADA – IMPOSSIBILIDADE – SOBERANIA DO JÚRI – RECURSO IMPRÓVIDO.

Demonstrada a materialidade e havendo indícios de autoria, compete ao Juiz pronunciar o réu, submetendo-o ao julgamento pelo juiz natural: o Tribunal do Júri.” (Recurso em Sentido Estrito n. 2009.006247-8/0000-00 – Amambai. Relator - Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes).

“EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO QUALIFICADO – ART. 121, §2.º, I, DO CP – MOTIVO TORPE – PRONÚNCIA – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA – IMPOSSIBILIDADE – LEGÍTIMA DEFESA NÃO COMPROVADA – PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATE – RECURSO IMPRÓVIDO.

Havendo qualquer dúvida sobre a existência da excludente da legítima defesa, o tema deve ser submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri, visto que a absolvição sumária só é possível nesta fase, quando a excludente é incontroversa.” (Recurso em Sentido Estrito n. 2008.025808-3/0000-00 – Aquidauana. Relator – Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte).

Embora inexistam dúvidas a respeito da materialidade e autoria delitiva, tanto que não estão sendo questionadas pela defesa, aquela vem estampada pelo laudo de corpo de delito (f. 40-41) e ficha de atendimento e prontuário médico (f. 170-190), enquanto esta repousa na confissão judicial do recorrente M. de S. da L., que confirmou ter desferido golpes de faca contra a vítima.

Almeja o recorrente obter a desclassificação do crime de tentativa de homicídio para lesão corporal grave, previsto no art. 129, § 1º, II, do Código Penal, ao argumento de que não atuou com *animus necandi*.

A meu ver, não se sustenta a alegação defensiva, diante da multiplicidade de facadas desferidas contra a vítima na região torácica, potencialmente vital, bem como na região ocular, consoante descrição do prontuário médico de f. 170-190, o que afasta, ao menos nesta fase de juízo de prelibação, a tese de que assim teria agido apenas para defender-se.

Ademais, segundo relatou a vítima, o réu teria parado de lhe desferir facadas apenas após ter sido desarmado, situação que, aliada à multiplicidade de golpes e os locais atingidos, mostram-se incompatíveis com a tese da ausência de *animus necandi* defendida pelo recorrente.

Sendo assim, não se pode afirmar, de forma inequívoca, que a dinâmica dos fatos apresentada pelo recorrente corresponda à realidade, cabendo ao Conselho de Sentença sopesar as provas e apreciar a existência ou não de *animus necandi* em sua conduta.

Não se está aqui a afirmar que o recorrente não agiu em legítima defesa ou que necessariamente atuou com dolo, apenas que há elementos nos autos que tornam possível o teor da denúncia, cabendo aos jurados, na oportunidade própria, examinar a prova e dar o seu veredicto, escolhendo entre as versões plausíveis neles existentes.

Mantem-se, pois, a pronúncia do recorrente pela suposta prática do crime doloso contra a vida na modalidade tentada.

Por outro lado, no que tange às qualificadoras, registre-se que é pacificado nos Tribunais Superiores que elas só podem ser excluídas da decisão de pronúncia quando manifestamente improcedentes, ou seja, destituídas de qualquer amparo fático.

Nesse sentido, trazemos um precedente do Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO REGIMENTAL PROCESSUAL PENAL – ART. 121, § 2º, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL – PRONÚNCIA – QUALIFICADORA – ALEGAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA QUE A DECISÃO MONOCRÁTICA REEXAMINOU PROVA – NÃO OCORRÊNCIA – AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO – 1. A exclusão das qualificadoras, na pronúncia, somente pode ocorrer quando se verificar, de plano, sua improcedência, o que não se reconhece na espécie, sendo vedado nessa fase valorar as provas para afastar a imputação concretamente apresentada pela acusação, sob pena de se usurpar a competência do juiz natural da causa, o Tribunal do Júri. (...) 3. Agravo a que se nega provimento” (AgRg no REsp nº 842.090/RS, Rel. Min. Jane Silva)

In casu, analisando o conjunto probatório, denota-se que a incidência da qualificadora do motivo fútil - aquele insignificante, banal, apresentando desproporção entre o crime e sua causa moral - é totalmente descabida. Afinal, embora não se justifique a investida do recorrente, o motivo não me parece insignificante, visto que a vítima teria adentrado em sua residência, com ou sem permissão, atribuindo-lhe a prática do delito de furto de alguns objetos, dentre os quais: facão, botijão de gás e algumas lâmpadas, quando dispunha de todos os meios legais. Aliás, a vítima sequer trouxe aos autos registro da ocorrência do tal furto ocorrido em sua residência.

Até concordo que poder-se-ia cogitar em futilidade se a conduta praticada pelo recorrente tivesse como motivação uma simples discussão envolvendo um “botijão de gás”, mas não. Pelo que se tem de prova nos autos, deu-se em decorrência da ousadia e ofensa grave perpetrados pela vítima, que adentrou na residência do recorrente, imputando-lhe a prática do crime de furto, que sequer restou comprovado.

Afasta-se, pois, a qualificadora do inc. II, § 2º, art. 121, do Código Penal.

No que tange à qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima, também não há como permanecer na pronúncia. Explico.

Segundo narra a peça vestibular, “(...) o homicídio é qualificado pelo recurso que dificultou a defesa da vítima, já que o acusado chegou por trás da vítima e, de surpresa, desferiu várias facadas naquela”.

Ocorre que, mesmo havendo nos autos duas versões para os fatos, de um lado a sustentada por M. e sua companheira V., dando conta que a vítima adentrou armado em sua residência, pretendendo resgatar um botijão de gás de sua propriedade que teria sido furtado, quando então entraram em luta corporal, tendo aquele desferido vários golpes de faca contra E.B.F, de outro a relatada pelo próprio ofendido Edson, de que após ameaçar comunicar os fatos à polícia, V.franqueou a sua entrada na residência para a retirada do botijão de gás, sendo que, quando colocava o objeto no carro, foi alvejado por trás com os golpes de faca, o que desnuda esta última versão é justamente o depoimento prestado por D.D.P., que acompanhava Edson no dia dos fatos, a qual afirmou na única ocasião em que foi inquirida (f. 43), que “(...) Em seguida, um homem, depois soube que se tratava de M., veio da direção do morro, armado com uma faca, o mesmo discutiu com Edson (...)”.

Destarte, está mais do que claro que, se não entraram em luta corporal, como afirmou o recorrente, ao menos houve uma discussão anterior aos golpes efetuados por M.L contra Edson, como relatou a testemunha Dione, o suficiente para afastar a incidência da qualificadora em comento.

Em arremate, pedindo venia aos que entendem em sentido contrário, submeter à apreciação do Conselho de Sentença o reconhecimento ou não das qualificadoras do motivo fútil e recurso que dificultou a defesa da vítima, quando já se pode expurgas-la de plano, seria possibilitar aos jurados, no caso de reconhecimento, condenar o recorrente por crime deveras mais severo do que o pretendido.

Posto isso, dou parcial provimento ao recurso em sentido estrito interposto por M. de S. da L., apenas para decotar as qualificadoras do motivo fútil e do recurso que dificultou a defesa da vítima, restando pronunciado como incurso nas sanções do art. 121, *caput*, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal. Decisão contra o parecer.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (1º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

A Sra. Des. Maria Isabel de Matos Rocha (2º Vogal)

M. de S. da L interpôs recurso em sentido estrito manifestando seu inconformismo com a decisão proferida pelo Juízo da 1ª Vara da comarca de Miranda, que o pronunciou como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, II e IV, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal.

Busca a desclassificação do homicídio qualificado tentado para o crime de lesão corporal grave, alegando não ter agido com *animus necandi*, e, subsidiariamente, o afastamento das qualificadoras do motivo fútil e do recurso que dificultou a defesa da vítima.

O i. relator conheceu do recurso, dando-lhe parcial provimento, apenas para decotar as qualificadoras do motivo fútil e do recurso que dificultou a defesa da vítima, restando o pronunciado como incurso nas sanções do art. 121, *caput*, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal.

Meu voto é divergente em parte, eis que entendo ser o caso de manter a qualificadora referente ao recurso que dificultou a defesa da vítima, pedindo vênias para invocar as mesmas razões e fundamentos do Parecer Ministerial, no ponto questionado, o qual passo a transcrever (f. 240/245):

“No mérito, há de ser improvido.

M. de S. da L. foi denunciado como incurso nas penas do art. 121, §2º, II e IV, c.c art. 14, II, todos do Código Penal, porque (f. 1-6):

(...) no dia 5 de novembro de 2014, por volta das 21h56min, na residência situada na rua Projetada, s/n, Vila Morro Verde, em Bodoquena/MS, o denunciado, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, imbuído de motivação fútil e valendo-se de recurso que impossibilitou a defesa da vítima, iniciou a execução do crime de homicídio em desfavor de Edson Barros Flores, apenas não consumando seu intento por circunstâncias alheias à sua vontade.

(...)

A vítima, por sua vez, deslocou-se à residência do autor para ter seus pertences restituídos, ocasião em que, sendo franqueada a entrada daquela no imóvel pela companheira de M., este acometeu Edson por trás, desferindo-lhe diversos golpes de faca, atingindo-o, por consequência, na região torácica e ocular; o que demonstrou cabalmente a utilização de recurso que impossibilitou a defesa da vítima, pelo autor.

(...).

Como sabido, a decisão de pronúncia encerra mero juízo de admissibilidade da acusação, devendo ser prolatada quando o juiz constata prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, conforme explicita o art. 413 do Diploma Processual Penal.

(...)

Deveras, o acusado desferiu diversos golpes de faca contra a vítima na região torácica, onde estão alojados os principais órgãos vitais, bem como na região ocular, o que afasta a tese de que agiu apenas para defender-se.

Existem, portanto, indícios conducentes à decisão de pronúncia, sendo que quaisquer dúvidas acerca do animus necandi deve ser sanada pelo Conselho de Sentença, que detém competência para julgar delitos dessa natureza, a teor do que dispõe a Constituição da República.

(...)

Quanto ao pedido de exclusão das qualificadoras do recurso que dificultou a defesa da vítima e motivação fútil, igualmente existem nos autos indícios suficientes de sua existência, os quais autorizam a pronúncia do acusado nesta primeira fase procedimental

Sustenta o recorrente que o motivo da reação violenta foi o fato de a vítima ter adentrado sua residência, acompanhada de mais uma pessoa e imputando-lhe a prática de um crime, fato que o atemorizou, fazendo com que cometesse o delito.

Defende, ainda, que sua atuação não dificultou a defesa da vítima, considerando que ela foi que se dirigiu à sua residência, bem como que o primeiro golpe de faca não foi desferido pelas costas.

Entretanto, a vítima, em seu depoimento judicial, asseverou que ao aportar na residência do acusado, sua companheira lhe franqueou a entrada para que resgatasse o botijão de gás furtado, e, ao abaixar-se para carregar o objeto, foi atingido pelas costas pelo autor, circunstância que atrai a incidência da qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima.

(...) Sendo assim, inadmissível falar em qualificadoras incabíveis.”

Acompanho em parte o Relator para dar parcial provimento ao recurso e afastar a qualificadora da motivação fútil, pois não constato de plano indícios relevantes de motivação fútil.

Porém diverjo do relator para manter a qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima, devendo tal questão ser submetida à decisão do Júri.

Conclusão:

Ante o exposto, em parte com o parecer, dou parcial provimento ao apelo de M. de S. da L., somente para decotar a qualificadora do motivo fútil, mas mantenho a outra qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencida a 2ª vogal, parcialmente decisão 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 Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 27 de outubro de 2015.

1ª Câmara Criminal
Apelação n. 0005400-79.2010.8.12.0019 - Ponta Porã
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO CULPOSO – SENTENÇA CONDENATÓRIA – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA – PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PARTICULAR – CORTE DE ÁRVORE – INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO CONTRATUAL ENTRE RÉU E VÍTIMA, AINDA QUE INFORMAL - NÃO OBSERVÂNCIA DO DEVER DE CUIDADO – NEGLIGÊNCIA QUE NADA CONTRIBUIU PARA O EVENTO MORTE – AUTOCOLOCAÇÃO EM SITUAÇÃO DE PERIGO – PRETENSÃO ACOLHIDA - ABSOLVIÇÃO DECRETADA – RECURSO PROVIDO.

Inexistindo relação contratual entre acusado e vítima, nem mesmo informal, para que esta, visivelmente embriagada, viesse a “auxilia-lo” na prestação de serviço de corte de árvore, tendo, por sua própria conta e risco, imaginando que o tronco da árvore pudesse cair e quebrar a calçada, se agarrado a ele, caindo ao chão e falecendo em razão dos ferimentos, afigura-se temerário querer atribuir àquele a culpa pelo evento morte, haja vista que, ainda que não tenha tomado os cuidados necessários para o corte, sua negligência em nada contribuiu para o óbito da vítima, que se autocolocou em situação de perigo. Atipicidade da conduta. Absolvição decretada.

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, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, contra o parecer.

Campo Grande, 17 de novembro de 2015.

Des. Romero Osme Dias Lopes - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

O acusado Luiz Loude dos Santos Benites foi condenado à pena 1 ano de detenção, em regime aberto, a qual foi substituída por uma pena restritiva de direitos, como incurso no art. 121, § 3º, do Código Penal, porque, segundo consta, no dia 05 de maio de 2010, por volta das 17hs, na Rua Algacir Pissini n. 210, Bairro Ipê II, na cidade de Ponta Porã, agindo sem as cautelas necessárias para o exercício de sua atividade, cometeu homicídio culposo em face da vítima Valnei Merquides Cedro.

Irresignado com a sentença condenatória, o réu recorre a esta Corte pleiteando sua absolvição por atipicidade da conduta, com fulcro no art. 386, III, do CPP, sustentando que houve culpa exclusiva da vítima. Ao final requestiona a matéria.

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça é pelo não provimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (Relator)

O acusado Luiz Loude dos Santos Benites foi condenado à pena 1 ano de detenção, em regime aberto, a qual foi substituída por uma pena restritiva de direitos, como incurso no art. 121, § 3º, do Código Penal, porque, segundo consta, no dia 05 de maio de 2010, por volta das 17hs, na Rua Algacir Pissini n. 210, Bairro Ipê II, na cidade de Ponta Porã, agindo sem as cautelas necessárias para o exercício de sua atividade, cometeu homicídio culposo em face da vítima Valnei Merquides Cedro.

Irresignado com a sentença condenatória, o réu recorre a esta Corte pleiteando sua absolvição por atipicidade da conduta, com fulcro no art. 386, III, do CPP, sustentando que houve culpa exclusiva da vítima.

Coberto de razão o recorrente.

Após examinar detidamente as provas coligidas nos autos, chamou-me a atenção a suposta contratação, ainda que verbal, da vítima pelo apelante, para auxiliar-lhe no corte da árvore, a meu ver, crucial para o deslinde da ação penal.

Narra a denúncia:

*“Consta do incluso inquérito policial que, no dia 05 de maio de 2010, por volta das 17horas, na Rua Algacir Pissini n.210, bairro Ipê II, nesta cidade, o denunciado **Luiz Loude dos Santos Benites**, agindo sem as cautelas necessárias para o exercício de sua atividade, cometeu homicídio culposo em face da vítima **Valnei Merquides Cedro**.*

*Segundo foi apurado, na data dos fatos o denunciado foi contratado pela pessoa de **Fernando Alves Pereira** para cortar uma árvore em frente à sua residência.*

Para tanto, o denunciado negligenciou em relação aos cuidados necessários para a realização do serviço, uma vez que este não fazia uso dos equipamentos de segurança obrigatório, bem como não tinha autorização para Corte de Árvore ou Poda (emitido pela prefeitura).

Naquela ocasião o denunciado contava com o auxílio da vítima Valnei Merquides Cedro, que também não fazia uso de equipamentos de segurança.

Apurou-se no Laudo Pericial n. 5.382/10, que o tronco da árvore apresentou sinais de travamento da motosserra e uma vez que o corte já estava finalizado, a vítima foi atingida pela árvore e, em razão dos ferimentos, veio a óbito.(f.26-35)

Laudo necroscópico apontou que a vítima sofreu Trauma Craniano (f.11-14)” (destaquei)

Entretanto, após trazer toda a prova produzida nos autos (interrogatório do réu e depoimentos das testemunhas arroladas), a juíza julgou procedente a pretensão deduzida na inicial e condenou o ora apelante como incurso nas sanções do art. 121, § 3º, do Código Penal, asseverando:

“Pois bem, por tudo o que foi apurado no feito, observa-se que a vítima de fato agiu de forma temerária, já que, por seu estado de embriaguez, aproximou-se de onde estava sendo cortada a árvore, e se agarrou a ela, antes de ela cair. Portanto, é evidente que neste caso a vítima concorreu para o resultado.

Contudo, mesmo assim, observa-se que o acusado não observou totalmente o seu dever de cuidado, quanto à atividade perigosa que desenvolvia. O réu comprovadamente não se precaveu do raio em que o tronco da árvore poderia cair, nem isolou a área.

Ademais, poderia ter evitado o acidente em questão, cortando em pequenas partes, porém, de forma desidiosa já foi ao corte no 'pé da árvore'.

Também poderia ter utilizado cordas, a fim de direcionar o tombamento.

No entanto, mesmo com tamanha experiência, a qual se proclama aos autos, não tomou nenhuma desses cuidados, mormente quando sabia que havia um bêbado perturbando o seu trabalho, e se aproximando perigosamente.

Portanto, apesar da atitude afigura sua negligência e imprudência ao caso em tela.

Assim entendo que restou evidenciadas a negligência e a imprudência da atitude do réu, não pairando dúvidas de que o mesmo foi criminalmente responsável pela morte da vítima.

E, nesse sentido, é cediço que "Crime culposo é o que se verifica quando o agente, deixando de observar o dever de cuidado, por imprudência, negligência e imperícia, realiza voluntariamente uma conduta que produz resultado naturalístico, não previsto nem querido, mas objetivamente previsível, e excepcionalmente previsto e querido, que podia, com a devida atenção, ter evitado" - (MASSON, Cleber, Direito penal esquematizado - Parte geral, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, pág. 277, vol 1.).

De outro lado, digno de nota é que na seara criminal, não há concorrência de culpas (cada qual, responde pelo seu evento naturalístico), portanto, além de insubsistente, os argumentos utilizados pelo réu em atribuir a culpa concorrente a vítima não elide sua responsabilidade criminal.

Portanto, no caso versado, resta comprovado ter o réu incorrido no crime descrito no artigo 121, § 3º, do Código Penal.

Isso posto, julgo procedente a denúncia oferecida pelo Ministério Público, para condenar o réu Luiz Loude Dos Santos Benites, Qualificado no preâmbulo deste ato sentencial, nas penas do artigo 121, § 3º, do Código Penal."

Ora, diferentemente do narrado na vestibular, não houve qualquer relação contratual entre vítima e réu, nem mesmo informal, para que aquela viesse a "auxilia-lo" no corte da árvore na residência de Fernando Alves Pereira, limitando-se a prestação de serviço entre Fernando e Luiz.

O que sucedeu foi que a vítima Valnei Merquides Cedro, visivelmente bêbada, como de costume, vez que todas as testemunhas ouvidas foram unânimes em afirmar que ela andava embriagada perambulando pelas ruas, imaginando que o tronco da árvore que estava sendo cortada pelo apelante pudesse cair e quebrar a calçada, agarrou-se a ele, caindo ao chão e falecendo em razão dos ferimentos.

A tragédia, nome mais apropriado para o ocorrido, jamais teria se concretizado se a vítima, completamente embriagada, não tivesse se aproximado e se agarrado ao tronco da árvore que estava sendo cortada. Afinal, o apelante não a chamou, tampouco a contratou para auxilia-lo no serviço.

Logo, parece-me temerário querer atribuir ao apelante a culpa pelo evento morte, sob a justificativa de que não teria observado o dever de cuidado quanto à atividade que desenvolvia, seja isolando a área, seja cortando em pequenas partes a árvore.

Até concordo que o apelante deixou de tomar os cuidados necessários para o corte da árvore e poderia ter utilizado de melhor técnica na atividade; no entanto, sua negligência em nada contribuiu para a morte da vítima que, imaginando uma situação, aproximou-se do local dos fatos e agarrou-se a um tronco da árvore, vindo a cair e falecer por culpa exclusivamente sua e de mais ninguém. É dizer, a própria vítima se colocou em situação de risco e, ainda que o réu não possuísse autorização para o corte da árvore, problema meramente administrativo, e não tenha se precavido para a realização da atividade, tal “negligência”, se é que houve, não foi a causa determinante da morte de Valnei. Apenas seria o caso de responsabilizá-lo pela morte da vítima se, ao realizar o corte, o tronco da árvore tivesse caído e a atingido enquanto passava pelo local, já que, repito, não havia isolamento da área.

Sobre a exclusão da tipicidade em casos desse jaez, tem-se a lição do mestre e doutor em Direito Penal, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, cujo espírito inovador na adoção das modernas teorias penais é indiscutível, que bem explana na obra *“Teoria da Imputação Objetiva: sua aplicação aos delitos omissivos no direito penal brasileiro”*:

“Outra hipótese em que pode ocorrer a exclusão da imputação dá-se quando o perigo é provocado pela vítima e proveniente de sua vontade, mesmo conhecendo o risco existente em sua ação.

A razão da exclusão da imputação, nos casos em que a vítima se autocoloca em situação de perigo, assim como se dá quando ela consente com a agressão ao bem jurídico de que é titular, reside na linha políticocriminal assumida pela teoria da imputação objetiva, focada em uma visão do Direito Penal que deve agir como ultima ratio, analisando os tipos penais de acordo com sua finalidade dentro do contexto social em que atuam.

Por isso, em regra, a vítima, com capacidade de discernimento, conhecendo o perigo da posição em que se autocoloca, age diante do direito por risco próprio, ainda que a sua decisão tenha, por exemplo, origem em instigação de terceiro.

(...)

O grande número de casos possíveis de autocolocação da vítima em situação de risco ou perigo, aliado ao fato de se tratar de um critério de origem político-criminal, impede a construção de regras gerais que possam servir indiscriminadamente a todas as situações.

Claus Roxin comenta algumas decisões do Tribunal Superior Federal alemão sobre hipóteses de autocolocação em perigo pela vítima. Um caso refere-se a uma aposta de corrida de motocicletas entre A e B, em que ambos estavam embriagados, mas completamente imputáveis. Em virtude de erro cometido por ele mesmo, B falece em razão de acidente. O Tribunal condenou A por entender ter ele “causado de modo contrário ao dever um resultado previsível e evitável”. Quanto a essa decisão, Claus Roxin entende que, como B ainda se encontrava plenamente imputável, e por isso vislumbra por completo o resultado, este não poderia ser imputado a A, por não se compreender no âmbito de alcance do tipo.

Em outra situação, A entrega heroína a B, para uso deste, estando ambos conscientes do perigo do consumo da droga. B injeta a substância e falece. Em caso semelhante, O Tribunal alemão já havia antes condenado o fornecedor de heroína por homicídio culposo. Entretanto, nesta decisão comentada por Claus Roxin, houve uma mudança da posição do Tribunal, reconhecendo a autocolocação em risco pela vítima, inocentando pela sua morte o agente facilitador ou provocador da referida autocolocação. Lembra Claus Roxin, entretanto, que a simples entrega de tóxicos é severamente punida na Alemanha.

A mesma interpretação aplica-se, também, a todos os casos em que pessoas se colocam em situações de risco para salvar alguém de um perigo que este último provocou, como um incêndio, um desmoronamento ou afogamento. Vindo a falecer o salvador, a morte não pode de ser imputada àquele que foi salvo, mesmo tendo sido ele quem praticou a primeira situação de perigo, já que são comportamentos de risco distintos.

Como já salientado, as possibilidades práticas são muitas e o importante é o alcance dessa construção doutrinária, que leva em consideração o homem e seu direito à autodeterminação, como parte integrante de sua dignidade.” (SP. Pillares, p. 132. Ed. 2010, p. 129-130).

Posto isso, dou provimento ao recurso interposto por Luiz Loudes dos Santos Benites, para absolvê-lo do crime de homicídio culposo, previsto no art. 121, § 3º, do Código Penal, com supedâneo no art. 386, III, do Código de Processo Penal. Decisão contra o parecer.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, 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 Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 17 de novembro de 2015.

2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0000808-60.2012.8.12.0006 - Camapuã
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ESTATUTO DO DESARMAMENTO – POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA, SEM ACESSO À MUNIÇÃO – ATIPICIDADE DA CONDUTA – RECURSO PROVIDO.

A posse ou porte de arma desmuniçada e sem acesso à munição no local dos fatos, sem chance de uso, não configura crime, sob pena de violação dos princípios da ofensividade e da razoabilidade.

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. Decisão contra o parecer.

Campo Grande, 16 de novembro de 2015.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Claudemir Souza dos Santos interpõe recurso de apelação contra sentença proferida pela 2ª Vara da comarca de Camapuã que o condenou à pena de um ano de detenção, em regime aberto, e 10 dias-multa, pela prática do crime de posse ilegal de arma e fogo de uso permitido, com substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

Pugna pela sua absolvição por atipicidade da conduta já que a arma de fogo estava desmuniçada.

As contrarrazões foram apresentadas (p. 264-268).

O parecer da Procuradoria de Justiça é pelo improvimento do recurso (p. 277-287).

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Claudemir Souza dos Santos contra sentença proferida pela 2ª Vara da comarca de Camapuã que o condenou à pena de um ano de detenção, em regime aberto, e 10 dias-multa, pela prática do crime de posse ilegal de arma e fogo de uso permitido, com substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

Pugna pela sua absolvição por atipicidade da conduta já que a arma de fogo estava desmuniada.

As contrarrazões foram apresentadas (p. 264-268).

O parecer da Procuradoria de Justiça é pelo improvimento do recurso (p. 277-287).

O recurso deve prosperar.

