

REVISTA GOIANA DE JURISPRUDÊNCIA

REVISTA GOIANA DE JURISPRUDÊNCIA

Órgão oficial do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

DIRETORIA

Desembargador **Itaney Francisco Campos**

Desembargador **Luiz Cláudio Veiga Braga**

Revisão:

Jane Regina Alves

Nickolas de Castro Rios Mendes

Correspondências e colaborações devem ser remetidas para o diretor da Revista.

Rua 19, Quadra A8, Lote 6 - Setor Oeste

Goiânia – Goiás

CEP.: 74.120/020

REVISTA GOIANA DE JURISPRUDÊNCIA
Órgão oficial do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

2018
I – Jurisprudência

SUMÁRIO

Assunto	Página
Composição atual do Egrégio Tribunal de Justiça de Goiás	4
APRESENTAÇÃO	8
JURISPRUDÊNCIA	
Jurisprudência Cível	10
Jurisprudência Criminal	151
ÍNDICES	
Alfabético Cível	214
Alfabético Criminal	216
Numérico Cível	217
Numérico Criminal	218

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS

PRESIDENTE

Desembargador **Carlos Alberto França**

VICE-PRESIDENTE

Desembargador **Zacarias Neves Coelho**

CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA

Desembargador **Nicomedes Domingos Borges**

OUVIDOR DO PODER JUDICIÁRIO

Desembargador **Amaral Wilson de Oliveira**

Desembargadora **Elizabeth Maria da Silva** (Substituta)

TRIBUNAL PLENO

Desembargador **Beatriz Figueiredo Franco**

Desembargador **Leobino Valente Chaves**

Desembargador **Gilberto Marques Filho**

Desembargador **João Waldeck Félix de Sousa**

Desembargadora **Nelma Branco Ferreira Perilo**

Desembargador **Walter Carlos Lemes**

Desembargador **Carlos Hipólito Escher**

Desembargador **Kisleu Dias Maciel Filho**

Desembargador **Zacarias Neves Coelho** (Vice-Presidente)

Desembargador **Luiz Eduardo de Sousa**

Desembargador **Alan Sebastião de Sena Conceição**

Desembargador **Leandro Crispim**

Desembargador **Itaney Francisco Campos**

Desembargadora **Amélia Martins de Araújo**

Desembargador **Luiz Cláudio Veiga Braga**

Desembargador **Ivo Fávaro**

Desembargador **Jeová Sardinha de Moraes**

Desembargador **Fausto Moreira Diniz**

Desembargador **Norival Santomé**

Desembargador **Carlos Aberto França** (Presidente)
Desembargador **Amaral Wilson de Oliveira** (Ouvidor do Poder Judiciário)
Desembargador **José Paganucci Júnior**
Desembargadora **Maria das Graças C. Requi**
Desembargadora **Elizabeth Maria da Silva**
Desembargador **Gerson Santana Cintra**
Desembargadora **Carmecy Rosa Maria Alves de Oliveira**
Desembargador **Edison Miguel da Silva Júnior**
Desembargador **Nicomedes Domingos Borges** (Corregedor Geral da Justiça)
Desembargador **Itamar de Lima**
Desembargadora **Sandra Regina Teodoro Reis**
Desembargador **Guilherme Gutenberg Isac Pinto**
Desembargador **José Carlos de Oliveira**
Desembargador **Carlos Roberto Fávaro**
Desembargador **Delintro Belo de Almeida Filho**
Desembargador **Jairo Ferreira Junior**
Desembargador **Marcus da Costa Ferreira**
Desembargador **Anderson Máximo de Holanda**
Desembargador **Maurício Porfírio Rosa**
Desembargador **Wilson Safatle Faiad**
Desembargador **Fernando de Castro Mesquita**
Desembargador **Fabio Cristóvão de Campos Faria**
Desembargador **Eudécio Machado Fagundes**

ORGÃO ESPECIAL

Desembargador **Carlos Alberto França** (Presidente)
Desembargadora **Beatriz Figueiredo Franco**
Desembargador **Leobino Valente Chaves**
Desembargador **Gilberto Marques Filho**
Desembargador **João Waldeck Félix de Sousa**
Desembargadora **Nelma Branco Ferreira Perilo**
Desembargador **Walter Carlos Lemes**
Desembargador **Carlos Escher**
Desembargador **Kisleu Dias Maciel Filho**
Desembargador **Zacarias Neves Coelho** (Vice-Presidente)
Desembargador **Luiz Eduardo de Sousa**
Desembargador **José Paganucci Júnior**
Desembargador **Gerson Santana Cintra**
Desembargadora **Carmecy Alves de Oliveira**

Desembargador **Nicomedes Domingos Borges** (Corregedor-Geral)
Desembargadora **Sandra Regina Teodoro Reis**
Desembargador **Guilherme Gutemberg Isac Pinto**
Desembargador **José Carlos de Oliveira**
Desembargador **Jairo Ferreira Júnior**
Desembargador **Marcus da Costa Ferreira**
Desembargador **Anderson Máximo de Holanda**

CONSELHO SUPERIOR DE MAGISTRATURA

Desembargador **Carlos Alberto França** (Presidente)
Desembargador **Zacarias Neves Coelho** (Vice-Presidente)
Desembargador **Nicomedes Domingos Borges** (Corregedor-Geral)
Desembargador **Alan Sebastião de Sena Conceição**
Desembargador **Leandro Crispim**
Desembargador **Luiz Cláudio Veiga Braga**
Desembargador **Norival Santomé**
Desembargadora **Maria das Graças Carneiro Requi**
Desembargador **Wilson Safatle Faiad**
Desembargador **Fernando de Castro Mesquita**

COMISSÃO DE REGIMENTO E ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA

Desembargador **Leobino Valente Chaves** (Presidente)
Desembargador **Carlos Escher**
Desembargador **Kisleu Dias Maciel Filho**
Desembargador **Jeová Sardinha de Moraes**
Desembargador **Fausto Moreira Diniz**
Desembargador **Amaral Wilson de Oliveira**
Desembargadora **Elizabeth Maria da Silva**

COMISSÃO DE SELEÇÃO E TREINAMENTO

Desembargadora **Beatriz Figueiredo Franco** (Presidente)
Desembargador **Gilberto Marques Filho**
Desembargador **Itaney Francisco Campos**
Desembargadora **Elizabeth Maria da Silva**
Desembargador **Gerson Santana Cintra**
Desembargador **Anderson Máximo de Holanda**
Desembargador **Maurício Porfírio Rosa**

COMISSÃO DE INFORMATIZAÇÃO

Desembargadora **Amélia Martins de Araújo** (Presidente)

Desembargador **Itamar de Lima**

Desembargadora **Sandra Regina