O réu foi condenado porque em 28.7.2012, por volta das 23h40, na Fazenda Guanabara, zona rural da cidade de Camapuã, foi encontrado na sua posse, em guarda na sua residência, arma de fogo em desacordo com determinação legal ou regulamentar. A apreensão se deu após o réu embriagar-se durante uma comemoração e ter se desentendido de um dos participante da festa, afirmando que iria buscar sua arma para matar todos que ali estavam. Diante do ocorrido foi acionada a Polícia Militar que se deslocou até a residência do denunciado, local onde a esposa deste entregou espontaneamente a arma de seu marido, uma espingarda calibre 22, marca Beretta, a qual estava guardada no interior do imóvel.

Na hipótese, a arma de fogo não se encontrava muniada, conforme se confere no auto de apreensão de p. 18 e laudo pericial de p. 87-92.

Pois bem, aponto que deve prevalecer o posicionamento antes adotado pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de a arma de fogo não muniada afasta a tipicidade do delito de porte ilegal, conforme a seguinte ementa:

“HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ARMA DESMUNICIADA. ATIPICIDADE DA CONDUTA.

1. Na linha da orientação da Sexta Turma desta Corte, o fato de a arma de fogo estar desmuniada afasta a tipicidade do delito de porte ilegal de arma de fogo.

2. Ordem concedida para, com base no art. 386, III, do CPP, absolver a paciente da acusação que lhe é dirigida por porte ilegal de arma de fogo de uso permitido.” (HC 124.907/MG, Rel. Ministro OG Fernandes, Sexta Turma, julgado em 06/09/2011, DJE 19/10/2011)

Trata-se de crime de perigo abstrato indireto, pois o simples porte da arma (em péssimas condições de uso) sem a possibilidade de ser prontamente muniada não caracteriza o tipo penal em comento, ante a ausência de possibilidade de ofensividade jurídica, devendo ser reconhecida a atipicidade da conduta.

Vejamos a lição de Luiz Flávio Gomes, comentando um julgado do Supremo Tribunal Federal:

“O STF (1ª Turma), desde 25 de maio de 2004, no ROHC 81.057-SP, firmou posição no sentido de que arma desmuniada (e sem chance de ser muniada rapidamente) não constitui o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo. A jurisprudência assentada pelos tribunais brasileiros, antes, era no sentido contrário (cf.: STJ, HC 14.747, Gilson Dipp, DJU de 19.03.01, p. 127). Esse entendimento assim como os votos dos Ministros Ellen Gracie e Ilmar Galvão (no referido ROHC 81.057-SP) tinham como fundamento a natureza abstrata do perigo incriminado pelo legislador.

Isso tudo perdeu validade dentro do moderno Direito penal, guiado pelo princípio da ofensividade (cf. GOMES, Luiz Flávio, Princípio da ofensividade no Direito penal, São Paulo: RT, 2002). Todo tipo penal fundado literalmente em perigo abstrato deve ser interpretado e adequado à visão constitucional do Direito penal (assim: Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa e Cezar Peluso, que foram votos vencedores).

Arma desmuniada e, ademais, sem nenhuma possibilidade de sê-lo, não ostenta nenhuma potencialidade lesiva, porque não é apta para efetuar disparos. O Min. Sepúlveda Pertence, com o costumeiro acerto, foi ao cerne da questão: se a arma está desmuniada não conta com potencialidade lesiva, logo, não é arma de fogo. Falta o objeto material do delito (sobre o qual recai a conduta do agente). Arma desmuniada é arma, porém, não é fogo. E o que a lei incrimina (no Estatuto do Desarmamento) é a arma de fogo.

O equívoco, que estava presente no voto da Min. Ellen Gracie, vem espelhado na confusão que se fez entre potencialidade lesiva e poder de intimidação. Não há dúvida que arma desmuniada tem poder intimidativo e quando usada para ameaçar pessoas constitui o crime de ameaça, de roubo etc. Quando o ladrão aponta uma arma, num roubo, a vítima não pergunta se a arma está ou não muniada. Por isso que seu uso configura o roubo. Mas uma coisa é a arma usada como instrumento de um crime (de um roubo, por exemplo), outra distinta é a arma como objeto material do crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo.

Poder de intimidação também têm a arma de brinquedo, a arma inapta, a arma quebrada, a arma de sabão ou qualquer outro instrumento lesivo (real ou fictício). A criminalização da arma de fogo, considerada em si mesma, entretanto, não tem como fundamento esse poder de intimidação (fundado nas teorias subjetivistas, que alimentam o danoso Präventionstrafrecht), senão a sua potencialidade lesiva concreta (teorias objetivistas, que demarcam o Verletzstrafrecht).

A conduta, para criar um risco proibido relevante, nos termos da incriminação contemplada no Estatuto do Desarmamento, deve reunir duas condições: (a) danosidade efetiva da arma, leia-se, do objeto material do delito (potencialidade lesiva concreta) e (b) disponibilidade (possibilidade de uso imediato e segundo sua específica finalidade). O resultado da soma dessas duas categorias (ou exigências) nos dá a ideia exata da ofensa típica a um bem jurídico supraindividual (certo nível de segurança coletiva) ou, mediamente, aos bens individuais (vida, integridade física etc.).

O crime de posse ou porte de arma ilegal, em síntese, só se configura quando a conduta do agente cria um risco proibido relevante (que constitui exigência da teoria da imputação objetiva). Esse risco só acontece quando presentes duas categorias: danosidade real do objeto + disponibilidade, reveladora de uma conduta dotada de periculosidade. Somente quando as duas órbitas da conduta penalmente relevante (uma, material, a da arma carregada, e outra jurídica, a da disponibilidade desse objeto) se encontram é que surge a ofensividade típica. Nos chamados “crimes de posse” é fundamental constatar a idoneidade do objeto possuído. Arma de brinquedo, arma desmuniada e o capim seco (que não é maconha nem está dotado do THC) expressam exemplos de inidoneidade do objeto para o fim de sua punição autônoma.

Exatamente nesse mesmo sentido acha-se a munição desarmada (leia-se: munição isolada, sem chance de uso por uma arma de fogo) assim como a posse de acessórios de uma arma. Não contam com nenhuma danosidade real. São objetos (em si mesmos considerados) absolutamente inidôneos para configurar qualquer delito. Todas essas condutas acham-se formalmente previstas na lei (Estatuto do Desarmamento), mas materialmente não configuram nenhum delito. Qualquer interpretação em sentido contrário constitui, segundo nosso juízo, grave ofensa à liberdade e ao Direito penal constitucionalmente enfocado.” (GOMES. Luiz Flávio. Arma desmuniada versus Munição desarmada. 2004. Disponível em: <<http://www.portalielf.com.br>>. Acesso em: 05 jul. 2004).”

Ressalto que a dispensa de dano efetivo ou perigo de dano (concreto ou abstrato) a *outram* não se coaduna com a teoria do delito e a faceta atual da ciência penal.

O Direito Penal é a *ultima ratio* da intervenção estatal, não devendo intervir em condutas desprovidas de efetiva lesão ou perigo de lesão a bem jurídico tutelado, em obséquio ao princípio da lesividade.

Bem por isso que Nilo Batista e Eugenio Raúl Zaffaroni advertem para a impropriedade da construção doutrinária do “dano normativo”, presumido pela norma:

“No direito penal essa opção constitucional se traduz no princípio da lesividade, segundo o qual nenhum direito pode legitimar uma intervenção punitiva quando não medie, pelo menos, um conflito jurídico, entendido como a afetação de um bem jurídico total ou parcialmente alheio [...] O delito sempre implica uma lesão: não reconhecer que essa lesão é aquela sofrida pela vítima significa, automaticamente, transferir a lesão para um titular alternativo, que em geral é o estado [...] A legislação contemporânea tende também a minimizar o bem jurídico, mediante a proliferação de tipos do chamado perigo abstrato e além disso, na sociedade de risco da revolução tecnológica, mediante a tipificação de atos de tentativa e inclusive de atos preparatórios. Toda debilitação do bem jurídico importa numa paralela deterioração de sua objetividade, o que se agrava até o extremo de, ultrapassando o confisco da vítima, ser ela suprimida, mediante o uso perverso dos interesses difusos e dos delitos de perigo comum. Por isso, para preservar o princípio do alterum non laedere de Aristóteles e Ulpiano, é necessário precisar – quiçá um pouco exageradamente – que bens jurídicos são só aqueles cuja lesão se concretiza em ataques lesivos a uma pessoa de carne e osso.” (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo et ali. Direito Penal Brasileiro. Vol. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003, pp. 226, 228 e 229).

O fato de o crime ser de mera conduta não pode ter o condão de dispensar o dano ou o perigo concreto de dano, sob pena de banalizar a aplicação do Direito Penal.

Diante do exposto, contra o parecer, dou provimento ao recurso de Claudemir Souza dos Santos a fim de absolvê-lo da imputação pelo crime de posse ilegal de arma e fogo de uso permitido, com fulcro no art. 386, III, do CPP.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques (1º Vogal)

Divirjo do e. Relator para negar provimento ao apelo.

A potencialidade lesiva da arma é um dado dispensável para a tipificação do delito de posse irregular de arma de fogo, porquanto o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física e sim a segurança pública e a paz social, colocados em risco com a posse ou porte de arma à deriva do controle estatal. Trata-se, portanto, de delito de mera conduta que se perfaz com a simples posse ou guarda de arma ou munição, sem a devida autorização pela autoridade administrativa competente.

Dessa forma, ainda que a imprestabilidade do armamento restasse caracterizada, pelo fato de arma estar desmontada ou mesmo desmuniçada não torna atípica a conduta, uma vez que os crimes previstos no Estatuto do Desarmamento são de mera conduta e de perigo abstrato.

Nesse sentido, é de se destacar que os Tribunais Superiores firmaram entendimento no sentido de que há uma presunção da eficácia da arma de fogo, já que elas não são produzidas para enfeite ou causar temor pela aparência. Vejamos:

PENAL. HABEAS CORPUS. PORTE DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. INTELIGÊNCIA DO ART. 14 da Lei 10.826/2003. TIPICIDADE RECONHECIDA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. ORDEM DENEGADA. I. A objetividade jurídica da norma penal transcende a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da liberdade individual e do corpo social como um todo, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança coletiva que a lei propicia. II. Mostra-se irrelevante, no caso, cogitar-se da eficácia da arma para a configuração do tipo penal em comento, isto é, se ela está ou não municada ou se a munição está ou não ao alcance das mãos, porque a hipótese é de crime de perigo abstrato, para cuja caracterização não importa o resultado concreto da ação. III - Habeas corpus denegado. (STF, HC 96072, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, j. 16/03/2010)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E MUNIÇÕES DE USO PERMITIDO. INEXIGIBILIDADE DE EXAME PERICIAL. CRIME DE MERA CONDUTA. ABOLITIO CRIMINIS TEMPORÁRIA. NÃO OCORRÊNCIA. ACÓRDÃO A QUO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL. SÚMULA 83/STJ. I. Em conformidade com o estabelecido no acórdão impugnado, a jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a caracterização dos crimes previstos nos arts. 12 e 16 da Lei n. 10.826/2003 prescinde de perícia acerca do potencial lesivo das armas e munições apreendidas, pois trata-se de crimes de mera conduta, de perigo abstrato, que se perfazem com a simples posse ou guarda de arma ou munição, sem a devida autorização pela autoridade administrativa competente. (...) (STJ, AgRg no AREsp 235.213/DF, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, j. 12/03/2013)

Outrossim, o entendimento desta Corte de Justiça:

PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO ALEGAÇÃO DE INOCORRÊNCIA DE RISCO À INCOLUMIDADE PÚBLICA E NECESSIDADE DE USO DO ARMAMENTO CRIME DE MERA CONDUTA E PERIGO ABSTRATO PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA DE MULTA E PENA PECUNIÁRIA IMPOSSIBILIDADE CONDIÇÕES FINANCEIRAS DO AGENTE RECURSO IMPROVIDO. O crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido é de mera conduta e de perigo abstrato, ou seja, consuma-se independentemente da ocorrência de efetivo prejuízo para a sociedade. (...) (TJMS, Apelação 0201097-80.2011.8.12.0026, Rel. Des. Maria Isabel de Matos Rocha, j. 06/03/2014)

Logo, não há falar em atipicidade da conduta ou necessidade de perigo real e concreto aos bens jurídicos protegidos por outros tipos penais, pelo que a sentença deve ser prestigiada.

Diante do exposto, com o parecer e divergindo respeitosamente do Relator, nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. Dorival Moreira Dos Santos (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. Decisão contra o parecer.

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. Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 16 de novembro de 2015.

Seção Criminal
Revisão Criminal n. 1404099-96.2015.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – REVISÃO CRIMINAL – DISPARO DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 15 DA LEI 10.826/03) – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO – AFASTADA – MÉRITO – CONJUNTO PROBATÓRIO SEGURO – CONDENAÇÃO ESTABILIZADA MANTIDA – PENA-BASE – MAUS ANTECEDENTES – DECOTADOS – PRAZO DEPURADOR ULTRAPASSADO – MOTIVO DO CRIME – NEUTRALIZAÇÃO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – CABIMENTO – PARCIAL PROCEDÊNCIA DO PEDIDO REVISIONAL.

Em observância ao princípio do favor rei, o qual prevê a interpretação mais benéfica ao réu, é possível admitir o conhecimento da Revisão Criminal quando esta visar tratar de suposto erro na reapreciação de provas ou da pena aplicada, não constituindo óbice a análise dos mesmos argumentos em recurso de Apelação. Preliminar afastada.

Caso seja seguro o conjunto probatório em que se alicerçou o édito condenatório, deve este ser mantido.

Maus antecedentes somente se configuram a partir da segunda condenação transitada em julgado anterior e por crime antecedente aos novos fatos, desde que não ultrapassado o período depurador do art. 64, I, do Código Penal que, apesar de referir-se à reincidência, estende-se à configuração dos antecedentes negativos, sopesados o princípio da dignidade da pessoa humana e as finalidades da pena, incompatíveis com a eternização dos efeitos deletérios e estigmatizantes da atuação do Direito Penal em concreto.

Escoado o período depurador da única condenação criminal anterior, impõe-se neutralizar a circunstância judicial dos maus antecedentes.

A mera existência de um motivo para a prática do crime não autoriza a exasperação da pena, a qual necessariamente deve estar alicerçada em elemento concreto que evidencie maior reprovabilidade da conduta criminosa, algo não verificado na hipótese.

Se o crime não envolve violência ou grave ameaça contra a pessoa, a sanção corporal não ultrapassa quatro anos e as circunstâncias judiciais são favoráveis, deve a pena privativa de liberdade ser substituída por restritivas de direitos, já que preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

Revisão criminal conhecida, acolhendo-se parcialmente o pedido, em parte 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 unanimidade, rejeitar a preliminar de não conhecimento suscitada pela PGJ. No mérito, por maioria, deferiram parcialmente a revisional, nos termos do voto do Relator, vencidos o Luiz Gonzaga Mendes Marques e o Des. Dorival Moreira dos Santos, que a indeferiram, e o Des. Carlos Eduardo Contar, que a deferia parcialmente em menor extensão. Ausentes, por férias, o Des. Romero Osme Dias Lopes e a Des^a Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 23 de setembro de 2015.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Agnaldo da Silva Ramos ajuizou revisão criminal (p. 599-617) com o objetivo de reformar o julgado estabilizado que o condenou à pena de 2 anos e 10 meses de reclusão, em regime aberto, e 25 dias-multa, à razão unitária mínima, pela prática do crime tipificado no art. 15 da Lei 10.826/03 (disparo de arma de fogo).

Informa a defesa que o requerente foi denunciado como incurso nas penas do art. 121, § 2º, II, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal (tentativa de homicídio qualificado). Porém, após a instrução criminal, o delito foi desclassificado, resultando na condenação alhures mencionada.

Registra que a sentença foi confirmada em sede de apelo interposto pela Defensoria Pública, transitando em julgado a decisão em 1.9.2014. Em 14.4.2015, a defesa acrescenta que impetrou remédio heroico para ver reformada a sentença condenatória, tendo o *habeas corpus* sido recebido como a Revisão Criminal em questão.

O pedido revisional está fundamentado no art. 621, incisos I, II e III do Código de Processo Penal. Aduz, em suma, que não há prova da materialidade ou da respectiva autoria do disparo de arma de fogo, bem como que a conduta seria atípica, postulando pela absolvição com fulcro art. 386, I, II, III, V ou VII, do Código de Processo Penal e, não sendo esse o entendimento, para que se reduza a pena-base ao mínimo legal e converta-se a corporal em restritivas de direitos a serem fixadas no Juízo da Execução Penal.

Em parecer lançado às p. 627-645, a Procuradoria-Geral de Justiça erige preliminar de não-conhecimento parcial da Revisão Criminal, especificamente no tocante às alegações de ausência de materialidade e autoria delitivas, assim como de atipicidade da conduta. No mérito, verte-se pela procedência em parte do pedido revisional, tão somente para neutralizar os maus antecedentes.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Cuida-se de revisão criminal (p. 599-617) ajuizada por Agnaldo da Silva Ramos, com o objetivo de reformar o julgado estabilizado que o condenou à pena de 2 anos e 10 meses de reclusão, em regime aberto, e 25 dias-multa, à razão unitária mínima, pela prática do crime tipificado no art. 15 da Lei 10.826/03 (disparo de arma de fogo).

Informa a defesa que o requerente foi denunciado como incurso nas penas do art. 121, § 2º, II, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal (tentativa de homicídio qualificado).

Porém, após a instrução criminal, o delito foi desclassificado, resultando na condenação alhures mencionada.

Registra que a sentença foi confirmada em sede de apelo interposto pela Defensoria Pública, transitando em julgado a decisão em 1.9.2014.

Em 14.4.2015, a defesa recobra que impetrou remédio heroico para ver reformada a sentença condenatória, tendo o *habeas corpus* sido recebido como a Revisão Criminal em questão.

O pedido revisional está fundamentado no art. 621, incisos I, II e III do Código de Processo Penal.

Aduz, em suma, que não há prova da materialidade ou da respectiva autoria do disparo de arma de fogo.

Destaca que as declarações da vítima e da testemunha são incongruentes, falsas e não sustentam o édito condenatório.

Aventa que a perícia no local dos fatos era plenamente possível de ser realizada, porém ainda assim a autoridade policial não adotou as diligências necessárias à apuração do crime, que deixa vestígios.

Pondera, ademais, que o acusado não pode ser prejudicado por provas indiretas quando não havia óbice para a produção da perícia, pelo que considera que a única prova judicial existente, no caso o depoimento do ofendido, não poderia resultar na condenação do requerente, o qual, aliás, negou a prática delitiva e afirmou não ser proprietário de qualquer arma, que, de seu turno, nem sequer restou apreendida.

Invoca, em seguida, a regra do *in dubio pro reo*, asseverando que o estado de inocência somente pode ser abalado quando o conjunto probatório for claro e indiscutível, o que não seria a hipótese dos autos, que conta somente com a declaração da vítima, amigo/sócio do requerente, e que, inclusive, demonstra possível arrependimento por noticiar os fatos que originaram a investigação e claramente foram influenciados por ingestão alcoólica.

Argumenta, para tanto, que o ofendido foi intimado por diversas vezes para depor e precisou ser conduzido coercitivamente para prestar nova declaração.

Releva que, mesmo se provado o disparo de arma de fogo, a conduta seria atípica, pois desferido em direção ao asfalto, não expondo a risco o bem jurídico tutelado pelo tipo penal em questão (incolumidade pública).

Mantida a condenação, pugna por reforma na dosimetria da pena, porquanto seria incorreta a valoração, a título de maus antecedentes do requerente, condenação cuja pena foi extinta há mais de 5 anos.

Dessa maneira, postula a redução da primária ao mínimo legal ou a patamar não superior a 3 meses acima do piso abstrato, em razão da reprovação dos motivos do crime.

Defende, em outra mão, estarem preenchidos os requisitos para a concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, benefício esse que teria sido indevidamente negado ao requerente.

Pede a procedência da revisão criminal para que se decrete a absolvição nos termos do art. 386, I, II, II, V ou VII, do Código de Processo Penal e, não sendo esse o entendimento, para que se reduza a pena-base ao mínimo legal e converta-se a corporal em restritivas de direitos a serem fixadas no Juízo da Execução Penal.

Em parecer lançado às p. 627-645, a Procuradoria-Geral de Justiça erige preliminar de não-conhecimento parcial da revisão criminal, especificamente no tocante às alegações de ausência de materialidade e autoria delitivas, assim como de atipicidade da conduta. No mérito, verte-se pela procedência em parte do pedido revisional, tão somente para neutralizar os maus antecedentes.

Preliminar de não-conhecimento – afastada

In casu, a condenação imposta ao requerente já transitou em julgado, de modo que eventual erro judiciário somente pode ser questionado por meio da revisão criminal.

Referida ação impugnativa, prevista na legislação processual penal, prescinde de maior rigorismo formal, bastando que o pedido se enquadre nas hipóteses autorizadoras da revisional, mesmo porque pode ser ajuizada pelo próprio réu.

Na hipótese, o requerente alega que a valoração das provas coligidas nos autos é incorreta, pois deveria conduzir à sua absolvição.

Nesse diapasão, infirmando a tese esposada pela PGJ, a Seção Criminal desta Corte já decidiu que *“a revisão criminal pode ser admitida, quando se tratar de reapreciação de provas ou da pena aplicada, de acordo com o princípio in favor rei, que prestigia a interpretação mais benéfica ao réu, e porque a inexistência de análise dos mesmos argumentos em recurso de Apelação não é prevista como pressuposto do pleito revisional”* (Seção Criminal - Agravo Regimental em Revisão Criminal n. 2012.000520-3/0001-00 – Relator Designado Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, j. 24.4.2012).

Assim, sem delongas, afasto a preliminar suscitada pela PGJ e conheço do pedido, pois foram expostos na inicial argumentos e teses não apreciados por ocasião do apelo, impedindo o não-conhecimento até para aqueles que possuem uma visão mais restritiva e formal na admissão da Revisão Criminal.

Mérito

Em que pese o esforço defensivo, a pretensão absolutória não merece prosperar.

Isso porque, diversamente do alegado, não há erro judiciário no cotejo do conjunto probatório amealhado aos autos, o qual é suficiente para amparar a condenação do requerente.

O sentenciante (p. 511-522) bem destacou que *“o delito de disparo de arma de fogo é daquele que pode ou não deixar vestígios, conforme as circunstâncias em que ocorra”* e, no caso, *“os disparos foram efetuados em via pública e não acertaram nenhuma pessoa, objeto, ou foram obstados por algum obstáculo (não há informações nos autos), logo sem vestígios”*, da forma que o juiz acertou ao aplicar o art. 167 do Código de Processo Penal e em afirmar que *“não sendo possível o exame pericial, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta, o que ocorre neste processado”*.

O fato da arma não ter sido apreendida não retira a materialidade do crime do art. 15 da Lei 10.826/03, pois é altamente provável que o requerente poderia se desfazer da arma de fogo tão logo efetuado os disparos, para evitar eventual responsabilização criminal.

Seguindo, o magistrado singular consignou que a testemunha¹ *Ricardo Zortea* confirmou, tanto na fase inquisitiva quanto na judicial, que os disparos de arma de fogo foram efetuados pelo requerente Agnaldo, fatos esses que teriam sido corroborados pelos depoimentos de *Paolo Bruno Ramos Bertulucci* e *Nesio Lau Leite de Oliveira*, não prosperando a negativa do acusado. Senão vejamos:

“(…) Não obstante a negativa do acusado, tanto na delegacia quanto em juízo (f. 69 e 158-162), de ter efetuado disparos por ocasião dos fatos, testemunhas alegam que aludidos tiros ocorreram e o acusado foi quem os efetuou, vejamos.

A testemunha Ricardo Zortea, quando ouvida na fase policial disse (f. 53):

‘(…) E partiram para cima do declarante onde gariba saiu do carro com um revólver em punho e foi na direção do declarante e deu um soco na cara do declarante e começou a efetuar os tiros em direção ao declarante nas pernas que ficou parado sem reação (...)’.

¹ Inicialmente considerada vítima do crime de tentativa de homicídio qualificado, mas que, diante da desclassificação para o crime de disparo de arma de fogo, passa a ser testemunha, tendo em vista que a vítima, neste outro crime, é a própria sociedade.

Em juízo, aludida testemunha reafirmou sua versão:

(...)

MP: Uhum. E o quê que eles fizeram ?

Depoente: Ai desceu, um me deu um soco e logo em seguida veio atirando para o meu lado, o Agnaldo.

MP: O Agnaldo que atirou?

Depoente: Isso.

MP: Quantos tiros ele deu?

Depoente: Uns 2 tiros.

Comprovando a existência do fato, a testemunha Paolo Bruno Ramos Bertulucci prestou declarações no mesmo sentido (vide f. 77):

‘(...) Entretanto ao fazer o contorno na esquina foram abordados pelos mesmos rapazes, onde um deles sacou de uma arma de fogo, fez o declarante e seu colega saírem do veículo, o rapaz apontou a arma para ambos e efetuou três disparos...’.

Corroborando, a testemunha Nésio, ao ser ouvida na delegacia, declarou que ficou sabendo acerca dos tiros de arma de fogo, coteje f. 23:

‘(...) Que quando saíram já do outro lado da quadra, estando na rua Aparecida, sendo que o declarante ouviu por boca dos outros que houve um disparo de arma de fogo entre eles, não sabendo quem estava armado.

Desta forma, diante do contexto sobredito, verifica-se que houve a ocorrência da infração (disparo de arma de fogo em via pública), cujo autor é o acusado Agnaldo da Silva Ramos. (...)’

A cognição exarada na sentença foi ratificada em sede de apelo julgado pela 1ª Câmara Criminal, a qual, à unanimidade (p. 522-566), nos termos do voto do Relator, e. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, negou provimento ao recurso defensivo, estando a ementa redigida nos seguintes termos:

APELAÇÃO CRIMINAL – DISPARO DE ARMA DE FOGO – PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO – CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA ENSEJAR A CONDENAÇÃO – DEPOIMENTO DA VÍTIMA – OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO – ÁLIBE DA DEFESA – VERSÃO DESPROVIDA DE SENSO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. O suporte fático e probatório, embasado nos elementos informativos colhidos na fase inquisitiva, corroborados pelas provas produzidas em juízo, é suficiente para ensejar uma condenação. A versão do apelante para se livrar da responsabilidade penal é uma afronta ao bom senso, em que deve se pautar o julgador.” (j. 28.7.2014)

Importante notar que a aparente contradição entre o depoimento de Paolo Bruno Ramos Bertulucci, que disse estar no local do crime quando dos disparos de arma de fogo, e o depoimento de Ricardo Zortea, o qual afirmou estar sozinho naquele exato momento, não gera dúvida acerca da prática delitiva por parte do requerente, pois a testemunha Ricardo, que foi ouvida na fase inquisitiva e judicial, sempre apresentou, sem titubeios, essa mesma versão de que Paolo já havia ido embora do local antes dos fatos.

Assim, a palavra de Ricardo Zortea, firme e coerente em ambas as fases, aliada ao depoimento da testemunha Nesio Lau, que confirma ter ficado sabendo dos disparos de arma de fogo, formam conjunto probatório que permite a condenação.

Vale lembrar que a Revisão Criminal, fulcrada no art. 621, I, do Código de Processo Penal, exige que a sentença condenatória seja contrária ao texto expresso da lei penal e ou à evidência dos autos para eventualmente ser cassada, algo que não se verificou na hipótese, estando o édito devidamente fundamentado e dentro da valoração subjetiva dos julgadores que a apreciaram, afigurando-se a incursão nesse juízo, já estabilizado, concretamente inviabilizada.

Igualmente não assiste razão à defesa em sustentar que a conduta seria atípica, pois o crime tipificado no art. 15 da Lei 10.826/03 é de mera conduta (perigo abstrato)², caracterizando-se pelo simples disparo de arma de fogo em via pública, pouco importando se não acertou nenhuma pessoa, objeto, ou foram obstados por algum obstáculo.

Também não prospera a alegação de que a revisional seria procedente por estar a sentença fundada em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos (art. 621, II, do Código de Processo Penal), pois nada sobreveio, até o momento, contrariando a validade das principais provas-alicece, tratando-se de mera alegação vazia.

Com melhor sorte, contudo, conta a defesa em pedir a reforma da pena aplicada ao requerente.

Por oportuno, transcrevo a fundamentação dosimétrica que ora se objurga:

“(...) Desta forma, passo a fixar a pena, sistema trifásico (art. 68 do CP).

A culpabilidade, a personalidade e a conduta social são normais e não o prejudicam.

Não há elementos acerca das circunstâncias do delito, as quais, juntamente com as consequências serão consideradas como típicas da espécie, não prejudicando o réu.

Possui condenação em delito de porte ilegal de arma de fogo, cujo trânsito se deu em 31-03-1997, ou seja, a mais de 5 anos antes da prática deste delito, portanto, possui maus antecedentes.

O móvel do delito é ignóbil, porquanto devido a um desentendimento anterior que teve com as pessoas de Ricardo Zortea e Paulo Bruno, no estabelecimento comercial denominado Ki Espeto, desferiu tiros de revólver em via pública, certamente com intuito de intimidá-las.

Assim, fixo a pena-base em 2 (dois) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 25 (vinte e cinco) dias-multa.

Não há agravantes e/ou atenuantes, bem como causas especiais de aumento e/ou diminuição de pena a serem valoradas razão pela qual, fica condenado à pena de 2 (dois) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 25 (vinte e cinco) dias-multa, à razão de 1/30º do salário mínimo vigente ao tempo do fato.

2. Nesse sentido: “Penal e Processo Penal. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Negativa de Vigência ao Art. 386, III, do CPP. (I) - Tipicidade. Reexame Fático e Probatório. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. (II) - Delito de Disparo De Arma de Fogo. Crime de Perigo Abstrato. Acórdão em Conformidade com a Jurisprudência desta Corte. Incidência da Súmula 83/STJ. Agravo Regimental a que se nega Provimento. 1. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático probatório a fim de analisar a tipicidade da conduta descrita. Incidência do enunciado 7 da Súmula deste STJ. 2. É firme neste Superior Tribunal de Justiça que “a conduta [que] se amolda ao artigo 15 da Lei nº 10.826/2003, [...] se caracteriza como crime de perigo abstrato ou presumido, sendo desnecessária a comprovação da lesividade ao bem jurídico tutelado”. (HC 234.637/SP, Rel. Min. Og Fernandes, sexta turma, DJe 22/04/2013) 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 651.666/PE, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, sexta turma, julgado em 07/04/2015, DJe 13/04/2015).

Atento às diretrizes do art. 33, § 3º e art. 59 do CP, fixo o regime aberto.

Não será beneficiado com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, porquanto os antecedentes, os motivos e as circunstâncias não indicam que essa substituição seja suficiente (art. 44, inciso III do CP).(...)"

A leitura revela que foram consideradas desfavoráveis ao requerente as circunstâncias judiciais dos maus antecedentes e motivo do crime.

Pois bem, a despeito do memorável posicionamento do colega da instância primeira, julgo que o aumento da pena não se sustenta por esses fundamentos.

Com efeito, maus antecedentes somente se configuram a partir da segunda condenação transitada em julgado anterior e por crime antecedente aos novos fatos, desde que não ultrapassado o período depurador do art. 64, I, do Código Penal que, apesar de referir-se à reincidência, estende-se à configuração dos antecedentes negativos, sopesados o princípio da dignidade da pessoa humana e as finalidades da pena, incompatíveis com a eternização dos efeitos deletérios e estigmatizantes da atuação do Direito Penal em concreto.

Afora isso, é percuciente a argumentação *a fortiori* utilizada pelo d. Procurador de Justiça em seu parecer, no sentido de que “*se essas condenações não valem para o efeito da reincidência, que é o mais, com muito maior razão não devem valer para os antecedentes criminais, que é o menos*”.

Portanto, considerando que a certidão de antecedentes de p. 359-360, evidencia que o requerente foi condenado pela prática do crime de tráfico de entorpecentes³ à pena de 4 anos de reclusão e que o trânsito em julgado da sentença ocorreu em 31/03/1997, certamente se escoou o prazo de 5 anos do cumprimento da pena, impossibilitando a utilização do referido registro para o recrudescer penal.

Outrossim, não considero ignóbil a motivação dos disparos de arma de fogo, já que a mera existência de um motivo não deve ser confundida com o móvel abjeto, vil, repugnante que eventualmente pudesse autorizar o aumento da primária.

Nesse contexto, o suposto propósito do requerente de intimidar as pessoas com quem brigou anteriormente, se de fato existiu, afigura-me não transbordar a normalidade do delito de disparo de arma de fogo.

Do contrário, estaríamos diante de uma causa automática de aumento de pena, já que, sem a relevância do motivo, este seria fútil e exigiria maior reprimenda e, na contramão, evidenciado o motivo, não necessariamente reprovável, como no caso dos autos, também haveria justificação para o robustecer.

Logo, reduzo a pena-base ao mínimo legal de 2 anos de reclusão e 10 dias-multa, tornando a sanção definitiva nesse patamar à míngua de outras moduladoras a serem sopesadas nas fases subsequentes.

Mantenho o regime aberto para o cumprimento da pena.

Neutralizadas as circunstâncias judiciais, não subsiste razão para negar ao requerente o benefício do art. 44 do Código Penal, lembrando tratar-se de réu primário que foi condenado à pena privativa de liberdade inferior a 4 anos.

Destarte, converto a corporal em duas restritivas de direitos a serem estabelecidas pelo juízo da execução penal.

³ E não posse de arma de fogo, conforme constou da sentença.

Os dias-multa são justos à razão unitária mínima.

Diante do exposto, rejeito a preliminar e conheço integralmente da revisão criminal ajuizada por Agnaldo da Silva Ramos, julgando parcialmente procedente o pedido nela contido, a fim de reduzir a pena-base ao mínimo legal e conceder a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos a serem estabelecidas pelo juízo da execução penal, o que, após nova dosimetria, resulta na pena definitiva de 2 anos de reclusão, em regime aberto, e 10 dias-multa, à razão unitária mínima.

É como voto, em parte com o parecer.

Prevalecendo o posicionamento, expeça-se alvará de soltura e cumpra-se, pondo-se o requerente em liberdade se por *al* não estiver preso.

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa (Revisor)

Acompanho o e. Relator, para conhecer da Revisão Criminal e, no mérito, julgá-la parcialmente procedente, a fim de reduzir a pena-base ao mínimo legal e conceder a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito a serem definidas pelo juízo da execução penal.

Devo registrar, entretanto, que vinha me posicionando no sentido de que condenações penais anteriores transitadas em julgado, alcançadas pelo prazo depurador de cinco anos previsto no artigo 64, I, do Código Penal, não impediam a configuração de maus antecedentes.

Contudo, estou revendo meu posicionamento, para filiar-me à corrente jurisprudencial contrária, no sentido de não mais admitir a perpetuação dos antecedentes criminais.

Com efeito, o Código Penal é expresso ao determinar que as condenações anteriores, cuja pena tenha sido extinta há mais de cinco anos, não caracterizam a reincidência. Portanto, admitir que o registro anterior, já atingido pelo decurso do prazo de cinco anos, seja transformado em maus antecedentes é ir contra a diretriz da lei penal que, expressamente, indica a irrelevância dessas anotações para a individualização da pena.

O e. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC *n.* 110191, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, se manifestou no sentido de que não é possível alargar a interpretação da lei penal de modo a permitir o reconhecimento dos maus antecedentes em casos onde há o decurso do período depurador. Vejamos:

“Habeas corpus. 2. Homicídio qualificado-privilegiado. Condenação. 3. Aumento da pena em sede de recurso especial. Entendimento no sentido de que o período depurador de 5 anos estabelecido pelo art. 64, I, do CP, refere-se à reincidência, mas, com relação ao registro de antecedentes, esses prolongam-se no tempo, devendo ser considerados como circunstâncias judiciais em desfavor do réu. 4. Registro de uma condenação anterior, por contravenção (dirigir sem habilitação), transitada em julgado em 28.6.1979. Decorridos mais de 5 anos desde a extinção da pena da condenação anterior (CP, art. 64, I), não é possível alargar a interpretação de modo a permitir o reconhecimento dos maus antecedentes. Aplicação do princípio da razoabilidade. 5. Ordem concedida para restabelecer a decisão proferida pelo TJ/RJ nos autos da Apelação n. 2006.050.02054, que manteve a pena-base fixada pelo Juiz-Presidente do Tribunal do Júri e, assim, reconheceu a prescrição da pretensão executória.” (HC 110191, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 23/04/2013, processo eletrônico DJE-083 divulg 03-05-2013 public 06-05-2013) – destaquei.

Esse posicionamento foi ratificado em recente decisão proferida pelo e. Ministro Celso de Mello, nos autos de *habeas corpus* n. 123189/MS, o qual consignou que aquela *“Corte adotava o mesmo entendimento*

do STJ. Contudo, em julgados mais recentes, ambas as turmas passaram a reconhecer ao réu o direito ao esquecimento, de forma a não ser penalizado eternamente pelos deslizes do passado.” (destaquei).

Assim, com tais considerações, acompanho o voto proferido pelo e. Relator.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques (1º Vogal)

O Rel. Des. Ruy Celso Barbosa Florence está afastando a preliminar de não conhecimento e, no mérito, está deferindo parcialmente o pedido revisional de Agnaldo da Silva Ramos a fim de reduzir sua pena-base para o mínimo legal e substituí-la por duas restritivas de direitos (autos n. 0629299472.2009.8.12.0001).

Divirjo do relator para indeferir a revisional.

No que concerne à dosimetria da pena, vejamos a fundamentação utilizada na sentença (fl. 115):

“(...)

Possui condenação em delito de porte ilegal de arma de fogo, cujo trânsito se deu em 31-03-1997, ou seja, a mais de 5 anos antes da prática deste delito, portanto, possui maus antecedentes.

O móvel do delito é ignóbil, porquanto devido a um desentendimento anterior que teve com as pessoas de Ricardo Zortea e Paulo Bruno, no estabelecimento comercial denominado Ki Espeto, desferiu tiros de revólver em via pública, certamente com intuito de intimidá-las.”

Verifica-se que foram consideradas duas circunstâncias judiciais negativas ao requerente, ou seja, antecedentes criminais e motivos do crime.

Os motivos do crime estão muito bem fundamentados e extrapolaram os limites do tipo penal, pois o disparo de arma de fogo deve simplesmente ocorrer em via pública e não na direção das pessoas, caso contrário, o agente responderia por tentativa de homicídio.

E, com relação aos maus antecedentes, embora não haja certidão demonstrando que decorreram mais de 05 anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena do crime de tráfico de drogas (04 anos de reclusão, transitado em julgado em 31/03/97 – fl. 89) e o presente delito (cometido em 12/07/07), entendo que tal circunstância impede somente o reconhecimento da agravante da reincidência e não da circunstância judicial dos maus antecedentes.

Nesse sentido vem decidindo o STJ:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO CRIMINAL COM TRÂNSITO EM JULGADO HÁ MAIS DE 5 ANOS. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE.

1. Condenação criminal transitada em julgado há mais de 5 (cinco) anos, embora não possa ser utilizada para configurar a reincidência (art. 64, I, do Código Penal), pode ser considerada como maus antecedentes. Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC 323.661/MS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 01/09/2015, DJE 08/09/2015)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL.

PROPORCIONALIDADE. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA DIVERSO DO FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. *Para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro da discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar-se para as singularidades do caso concreto, cumprindo-lhe, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas circunstâncias relacionadas no caput do art. 59 do Código Penal.*

2. *Condenações anteriores com trânsito em julgado há mais de cinco anos não caracterizam a reincidência, mas podem ser consideradas como maus antecedentes.*

3. *A exasperação da pena-base em 6 meses, diante da circunstância judicial desfavorável - maus antecedentes -, mostra-se razoável e não merece qualquer reparo. (...)*

6. *Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 322.686/RJ, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, sexta turma, julgado em 25/08/2015, DJe 11/09/2015)*

PENAL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CONDENAÇÃO ANTERIOR. DECURSO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 64, I, DO CÓDIGO PENAL. MAUS ANTECEDENTES. CONFIGURAÇÃO.

1. *Segundo a jurisprudência deste Superior Tribunal, condenações anteriores transitadas em julgado, alcançadas pelo prazo depurador de 5 anos do art. 64, I, do Código Penal, embora afastem os efeitos da reincidência, não impedem a configuração de maus antecedentes, permitindo a exasperação da pena-base acima do mínimo legal.*

2. *Não tendo a confissão sido considerada na formação da convicção da autoria e materialidade do delito, não caracteriza violação do art. 65, III, "d", do Código Penal a negativa de atenuação da pena.*

3. *Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1500382/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, quinta turma, julgado em 25/08/2015, DJe 11/09/2015)*

Portanto, mantenho a pena-base conforme fixada na sentença em 02 anos e 10 meses de reclusão e 25 dias-multa, no regime aberto, sem possibilidade de substituição por restritivas de direitos, pois não seria socialmente recomendável, diante da presença das circunstâncias judiciais negativas (art. 44, III, do Código Penal).

Diante do exposto, em parte com o Relator, rejeito a preliminar de não conhecimento e, no mérito, indefiro a revisional.

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva (2º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (3º Vogal)

Não há falar em afastamento dos maus antecedentes.

Com efeito, Agnaldo ostenta condenação transitada em julgado e que malgrado já tenha decorrido o período depurador, tal fato impede o reconhecimento da reincidência, porém permite a utilização do vetor como maus antecedentes.

Este posicionamento vem sendo empregado fortemente pela jurisprudência:

“A condenação anterior do agente pela prática do delito previsto no art. 157, §2º, inciso II c/c art. 14, inciso II, ambos do CP, embora não possa caracterizar reincidência, em razão do decurso de lapso temporal superior a 05 anos contados entre a data do novo crime e o trânsito em julgado da sentença condenatória por crime anterior, é suficiente para macular a vida pregressa do embargante, razão pela qual agiu com acerto o voto vencedor ao valorar negativamente a circunstância judicial relativa aos antecedentes do recorrente.”⁴

“Decorrido o período depurador previsto no art. 64, I, do CP, a condenação criminal transitada em julgado não mais servirá para agravar a pena a título de reincidência, entretanto, nada obsta sua valoração negativa como antecedentes criminais.

Havendo circunstâncias judiciais desfavoráveis é de rigor a fixação da pena-base acima do mínimo legal.”⁵

O Superior Tribunal de Justiça chancela referido entendimento:

“Em virtude da regra prevista no art. 64, inciso I, do Código Penal, as condenações penais transitadas em julgado há mais de cinco anos não prevalecem para fins de reincidência. Entretanto, podem ser consideradas como maus antecedentes, nos termos do art. 59 do Código Penal. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte.”⁶

Assim, a pena-base deve ser fixada em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 20 (vinte) dias-multa, tornando-se definitiva à míngua de elementos modificadores.

Malgrado a reprimenda não ultrapasse 04 (quatro) anos de reclusão, não é caso de concessão da benesse do art. 44, do Estatuto Repressor, eis que persiste circunstância judicial desfavorável, de tal sorte que a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não se afigura adequada para fins de repressão e prevenção da conduta praticada.

Ante o exposto, defiro parcialmente o pleito revisional intentado em favor de Agnaldo da Silva Ramos, apenas para redimensionar a pena-base.

O Sr. Des. Dorival Moreira Dos Santos (4º Vogal)

Acompanho o 1º Vogal – Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, para julgar improcedente a revisão criminal.

Deixo registrado que, de fato, em que pese o lapso temporal de 05 anos, a reabilitação é para efeitos de reincidência, persistindo a negatividade na análise dos maus antecedentes.

Oportuna a lição de Bitencourt em análise ao artigo 64 do Código Penal:

“A reincidência é como o pecado original: desaparece, mas deixa sua mancha, servindo, por exemplo, como antecedente criminal (art. 59, caput).”⁷

Nesse sentido, destaco recente julgado do STJ:

“PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO ANTERIOR. DECURSO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 64, I, DO CÓDIGO PENAL. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE.

4 TJES, EIfNu 0123323-27.2011.8.08.0012, Câm. Crim. Reunidas, rel. Des. Ewerton Schwab Pinto Junior, j. 11/03/2013, DJ 15/03/2013.

5 TJMS, Ap 0006581-81.2011.8.12.0019, 2ª Câm. Crim., rel. Des. Romero Osme Dias Lopes DJ 04/02/2013.

6 HC 199.608/SP, 5ª T., rel.ª Min.ª Laurita Vaz, j. 06/09/2011, DJ 27/09/2011.

7 BITENCOURT, César Roberto. **Código penal comentado**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao considerar inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, contida no art. 33, § 4º, da Lei n.

11.343/2006 - cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal (Resolução n. 5 de 16/2/2012) -, permitiu a concessão da benesse legal aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

2. Hipótese em que o réu não preenche as condições expressas no artigo supracitado para a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, pois é portador de maus antecedentes.

3. Segundo a jurisprudência deste Superior Tribunal, condenações anteriores transitadas em julgado, alcançadas pelo prazo depurador de cinco anos previsto no art. 64, I, do Código Penal, embora afastem os efeitos da reincidência, não impedem a configuração de maus antecedentes 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1505100/MG, Rel. Ministro Gurgel de Faria, quinta turma, julgado em 30/06/2015, DJe 04/08/2015)

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (5º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar de não conhecimento suscitada pela PGJ. No mérito, por maioria, deferiram parcialmente a revisional, nos termos do voto do relator, vencidos o Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e o Des. Dorival Moreira dos Santos, que a indeferiram, e o Des. Carlos Eduardo Contar, que a deferia parcialmente em menor extensão. Ausentes, por férias, o Des. Romero Osme Dias Lopes e a Desª Maria Isabel de Matos Rocha.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

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, 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, 23 de setembro de 2015.

Seção Criminal
Revisão Criminal n. 1405895-59.2014.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – REVISÃO CRIMINAL – LATROCÍNIO E ROUBO MAJORADO – CONHECIMENTO DA PRETENSÃO – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – CONDENAÇÃO FUNDADA EXCLUSIVAMENTE EM ELEMENTOS INFORMATIVOS COLHIDOS DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL – PROCEDÊNCIA.

Se a condenação se baseou somente em elementos produzidos extrajudicialmente, a decisão é nula por ofensa ao princípio do devido processo legal e seus consectários do contraditório e ampla defesa.

Havendo fragilidade nas provas apresentadas nos autos do processo judicial, deve ser revisada a decisão condenatória para absolver o requerente.

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, deferir a revisão criminal, nos termos do voto do Relator, vencido o Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e o Des. Carlos Eduardo Contar, contra o parecer.

Campo Grande, 21 de outubro de 2015.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Nilton César Antunes Verón ajuíza revisão criminal contra condenação que sofreu pela prática do crime de latrocínio e roubo qualificado (art. 157, § 3º c.c ar. 157, § 2º, I e II, c.c artigos 29 e 69, todos do CP), à pena de 28 anos de reclusão, nos autos do processo n. 0015479-02.1995.8.12.0001.

Afirma que em primeira instância foi absolvido da imputação de ter liderado, nos idos de 1995, um bando destinado à prática de crimes contra o patrimônio na capital sul-mato-grossense, entretanto, foi dado provimento ao apelo ministerial pela então 2ª Turma Criminal, que condenou o requeute.

Alega que o decreto condenatório foi proferido em contradição à evidência dos autos e pautado em depoimentos comprovadamente falsos e ilícitos, o que enseja a revisão criminal nos termos do art. 621, I e II, do CPP.

Sustenta que a condenação se baseou em informações colhidas no inquérito policial.

Requeru o deferimento de liminar para suspender os efeitos da execução penal e, ao final, a procedência da revisão criminal com a absolvição do requerente.

A liminar foi indeferida (p. 286-287).

O parecer da Procuradoria de Justiça é pelo não conhecimento da revisão criminal e, se ultrapassada, no mérito, pelo seu indeferimento.

VOTO (EM 23.09.2015)

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Trata-se de revisão criminal ajuizada por Nilton César Antunes Verón contra condenação que sofreu pela prática do crime de latrocínio e roubo qualificado (art. 157, § 3º c.c ar. 157, § 2º, I e II, c.c artigos 29 e 69, todos do CP), à pena de 28 anos de reclusão, nos autos do processo n. 0015479-02.1995.8.12.0001.

Afirma que em primeira instância foi absolvido da imputação de ter liderado, nos idos de 1995, um bando destinado à prática de crimes contra o patrimônio na capital sul-mato-grossense, entretanto, foi dado provimento ao apelo ministerial pela então 2ª Turma Criminal, que condenou o requeute.

Alega que o decreto condenatório foi proferido em contradição à evidência dos autos e pautado em depoimentos comprovadamente falsos e ilícitos, o que enseja a revisão criminal nos termos do art. 621, I e II, do CPP.

Sustenta que a condenação se baseou em informações colhidas no inquérito policial.

Requeru o deferimento de liminar para suspender os efeitos da execução penal e, ao final, a procedência da revisão criminal com a absolvição do requerente.

A liminar foi indeferida (p. 286-287).

O parecer da Procuradoria de Justiça é pelo não conhecimento da revisão criminal e, se ultrapassada, no mérito, pelo seu indeferimento.

A preliminar deve ser rejeitada.

Quando há alegação de que a decisão condenatória contraria texto expresso de lei ou evidência nos autos, como é o caso, esta Seção Criminal tem admitido conhecimento dos pedidos de revisão, devendo-se analisar no mérito a pertinência ou não dos argumentos tecidos na inicial.

Nesse sentido: TJMS. Revisão Criminal n. 1600018-48.2012.8.12.0000. Relator(a): Des. Francisco Gerardo de Sousa. Órgão julgador: Seção Criminal. Data do julgamento: 26/02/2013. Data de registro: 07/03/2013.

Mesmo porque, conforme adverte Aury Lopes Júnior, “a revisão criminal situa-se numa linha de tensão entre a ‘segurança jurídica’ instituída pela imutabilidade da coisa julgada e a necessidade de desconstituí-la em nome do valor justiça. Se de um lado estão os fundamentos jurídicos, políticos e sociais da coisa julgada, de outro está a necessidade de relativização deste mito em nome das exigências da liberdade individual” (in Direito Processual Penal. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013), conduzindo à conclusão de que, frente aos princípios constitucionais da ampla defesa e o do princípio da presunção de inocência, a ação impugnativa não exige grande rigorismo formal, cabendo ao julgador analisar sob esse enfoque as hipóteses de cabimento do art. 621 do Código de Processo Penal.

Assim, não acolho a preliminar suscitada pela Procuradoria-Geral de Justiça.

No mérito, o pedido merece prosperar.

Em síntese, o paciente foi condenado, após acolhimento do recurso ministerial contra sentença absolutória, pela prática do crime de latrocínio e roubo qualificado (art. 157, § 3º c.c. art. 157, § 2º, I e II, c.c. artigos 29 e 69, todos do CP), à pena de 28 anos de reclusão, nos autos do processo n. 0015479-02.1995.8.12.0001, e objetiva a sua absolvição sob o fundamento de que a condenação se deu com base apenas em elementos do inquérito.

Analisando detidamente o acórdão condenatório, verifico que embora tenha citado alguns depoimentos judiciais, estes somente foram relacionados ao fato de que o condenado Igor Fabrício Silveira trabalhava na compra e venda de carros para Nilton Cezar, ora requerente, e que Davi Pacheco de Souza confessou que roubou o Gol Branco, ano 94, juntamente com o menor Jean, vendendo depois para Igor (p. 228).

Os demais fundamentos do acórdão se restringiram às provas produzidas somente durante o inquérito policial. Vejamos: a) os interrogatórios perante a autoridade policial do menor Jean Jorge e do ora requerente Nilton César; b) os depoimentos da amásia de Davi Pacheco e da vítima Lúcia reconhecendo na Delegacia detalhes das armas e carteira que Jean teria guardado dinheiro retirado do caixa; c) da testemunha Inadir Karine reconhecendo que os réus Nilton e Roni estavam dentro do veículo Pampa na ocasião em que davam fuga aos demais réus depois da morte da vítima Ronildo, sendo que esta testemunha não foi encontrada para ser ouvida em juízo e, por fim; d) o depoimento do primo do ora requerente o qual, na realidade, apenas confirmou que de vez em quando emprestava seu veículo Pampa para o primo, bem como que Igor Fabrício estava dormindo no quarto de Nilton César.

Ou seja, toda a base da condenação é proveniente do que foi produzido extrajudicialmente, as quais embora possam indicar a participação do requerente nos crimes, não servem para o édito condenatório, sob pena de violação ao direito constitucional do réu ao contraditório e à ampla defesa.

Portanto, havendo nas provas judiciais indicadas no acórdão condenatório somente pequenos indícios do relacionamento de trabalho e amizade entre o réu condenado Igor e o requerente Nilton César, não se permite a conclusão de envolvimento deste com os delitos cometidos por aquele somente com base em depoimentos extrajudiciais.

Pondero ainda, que o fato de ter sido indicado na sentença que foram encontrados na residência de Nilton César alguns pertences relacionados ao primeiro roubo cometido contra a vítima Antônio Carlos, também não conduz à sua condenação, pois é certo que em juízo esta vítima somente reconheceu Igor Fabrício como autor do roubo (p. 106), enquanto deve-se ponderar que, segundo interrogatórios prestados judicialmente, na época dos fatos morava no mesmo local de Nilton César (p. 83, 84).

Isso porque, somente Igor foi reconhecido em juízo pela vítima como autor do delito e residia na mesma casa que Nilton César, não podendo a posse dos objetos encontrados ser atribuída especificamente à Nilton.

De tal forma, se a condenação se baseou somente em elementos produzidos no inquérito policial, a decisão é nula por ofensa ao princípio do devido processo legal e seus consectários do contraditório e ampla defesa (Cf. STJ. (HC 124.438/ES, Rel. Ministro Felix Fischer, quinta turma, julgado em 05/05/2009, DJe 03/08/2009). E, se há fragilidade nas provas produzidas nos autos do processo judicial, deve ser revisada a decisão condenatória para absolver o requerente, aplicando-se o entendimento do Superior Tribunal de

Justiça no sentido de que “*o reconhecimento da fragilidade do arcaibouço probatório se ajusta à previsão trazida no inciso I do artigo que trata da revisão criminal, na medida em que uma condenação nestes termos encontra-se inequivocamente contrária à evidência dos autos*”. (AgRg no REsp 1038773/PR, Rei. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 06/03/2012, DJe 21/03/2012).

Diante do exposto, contra o parecer, afasto a preliminar de não-conhecimento do recurso suscitada pela Procuradoria de Justiça e julgo procedente o pedido revisional para absolver o requerente Nilton César Antunes Verón da imputação pela prática do crime de latrocínio e roubo qualificado (art. 157, § 3º c.c ar. 157, § 2º, I e II, c.c artigos 29 e 69, todos do CP), nos autos do processo n. 0015479-02.1995.8.12.0001, com fulcro no art. 386, VII, do CPP.

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Souza. (Revisor)

Analisei detalhadamente os autos e assim como o e. relator concluí que não foram produzidas provas suficientes à comprovar a participação do requerente nas condutas delitivas contra si imputadas.

Ora, é consabido que a prova inquisitorial não pode, por si só, servir de lastro à sentença condenatória, nos termos do artigo 155 do Código de Processo Penal, *verbis*:

“Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.”

Nessas linhas, como muito bem pontuado pelo e. relator, considerando que toda a base da condenação é proveniente do que foi produzido extrajudicialmente e que as provas judiciais não permitem a conclusão do envolvimento do requerente com os delitos em comento, não há como manter sua condenação.

Impede ressaltar que não se trata de conferir ao requerente um atestado de idoneidade, nem mesmo de atribuir o caráter falacioso a versão acusatória, mas sim exigir a correta formação da culpa, respeitando-se os princípios do devido processo legal e seus consectários do contraditório e ampla defesa, bem como ao princípio constitucional da presunção de inocência, pois compete ao Estado, especialmente ao titular da ação penal, comprovar cabalmente os fatos delituosos narrados em sua peça vestibular.

Dessarte, não tenho dúvidas em acompanhar o e. relator.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (1º Vogal)

O Rel. Des. Ruy Celso Barbosa Florence está afastando a preliminar de não conhecimento e, no mérito, está deferindo o pedido revisional de Nilton César Antunes Veron a fim de absolvê-lo da prática dos crimes de latrocínio e roubo majorado (autos n. 0015479-02.1995.8.12.0001), com fulcro no art. 386, VII, do CPP.

Divirjo do Relator para indeferir a revisional.

Consta dos autos que, no ano de 1.995, nesta Capital, o requerente Nilton César Antunes Veron liderou uma quadrilha que praticava assaltos, mediante emprego de armas de fogo, em estabelecimentos comerciais (farmácias, mercados, padarias), bem como de veículos que eram levados para o Paraguai. Um dos roubos, inclusive, acabou resultando na morte da vítima Ronildo R. Da Silva, proprietário de uma padaria.

O requerente Nilton César liderava os corrêus Igor Fabrício Silveira Lima, Roni Alves de campos, Davi Pacheco de Souza, além do adolescente infrator Jean Jorge Ocampos.

A Polícia somente conseguiu dismantelar a quadrilha após a apreensão do menor Jean, que portava uma arma de fogo em uma borracharia. Após a confissão e delação deste, os policiais acabaram localizando os demais corréus, todos presos em flagrante na mesma oportunidade.

O requerente Nilton César e os corréus, na fase policial, confessaram os crimes praticados com riqueza de detalhes, bem como delataram uns aos outros.

Restou evidente que o requerente Nilton César, somente em algumas oportunidades foi ao local dos crimes, agindo como motorista dos corréus, ora dirigindo um veículo Escort, de cor preta (pertencente a um amigo), ora em uma Pampa, de cor verde, de propriedade de seu primo Vítor Juarez Franco Dauzacher, de quem também emprestava um revólver (situação por este confirmada – fls. 107-108). Na maioria das vezes, enquanto os comparsas executavam os crimes, o requerente permanecia na residência de seu primo Vítor, local em que morava juntamente com a família deste e o corréu Igor.

Desta forma, como o requerente Nilton César permanecia do lado de fora dos estabelecimentos comerciais, no interior do veículo, aguardando os corréus executarem os delitos, a fim de dar-lhes fuga, poucas vezes foi identificado pelas testemunhas, ao contrário de seus comparsas, que foram reconhecidos por várias vítimas (fls. 54-57 e 111; 65-69; 70-72 e 105; 74-75 e 80; 78-79 e 81).

Apesar disso, o requerente Nilton César foi reconhecido pela testemunha Inadir Karine Rodrigues Orlandi (fl. 65-66) como o motorista do veículo Pampa, de cor verde, que ficou aguardando no interior deste, enquanto os corréus praticavam o crime na padaria da vítima Ronildo, oportunidade em que esta foi morta. Consta no auto de reconhecimento de fl. 68, que *“a testemunha apontou, sem nenhuma vacilação, entre as pessoas presentes, e de características semelhantes os indivíduos: Roni Alves de Campos, Nilton César Antunes Veron, Davi Pacheco de Souza, vulgo ‘Tuiuiu’, Igor Fabrício Silveira Machado e Jean Jorge Ocampos, como sendo os mesmos que no dia 26/06/95, por volta das 19:40 horas, ocupavam o veículo Pampa cor verde.”*

A vítima Maria Rita Silva também declarou que *“segundo um vizinho da declarante, o mesmo disse ter visto um veículo Pampa, na esquina da mer, digo, abaixo da mercearia, na ocasião dos fatos”* (fl. 77)

Aliás, esta situação foi confirmada pelos comparsas do requerente, que deixaram bem evidente que ele era o líder do grupo, comandava os crimes, realizava a divisão de tarefas, vendia os veículos roubados, arranjava armas de fogo e, que, por vezes, agia como motorista, dando-lhes cobertura, estacionando o veículo próximo ao local do crime.

Em juízo, apesar de todos os réus, inclusive, o ora requerente (fls. 82-87), com exceção de Davi (fl. 88-89), terem se retratado e negado as práticas delituosas, as testemunhas mantiveram suas versões sobre os fatos.

Ademais, as testemunhas policiais Getúlio Vargas, Mario Augusto Ortiz Coutinho e Edilson Marcelo de Castro (fls. 98-101) confirmaram em juízo integralmente as diligências efetuadas e o transcorrer da prisão em flagrante, além das confissões dos agentes, esclarecendo as circunstâncias dos fatos delituosos, deixando evidente a participação do requerente Nilton César nos crimes em tela, como o líder da quadrilha.

É de ser bem destacada as declarações da testemunha policial Getúlio Vargas que corrobora o reconhecimento do ora requerente efetuado pela testemunha Inadir, que, infelizmente, não foi ouvida em juízo (fls. 98-99):

“Que o depoente juntamente com o delegado Marco Túlio e os agentes Castro e Coutinho estavam fazendo investigação a respeito de uma quadrilha que estava assaltando farmácias e estabelecimentos comerciais; que no dia referido no auto de

prisão em flagrante os quatro estavam em uma ronda policiais na Av. Manoel da Costa Lima, Bairro Piratininga, quando pararam em uma borracharia e então perceberam que ali estava um rapaz com uma motocicleta; que perceberam que o rapaz estava armado então procederam uma revista e o desarmaram, levando-o para a delegacia; que chegando lá constatou-se que o rapaz era menor, tendo este prestado declarações informando que os acusados Nilton César, Igor Fabrício, Roni e Davi Pacheco formavam com ele uma quadrilha, a qual tinha, digo, vinha promovendo assaltos à mão armada em farmácias e estabelecimentos comerciais; que em continuação às investigações conseguiram prender os réus, os quais confessaram que realmente formavam a quadrilha referida pelo menor Jean e que integrantes da quadrilha praticaram os assaltos e o latrocínio referidos na denúncia. Dada a palavra ao Promotor, respondeu que no latrocínio referido na denúncia participaram todos os réus, juntamente com o menor Jean; que estavam armados Jean e Davi Pacheco dentro do estabelecimento comercial da vítima Romildo, sendo que no veículo pampa utilizado pelos réus, havia uma arma em poder de Nilton César; que naquele dia chegaram os cinco em uma pampa e pararam o veículo perto da padaria; no veículo ficaram Nilton César e Roni, sendo que no estabelecimento entraram Igor, Davi e Jean, o menor; que anunciaram o assalto e naquele momento a vítima virou-se e bateu no revólver que estava com Davi, fazendo com que a arma disparasse atingindo fatalmente a vítima; que segundo declarações de Davi, este não tinha intenção de matar a vítima; que do estabelecimento desta vítima, não levaram nada. Dada a palavra ao advogado de Roni e Igor, respondeu que o depoente não sabe informar onde Roni morava, mas esclarece que Roni foi preso juntamente com Nilton César na casa do Sr. Juarez, tio de Nilton; que o depoente percebeu, quando da prisão que Roni tinha um defeito no braço, sendo certo que Roni na delegacia informou que havia levado um tiro naquele braço; que não se recorda do horário e nem do dia da prisão dos acusados; que o depoente não se recorda de dona Claudinéia, sabendo informar apenas que Davi não foi preso com a sua amásia; dada a palavra, dito, que pelos réus foi dito que estava previsto um roubo do Bamerindus na próxima segunda-feira daquela ocasião.”

Cumprido salientar, ainda, que diversos bens de propriedade das vítimas foram apreendidos na posse do corréu Davi e do ora requerente Nilton César, não tendo o menor cabimento a alegação defensiva de que pertenciam ao corréu Igor, que morava no mesmo local em que ele, até mesmo porque, era o requerente, e não Igor, quem emprestava o veículo Pampa e o revólver de seu primo para também executar os delitos. Ademais, na posse do corréu Davi e do menor Jean também foram apreendidos, respectivamente, um revólver e uma pistola utilizados nos crimes (fls. 29-30).

Portanto, fica bem evidente que a condenação efetuada nesta Instância (apelação criminal n. 48.370-1), não se baseou somente em elementos produzidos no inquérito policial, conforme alegado pelo Relator, mas também nas provas testemunhais produzidas em juízo, as quais não deixaram dúvidas de que o requerente Nilton César praticou os delitos de roubo e latrocínio.

Nesse sentido já decidiu o STJ:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. DEPOIMENTOS DE POLICIAIS. CREDIBILIDADE. COERÊNCIA COM O CONJUNTO PROBATÓRIO. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. (...)

2. Orienta-se a jurisprudência no sentido de que os depoimentos dos agentes policiais merecem credibilidade como elementos de convicção, máxime quando corroborados com outras provas produzidas nos autos, situação da espécie, constituindo-se, assim, elemento apto a respaldar as condenações.

3. *Tendo as instâncias ordinárias indicado os elementos de prova que levaram ao reconhecimento da autoria e materialidade e, por consequência, à condenação, não cabe a esta Corte Superior, em habeas corpus, desconstituir o afirmado, pois demandaria profunda incursão na seara fático-probatória, inviável nessa via processual.*

4. *Habeas corpus não conhecido.* (HC 206.282/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 12/05/2015, DJe 26/05/2015)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. DEPOIMENTOS DE POLICIAIS. CREDIBILIDADE. COERÊNCIA COM O CONJUNTO PROBATÓRIO. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. (...)

2. *Orienta-se a jurisprudência no sentido de que os depoimentos dos agentes policiais merecem credibilidade como elementos de convicção, máxime quando corroborados com outras provas produzidas nos autos, situação da espécie, constituindo-se, assim, elemento apto a respaldar as condenações.*

3. *Tendo as instâncias ordinárias indicado os elementos de prova que levaram ao reconhecimento da autoria e materialidade e, por consequência, à condenação, não cabe a esta Corte Superior, em habeas corpus, desconstituir o afirmado, pois demandaria profunda incursão na seara fático-probatória, inviável nessa via processual.*

4. *Habeas corpus não conhecido.* (HC 206.282/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 12/05/2015, DJe 26/05/2015)

- *Não há ilegalidade na condenação penal baseada em depoimentos de policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado, desde que submetidos ao crivo do contraditório e corroborados por outros meios de prova.* (AgRg no REsp 1216354/SP, Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Sexta Turma, julgado em 27/03/2014, DJe 14/04/2014)

Portanto, mantenho a condenação do requerente, não havendo falar em absolvição por insuficiência de provas.

Diante do exposto, em parte com o Relator, rejeito a preliminar de não conhecimento e, no mérito, indefiro a revisional.

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (2º Vogal)

Acompanho o relator.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (3º Vogal)

Peço vênias para divergir do e. relator.

Pretende a defesa a absolvição dos crimes do art. 157, § 3º (latrocínio) e art. 157, § 2º, I e II (roubo circunstanciado), ambos do Código Penal.

Verifica-se que tal matéria já foi objeto de análise no bojo da apelação n.º 48.370-1, em cujo julgamento o acusado foi condenado pela prática dos referidos crimes, consoante acórdão da 2ª Turma Criminal (f. 224/237).

Assim sendo, o interesse do requerente já foi cansativamente apreciado, impedindo nova análise da matéria, pois, a revisão criminal não pode constituir um segundo, terceiro, quarto, quinto ou infinito meio de apelo, sendo cabível – apenas e tão somente – nos casos arrolados no artigo 621, do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, oportuna a lição de Edilson Mougenot Bonfim:

“Por outro lado, a revisão criminal não se presta para a reavaliação de provas já examinadas nos juízos precedentes, pois a ação revisional não funciona como uma segunda apelação.”

Trata-se de caso típico em que a rescisória criminal deve ser rejeitada de plano, não podendo por simples beneplácito do julgador se admitir que o Tribunal de Justiça fique vendo, revendo e retomando a análise meritória quando absurda é a pretensão já rechaçada anteriormente.

O mesmo posicionamento vem sendo adotado pela jurisprudência:

“Inadmissibilidade de interposição de revisão, mormente quando não se restringe às hipóteses arroladas no art. 621 do CPP e evidencia tão-somente reavaliação das provas produzidas”¹

“REVISÃO CRIMINAL – OBJETIVANDO A MINORAÇÃO DA PENA-BASE PARA O MÍNIMO PREVISTO – MATÉRIA JÁ APRECIADA E REPELIDA EM APELAÇÃO CRIMINAL – NÃO-CONHECIMENTO.

A revisão criminal está adstrita aos termos do art. 621 do Código de Processo Penal. Já tendo a matéria sido apreciada e repelida em sede de apelação, esta só fica suscetível de uma nova análise caso esteja calcada em novas provas.” (Destques não originais)

Assim sendo, não conheço do pleito rescisório intentado em nome de Nilton César Antunes Verón.

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (4º Vogal)

Acompanho o Relator, para o fim de afastar a preliminar levantada pela Procuradoria de Justiça e, no mérito, julgar procedente a revisão criminal, absolvendo o embargante.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (5º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Por maioria, afastaram a preliminar de não conhecimento, vencido o Des. Carlos Eduardo Contar. no mérito, a conclusão do julgamento foi adiada para a sessão de 21.10.2015 para o voto de mérito do Des. Carlos Eduardo Contar, após o relator, o revisor, o Des. Luiz Claudio Bonassini, o Des. Dorival Moreira e o Des. Manoel Mendes Carli deferirem a revisão criminal e o Des. Luiz Gonzaga Mendes marques a indeferir.

VOTO (EM 21.10.2015)

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (3º Vogal)

Acompanho o e. 1º Vogal e indefiro o pleito revisional intentado em favor de Nilton César Antunes Verón.

¹ TJMT, RT 769/644, *apud op. cit.*, p. 926.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deferiram a revisão criminal, nos termos do voto do relator, vencido o Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e o Des. Carlos Eduardo Contar, contra o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

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, 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, 21 de outubro de 2015.

REVISTA
TRIMESTRAL DE
JURISPRUDÊNCIA

TJMS

NOTICIÁRIO



Tribunal de Justiça assina termo de cooperação com o TRF da 3ª Região - 05/10/2015



Na manhã desta segunda-feira (5), no plenário do Tribunal Pleno, durante a solenidade do lançamento do programa Audiência de Custódia, foi assinado o Termo de Cooperação Técnica nº 03.032/2015. O termo foi assinado pelo presidente do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, Des. João Maria Lós, e pelo presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que engloba São Paulo e Mato Grosso do Sul, Des. Fábio Prieto de Souza.

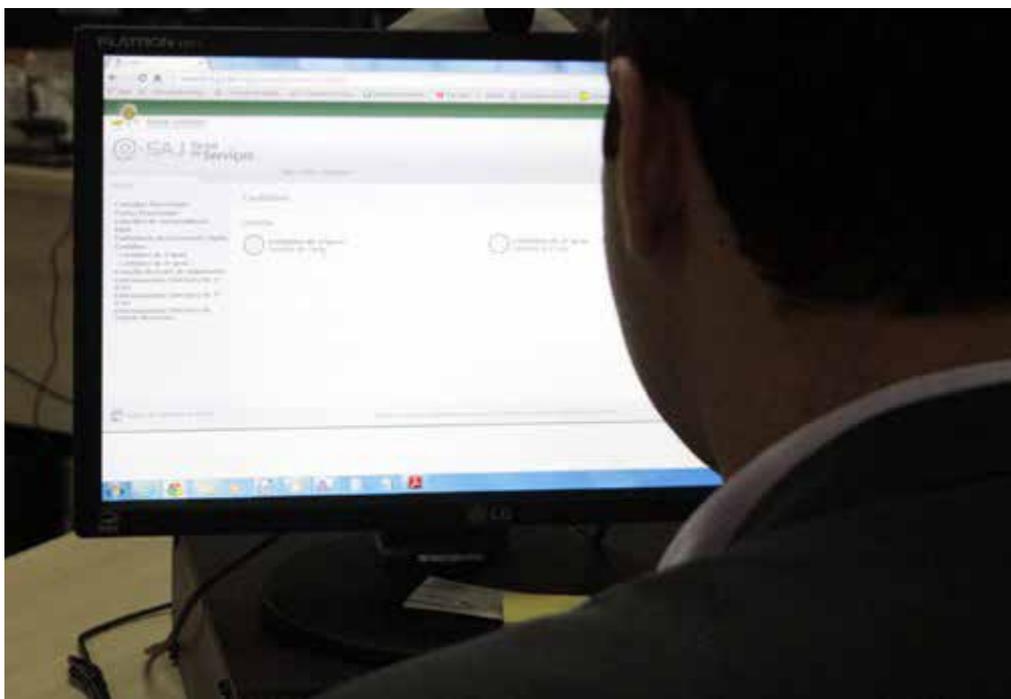
O termo objetiva o intercâmbio e a cooperação técnica visando a troca de informações processuais entre os sistemas SAJ, utilizado pelo Tribunal de Justiça de MS, e o sistema PJE, utilizado pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Para que se entenda melhor a importância da assinatura desse termo de cooperação é necessário explicar que o Tribunal de Justiça vem utilizando de forma sistemática o processo eletrônico, por meio do Sistema de Automação da Justiça (SAJ). Contudo, alguns processos ainda necessitam ser materializados quando remetidos ao TRF, por força de recurso.

Com a integração dos sistemas vai ser possível encaminhar a remessa de processos de forma eletrônica para o TRF da 3ª Região, economizando tempo e material de consumo, além de garantir maior celeridade processual. Na solenidade de instalação da Audiência de Custódia, o Ministro Ricardo Lewandowski, presidente do STF e do CNJ, destacou a importância da informatização do Poder Judiciário e a assinatura do Termo de Cooperação como uma importante iniciativa de colaboração entre o Tribunal de Justiça de MS e o TRF da 3ª Região.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Judiciário expede certidões cíveis e criminais com abrangência estadual - 06/10/2015



Desde o dia 21 de setembro de 2015, o Poder Judiciário aperfeiçoou a forma da busca no que tange à expedição de certidões.

A pesquisa está sendo realizada em banco de dados unificado que contém os registros dos processos cíveis e criminais de todas as comarcas do Estado de Mato Grosso do Sul, inclusive dos feitos dos Juizados Especiais. As certidões cíveis e criminais tiveram seus modelos modificados e unificados com a denominação “CERTIDÃO ESTADUAL”.

A medida adotada pela Corregedoria-Geral de Justiça tem o objetivo de melhorar o serviço de expedição de certidões, ampliando a abrangência das pesquisas e, principalmente, dando maior segurança a quem precisa de informações sobre pessoas físicas e jurídicas, com a finalidade, por exemplo, de contratar funcionários ou realizar negócios.

As certidões negativas, ou seja, aquelas que constatarem a inexistência de processo contra a pessoa pesquisada, continuam sendo expedidas pelo portal de serviços E-Saj, no site do Tribunal de Justiça, por meio do link “Certidões”. Em contrapartida, quando não disponibilizada pela internet, a certidão poderá ser requerida no Cartório Distribuidor de qualquer comarca do Estado, pela própria pessoa ou por terceiros interessados.

As certidões cíveis e criminais, expedidas pelo portal de serviços E-Saj, e a criminal, requerida ao Distribuidor, são gratuitas. Já a expedição de certidão cível, pelo Distribuidor, pressupõe o recolhimento de taxa, conforme a Portaria nº 214, de 12 de fevereiro de 2010.

O serviço de distribuição das comarcas tem acesso aos dados cadastrais dos processos de todas as Comarcas, para fins de verificação de eventual inclusão no resultado da busca de ações que não correspondam à pessoa pesquisada (homonímia) e promover a correção, se for o caso.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Vídeo: Boletim destaca instalação do programa Audiência de Custódia - 06/10/2015

Está disponível no Youtube (<http://www.youtube.com/user/TJMSJornalismo>) e no Portal do TJMS a edição desta semana do boletim Notícias TJMS com os principais acontecimentos da justiça estadual. Em destaque, a instalação do programa audiência de custódia no Estado de Mato Grosso do Sul e a homenagem ao Ministro Ricardo Lewandowski, que recebeu o Colar do Mérito Judiciário.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJ disponibiliza manual para advogados acessarem mídias de audiências - 08/10/2015



Imagem 8: Audiência sendo visualizada

IPORTANTE
O advogado terá acesso às audiências do processo desde que identificado no portal e cadastrado como advogado no processo.

Desde o dia 8 de setembro deste ano, advogados já podem ter acesso, no portal E-saj, às gravações realizadas durante as audiências. Para facilitar o acesso dos profissionais a esta importante informação em sua defesa, a Secretaria de Tecnologia da Informação do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul disponibilizou um manual (tutorial) com o roteiro para acessar os arquivos multimídias do processo. A funcionalidade está disponível para processos de todas as comarcas do Estado.

O tutorial está disponível para download no Portal do Poder Judiciário no menu esquerdo clicar em Consultas >> Processo Digital, depois na aba Manual. O manual está disponível diretamente pelo link <http://www.tjms.jus.br/webfiles/producao/GP/arquivos/manual-audiencia-esaj.pdf>.

Para visualizar os arquivos de uma audiência no portal E-saj, é necessário que o usuário esteja devidamente cadastrado e identificado. Além disso, os advogados deverão estar vinculados também ao processo.

O procedimento para ter acesso aos arquivos multimídia é bem simples, basta seguir as instruções contidas no manual. Os arquivos estarão disponíveis para serem transferidos para um dispositivo de armazenamento (HD do computador, pen-drive, etc) pela opção “Download”, ou para serem apenas visualizados pela opção “Abrir:”. Nessas duas opções é necessário ter instalado no computador um programa de player de vídeo e áudio.

Além dos advogados, também terão acesso às audiências a Defensoria Pública, o Ministério Público Estadual e as Procuradorias (Município/Estado/União). Como medida de segurança, o acesso aos áudios e vídeos será permitido apenas aos profissionais vinculados aos processos em que atuam.

Gravação de audiências – Em 2013, o Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul terminou a implantação de sistema de gravação de audiências em todas as comarcas do estado, depois de quase dois anos de testes e aperfeiçoamentos. Com este módulo do Sistema de Automação da Justiça (SAJ), desenvolvido

pela Sofplan, o juiz precisa apenas colher o depoimento e este é anexado ao processo em áudio e vídeo para futuras consultas, desde então.

A ferramenta é dinâmica e trouxe benefícios inquestionáveis ao PJMS. Durante a audiência, o assessor pode ir destacando trecho por meio de alguns cliques, criando um índice de acesso às falas que precisam ser localizadas com facilidade. Porém, até esta data, ao final da audiência o advogado precisava solicitar uma cópia do conteúdo, que podia ser gravado em pendrive, por exemplo. Agora os arquivos ficam disponíveis no Portal e-SAJ.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Comarca de Terenos será projeto-piloto em logística sustentável - 09/10/2015



Em menos de um mês após a aprovação do Plano de Logística Sustentável, o Tribunal de Justiça, por meio da Secretaria de Obras, está implantando na Comarca de Terenos o plano piloto para a aplicação de algumas propostas previstas no Plano de Logística Sustentável (PLS) do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul.

A construção da Comarca de Terenos começou em agosto deste ano e já contará com algumas ações estabelecidas no PLS, como, por exemplo, a instalação de luminárias de LED, que tem uma vida útil longa e apresenta maior eficiência energética, sensores de presença para acionamento de iluminação de áreas de ocupação eventual, como os banheiros, e a instalação de ar-condicionado inverter que é mais econômico que outros modelos, pois o compressor, espécie de motor do ar-condicionado, funciona em baixa potência sem desligar, permanecendo sempre em operação. Isso evita estalos quando o compressor entra em operação e os picos de luz.

Além das ações que visam a redução de consumo de energia elétrica, a comarca também terá a captação de águas pluviais, que já ocorre em algumas comarcas como Nova Alvorada do Sul, Mundo Novo, Água Clara, Bonito, Anastácio, Sete Quedas, Ivinhema e no anexo do Tribunal de Justiça. Nos banheiros serão instaladas descargas econômicas com duplo acionamento para sólidos e líquidos e secadores de mãos elétricos.

Outra proposta consiste na aquisição de canecas com o intuito de diminuir o consumo de copos descartáveis que demoram 200 anos para se decompor no meio ambiente. E, para reduzir os valores gastos com os serviços de telefonia, o novo prédio da Comarca de Terenos também terá um estudo para verificar a viabilidade de se implantar o sistema VoIP ou voz sobre IP, que é o roteamento de conversação humana ou qualquer outra rede de computadores baseada no protocolo de internet, tornando a transmissão de voz mais um dos serviços suportados pela rede de dados.

Para a engenheira sanitarista ambiental responsável pelo projeto ambiental, Rosiley Ferreira Cristaldo, a expectativa é que a Comarca de Terenos seja um modelo diferenciado das outras com um consumo mais sustentável.

Nas demais comarcas, as propostas estabelecidas no Plano de Logística Sustentável serão implementadas na medida em que os prédios necessitem de reformas e também conforme metas constantes no próprio PLS.

Entenda mais – O Plano de Logística Sustentável aprovado pelo Órgão Especial na sessão do dia 16 de setembro de 2015, em cumprimento à Resolução nº 201 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que determina aos órgãos e conselhos do Judiciário a criação de unidades ou núcleos socioambientais por meio da implantação de um Plano de Logística Sustentável.

Com foco na preservação do meio ambiente, a norma tem o objetivo de estimular a reflexão e a mudança dos padrões de compra, consumo e gestão documental no Judiciário, bem como do corpo funcional e da força de trabalho auxiliar. Para se ter uma ideia da importância da questão, para a produção de uma tonelada de papel faz-se necessário o corte de quarenta árvores e se a mesma quantidade fosse reciclada haveria uma redução de 3,2 m² de espaços nos tão abarrotados aterros sanitários.

O Plano de Logística Sustentável engloba a implantação de diversas práticas de sustentabilidade em diversas áreas que vão desde o material de consumo até mesmo na capacitação dos servidores em educação socioambiental.

Confira na íntegra o Plano de Logística Sustentável do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul no arquivo anexo ou pelo link da Ecogestão (http://www.tjms.jus.br/projeto_ecogestao/) e também a Resolução nº 201 do CNJ (<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2795>) que determinou a criação de unidades ou núcleos socioambientais, com a implantação do PLS.

Anexos:

Plano de Logística Sustentável:

<http://www.tjms.jus.br/webfiles/producao/GP/noticiasArquivos/201510081314221.pdf>

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Magistrados exaltam o trabalho da CPE: o Cartório do Futuro - 16/10/2015



No último dia 8 foi inaugurada no Tribunal de Justiça de São Paulo a Unidade Remota de Processamento Digital (URPD). A Unidade paulista usa modelo semelhante da Central de Processamento Eletrônico de Feitos Judiciais, a CPE do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.

A implementação da URPD no Estado vizinho rendeu elogios ao trabalho desenvolvido criado pela Corte sul-mato-grossense.

O juiz Gustavo Santini Teodoro, da Assessoria da Presidência do TJSP na área de Tecnologia da Informação, exaltou o trabalho desenvolvido pela Secretaria de Tecnologia da Informação e da CPE do TJMS.

Teodoro lembrou da boa relação entre as duas Cortes estaduais e do intercâmbio, sobretudo na área de tecnologia da informação. “Diga-se que, na área de TI, a colaboração entre o TJMS e o TJSP é intensa e sempre profícua. A CPE do TJMS é inovadora, pois foi a primeira entre os Tribunais Estaduais que adotaram a mesma solução de processo digital”.

Tanto a CPE como a URPD foram idealizadas em razão do avanço do processo digital e com o objetivo de auxiliar o trabalho cartorário de primeiro grau. Criada em novembro de 2013, a Central de Processamento Eletrônico está instalada dentro da Secretaria do Tribunal de Justiça e ficou conhecida como o “Cartório do Futuro”, servindo como uma extensão dos cartórios judiciais de 1º Grau.

A inovação despertou interesse por parte de vários Tribunais brasileiros. Já vieram conhecer pessoalmente as instalações da CPE representantes dos Tribunais de Santa Catarina, Paraná, Mato Grosso, Minas Gerais e Ceará.

Mais recentemente, o presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ministro Ricardo Lewandowski, conheceu o modelo de gestão processual da CPE, que

considerou ser o futuro da jurisdição. “Eu vejo com muita satisfação que o TJMS avançou muito e é um exemplo para os demais Estados da Federação”.

No mesmo dia da visita de Lewandowski ao TJMS, o presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Des. Fábio Prieto de Souza, também conheceu a CPE, que ressaltou não conhecer em lugar algum do mundo projeto como o da CPE. “É realmente algo espetacular, o dinamismo e a mudança do conceito gerencial do processo”.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJ celebra contrato para ressocialização de internos da capital - 16/10/2015



Com o intuito de ressocializar os internos do regime semiaberto da capital, o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul celebrou contrato de prestação de serviços com o Conselho da Comunidade de Campo Grande, que é responsável pela intermediação entre a Agência de Administração do Sistema Penitenciário (Agepen) e empresários e órgãos públicos a fim de viabilizar emprego para as pessoas que estão saindo do sistema carcerário.

O objetivo do contrato consiste em ressocializar os reeducandos, oferecendo-lhes a oportunidade de emprego e profissionalização, para quando, após o cumprimento de suas penas, sejam capazes de reintegrarem-se à sociedade de forma definitiva, diminuindo dessa maneira os casos de reincidência. Antes, os reeducandos passam por uma triagem realizada pela Agência de Administração do Sistema Penitenciário (Agepen), por meio do Patronato Penitenciário, passando por análise jurídica, psicológica e social.

O contrato com duração de um ano conta inicialmente com a participação de seis reeducandos que auxiliarão a empresa terceirizada responsável pela manutenção dos jardins das dependências do Tribunal e a expectativa é aumentar o número de internos atendidos. Os reeducandos recebem um salário-mínimo para ajudarem no sustento de suas famílias, descontado 10% que vai para conta judicial, e a cada três dias trabalhados abate-se um dia na pena.

Por solicitação do presidente do Tribunal de Justiça, Des. João Maria Lós, a Secretaria de Bens e Serviços do TJ está realizando uma revitalização da mata nativa e os reeducandos estão trabalhando desde o começo de outubro auxiliando nesse processo.

Até o momento já foram plantadas mudas de ipê e está sendo realizada a troca da grama e a ideia é que os reeducandos sejam responsáveis pelo viveiro e pelo processo de compostagem, processo de aproveitamento dos restos orgânicos, como folhas para fabricação de adubo natural.

A criação e manutenção do viveiro proporcionará economia para o Tribunal, já que não será mais necessário comprar mudas de plantas e o plano envolve também a ampliação deste para que servidores e magistrados possam também levar alguma muda, caso tenham interesse.

Para o secretário-executivo do Conselho da Comunidade de Campo Grande, Nereu Rios, a iniciativa do Tribunal de Justiça de MS é muito importante, visto que a maior parte dos internos necessita apenas de uma oportunidade.

Saiba mais – Você sabe o que é o Conselho da Comunidade de Campo Grande? Sob a presidência do juiz Albino Coimbra Neto, titular da 2ª Vara de Execução Penal de Campo Grande, o Conselho começou suas atividades no ano de 1999 e tem como meta inserir os internos no mercado de trabalho por meio de parcerias com empresas e órgãos públicos.

Nesses 16 anos de trabalho, o Conselho já possui mais de 20 empresas/órgãos parceiros e o maior exemplo de sucesso desse projeto, apontado pelo secretário-executivo Nereu Rios, é o Parque das Nações Indígenas, que conta desde 1999 com os serviços dos reeducandos e atualmente se tornou o cartão-postal da cidade.

Segundo Rios, o projeto desenvolvido pelo Conselho é referência nacional, tanto que serviu como modelo para a Embrapa de Aracaju e já se comprovou a redução no número de reincidência ao crime, visto que, conforme informações do próprio site do Conselho, menos de 5% de quem está trabalhando nos projetos retorna às atividades ilícitas.

Conheça mais sobre o Conselho da Comunidade de Campo Grande no site www.cccgms.com.br.



Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juízes lançam e autografam obra sobre novo CPC no TJMS - 22/10/2015



Na noite de quarta-feira (21), foi lançada a obra com três volumes “Novo CPC - Análise Doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro”. Quatro juízes sul-mato-grossenses participaram da elaboração do material e autografaram as obras. A cerimônia ocorreu no saguão do TJMS e contou com a presença do Corregedor-Geral de Justiça, Des. Julizar Barbosa Trindade, representando o presidente do tribunal, Des. João Maria Lós, do governador do Estado, Reinaldo Azambuja, além de desembargadores, juízes, membros do Ministério Público, advogados e demais autoridades.

A obra é composta por três volumes e foi editada pela Editora Contemplar. Os juízes Alessandro Meliso Rodrigues, Fernando Chemin Cury, José de Andrade Neto e Mário José Esbalqueiro Júnior contribuíram nesta obra com análise de institutos jurídicos do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105, de 16 de março de 2015), que entrará em vigor em março de 2016.

O juiz José de Andrade Neto também escreveu artigo para a obra, sendo também o coordenador, junto com o professor e advogado Alexandre Ávalo. Segundo o magistrado, os livros reúnem textos dos principais especialistas do Brasil em cada tema, que apresentam estudo aprofundado. Para José de Andrade a participação de magistrados estaduais foi fundamental para a construção doutrinária do novo CPC.

“Cada especialista trouxe sua experiência prática do dia a dia forense e seu conhecimento teórico para o livro. Nós procuramos separar a Parte Geral, a Parte de Execução e a Parte de Recurso. Cada tema acabou sendo destrinchado por um especialista, para que o advogado, o juiz, o promotor, o acadêmico possa já ter uma noção do que está por vir. Além de todos os problemas que podem surgir na aplicação da nova lei”.

O juiz José de Andrade ressaltou ainda a atuação do Tribunal de Justiça, por meio da Escola Judicial (Ejud-MS), que vem capacitando os magistrados e os serventuários, antes da entrada em vigor do Código de Processo Civil. *“A Ejud, por meio de seu diretor, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, vem se preocupando há muito tempo em capacitar os magistrados, fazendo, sistematicamente, vários cursos excelentes e*

trazendo os melhores profissionais para fazer esta capacitação aos magistrados e aos servidores. Tenho certeza de que o Tribunal de Justiça está saindo na frente de muitos Estados ao fazer estas capacitações”.

A obra “Novo CPC - Análise Doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro” é composta por 3 volumes: O Volume I apresenta capítulos que tratam da “Parte Geral”. O Volume II contém temas da “Parte Especial” e os “Procedimentos Especiais”, enquanto o Volume III se dedica ao estudo do “Processo Execução” e “Dos Processos nos Tribunais”, incluídos os recursos e as demandas de competência originária.

Cada exemplar conta com prefácios de três dos maiores processualistas da história do direito processual brasileiro – Arruda Alvim, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Guilherme Marinoni. A obra “Novo CPC – Análise Doutrinária sobre o Novo Direito Processual Brasileiro” tem o objetivo de cumprir a missão idealizada: difundir a construção doutrinária acerca do Novo CPC, de modo abrangente e ao mesmo tempo aprofundado, contribuindo para compreensão e a evolução de tão fundamental ciência jurídica.

Confira no arquivo anexo o sumário completo da obra, que pode ser adquirida nas livrarias de todo o país e pelo site www.editoracontemplar.com.br.



Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Papa-Pilha: TJ descarta mais de 98 kg de pilhas e 18 kg de bateria - 20/10/2015

O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, por meio da Secretaria de Obras, realizou a coleta de 98,20 quilos de pilhas usadas e 18 quilos de baterias usadas que, por sua vez, terão a destinação correta. O montante refere-se às pilhas e baterias usadas depositadas nas caixas coletoras, chamadas de Papa-Pilha, localizadas no saguão principal do Tribunal de Justiça, no Fórum de Campo Grande, no Juizado Central e no Fórum de Dourados.

O objetivo do projeto é contribuir para o descarte adequado destes materiais que representam um risco ao meio ambiente e à saúde pública se descartadas no lixo comum, além de conscientizar os servidores e jurisdicionados da necessidade de dar um destino correto a esses materiais.

A destinação correta das pilhas e baterias usadas faz parte da meta que visa o descarte adequado dos resíduos do Poder Judiciário de MS previsto no Plano de Logística Sustentável, em cumprimento à Resolução nº 201 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que determina aos órgãos e conselhos do Judiciário a criação de unidades ou núcleos socioambientais por meio da implantação de um Plano de Logística Sustentável.

As pilhas e baterias em funcionamento não oferecem riscos à saúde. O problema é quando elas são descartadas em lixo comum e as cápsulas que as envolvem passam por deformações, deixando vaziar o líquido tóxico de seus interiores. Esse líquido se acumula na natureza e contamina o solo e o lençol freático.

Assim, os servidores e o público podem depositar nos Papa-Pilha as pilhas e baterias de celulares que já não estão sendo mais utilizados, evitando que sejam descartados de forma inadequada e dando um destino ecologicamente correto para as baterias e pilhas em desuso.

As pilhas e baterias usadas serão encaminhadas ao Programa Abinee - Recebe Pilhas, desenvolvido pela Associação Brasileira da Indústria Elétrica e Eletrônica, e que realiza a coleta e encaminhamento das pilhas e baterias portáteis para reciclagem e destinação final ambientalmente adequada.

Confira no site www.abinee.org.br mais informações sobre o programa, bem como a lista das cidades e locais onde se realiza a coleta.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS participa do 10º Congresso de Inovação no Poder Judiciário - 22/10/2015



O Tribunal de Justiça de MS participa nos dias 21 e 22 de outubro, em Brasília, do 10º Congresso de Inovação no Poder Judiciário – CONIP Judiciário 2015, um fórum amplo e democrático para debater os limites e possibilidades do uso das novas tecnologias de informação e comunicação (TIC) nos processos de inovação e modernização do Poder Judiciário. Representam o Judiciário sul-mato-grossense no evento o juiz auxiliar da Presidência, Alexandre Antunes da Silva, o diretor-geral do TJ, Marcelo Vendas Righetti, e os servidores Altair Junior Soares e Ednilson Marques de Oliveira, da Secretaria de Tecnologia da Informação.

Desde 2006, o Congresso reúne, em um só ambiente, profissionais de todos os Tribunais, experiências bem sucedidas, especialistas e a indústria de soluções e serviços para uma grande troca de informações.

Na tarde desta quinta-feira, um dos palestrantes será o servidor Ednilson Marques de Oliveira, que atua na Gestão em Segurança da Informação do TJMS, com a palestra “Implementando Gestão da Segurança da Informação no Judiciário de MS”.

Ao longo dos anos do CONIP, debates e “cases” ajudaram a compreender melhor temas como Governança da TI, Integração de Sistemas, Processo Judicial Eletrônico, Acessibilidade na Web, Segurança da Informação, Contratações de TI e Gestão documental.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Implantada remessa eletrônica de processos entre TJMS e TRF3 - 26/10/2015



Nesta segunda-feira (26) entrou em funcionamento a integração de sistemas firmada pelo termo de cooperação assinado no dia 5 de outubro entre o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul e o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que engloba São Paulo e Mato Grosso do Sul. O acordo, que permite o compartilhamento de processos eletrônicos entre os sistemas SAJ, utilizado pelo TJMS, e o sistema PJE, utilizado pelo TRF3, economizará tempo e material de consumo, além de garantir maior celeridade processual.

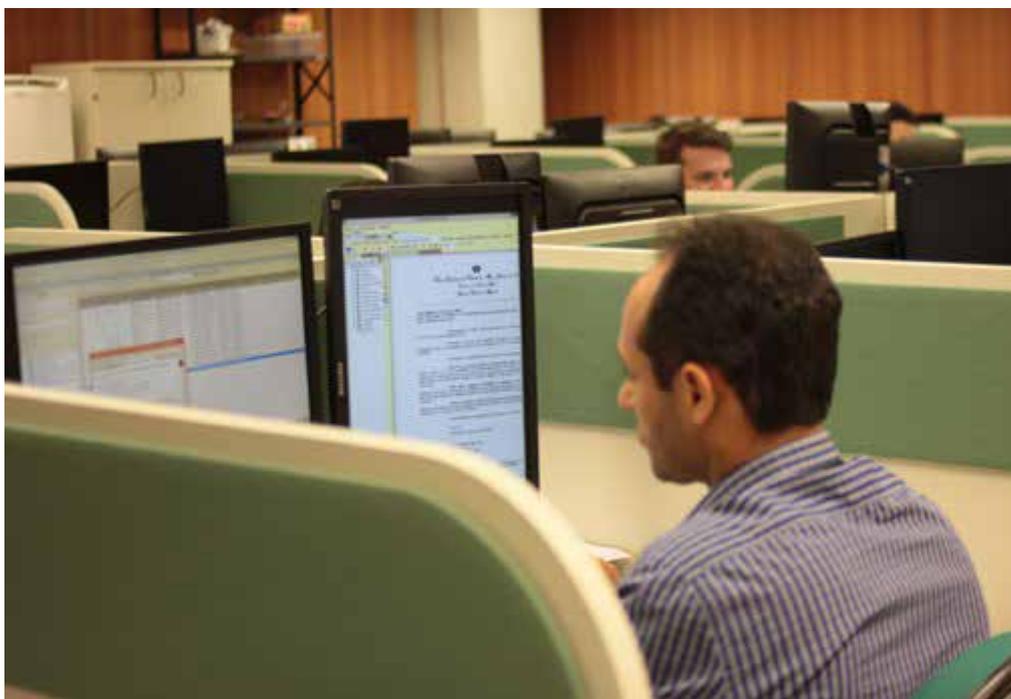
Antigamente, os processos encaminhados para o TRF da 3ª Região precisavam ser impressos, gerando muitos gastos com papel. Depois disso, foi criado um procedimento onde cada processo precisava ser exportado em formato PDF, mas isso era feito com o processo inteiro, sem separação de peças. Após esta etapa, o processo era enviado por e-mail para o TRF3, o que gerava alguns problemas. O primeiro deles é que o arquivo ia sem diferenciação das peças, e o outro é que o PJe, sistema utilizado pelo Tribunal Regional Federal, aceita somente arquivos de até 3Mb, e um processo inteiro, ou mesmo uma peça, pode ter bem mais do que isso.

Com o sistema desenvolvido pela Secretaria de Tecnologia da Informação do TJMS que entrou em produção hoje, o servidor do Tribunal de Justiça precisa apenas digitar o número do processo, conferir os dados e clicar em enviar. Com isso, o sistema já busca todas as peças do processo, inclusive audiências e envia eletronicamente ao TRF.

Além facilitar ao servidor do TJ, que não precisa mais materializar o processo em um único arquivo PDF, o sistema facilita o trabalho do TRF, uma vez que as peças são individualizadas e respeitam o limite máximo de tamanho do sistema PJe. Assim, se uma peça tiver mais de 3Mb, ela será dividida em partes para que o sistema daquela corte aceite o arquivo. Além disso, a partir de agora o TJMS pode ter um histórico mais preciso dos processos transmitidos por meio dessa ferramenta, algo que antes era difícil, uma vez que cada e-mail era enviado de uma vara diferente.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Todas as comarcas de MS já têm processos na CPE - 29/10/2015



Desde que entrou em funcionamento no ano de 2013, a Central de Processamento Eletrônico de Feitos Judiciais (CPE) vem incluindo, a cada dia, mais varas em seu rol de atuações. O objetivo da Central é estar, em poucos anos, atuando em processos de todas as Varas do Poder Judiciário estadual. Tudo isto só será possível porque atualmente quase a totalidade dos processos (90%) que tramitam em Mato Grosso do Sul são eletrônicos.

Um bom exemplo disto é a Execução Penal. Todas as varas das 52 comarcas do Estado, com esta competência, já tem parte de seus trâmites sendo executados, a distância, por servidores da CPE. Todo o cálculo de pena e o cumprimento de sentenças são realizados por 40 analistas judiciários, altamente capacitados, que atuam exclusivamente no cumprimento processual e cálculo de penas.

Por isto, a Central de Processamento Eletrônico vem sendo chamada de “Cartório do Futuro”. A inovação do TJMS despertou interesse por parte de várias Cortes brasileiras. Já vieram conhecer pessoalmente as instalações da CPE representantes dos Tribunais de Santa Catarina, Paraná, Mato Grosso, Minas Gerais e Ceará.

Além da Execução Penal, outras varas também já destinaram parcela de seus trâmites para serem executados na CPE. É o caso da Execução Fiscal, da Violência Doméstica e Familiar, da Criminal Residual e da competência do Juizado Especial.

Apenas esta última competência já tem 27 varas em todo o Estado com processos sendo executados na Central. 41 analistas judiciários ficam focados, dentro da Central de Processamento Eletrônico, executando atos de processos destas varas do Juizado Especial.

Em Campo Grande, atualmente, uma vara Criminal de Competência Residual e a Vara de Execução Fiscal Municipal têm seus trâmites, como despachos e decisões, sendo cumpridos por analistas judiciários da CPE.

A Central de Processamento Eletrônico também é responsável pelo cadastramento e distribuição das petições iniciais que ingressam, via web, na 4ª, 5ª e 9ª Vara dos Juizados Especiais da capital.

Toda a inovação trazida com a Central de Processamento Eletrônico será capaz de racionalizar o trabalho cartorário, imprimindo uma prestação jurisdicional efetiva e transparente, missão do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Presidente do TJ receberá fundador da Família Acolhedora na Inglaterra - 03/11/2015

O presidente do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, Des. João Maria Lós, recebe nesta quarta-feira (4), no Tribunal de Justiça, às 9h40, Michael Pease, fundador diretor na Inglaterra da Substitute Families For Abandoned Children (SFAC). Durante a visita, o coordenador da Infância e da Juventude, Des. Eduardo Machado Rocha, junto a outros magistrados, entregam documento pedindo para que o programa Família Acolhedora seja implantado em todas as comarcas de MS. O documento deve ser encaminhado para a Corregedoria-Geral de Justiça, que fará a recomendação.

O britânico Michael Pease é a maior referência mundial em acolhimento familiar. Pease já visitou vários países para passar seus conhecimentos e sensibilizar os governos para criar programas como o Família Acolhedora, abandonando a ideia de mandar crianças e adolescentes para locais como orfanatos.

No Brasil, a Família Acolhedora já é uma realidade, pelo menos na legislação que trata sobre o tema. Segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o acolhimento familiar terá preferência em relação ao acolhimento institucional, como os abrigos e unidade de acolhimento (art. 34 §1º). Sempre que possível, a criança e o adolescente, que não está mais sob a guarda de seus pais biológicos, por qualquer motivo, deve ser encaminhado ao convívio e cuidados de uma família acolhedora.

Mato Grosso do Sul já conta com sete cidades com o serviço, Camapuã, Laguna Carapã, Ribas do Rio Pardo, Alcinópolis, Sete Quedas, Paranhos e Mundo Novo. As cidades de Campo Grande e Dourados já tem o processo de implantação em estágio avançado.

Michael Pease será o palestrante da Capacitação Internacional sobre Acolhimento Familiar, junto com Delton Hochstedler, coordenador técnico da Associação Brasileira Beneficente Aslan (ABBA), que ocorrerá na comarca de Camapuã, nos dias 5 e 6 de novembro. O evento é uma realização do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, por meio da Escola Judicial (Ejud-MS) e atendendo solicitação da Coordenadoria da Infância e da Juventude, a qual estabeleceu parceria com a Prefeitura Municipal de Camapuã.

Nesta capacitação participarão magistrados e servidores da área de Psicologia e Assistência Social de várias comarcas do Estado, além de profissionais de várias prefeituras que atuam na rede de proteção às crianças e adolescentes.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Elevada, Comarca de Três Lagoas inaugura nova fase na história - 06/11/2015



“Dever cumprido? Não. Esse é o começo de uma nova etapa. O Tribunal de Justiça atendeu pedido formulado pela comunidade, pela família forense local, e o TJMS já estava devendo isso à comunidade, porque a pujança de Três Lagoas é conhecida de todos. Em vez de missão cumprida, estamos começando uma nova missão, que é dar efetividade ao que implantamos hoje: o Cejusc e a elevação à entrância especial, resultando em maior produtividade e melhor atendimento à população. Quando chegarmos a esse patamar, atingiremos os objetivos propostos e poderemos dizer que nossa missão estará cumprida”.

Com essas palavras, o presidente do TJMS, Des. João Maria Lós, comemorou a elevação da Comarca de Três Lagoas à entrância especial. A solenidade de elevação, que reuniu os desembargadores do Tribunal Pleno, foi realizada na Câmara Municipal e lotou o plenário. A Comarca de Três Lagoas compreende os municípios de Três Lagoas e Selvíria e os distritos de Arapuá e Garcias.

O juiz Rodrigo Pedrini Marcos, diretor do Foro da comarca, lembrou que a elevação para entrância especial resultará em melhor estrutura, principalmente no assessoramento dos juízes, além do setor administrativo.

“Cada juiz terá mais um assessor e isso significa dizer que a produtividade do gabinete tende a aumentar. E não é só isso: sabemos que a elevação também traz novas responsabilidades e estamos preparados para isso”.

A proposta de elevação foi aprovada no Órgão Especial no dia 19 de agosto e na Assembleia Legislativa, por meio do Projeto de Lei 246/2015, no dia 10 de setembro. A lei estadual que elevou as comarcas de Corumbá e Três Lagoas foi publicada no Diário Oficial de MS do dia 15 de setembro.

A Comarca de Três Lagoas foi criada por meio da Lei nº 754, de 17 de junho de 1918. No dia de 30 de janeiro de 1946, o Decreto nº 749 a tornou de primeira entrância e, em de 28 de abril de 1964, com a edição da Lei nº 2.152, tornou-se comarca de segunda entrância, e agora torna-se de entrância especial.

A prefeita Márcia Moura agradeceu aos desembargadores, não apenas pela presença em solenidade tão importante, mas pela aprovação do projeto que se tornou lei e permitiu a elevação.

“Fiquei muito emocionada ao assinar o pergaminho, deixando registrada a mudança da nossa cidade. Três Lagoas agradece. Será muito bom para nossa cidade, já que as famílias poderão resolver seus problemas de forma mais eficaz, mais eficiente, reduzindo, ainda que pouco, o número de processos que sobrecarregam nossos juízes. Obrigada aos nossos juízes, aos desembargadores. Obrigada por tudo”.

Para quem não sabe, no Código de Organização e Divisão Judiciárias (CODJ), as comarcas são classificadas em razão do movimento forense, da densidade demográfica, rendas públicas, meios de transporte, situação geográfica, extensão territorial e outros fatores socioeconômicos de relevância.

Em Mato Grosso do Sul, das 52 comarcas apenas Campo Grande e Dourados eram de entrância especial. Com as elevações de Três Lagoas e Corumbá, atualmente são quatro comarcas de entrância especial. Um dado curioso: quando o Estado de Mato Grosso do Sul foi instalado, em 1979, apenas Campo Grande era entrância especial. Dourados foi elevada de segunda entrância para entrância especial no dia 6 de janeiro de 1989, e desde então não havia mais elevações.



Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS instala Centro de Solução de Conflitos e Cidadania em Três Lagoas - 06/11/2015

Foi instalado no Fórum da Comarca de Três Lagoas, na manhã desta sexta-feira (6), mais um Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc). Este foi o terceiro instalado no interior e a intenção da administração do TJMS é instalar mais dois núcleos em 2015: um em Ponta Porã e outro em Dourados. Os primeiros centros no interior do Estado foram instalados nas comarcas de Corumbá e Naviraí.

Em seu discurso, o presidente do Tribunal de Justiça, Des. João Maria Lós, explicou que os métodos consensuais de solução de conflitos não substituirão a sentença, mas pacificarão conflitos. Questionado sobre os resultados práticos do Cejusc, Lós ressaltou que onde já existem os centros instalados já é possível perceber uma redução de 30%, 40%, e até 50% dos casos apresentados no Judiciário.

“Isso significa, em um universo de 100 milhões de processos tramitando no Brasil, uma redução de 50 milhões, o que é uma redução altamente significativa e nós, eliminados os processos pela conciliação/ mediação, poderemos nos debruçar nas questões em que não é possível conciliar/mediar. O resultado é a aceleração do andamento dos processos e a qualidade das decisões proferidas. É uma nova mentalidade que surge no Judiciário, trabalho de longo prazo, e temos tido cuidado na preparação dos conciliadores e mediadores”.

O coordenador da Mediação do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, Des. Romero Osme Dias Lopes, lembrou que a expectativa é instalar Cejusc em muitas outras comarcas, pois considera a instalação do centro de solução de conflitos fundamental e um processo irreversível.

“Temos duas leis sobre o tema: uma entra em vigor no final do ano, que trata da mediação e o Novo Código de Processo Civil, que dedica quase duas dezenas de artigos no mesmo tema. É hoje um processo irreversível. Três Lagoas é um polo de agronegócio, polo de prestadores de serviços, de industriais, de comerciantes - exatamente o perfil que nós esperamos para que a população use e abuse da mediação e da conciliação”.

O juiz Rogério Ursi Ventura, da 1ª Vara Cível de Três Lagoas, coordenará o Cejusc na comarca. Ele apontou que a instalação do Centro vem ao encontro do proposto pelo Novo Código de Processo Civil, que prevê a criação de meios alternativos para solução de conflitos.

“Esperamos que, com a criação do Centro, a agilidade na solução de processos e efetiva solução de conflitos seja facilitada. Na medida em que formos trabalhando e as pessoas perceberem o empenho para se colocar mais um instrumento à disposição dos jurisdicionados para a solução dos conflitos do dia a dia, acredito que os cidadãos vão procurar esse tipo de serviços e ficarão muito satisfeitos com os resultados”.

Prestigiaram a instalação do Cejusc a prefeita Márcia Moura, os deputados estaduais Eduardo Rocha e Angelo Guerreiro, o promotor Antonio Carlos Garcia de Oliveira, representando o Procurador Geral, Humberto de Matos Brites; o presidente da OAB/MS, Júlio César Souza Rodrigues, o Defensor Público Geral, Luciano Montali, o presidente da Câmara de Três Lagoas, Jorge Aparecido de Queiroz, além dos juízes da comarca, dos desembargadores do Tribunal Pleno, vereadores e outras autoridades civis e militares.



Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Entrevista: Des. Claudionor é o mais antigo do país pelo 5º Constitucional - 11/11/2015



Mais de 28 anos de atuação no cargo de desembargador do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Esta é a marca que faz do Des. Claudionor Miguel Abss Duarte o magistrado mais antigo do país em atividade advindo do quinto constitucional.

Nascido em Albuquerque, pequeno distrito de Corumbá, ele se formou em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – Faculdade Paulista de Direito e ingressou na magistratura como desembargador na vaga correspondente ao quinto constitucional reservada aos advogados em 1987.

Claudionor foi Corregedor-Geral de Justiça, no biênio 1993/1994; foi vice-presidente e corregedor do TRE/MS, no biênio 2001/2002; presidiu o TRE/MS no biênio 2003-2004; e presidiu o Tribunal de Justiça no biênio 2005/2006. Atualmente compõe o Órgão Especial, a 1ª Seção Cível e a 4ª Câmara Cível, presidindo os dois últimos colegiados.

Em entrevista à Secretaria de Comunicação do TJMS, o Des. Claudionor Miguel Abss Duarte conta um pouco dessa trajetória na magistratura sul-mato-grossense. Confira abaixo a íntegra:

Já se passaram mais de 28 anos que o senhor assumiu o cargo de desembargador do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Qual a avaliação que o senhor faz deste período como julgador e da experiência como administrador deste Poder?

Realmente, tomei posse em agosto de 1987. Nesse interregno o Tribunal evoluiu sobremodo, acompanhando o desenvolvimento e o crescimento do Estado de Mato Grosso do Sul. Contudo, sem querer “puxar a sardinha” para o Estado de Mato Grosso do Sul, o Poder Judiciário Guaicuru sempre esteve, como está, na vanguarda. Como julgador, neste período, trabalhei, além do Pleno e do Órgão Especial, nas Câmaras Cíveis e Criminais. Aprendi que a decisão colegiada sempre é a melhor e que é necessário ouvir mais os colegas do que falar, e quando falar, fazê-lo na sua vez: um exercício para a paciência, saber esperar a sua vez de se manifestar.

Como administrador do Poder Judiciário, a experiência também soma, mas é, igualmente, necessário ouvir para gerir os interesses do Poder Judiciário e não se esquecer de que a administração do Tribunal, na verdade, é compartilhada com a Vice-Presidência e com a Corregedoria-Geral de Justiça. Estes três órgãos desconcentrados do Poder Judiciário devem estar sintonizados, de forma sistemática, para se fazer uma boa gestão.

Atualmente o senhor é o desembargador de Tribunal oriundo da Advocacia pelo quinto Constitucional há mais tempo em atividade. Na visão do senhor, qual a importância desta mescla nos tribunais de membros de carreira da Magistratura, com representantes do quinto (advocacia e Ministério Público)? A que se deve esta longevidade que lhe deu esse título?

Sim, sou o Desembargador pelo quinto constitucional há mais tempo em atividade no país. Entretanto, isto não é um título, mas a circunstância de ter ingressado no Tribunal de Justiça com 40 anos. Como a compulsória se dá aos 70, posso, Deus permitindo, completar 30 anos em exercício no segundo grau. Realmente, é incomum, porque a grande maioria ascende ao Tribunal depois do 55 anos de idade.

Sou favorável ao quinto constitucional, pois entendo que tanto o advogado, como o representante do Ministério Público contribuem em um julgamento colegiado com suas experiências profissionais. Quanto ao quinto constitucional destinado ao advogado, sou contra a indicação política, sem que o indicado tenha, efetivamente, uma larga experiência advocatícia. Isso se deve evitar, mas, infelizmente, temos até ministros que nunca participaram de uma audiência de conciliação. Aqui, em nosso Estado, o quinto constitucional da advocacia vem dando respeitável contribuição ao Judiciário. Sem olvidar os demais integrantes em atividade, lembro os exemplos dos Desembargadores aposentados Higa Nabukatsu, o sempre pranteado Horácio Wanderley Nascimento Pithan e o meu dileto amigo, Carlos Steffhanini. Esclareço, por final, que o integrante do Tribunal deve ser entendido como um membro da magistratura, não importa de que classe seja oriundo. Esse entendimento está de acordo com o quinto constitucional, de nossa tradição, desde 1937.

O senhor é o decano do Tribunal de Justiça e muitas vezes serve como exemplo aos colegas desembargadores pela experiência acumulada nos julgamentos em 2º Grau. Como vê essa responsabilidade de ser a “voz da experiência no TJMS”?

Sou o decano: ou seja, o desembargador com mais tempo em exercício no TJ, 28 anos completados em agosto próximo passado. No TJ, nos julgamentos, tenho a nítida convicção de que, quando penso saber de tudo, ainda não aprendi nada. Em todas as sessões, recebo lições de colegas, dos advogados, das partes, dos servidores. Enfrento com naturalidade o fato de ser o decano, sendo indubitável que se acumula experiência, mas nunca deixei de considerar que a minha voz é apenas mais uma e tem tanto peso quanto a de todos os colegas, inclusive à do mais novel. No colegiado, o que vale é a autoridade do argumento.

Antes de adentrar no Tribunal, o senhor acumulou importantes cargos como presidente da OAB/MS, Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública, e Procurador do Estado. Mudaria algo na escolha de ter ingressado na magistratura? Qual a mensagem que passa aos jovens que hoje ingressam na carreira e daqueles que escolhem ingressar pelo Quinto Constitucional?

Exerci, de fato, antes de adentrar na Magistratura diversas funções públicas, todas elas dignificantes. Exerci, também, o magistério, por diversos anos. Outro sacerdócio, que me dá alegria até hoje, pois não raramente, encontro ex-alunos que realçam, que guardam nos escaninhos dos seus escritórios, as apostilas que eu distribuía para a matéria de Direito Administrativo. Tenho vários alunos meus colegas, o que para mim é motivo de júbilo. A mensagem que passo aos jovens que hoje ingressam na Magistratura vem materializada em uma frase que ouvi há muitos anos do professor paraibano Mário Moacir Porto: “A casa do direito, como a casa de Deus, tem muitas moradas. Mas não há lugar, em nenhuma delas, para os medíocres de vontade e fracos de coração”.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJ promove 1ª Semana Restaurativa em MS - 16/11/2015



Em adesão à comemoração do aniversário dos 10 anos da Justiça Restaurativa no Brasil, tem início nesta segunda-feira (16) em Campo Grande, a 1ª Semana Restaurativa. O evento é realizado pela Coordenadoria da Infância e Juventude do TJMS em parceria com as secretarias de educação estadual e municipal (SED e SEMED) e a Secretaria de Justiça e Segurança Pública estadual (SEJUSP). A programação se estende até o dia 21 de novembro.

Ao longo de seis dias serão debatidos temas atinentes à Justiça Restaurativa, prática centrada nas necessidades das vítimas, das comunidades e na responsabilização dos ofensores, buscando proporcionar a pacificação social, com o objetivo de implantar uma cultura de paz, prevenir, transformar e resolver conflitos em âmbito judicial e extrajudicial.

O evento integra uma campanha nacional lançada em 2015 pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) intitulada “Justiça Restaurativa do Brasil – A paz pede a palavra”, que traz entre seus objetivos a celebração do 10º aniversário da introdução oficial da Justiça Restaurativa no Brasil, abrangendo um conjunto de atividades pautadas para o mês de novembro deste ano.

Entre os destaques da programação está a transmissão de uma teleconferência nacional com o professor norte-americano Howard Zehr, uma das maiores autoridades mundiais em Justiça Restaurativa. Acompanhe a programação completa no arquivo anexo.

Justiça Restaurativa na Capital – Resultado de um convênio de cooperação mútua firmado em 2010, entre o Tribunal de Justiça de MS e a Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública (SEJUSP), a Comarca de Campo Grande conta com o programa da Justiça Restaurativa Juvenil – PAJUR. A equipe técnica é formada por uma assistente social e duas psicólogas analistas em ações socioeducativas da SEJUSP e um técnico do TJMS que atendem os processos encaminhados pela Vara da Infância e Juventude.

Já o programa da Justiça Restaurativa na Escola foi uma parceria entre o Tribunal de Justiça de MS e as Secretarias de Educação do Estado- SED e a Secretaria de Educação do Município- SEMED. As equipes técnicas são compostas por quatro profissionais da educação (SEMED) e cinco da SED, atendendo um total de 18 escolas Municipais/Estaduais.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Rede de proteção coloca MS em 1º no apoio a mulheres vítimas - 17/11/2015



O recém-publicado Mapa da Violência 2015 de homicídios de mulheres no Brasil, compilado por Julio Jacobo Waiselfiz, relaciona Mato Grosso do Sul como o 9º Estado da Federação neste tipo de crime. A pesquisa foi realizada com números até o ano de 2013. No mesmo documento, MS aparece como primeiro em atendimento às vítimas de violência, em unidade de saúde.

Entretanto, as novas legislações e o investimento em estrutura e políticas públicas, após o recorte da pesquisa, poderão colocar MS em uma posição mais favorável às mulheres, nos próximos relatórios. É o que pensa o Coordenador Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar, Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Lei do feminicídio, Casa da Mulher Brasileira e Vara de Medidas Protetivas são exemplos de ações praticadas depois de 2013, ano do recorte da pesquisa, que poderão melhorar o ranqueamento de MS, explica Ruy Celso.

“Em pouco tempo, passamos de duas delegadas de polícia, na capital, para oito, que fazem o atendimento às mulheres. Antes, havia apenas uma vara de violência doméstica em Campo Grande e, atualmente, temos três, a mais recente é a primeira e única do país dedicada a medidas protetivas”, explica o desembargador.

Segundo dados da Assessoria de Planejamento do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, desde que foi implantada, em março de 2015, a 3ª Vara de Violência Doméstica e Familiar de Campo Grande (Vara de Medidas Protetivas) já deferiu 1.783 medidas, que garantiram a integridade física, psicológica e/ou financeira das mulheres vítimas de violência.

Ruy Celso explicou ainda que o Mapa da Violência aponta índices de homicídios de mulheres no Brasil, e não apresenta dados segmentados para feminicídio e violência doméstica.

“Nos últimos anos houve uma elevação da participação de mulheres na prática do crime de tráfico de drogas, em especial no Mato Grosso do Sul, número que tende a igualar-se aos dos crimes praticados

por homens, fator de relevância que deve ser considerado na análise dos dados trazidos pela pesquisa que coloca o estado em 9º lugar na classificação relativa dos homicídios cometidos contra a mulher”.

No comparativo das taxas de homicídio de mulheres nas capitais brasileiras, Campo Grande figura na 23ª posição, com taxa de 5,0%, estando, inclusive, abaixo da média nacional (5,5%). Na análise dos municípios com mais de dez mil habitantes do sexo feminino, as cidades de Caarapó (32ª), Amambai (34ª), Jardim (77ª) e Aparecida do Taboado (94ª), figuraram dentre as 100 cidades com maiores taxas média de homicídios de mulheres.

O desembargador entende que o Estado brasileiro deve ter atuação forte, responsabilizando os homens agressores e, da mesma forma, trabalhar com a prevenção e a conscientização. O resultado desse trabalho aparece em Mato Grosso do Sul, justamente pela rede integrada de proteção, que funciona muito bem.

“A primeira ação, após o atendimento pela polícia, para proteger a mulher vítima de violência doméstica e familiar é a medida protetiva que, apreciada pelo magistrado em menos de uma hora, ampara a mulher em suas necessidades decorrentes da violência. As medidas protetivas vão desde a prisão do agressor, o seu afastamento do lar, até o abrigamento da mulher e seus filhos, dentre outras que variam de acordo com as circunstâncias do caso. A via judicial de atendimento à mulher tem funcionado de maneira eficiente, tanto que os casos de homicídios têm diminuído após a decretação da medida protetiva. Em resumo, quem cometer agressão contra a mulher vai responder nos termos da Lei Maria da Penha, que está sendo aplicada em sua integralidade”.

O Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul tem realizado ações e criado mecanismos de combate a toda forma de violência contra mulher. A ação mais emblemática no Estado foi a criação da 3ª Vara da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher em Campo Grande, conhecida como a primeira Vara Especializada de Medidas Protetivas do Brasil. Foi criada pelo Tribunal de Justiça no dia 10 de fevereiro de 2015 e instalada no dia 9 de março, na primeira Casa da Mulher Brasileira inaugurada no país.

No mesmo dia da instalação da 3ª Vara da Violência Doméstica, foi sancionada pela Presidente da República a Lei do Femicídio (Lei 13.104/2015), que altera a Lei dos Crimes Hediondos e traz nova qualificadora ao crime de homicídio previsto no art. 121 do Código Penal. Na prática, a pena dos agressores pode chegar a 30 anos de reclusão, iniciados em regime fechado.

O ano de 2015 ficou marcado pela mobilização nacional, idealizada pela Ministra Cármen Lúcia, do Supremo Tribunal Federal (STF), denominada Justiça Pela Paz em Casa, que contou com a adesão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, por intermédio da Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar.

Palestras, eventos e teatro foram as formas de mostrar para a população que toda forma de violência contra a mulher deve ser erradicada.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Tribunal do Júri de Campo Grande realiza julgamento de réu à distância - 19/11/2015



Nesta quinta-feira (19), a 1ª Vara do Tribunal do Júri de Campo Grande realizou o julgamento de M.A.A. de M. à distância. O réu, que está preso na cidade de São José do Rio Preto, interior de São Paulo, acompanhou os trabalhos e foi interrogado por meio de videoconferência. Ele foi condenado a 13 anos de reclusão por homicídio qualificado. Com a realização do júri à distância, gerou-se uma grande economia aos cofres públicos, uma vez que não houve a necessidade de custear todo o deslocamento e a escolta do acusado até a capital para que ele pudesse acompanhar seu julgamento.

Consta na denúncia que no dia 27 de junho de 2010, no Bairro Vila Margarida, o réu teria efetuado disparos de arma de fogo que atingiram Jandira Nascimento, causando sua morte. No dia do crime, o réu teria ido até a residência da vítima que era ex-companheira dele, para conversarem. No entanto, ela afirmou que já estava em um novo relacionamento amoroso, momento em que o réu efetuou o disparo. O crime teria sido cometido por motivo torpe, uma vez que motivado pelo fato do acusado não concordar com o término do relacionamento.

A tese da acusação foi acolhida pelos jurados, que o condenaram por homicídio qualificado por motivo torpe. O juiz titular da vara, Carlos Alberto Garcete de Almeida, fixou a pena base em 12 anos de reclusão, agravada em 1 ano pelo fato de se tratar de violência doméstica. O regime inicial de cumprimento da pena é o fechado.

Processo nº 0045293-34.2010.8.12.0001

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa.forum@tjms.jus.br

Jurista Teresa de Arruda Alvim Wambier debate Novo CPC com juízes do Estado - 20/11/2015

Na abertura da última etapa de cursos da Escola Judicial de MS (Ejud-MS) sobre o Novo Código de Processo Civil, realizada na noite de ontem (19) no Novotel, a jurista Teresa Celina de Arruda Alvim Wambier discorreu sobre as Linhas Gerais do Sistema Recursal e a Força dos Precedentes no CPC aos magistrados de Mato Grosso do Sul.

Relatora da Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto do Código de Processo Civil, Teresa de Arruda Alvim Wambier ressaltou as duas características principais do Novo CPC. “A primeira dela é fazer com que o processo desemboque numa sentença de mérito. Quer dizer, finalize numa decisão que resolva o problema das partes. Então o legislador de 2015 tem uma imensa tolerância com relação aos vícios, aos defeitos. Assim, em vez de extinguir o processo dizendo ‘olha, eu não vou examinar o mérito porque tem um problema de legitimidade, um defeito muito grave’, no Código inteiro há dispositivos que mostram para o juiz que este deve dar todas as chances para as partes corrigirem os defeitos. Se os defeitos não forem graves, estes podem ser relevados para que o processo cumpra sua finalidade, que é gerar uma sentença de mérito. Isso também tem a ver com a fase recursal, porque ninguém recorre querendo obter do Tribunal uma decisão no sentido de que o recurso não era admissível, também nesse plano há essa tolerância do legislador”.

A segunda característica apontada pela professora é que o legislador valoriza a jurisprudência, as decisões dos tribunais. “*Tem toda uma parte principiológica que fala dessas decisões, que os Tribunais devem produzir uma jurisprudência uniforme, estável, coerente. E também tem institutos que dão importância para a jurisprudência predominante de um tribunal, para fazer com que, na verdade, se respeite de uma forma mais visível o princípio da isonomia, da igualdade. Por um lado, e por outro lado diminua o trabalho dos tribunais, porque se há uma causa que gera excesso de processos e excesso de recursos é o fato de os tribunais não decidirem sempre do mesmo jeito as mesmas questões jurídicas. A tendência é diminuir a morosidade, porque os juízes vão ter, se tudo der certo, menos processos para julgar*”.

A jurista exaltou a iniciativa da Escola Judicial de Mato Grosso do Sul em capacitar os magistrados sul-mato-grossenses antes da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil. *“Essa iniciativa é absolutamente maravilhosa, porque não há regime nenhum que possa dar certo, que possa produzir frutos no plano dos fatos, mudar a realidade, se não houver uma boa vontade da comunidade jurídica como um todo de fazer o novo código funcionar. Porque o que é um Código? Um Código são palavras. Numa folha de papel, numa tela de computador, se os seres humanos não derem sentido às palavras, não colocarem aquilo para funcionar no mundo real, não adiantará nada. Então essa iniciativa é muito importante. Conversa de juizes com advogados, com promotores, toda a comunidade conversando para ter uma atitude positiva em relação àquilo que o novo código pode gerar. Com certeza os juizes de Mato Grosso do Sul estarão preparados quanto ao novo CPC. Esse curso foi muito bem montado. Excelentes professores, temática muito bem escolhida. Realmente está tudo muito bem feito, estão de parabéns”*, concluiu.

Docente – Teresa Celina de Arruda Alvim Wambier possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1980), mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1985), doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1990), ensino-fundamental-primeiro-grau pelo Colégio Sacré Coeur de Marie (1972) e ensino-médio-segundo-grau pelo Colégio Sacré Coeur de Marie (1975). Atualmente é Professora permanente da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, do Instituto Brasileiro de Direito Processual, Professora do Centro de Extensão Universitária, Membro de corpo editorial da Juris Plenum, Membro de corpo editorial da Revista Jurídica Mater Dei, Membro de corpo editorial da Gênese. Revista de Direito Processual Civil, Membro de corpo editorial da Revista de Processo, Membro de corpo editorial da Revista de Direito do Consumidor, Membro de corpo editorial da Revista CEJ (Brasília), Membro de corpo editorial da Revista Jurídica (Porto Alegre), Membro de corpo editorial da Aporia Jurídica, Membro de corpo editorial da Revista Jurídica da Faculdade União, Membro de corpo editorial da Revista do programa de pós graduação em Direito da Un. Federal da Bahia, Membro de corpo editorial da Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro, Sócio da Wambier & Arruda Alvim Wambier Advocacia e Consultoria Jurídica S/C Ltda, Membro de corpo editorial da Revista dos Tribunais (São Paulo. Impresso), Membro de corpo editorial da Revista Jurídica da Presidência, Membro de corpo editorial da Russian Law Journal, Revisor de periódico da Direitos Fundamentais & Justiça, Membro de corpo editorial da Brics Law Journal, Membro de corpo editorial da Revista Eletrônica de Direito Processual e Membro de corpo editorial da Revista Jurídica da Presidência. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público. Atuando principalmente nos seguintes temas: Omissão judicial, Embargos de declaração.

Curso – Sob a coordenação do juiz Ricardo Galbiati, com carga-horária de 12 horas-aula, o evento justifica-se pelo advento do novo CPC (Lei n. 13.105/15), que entrará em vigor no dia 17 de março de 2016, motivo pelo qual é importante aproveitar o período de vacância para que os magistrados tratem acerca das mudanças no procedimento comum estabelecidas no processo de conhecimento do Novo Código de Processo Civil.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa.forum@tjms.jus.br

Des. Julizar é eleito para mesa diretora do Colégio de Corregedores - 23/11/2015



O Colégio de Corregedores do Brasil encerrou suas atividades do 70º Encoge, realizado em Barreirinhas (MS), com a eleição da nova Comissão Executiva, que entra em exercício no dia 1º de janeiro de 2016. Para presidente, foi eleita a corregedora de Mato Grosso, Maria Erotides Kneip Baranjak, que terá a companhia dos corregedores Eugênio Achille Grandinetti (PR), 1º vice-presidente; Julizar Barbosa Trindade, Corregedor-Geral de Justiça de MS, 2º vice-presidente; Regina Celia Ferrari Longini (AC), secretária; Gilberto Marques Filho (GO), tesoureiro.

70º Encoge – Os trabalhos apresentados durante o 70º Encontro do Colégio de Corregedores do Brasil (Encoge) vão contribuir para a uniformização e aprimoramento dos serviços judiciais prestados ao cidadão em todo o País. Durante o encontro, o colegiado entendeu que há necessidade de mais aproximação entre as corregedorias e maior apoio do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para adotar projetos e procedimentos que possam ser levados ao Judiciário nacional, a exemplo do que ocorreu com a audiência de custódia. O Encoge aconteceu no período de 18 a 20 de novembro.

A conclusão a que chegou o colegiado é resultado do formato de realização do evento, que abriu maior espaço para exposição de ações de diversas corregedorias. Os projetos expostos pelas corregedorias tiveram a finalidade de servir para o desenvolvimento de ações próprias ou mesmo serem aproveitados em outros órgãos correccionais, acarretando em economia.

Metas – Foram três dias de intensos trabalhos que apresentaram resultados práticos, a exemplo da avaliação das metas de 2015 definidas juntamente com a Corregedoria nacional, durante o Encontro do Judiciário realizado ano passado, em Florianópolis. Das três metas estabelecidas, os corregedores afirmaram que houve avanços no cumprimento da meta 01 e da meta 02, que estabelecem a redução de

tempo de tramitação dos processos administrativos disciplinares e a designação de pelos menos duas varas para atuarem em processos decorrentes da arbitragem nacional e internacional.

Quanto à meta 03, corregedores presentes informaram que não houve, em nenhum dos estados, ações da Justiça federal para equacionar o problema da chamada competência delegada. Essa meta que recomendava à Justiça federal realizasse mutirões em comarcas onde esse segmento da Justiça não tem atuação, mais notadamente as comarcas do interior. Com isso, as ações judiciais relativas à união, ficam sob a responsabilidade do Judiciário dos estados, acarretando em aumento da demanda, congestionamento processual e elevação de gastos.

Considerando que foi a primeira vez que as corregedorias tiveram metas nacionais comuns para serem cumpridas, os corregedores decidiram pela manutenção da meta 01, visando a diminuir ainda mais o tempo de tramitação, assim como pela manutenção da meta 02, de forma que a Justiça federal cumpra efetivamente o que foi estabelecido em 2014. Essas propostas serão apresentadas à Corregedoria nacional como sugestão de metas para 2016, durante o Encontro Nacional do Judiciário que será realizado nos próximos dias 24 e 25, em Brasília.

Além das metas, corregedores também votaram a Carta de Barreirinhas, que define os encaminhamentos da entidade conforme as necessidades enfrentadas pelas corregedorias diariamente. Dentre as proposições, estão solicitações de apoio do CNJ para as iniciativas das corregedorias.

Confira no arquivo anexo a íntegra da Carta de Barreirinhas.

Anexo

CARTA ENCOGE 70:

<http://www.tjms.jus.br/webfiles/producao/GP/noticiasArquivos/201511231324171.pdf>

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação, com informações da Assessoria do Encoge

TJMS participa do 9º Encontro Nacional do Judiciário - 24/11/2015



O presidente do Tribunal de Justiça de MS, Des. João Maria Lós, o Corregedor-Geral de Justiça, Des. Julizar Barbosa Trindade, o juiz auxiliar da Presidência, Luiz Antonio Cavassa de Almeida, e o diretor de Planejamento do TJMS, Newton Cesco Jr, participam do 9º Encontro Nacional do Poder Judiciário. O evento acontece nos dias 24 e 25 de novembro, no Centro Internacional de Convenções do Brasil (CICB), em Brasília/DF.

Durante o encontro, serão definidas as Metas Nacionais do Judiciário para 2016 e divulgado o desempenho dos tribunais no cumprimento das metas de 2015. Participam do encontro presidentes e corregedores de todos os tribunais do país e dos conselhos de Justiça, além de integrantes da Rede de Governança Colaborativa do Poder Judiciário e assessores técnicos dos tribunais. Logo após a abertura com o presidente do Conselho Nacional de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, ministro Ricardo Lewandowski, realizou uma conferência magna do jurista Dalmo de Abreu Dallari, professor emérito da Faculdade de Direito da USP.

Em seguida, o ministro Ricardo Lewandowski presidiu uma mesa em que foi avaliada a estratégia nacional do Poder Judiciário. Compuseram a mesa a presidente em exercício do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ministra Laurita Vaz, o presidente do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), ministro Dias Toffoli, o presidente do Tribunal Superior do Trabalho (TST), ministro Barros Levenhagen, e o presidente do Superior Tribunal Militar (STM), ministro William de Oliveira Barros.

Às 17h30 está prevista a divulgação dos tribunais agraciados com o Selo Justiça em Números, instituído pela Portaria 186/2013. O selo busca reconhecer os tribunais que investem na excelência da gestão da informação prestada ao CNJ e que compõe a base da pesquisa Justiça em Números, principal relatório anual sobre o funcionamento da Justiça brasileira. Esta será a segunda edição do selo. No ano passado, 73 tribunais foram contemplados, sendo seis com o Selo Diamante, a categoria mais alta.

O encontro prossegue nesta quarta-feira (25), a partir das 9 horas. A divulgação dos resultados parciais de cumprimento das Metas de 2015 será feita pelo conselheiro Fernando Mattos, às 11h30. O anúncio das metas nacionais de 2016 será às 16h30.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Tribunal de Justiça de MS recebe Selo Justiça em Números Ouro - 25/11/2015



O presidente do Tribunal de Justiça de MS, Des. João Maria Lós, recebeu, na tarde de terça-feira (24), o Selo Justiça em Números, concedido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em reconhecimento aos tribunais que investem na excelência da gestão da informação. O TJMS recebeu a premiação na categoria Ouro em solenidade realizada durante o 9º Encontro Nacional do Poder Judiciário, em Brasília (DF).

Para o presidente do Tribunal de Justiça de MS, Des. João Maria Lós, a homenagem é mais um reconhecimento por parte do Conselho Nacional de Justiça ao trabalho de excelência que vem sendo desenvolvido pelo Judiciário sul-mato-grossense nos últimos anos. “O Selo Ouro coroa o empenho da administração do TJMS e de todos os seus desembargadores, juízes e servidores para o cumprimento das determinações do CNJ com o objetivo de dar transparência aos números obtidos e uma prestação jurisdicional célere e efetiva”.

No recebimento do Selo Justiça em Números Ouro, o presidente do TJMS estava acompanhado do Corregedor-Geral de Justiça, Des. Julizar Barbosa Trindade, do juiz auxiliar da Presidência, Luiz Antonio Cavassa de Almeida, e do diretor de Planejamento do TJMS, Newton Cesco Jr.

O Selo - O Selo Justiça em Números foi criado em outubro de 2013 (Portaria 186/2013, atualizada pela Portaria 125/2015) para fomentar a qualidade dos dados estatísticos do Judiciário, sobretudo referentes ao Relatório Justiça em Números. A ideia é aprimorar a coleta e sistematização dos dados para garantir informações e indicadores confiáveis para a tomada de decisões no processo de planejamento e gestão estratégicos, além de aumentar o acesso público a esses dados.

A concessão do Selo considera o encaminhamento adequado das informações, com atenção aos prazos e à consistência dos dados, assim como o nível de informatização do tribunal, uso de relatórios estatísticos para o planejamento estratégico e cumprimento de resoluções do CNJ alinhadas à gestão da

informação. Para a edição 2015, os tribunais interessados em obter o Selo Justiça em Números apresentaram inscrições com documentos comprobatórios, que foram analisadas por uma comissão avaliadora composta pela Comissão de Gestão Estratégica, Estatística e Orçamento do CNJ e pela diretora executiva do Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ).

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Inédito: Presos de Dourados poderão fazer graduação dentro do Presídio - 27/11/2015

Desde que assumiu a 3ª Vara Criminal de Dourados, no começo de 2014, o juiz Cezar de Souza Lima tinha o objetivo de proporcionar a ressocialização de presos do regime fechado, por meio da educação. A iniciativa do Poder Judiciário, em parceria com a Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD), está prestes a se concretizar, pois a Capes, órgão vinculado ao Ministério da Educação e Cultura, acaba de aprovar, nesta sexta-feira (27) a implantação de Curso de Graduação dentro do Presídio de Segurança Máxima de Dourados. Este será o primeiro curso de universitário para presos da Região Centro-Oeste do Brasil.

Pela proposta, será ofertado o curso de graduação pela Universidade Aberta do Brasil, no formato à distância, de Gestão Pública e Pedagogia, para presos que cumprem pena, no regime fechado, na Penitenciária de Segurança Máxima de Dourados. Para poder ingressar no curso universitário, o detento deve ter Ensino Médio Completo. O Polo da UFGD será instalado dentro do Presídio com uma aula presencial ao mês. Os estudantes receberão material didático e terão acesso ao ambiente virtual

O magistrado conta que, desde julho de 2014, buscou parceria para implementação desta ideia e apenas a professora da UFGD, Elizabeth Matos Rocha, diretora da Faculdade de Educação a distância (Ead), encampou o projeto e iniciou os procedimentos para implementação. “Nós começamos este trabalho há 1 ano e meio. Infelizmente poucos se interessaram em abraçar a ideia. Com o apoio da professora Elizabeth nós viabilizamos o espaço e todos os requisitos que a Capes solicita para a aprovação deste projeto”, explica o juiz César Lima.

A iniciativa pioneira visa garantir a ressocialização do preso que, por meio de trabalho ou estudo, consegue o benefício da remição de pena, conforme a Lei de Execução Penal (7.210/1984), que prevê o estudo do preso como forma de se ressocializar e diminuir a pena.

“O Poder Judiciário está de parabéns. É uma ideia excepcional”, disse a professora Elizabeth. “Com isto vamos aumentar a autoestima e gerar esperança aos presos, que sofrem o preconceito da sociedade”.

Com a aprovação do curso pela Capes, o Polo da UFGD dentro da penitenciária poderá iniciar as atividades em 2016. Um detento, que já tem graduação, vai auxiliar os trabalhos e também terá o direito a remição de um dia de pena para três trabalhados. Os presos estudantes também terão o direito de remir um dia de pena se estudarem 12 horas durante três dias.



Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Semana da Conciliação atende 8 mil pessoas com R\$ 8,9 mi em acordos - 01/12/2015



983, este é o número de processos que deixam o Judiciário sul-mato-grossense porque as partes decidiram que um acordo é a melhor solução. A 10ª Semana Nacional da Conciliação chegou ao fim com acordos que somaram R\$ 8.952.099,50. Este é o resultado de cinco dias de mobilização, que ocorreu de 23 a 27 de novembro em todas as comarcas de MS. A ação, de iniciativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), é promovida pelo Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul.

Os números revelam que está acontecendo uma mudança de cultura, com relação à conciliação das demandas judiciais, é o que explica o juiz Fábio Possik Salamene, um dos coordenadores desta edição da Semana da Conciliação no Estado.

“A Semana da Conciliação deve ter como foco precípua a difusão da eficácia dos métodos consensuais de solução de conflitos. Trata-se de uma nova cultura, a qual, pretende-se, adiram os cidadãos na busca da solução para os conflitos de interesses. A incrementação da mediação e da conciliação denotam evolução do processo civilizatório, calcado na emancipação do cidadão”.

Em todo o Estado, foram realizadas durante cinco dias 3.160 audiências de conciliação, das 3.797 designadas, que resultaram em quase mil acordos, pondo fim a processos que ficariam algum tempo em todo sistema Judiciário, aguardando a instrução probatória e os recursos existentes.

Outro ponto relevante levantado pelo magistrado é a utilização da conciliação denominada pré-processual, ou seja, de casos que ainda não ingressaram no Judiciário. Durante a ação conciliatória foram 405 audiências deste tipo.

“A preventividade sempre foi uma característica dos processos de jurisdição voluntária. O TJMS atento a essa ótica abriu suas portas aos jurisdicionados que pretendam a solução de seus conflitos, mediante mútuas concessões, sob a chancela e segurança jurídica outorgadas pelo Judiciário”.

Diversos profissionais atuaram nesta semana dedicada às conciliações. Magistrados, juízes leigos, conciliadores e colaboradores contribuíram para desenvolver a conscientização e a cultura conciliatória como um mecanismo eficiente para a efetiva prestação da tutela jurisdicional.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Mais de 1,8 mil famílias foram beneficiadas pelo Mutirão do DPVAT - 04/12/2015



Foi encerrada nesta sexta-feira (4), na Comarca de Pedro Gomes, a iniciativa inédita no país de realizar o Mutirão dos processos do seguro DPVAT em todo Mato Grosso do Sul. No total foram 52 duas comarcas, incluindo a capital, que fizeram parte da mobilização. 1.888 acordos foram realizados e homologados, o que representa 67% de efetividade, um valor que superou todas as expectativas.

O coordenador de Conciliação do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do TJMS, Des. Vladimir Abreu da Silva, foi pessoalmente à Comarca de Pedro Gomes parabenizar a equipe de conciliadores, peritos e colaboradores, e agradecer todos os magistrados e servidores, na pessoa do juiz diretor da comarca, Francisco Soliman, que foram os responsáveis pelo êxito da ação conciliatória.

Vladimir Abreu ressaltou o lado humano da ação que, segundo ele, foi muito além de números ou da baixa processual. “Realmente foram atendidas famílias, pessoas que estão machucadas, que não podem trabalhar e até tetraplégicas em virtude de um acidente automobilístico e que precisam deste dinheiro para fazer seu tratamento. Nós não devemos, de forma alguma, pensar em números de processos que deixaram o Judiciário, mas devemos pensar nas pessoas que foram atendidas que é muito superior a qualquer baixa de processo ou a qualquer percentual de acordos. O importante é valorizarmos o ser humano”.

Para o juiz diretor do foro de Pedro Gomes, a iniciativa de levar o Mutirão do DPVAT aos rincões do Estado é proporcionar a efetividade da justiça ao cidadão. “Esta foi uma iniciativa de extrema felicidade por parte do Tribunal de Justiça, capitaneada pelo Des. Vladimir. E vem em um momento crucial em que se busca a conciliação como um método mais eficaz de resolução de conflitos, evitando que o processo fique por longo tempo, arrastando-se em discussões jurídicas, com gasto de recursos para as partes e para o Judiciário”.

O juiz lembrou ainda que o mutirão foi uma forma de levar as partes ao diálogo. “Aproximar o autor e o réu, requerente e requerido, permitindo que as perícias médicas sejam realizadas de uma maneira imediata, deu realmente a efetividade da justiça. Isso que o mutirão do DPVAT tem proporcionado em todo o Estado”.

O Mutirão do DPVAT percorreu 13 trajetos, além das audiências realizadas na capital. No interior, os trabalhos começaram no dia 3 de agosto, na Comarca de Terenos.

A boa vontade dos magistrados e servidores em adequar a rotina diária e as instalações do foro com a realização do mutirão foi fundamental para o sucesso da ação, disse o Des. Vladimir Abreu, o que garantiu a concentração de atos no mesmo local.

Os trabalhos foram conduzidos por dois experientes conciliadores do Nupemec e, antes de cada audiência, a parte, vítima de acidente, passava por uma perícia médica com profissional nomeado judicialmente. O exame médico foi realizado nas dependências do Fórum e o laudo emitido na hora. Com base neste documento, era possível graduar as lesões e quantificar a indenização que a vítima do acidente automobilístico tem direito a receber.

O mutirão de conciliação do seguro DPVAT é mais uma ação do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, por meio do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec), que percorreu o interior de Mato Grosso do Sul, durante este ano, mostrando que o caminho da conciliação é simples e eficiente.

As comarcas que receberam o mutirão em 2015 foram: Campo Grande, Terenos, Aquidauana, Anastácio, Miranda, Bonito, Corumbá, Jardim, Bela Vista, Nioaque, Porto Murtinho, Caarapó, Naviraí, Itaquiraí, Eldorado, Mundo Novo, Iguatemi, Amambai, Camapuã, Chapadão do Sul, Costa Rica, Cassilândia, Inocência, Paranaíba, Aparecida do Taboado, Dourados, Sidrolândia, Maracaju, Rio Brillhante, Itaporã, Água Clara, Ribas do Rio Pardo, Três Lagoas, Brasilândia, Nova Alvorada do Sul, Bataguassu, Nova Andradina, Ivinhema, Batayporã, Fátima do Sul, Angélica, Deodópolis, Glória de Dourados, Ponta Porã, Anaurilândia, Bandeirantes, Rio Negro, São Gabriel do Oeste, Rio Verde de Mato Grosso, Coxim, Sonora e Pedro Gomes.



Mais de 1,8 mil famílias foram beneficiadas pelo Mutirão do DPVAT

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Justiça Itinerante fecha o ano com maior atendimento já realizado - 07/12/2015



Dois dias de muito trabalho na comarca de Naviraí, renderam o maior atendimento já realizado pelo ônibus da Justiça Itinerante. Ao total, foram 296 conversões de união estável em casamento, cinco divórcios e uma dissolução de união estável. Pelo menos 1.200 pessoas foram atendidas na tarde da sexta-feira (4) e durante todo o sábado (5). O vice-presidente, Des. Paschoal Carmello Leandro, estava presente e acompanhou todo o atendimento à população.

O serviço estava dentro da Caravana da Saúde, em plena Avenida Bandeirantes, onde foi montada a arena de serviços, na região perto do Estádio de Futebol Virovão e do Navi Clube. Nem a chuva persistente na cidade, fez com que as pessoas perdessem a oportunidade.

Para o Des. Paschoal Carmello Leandro, esta edição fechou com chave de ouro a atuação da Justiça Itinerante que, em 2015, atendeu a população do interior de MS. *“Prestamos um serviço relevante para essa população, que se não fosse essa ação talvez não tivessem a oportunidade de buscar o seu direito e regularizar sua situação, principalmente em relação ao casamento”*, explicou o vice-presidente.

No sábado (5), o atendimento começou cedo, às 6h30. Mas, como conta o juiz Cezar Luiz Miozzo, titular da Justiça Itinerante de Campo Grande, as pessoas chegaram antes. *“A procura foi muito grande mesmo. As pessoas chegaram às 2h da madrugada e ficaram esperando o atendimento. Nós fizemos este atendimento recorde e não pudemos atender a todos que procuraram. Realmente ficamos devendo porque era humanamente impossível atender a grande demanda”*.

Muita gente ficou de fora, mas podem ficar tranquilos que para o ano de 2016 haverá um novo atendimento para a população de Naviraí, que busca legalizar a sua situação. É o que garante o juiz Eduardo Lacerda Trevisan, da 2ª Vara Cível de Naviraí, que participou da ação.

“Nós tivemos uma repercussão extraordinária. Fizemos o atendimento com dois ônibus, mas, mesmo assim, muita gente ficou de fora. Então pretendo fazer um casamento coletivo no ano que vêm”.

Para o Trevisan, a forma como trabalha a Justiça Itinerante é a razão pela qual tantas pessoas procuram o serviço. *“Os casais têm um sonho de reforçar os laços afetivos e o desejo de se regularizarem, para ter a garantia de seus direitos. E na Itinerante é tudo rápido e gratuito. Isto é muito importante, principalmente para a população carente da nossa comarca”.*

Já a procuradora-geral do município de Naviraí, Gracieth Abrahão Costa Santos, garantiu o apoio para o novo atendimento em 2016. *“Não tínhamos a noção de que tanta gente no município precisava deste atendimento. Foi realmente uma surpresa, porque superou todas as expectativas. Nós vamos dar todo o apoio ao Dr. Trevisan para realizar os casamentos em uma próxima oportunidade, porque a população procurou o serviço e está interessada em regularizar sua situação”.*

Este foi o último atendimento do ônibus da Justiça Itinerante no interior do Estado. Em 2015 o serviço foi às comarcas de Coxim, Ponta Porã, Três Lagoas, Paranaíba, Nova Andradina, Corumbá e agora em Naviraí. Pelo menos 6.000 receberam atendimento e orientações jurídicas, com 1.433 conversões de união estável em casamento.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

1ª Vara do Júri realiza videoconferência com testemunha em Portugal - 11/12/2015



Nessa quinta-feira (10), foi realizada na 1ª Vara do Júri pelo Juiz Aluisio Pereira dos Santos uma audiência, por sistema de videoconferência, em que foi ouvida uma testemunha de acusação, um inspetor da polícia judiciária portuguesa, na cidade de Lisboa.

O contato com as autoridades portuguesas se deu por meio de Cooperação Jurídica Internacional em matéria penal, intermediado pela Procuradoria-Geral da República do Brasil e pela Procuradoria-Geral da República de Portugal.

O réu W.R.P. é brasileiro e residia em Portugal, na época dos fatos, mas voltou para o Brasil, e atualmente encontra-se preso aqui em Campo Grande. O processo se encontra em trâmite na 1ª Vara do Tribunal do Júri.]

Consta nos autos que o réu é acusado de ter matado V.da.S.C., por motivo fútil e deferindo 38 facadas em sua cabeça, face, pescoço, tórax, abdome e ombro direito, sendo que as facadas atingiram a medula vertebral no nível do pescoço, a veia jugular e a artéria subclavicular, causando sua morte.

A audiência transcorreu normalmente, sem interrupções, com alta qualidade de áudio/vídeo, como se a testemunha estivesse presente, o que coloca o Estado de MS na tecnologia dos países de primeiro mundo.

Processo nº 0024701-90.2015.8.12.0001

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Dourados recebe Centro de Solução de Conflitos - 11/12/2015



O Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul instalou, nesta sexta-feira (11), o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc), da cidade de Dourados. A cerimônia de instalação ocorreu no plenário do Tribunal do Júri da comarca, às 10h. O presidente do TJMS, Des. João Maria Lós assinou a Ata de instalação do Cejusc de Dourados, que passou a funcionar a partir desta data. A cerimônia contou com a participação de magistrados, operadores do direito entre outras autoridade locais.

Segundo o presidente do TJMS, a utilização da mediação e conciliação é o futuro da justiça. “Hoje tramitam no país, mais de 106 milhões de processos, a maioria na Justiça estadual. O uso da mediação e conciliação é uma forma mais rápida e eficiente para pacificação social”.

Ainda, segundo o Des. Lós, os jurisdicionados ganharam com mais esse serviço do Poder Judiciário. *“Muito melhor que uma decisão técnica, proferida por um juiz com a sentença, é que as próprias partes resolvam seus problemas e vivam em paz”*.

O juiz de Dourados, Marcus Vinicius de Oliveira Elias, que coordena o Cejusc da comarca, explicou como será o trabalho daqui para frente “nós estamos com uma expectativa muito boa que vai dar certo. Nós capacitamos os conciliadores e os mediadores, além de contar com um espaço próprio e adequado para atender a população”.

Ainda segundo o magistrado a população e os operadores terão que mudar a cultura da judicialização que emperra o Poder Judiciário com demandas que podem ser resolvidas pelas partes. *“Nós não podemos mais esperar que o juiz resolva tudo, fomentar esta cultura da sentença. Nós podemos transferir essa responsabilidade para as partes e para os advogados, que encontram de forma pacífica a resolução de seus conflitos”*.

Nas comarcas do Estado pretende dar um tratamento adequado aos conflitos de interesse. Muitos dos casos poderão ser solucionados antes da propositura da ação, através dos Cejusc. “Com o novo Código de Processo Civil haverá uma fase pré-processual, em que as demandas serão enviadas para os Centros de Solução de Conflitos, sem a necessidade de enviar para o Judiciário. Se isso der certo, nós teremos o desafogamento dos fóruns e varas que contam com um número elevado de processos”, disse o Diretor do Foro de Dourados, Waldir Marques.

Ciente da efetividade da iniciativa de instalação dos Cejusc, o prefeito municipal de Dourados, Murilo Zauith, disse que pretende criar um centro, vinculado a prefeitura. *“Esta é uma forma eficiente para solucionarmos o problema das dívidas com a prefeitura. São muitos processo, a maioria de valores baixos que podem ser finalizados com um acordo. Todos saem ganhando”*, disse o prefeito.

A solenidade de instalação do Cejusc no Fórum de Dourados, também contou com a presença do vice-presidente do TJMS, Des. Paschoal Carmello Leandro, do Corregedor-Geral de Justiça, Des. Julizar Barbosa Trindade, dos Desembargadores Romero Osme Dias Lopes e Vladimir Abreu da Silva, coordenadores da área de mediação e conciliação do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC), do Desembargador Júlio Roberto Siqueira Cardoso, do juiz convocado para atuar no Tribunal de Justiça, Juiz Jairo Roberto de Quadros, dos juízes auxiliares da presidência, Paulo Afonso de Oliveira, Alexandre Antunes da Silva e Luiz Antonio Cavassa de Almeida, além da presença de demais autoridades e operadores do direito.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Central de Processamento Eletrônico é referência para TJRO - 14/12/2015



Nesta segunda-feira (14), o Presidente do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, Des. João Maria Lós, recebeu o juiz auxiliar da Corregedoria-Geral de Justiça, Dr. Cristiano Gomes Mazzini e os servidores da Coordenadoria de Planejamento, André Bolanho Mota Santana, Angelina Gomes de Brito Almeida e Ione Grace do Nascimento Cidade Konzen, o servidor do Departamento de Recursos Humanos, Gustavo Luiz Sevegnani Nicocelli, e a servidora da Coordenadoria de Informática, Teresa Neuma Braga Leite Guimarães, todos do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia.

A visita técnica, que se estenderá até amanhã (15), tem por intuito conhecer o funcionamento e as práticas adotadas na gestão do processo eletrônico, já que o Tribunal de Justiça de Rondônia está em fase de implantação desse sistema e por essa razão, a equipe conhecerá a Central de Processamento Eletrônico (CPE), a Assessoria de Planejamento, a Secretaria de Gestão de Pessoal e também a Secretaria de Tecnologia da Informação.

“O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul tem capitaneado uma série de inovações e ações envolvendo a parte de processo eletrônico entre outras. Por isto a escolha por conhecer este Tribunal, por esta liderança técnica,” explicou o Juiz Auxiliar da Corregedoria-Geral de Justiça do Tribunal de Justiça de Rondônia, Dr. Cristiano Gomes Mazzini, que disse ainda que ficou muito impressionado com o que viu e agradeceu a receptividade de todos.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Retrospectiva 2015: vídeo traz um apanhado das ações do judiciário - 18/12/2015



O trabalho executado pela administração do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul é tema de um vídeo institucional que apresenta uma retrospectiva de diversas ações do Poder Judiciário estadual ao longo do ano de 2015. Um ano de muitas conquistas em prol da sociedade sul-mato-grossense.

O vídeo começa a jornada com a inauguração da Casa da Mulher Brasileira e a instalação da 3ª Vara de Violência Doméstica contra a Mulher, primeira Vara especializada em Medidas Protetivas do país, passando por novas ideias e formatos de atuação do Judiciário na resolução dos conflitos, como mutirões de conciliação e mediações inéditas ocorridas no TJMS que deram fim a três greves que atingiram o Estado em 2015, até a instalação dos diversos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, os Cejuscs pelo interior do MS.

Com o intuito de proporcionar aos jurisdicionados cada vez mais com menos e com mais eficiência, o vídeo institucional também relembra as inovações tecnológicas que aprimoram o trabalho, como a Central de Processamento Eletrônico (CPE) e a adoção de novas ferramentas tecnológicas para facilitar e agilizar procedimentos.

A aproximação do Poder Judiciário com a comunidade é também destaque no vídeo, que relembra as campanhas de arrecadação de presentes à crianças e idosos nas datas comemorativas como Páscoa e Natal, além do trabalho inédito no país do projeto Pintando e Revitalizando a Educação com Liberdade que promove a reforma de escolas estaduais de Campo Grande com o dinheiro e a mão de obra de presos.

Estes são alguns dos conteúdos abordados na retrospectiva de um ano muito produtivo e de grandes conquistas destinadas à população. Num 2015 muito intenso, o Judiciário sul-mato-grossense encerra as trabalhos com o sentimento de dever cumprido no intuito de fazer justiça e garantir os direitos do cidadão.

Acompanhe abaixo o link do vídeo institucional:

<https://www.youtube.com/watch?v=7Y25doMqzXw>

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

REVISTA
TRIMESTRAL DE
JURISPRUDÊNCIA

TJMS

ÍNDICE ONOMÁSTICO



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Amaury da Silva Kuklinski

Apelação n. 0800673-73.2012.8.12.0019	029
Mandado de Segurança n. 1413705-85.2014.8.12.0000	033
Ação Rescisória n. 4008382-50.2013.8.12.0000	044

Claudionor Miguel Abs Duarte

Apelação n. 0800019-25.2013.8.12.0028	051
Apelação n. 0801216-74.2011.8.12.0031	056
Apelação n. 0803801-03.2013.8.12.0008	061

Divoncir Schreiner Maran

Apelação n. 0107839-96.2008.8.12.0001	066
Apelação n. 0804813-02.2015.8.12.0002	071
Apelação n. 0829639-32.2014.8.12.0001	075

Dorival Renato Pavan

Apelação n. 0802591-77.2014.8.12.0008	081
Apelação n. 0805707-52.2014.8.12.0021	091
Agravo Regimental n. 0823218-26.2014.8.12.0001/50000	099

Eduardo Machado Rocha

Apelação n. 0014319-77.2011.8.12.0001	106
Apelação n. 0803685-60.2014.8.12.0008	113
Agravo de Instrumento n. 1410057-63.2015.8.12.0000	120

Fernando Mauro Moreira Marinho

Apelação n. 0055884-55.2010.8.12.0001	136
Apelação n. 0801074-90.2012.8.12.0013	140
Apelação n. 0834639-47.2013.8.12.0001	146

Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Apelação n. 0003629-86.2011.8.12.0001	150
Apelação n. 0046611-81.2012.8.12.0001	157
Apelação n. 0833315-85.2014.8.12.0001	165

Luiz Tadeu Barbosa Silva

Apelação n. 0011904-92.2009.8.12.0001	169
Apelação n. 0811144-05.2012.8.12.0002	175
Apelação n. 0818419-03.2015.8.12.0001	178

Marcelo Câmara Rasslan

Apelação n. 0000164-66.2008.8.12.0036	183
Apelação n. 0000986-35.2011.8.12.0041	190
Apelação n. 0809221-39.2015.8.12.0001 –	201

Marco André Nogueira Hanson

Apelação n. 0000207-82.2011.8.12.0008	206
Apelação n. 0001525-50.2009.8.12.0015	212
Apelação n. 0809892-93.2014.8.12.0002	227

Marcos José de Brito Rodrigues

Apelação n. 0801699-92.2014.8.12.0001	237
Agravo Regimental n. 0804618-85.2013.8.12.0002/50000	241
Agravo Regimental n. 0835128-84.2013.8.12.0001/50000	245

Nélio Stábile

Apelação n. 0801338-52.2013.8.12.0020	251
Apelação n. 1400724-87.2015.8.12.0000/50000	255
Agravo Regimental n. 1409082-41.2015.8.12.0000/50000	258

Odemilson Roberto Castro Fassa

Apelação n. 0000069-39.2011.8.12.0001	262
Apelação n. 0805245-24.2015.8.12.0001	270
Ação Rescisória n. 1414853-34.2014.8.12.0000	276

Sérgio Fernandes Martins

Apelação n. 0043140-57.2012.8.12.0001	283
Apelação n. 0805555-95.2013.8.12.0002	290
Mandado de Segurança n. 1406007-91.2015.8.12.0000	294

Sidemi Soncini Pimentel

Apelação n. 0000065-97.1996.8.12.0010	301
Embargos Infringentes n. 0007384-21.2011.8.12.0001/50001	305
Apelação n. 0801332-20.2014.8.12.0017	314

Tânia Garcia de Freitas Borges

Apelação n. 0046426-43.2012.8.12.0001	320
Apelação n. 0059932-23.2011.8.12.0001	329
Apelação n. 0803022-52.2012.8.12.0018	334

Vladimir Abreu da Silva

Apelação n. 0800032-75.2014.8.12.0032	339
Apelação n. 0801218-34.2011.8.12.0002	343
Apelação n. 0801761-42.2014.8.12.0031	348

Juiz Jairo Roberto de Quadros

Apelação n. 0027907-88.2010.8.12.0001	353
Apelação n. 0832246-52.2013.8.12.0001	358
Agravo de Instrumento n. 1404137-45.2014.8.12.0000	368

Juiz José Ale Ahmad Netto

Apelação n. 0003408-67.2006.8.12.0005	373
Apelação n. 0800334-58.2014.8.12.0015	396
Apelação n. 0804100-38.2013.8.12.0021	401

Juiz Geraldo de Almeida Santiago

Apelação n. 0033420-71.2009.8.12.0001	408
Apelação n. 0802446-21.2014.8.12.0008	411
Apelação n. 0815929-76.2013.8.12.0001	415

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Carlos Eduardo Contar

Agravo de Execução Penal n. 0008235-18.2015.8.12.0002	420
Mandado de Segurança n. 0824726-70.2015.8.12.0001	424
Mandado de Segurança n. 1415730-71.2014.8.12.0000	429

Dorival Moreira dos Santos

Apelação n. 0000383-60.2013.8.12.0018	440
Apelação n. 0060024-64.2012.8.12.0001	449
Mandado de Segurança n. 1411742-08.2015.8.12.0000	468

Francisco Gerardo de Sousa

Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0041532-87.2013.8.12.0001/50000.....	473
Mandado de Segurança n. 1406867-92.2015.8.12.0000	494
Conflito de Jurisdição n. 1600521-44.2015.8.12.0000	503

Luiz Claudio Bonassini da Silva

Recurso em Sentido Estrito n. 0034050-88.2013.8.12.0001.....	508
Apelação n. 0062456-90.2011.8.12.0001	516
Revisão Criminal n. 1602441-87.2014.8.12.0000	527

Luiz Gonzaga Mendes Marques

Apelação n. 0000143-73.2014.8.12.0006	533
Conflito de Jurisdição n. 0006168-96.2014.8.12.0008	538
<i>Habeas Corpus</i> n. 1409323-15.2015.8.12.0000	541

Manoel Mendes Carli

Apelação n. 0004732-43.2012.8.12.0018	547
<i>Habeas Corpus</i> n. 1410864-83.2015.8.12.0000	553
<i>Habeas Corpus</i> n. 1413124-36.2015.8.12.0000	559

Maria Isabel de Matos Rocha

Apelação n. 0000008-96.2013.8.12.0038	564
Apelação n. 0000714-56.2014.8.12.0002	573
Apelação n. 0801361-29.2012.8.12.0021	591

Romero Osme Dias Lopes

Recurso em Sentido Estrito n. 0000522-60.2013.8.12.0002.....	602
Recurso n. 0002327-72.2014.8.12.0015	607
Apelação n. 0005400-79.2010.8.12.0019	615

Ruy Celso Barbosa Florence

Apelação n. 0000808-60.2012.8.12.0006	620
Revisão Criminal n. 1404099-96.2015.8.12.0000	626
Revisão Criminal n. 1405895-59.2014.8.12.0000	638

REVISTA
TRIMESTRAL DE
JURISPRUDÊNCIA

TJMS

ÍNDICE DE ASSUNTOS



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Ação anulatória

Débito fiscal. Site de comércio estrangeiro. Imposto sobre tributação. CDC. Não aplicação. Ônus suportado pelo contribuinte (0804813-02.2015.8.12.0002)071

Ação civil pública

Ato de improbidade administrativa. Extinção indevida de cargos. Afastamento de servidores. Lesão ao erário. Ofensa ao dever de concurso público (0000164-66.2008.8.12.0036) 183

Ato de improbidade administrativa. Nepotismo. Servidores ocupantes de cargo em comissão. Vedação constitucional (0000986-35.2011.8.12.0041) 190

Ação de cobrança

Acidente de trânsito. Seguro DPVAT. Veículo envolvido no acidente. Trator. Inexistência de cobertura (0801338-52.2013.8.12.0020).....251

Benefício previdenciário. Acordo homologado numa ação civil pública. Alteração do cronograma de pagamento. Falta de interesse de agir. Inadequação da vai eleita (0804618-85.2013.8.12.0002/50000)..241

Plano de asfaltamento comunitário. Responsabilidade pelo custeio da obra. Obrigação inexigível. Obra pública de caráter geral e indivisível. Contribuição de melhoria. Não cabimento (0809892-93.2014.8.12.0002)227

Servidor exonerado. Cargo comissionado. Direito à verbas ordinárias. Art. 39, § 3º da CF (0800032-75.2014.8.12.0032)339

Ação de divórcio

Partilha de bens. Regime de comunhão parcial. Imóvel adquirido antes do matrimônio. Incomunicabilidade (0832246-52.2013.8.12.0001).....358

Ação de imissão na posse

Posse injusta. Comprovação. Matéria de defesa. Usucapião especial urbana e Usucapião ordinária. Prescrição aquisitiva. Requisitos não preenchidos (0003629-86.2011.8.12.0001) 150

Ação de reintegração de posse

Contrato de comodato. Exceção de usucapião. Possibilidade. Posse exercida sem animus domini (0811144-05.2012.8.12.0002) 175

Ação declaratória

Concurso público. Candidato que não se declara portador de necessidades especiais no ato da inscrição. Inclusão posterior. Impossibilidade (0835128-84.2013.8.12.0001/50000)245

Contrato de prestação de serviços. Telefonia. Cobrança. Multa. Fidelização. Demonstração de má prestação de serviços. Cobrança indevida (0823218-26.2014.8.12.0001/50000)099

Ação reivindicatória

Exceção de usucapião. Afastada. Posse decorrente de comodato. Posse precária (0011904-92.2009.8.12.0001)..... 169

Ação renovatória

Imóvel não residencial. Contrato escrito. Prazo indeterminado. Art. 51 da lei n. 8.245/91. Pressuposto legal. Pedido renovatório julgado improcedente (0043140-57.2012.8.12.0001)283

Ação rescisória

Ação declaratória. Reconhecimento de união estável post mortem. Acórdão. Violação literal de disposição de lei. Inocorrência (1414853-34.2014.8.12.0000).....276

Busca e apreensão. Alienação fiduciária. Venda imediata do bem. Documento novo. Improcedência da ação (4008382-50.2013.8.12.0000).....044

Ação revisional

Promessa de compra e venda. Imóvel. Cobrança de resíduo. Legalidade. Reajuste mensal do saldo devedor. Nulidade. Preservação do contrato (0007384-21.2011.8.12.0001/50001)305

Adjudicação compulsória

Competência. Foro da situação do bem. Cláusula de eleição do foro. Inaplicabilidade (1400724-87.2015.8.12.0000/50000)255

Alvará judicial

Acesso de pessoas às dependências do shopping. Proteção aos direitos da criança e adolescente. Impossibilidade jurídica do pedido (0809221-39.2015.8.12.0001).....201

Assistência judiciária

Hipossuficiência financeira. Não comprovação (1409082-41.2015.8.12.0000/50000).....256

Bem de família

Penhora. Embargos de terceiro. Exclusão da meação. Impenhorabilidade. Não comprovação (0800334-58.2014.8.12.0015)396

Concurso público

Gabarito. Republicação definitiva. Edital. Ausência de previsão. Violação ao princípio da segurança jurídica (1413705-85.2014.8.12.0000).....033

Cumprimento de sentença

Inclusão da empresa na execução. Impossibilidade. Não integrante do processo de conhecimento. Coisa julgada (1404137-45.2014.8.12.0000).....368

Dano moral

Suspensão do fornecimento de energia elétrica. Notificação do consumidor no prazo de 15 dias. Não comprovação. Dano moral comprovado. Indenização devida (0802446-21.2014.8.12.0008).....411

Veículo. Vistoria. Detran. Suspeita de adulteração do chassi. Comunicação à autoridade policial. Exercício regular de um dever. Laudo pericial. Inexistência de vestígio. Danos não configurados (0801332-20.2014.8.12.0017)314

Embargos à execução

Desconsideração da personalidade jurídica. Configuração dos requisitos autorizadores do art. 50 do CC. Desvio de finalidade. Confusão patrimonial (0802591-77.2014.8.12.0008).....081

Terceiro prejudicado. Sucessão empresarial. Não configuração. Contrato de locação. Fundo de comércio. Ilegitimidade passiva (0107839-96.2008.8.12.0001)066

Embargos de terceiro

Dívida contraída por um dos conviventes. Meação. Benefício da unidade familiar. Ônus da prova (0801216-74.2011.8.12.0031)056

Fraude à execução. Averbação no registro de imóvel. Ação judicial. Má-fé não comprovada (0829639-32.2014.8.12.0001)075

Execução

Título extrajudicial. Nota promissória. Penhora no rosto dos autos. Inventário. Prescrição intercorrente. Afastada. Partilha de bens. Terno inicial do termo do prazo Prescricional (0000065-97.1996.8.12.0010)....043

Execução fiscal

IPTU. Progressividade fiscal. Notificação prévia do consumidor. Desnecessidade (0815929-76.2013.8.12.0001)415

Imposto de renda

Isenção. Redução da base de cálculo da contribuição previdenciária. Portador de cardiopatia grave (1406007-91.2015.8.12.0000)294

Indenização

Atraso de voo. Perda de conexão. Atraso na chegada do destino. Dano moral. Indenização devida (0834639-47.2013.8.12.0001)146

Cancelamento de viagem. Falha na prestação de serviço. Pacote turístico. Agência de viagem. Companhia aérea. Responsabilidade solidária. Danos e morais configurados. Indenização devida (0805707-52.2014.8.12.0021)091

Depósito de cheque. Saldo negativo. Relação de consumo. Ônus de prova da instituição financeira. Danos material e moral. Indenização devida (0804100-38.2013.8.12.0021)401

Meio ambiente. Siderúrgica produtora de ferro gusa. Poluição ambiental e sonora. Ausência de prova quanto à adequação das atividades da indústria. Dano moral. Indenização devida (0003408-67.2006.8.12.0005)..373

Prisão ilegal. Responsabilidade objetiva do Estado. Dever de indenizar. Danos materiais e morais (0805555-95.2013.8.12.0002)290

Inventário

Adjudicação do bem. Cessão de direitos hereditários. Morte de uma das cedentes. Legitimidade. Abertura do processo de inventário (0055884-55.2010.8.12.0001).....136

Homologação de partilha. Inovação recursal. Advogados com poderes (0027907-88.2010.8.12.0001).....353

Licença maternidade

Ação de cobrança. Contrato temporário. Professora. Estabilidade provisória (0800019-25.2013.8.12.0028) ...051

Mandado de Segurança

Isenção de pagamento de ICMS. Deslocamento interestadual de equipamento e mercadorias. Fala de prova da propriedade dos bens e seu destino. Impossibilidade da pretensão pelo mandado de segurança (0801699-92.2014.8.12.0001)237

Medidas de proteção

ECA. Atribuição do Conselho Tutelar. Providências judiciais. Estudo psicossocial realizado após o ajuizamento da ação. Desnecessidade de atuação judicial (0801761-42.2014.8.12.0031).....348

Pensão por morte

Menor. Guarda judicial da bisavó. Inclusão como dependente (0801074-90.2012.8.12.0013)140

Plano de saúde

Inadimplência do segurado. Rescisão unilateral. Notificação prévia. Necessidade. Indenização. Dano *in re ipsa*. *Quantum* indenizatório (0803685-60.2014.8.12.0008).....113

Internação hospitalar. Parto cirúrgico. Despesas médico/hospitalares. Urgência e emergência. Não comprovação. Cobertura. Não cabimento (0803801-03.2013.8.12.0008).....061

Cirurgia. Negativa de fornecimento de material. Cobertura. Não cabimento (0046611-81.2012.8.12.0001)....157

Previdenciário

Aposentadoria por idade. Cumulação. Segunda aposentadoria. Requisitos preenchidos (0800673-73.2012.8.12.0019)029

Recuperação judicial

Cédula de crédito bancário. Alienação fiduciária. Ausência de registro. Não sujeição ao processo de recuperação judicial (1410057-63.2015.8.12.0000)120

Recurso

Habilitação de crédito. Inventário. Recurso cabível. Agravo de Instrumento. Apelação interposta. Princípio da fungibilidade. Inaplicabilidade (0014319-77.2011.8.12.0001).....106

Registro civil

Retificação. Exclusão de sobrenome paterno. Possibilidade (0805245-24.2015.8.12.0001)270

Rescisão contratual

Indenização. Majoração. Impossibilidade. Taxa de fruição. Legalidade. Multa moratória. Percentual de 20%. Honorários advocatícios. Compensação. Impossibilidade (0046426-43.2012.8.12.0001)320

Responsabilidade civil

Excursão. Escola. Acidente. Aluno que salta de ponta em local impróprio para banho e vem a ficar paraplégico. Responsabilidade do Estado. Culpa exclusiva da vítima. Nexo causal não configurado (0001525-50.2009.8.12.0015).....212

Inscrição nos órgãos restritivos. Dívida quitada. Demora acima do razoável para retirada. Dano moral. Indenização devida (0833315-85.2014.8.12.0001).....165

Imagem veiculada em redes sociais. Comentários ofensivos. Indeferimento da inicial. Legitimidade. Interesse processual (0818419-03.2015.8.12.0001)178

Município. Paciente que sofreu queda de maca do Samu. Nexo de causalidade. Dano moral. Configurado. Valor arbitrado. Razoável e proporcional (0000069-39.2011.8.12.0001)262

Queda de veículo em leito de rio. Estado de conservação da ponte. Sinalização Adequada. Culpa da empresa ré configurada. Dano material. Indenização devida (0000207-82.2011.8.12.0008).....206

Usucapião

Alienação de bem dominical. Possibilidade. Art. 101 do CC. Imóvel financiado pela AGEHAB. Autarquia estadual. Quitação. Descaracterização de bem público. Prescrição aquisitiva. Requisitos autorizadores (0803022-52.2012.8.12.0018).....334

Usucapião especial constitucional

Art. 183 da CF. Imóvel com mais de 250 m2. Impossibilidade. Alternativamente. Usucapião ordinária. Não comprovação (0059932-23.2011.8.12.0001)329

Usucapião extraordinário

Ausência de citação. Cônjuge. Nulidade (0033420-71.2009.8.12.0001)408

Posse moradia. Art. 1.238, § único do Código Civil. Preenchimento dos requisitos legais (0801218-34.2011.8.12.0002)343

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Abandono material

Inadimplência alimentícia. Justa causa para a falta de assistência ao dependente. Ônus da prova. Inversão indevida do ônus probatório (0004732-43.2012.8.12.0018).....547

Apropriação indébita

Crime contra idoso. Materialidade e autoria devidamente comprovadas. Pedido de absolvição. Impossibilidade (0801361-29.2012.8.12.0021).....591

Casa de prostituição

Exploração sexual de adolescente. Manutenção de estabelecimento destinado à prostituição. Consunção entre os delitos. Impossibilidade (0000008-96.2013.8.12.0038).....564

Concurso público

Serviços notariais. TJMS. Provas e títulos. Edital. Requisitos não comprovados (0824726-70.2015.8.12.0001)..... 424

Conflito de jurisdição

Posse de droga para consumo pessoal. Crime de menor potencial ofensivo. Declino da competência. Justiça comum. Citação por edital. Impossibilidade. Tentativa de localização dos réus não esgotadas. Continuidade da competência do Juizado Especial (0006168-96.2014.8.12.0008).....538

Conflito negativo de jurisdição

Furto qualificado. Tentativa. Corrupção de menores. Adolescente que atua como coautor. Competência. Vara criminal residual (1600521-44.2015.8.12.0000).....503

Crime contra as relações de consumo

Recebimento da denúncia. Retratação. Possibilidade. Mercadoria imprópria para o consumo. Norma penal em branco. Materialidade. Imprescindibilidade de perícia técnica (0034050-88.2013.8.12.0001).....508

Direito de visita

Cônjuge preso. Cerceamento. Ilegalidade caracterizada (1411742-08.2015.8.12.0000).....468

Disparo de arma de fogo

Perigo abstrato. Conjunto probatório seguro. Pena-base. Maus antecedentes. Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (1404099-96.2015.8.12.0000).....626

Entorpecente

Tráfico privilegiado. Preenchimento dos requisitos legais. Agente que se utiliza de transporte público. Quantidade de droga apreendida. Regime prisional semiaberto (0041532-87.2013.8.12.0001/50000)..... 473

Furto qualificado

Abuso de confiança. Possibilidade. Agravamento do regime inicial de prisão. Inviabilidade (0000143-73.2014.8.12.0006)533

Princípio da insignificância. Não incidência. Dosimetria. Antecedentes criminais e personalidade voltada à prática de delitos. Multireincidência (0000383-60.2013.8.12.0018).....440

Homicídio culposo

Prestação de serviço particular. Corte de árvore. Inexistência de relação contratual entre réu e vítima. Autocolocação em situação de perigo. Absolvição (0005400-79.2010.8.12.0019).....615

Homicídio qualificado

Tentativa. Impronúncia, Ausência de indícios de autoria (0000522-60.2013.8.12.0002)602

Tentativa. Pronúncia. Aninus necandi. Qualificadoras. Motivo fútil. Afastada. Recurso que dificultou a defesa da vítima. Mantida. (0002327-72.2014.8.12.0015).....603

Indulto

Comutação de pena. Condenação por crime comum e hediondo. Inconstitucionalidade do Decreto Presidencial n.8.380/2014. Afastamento. Verificação dos requisitos objetivos e subjetivos. Competência do juízo da execução penal (0008235-18.2015.8.12.0002)420

Organização criminosa

Corrupção passiva e peculato. Ressarcimento à fazenda pública. Cedência de bem sequestrado par uso pela polícia. Impossibilidade (1406867-92.2015.8.12.0000)494

Policial militar

Promoção por merecimento. Posto de coronel da polícia militar. Preterição na promoção. Ausência de interesse de agir. Decadência. Ocorrências não demonstradas (1415730-71.2014.8.12.0000).....429

Posse ilegal de arma de fogo

Estatuto do desarmamento. Arma de fogo desmuniada. Atipicidade da conduta (0000808-60.2012.8.12.0006)620

Prisão preventiva

Paciente portadora do vírus HIV no sétimo mês de gestação. Conversão em prisão domiciliar (1413124-36.2015.8.12.0000)559

Revisão criminal

Homicídio qualificado. Pluralidade de qualificadoras. Dosimetria da pena. Matéria não discutida na apelação. Rejeição. Utilização de uma qualificadora como circunstância agravante (1602441-87.2014.8.12.0000)..527

Latrocínio e roubo majorado. Absolvição. Condenação baseada em informações colhidas no inquérito policial. Suspensão dos efeitos da execução penal. Procedência (1405895-59.2014.8.12.0000).....638

Roubo

Tentativa. Crime de adulteração de sinal identificador de veículo. Pena-base. Adequação. Possibilidade. Prisão preventiva. Inviabilidade (0060024-64.2012.8.12.0001).....449

Tráfico de entorpecente

Associação para o tráfico. Pretenda absolvição. Não acolhida. Autoria e materialidade comprovadas (0000714-56.2014.8.12.0002).....573

Trancamento de ação penal

Ausência de justa causa. Crime ambiental. Armazenamento de embalagens vazias de agrotóxicos. Regulamentação pelas normas da ABNT. Fato típico (1410864-83.2015.8.12.0000).....553

Violência doméstica

Ameaça. Vias de fato. Audiência especial. Ausência de obrigatoriedade. Suspensão condicional do processo. Inaplicabilidade. Atenuante da confissão espontânea. Não configuração. Substituição da pena corporal por restritiva de direito. Não cabimento (0062456-90.2011.8.12.0001).....516

Lesão corporal. Conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Não convalidação judicial. Prisão ilegal (1409323-15.2015.8.12.0000).....541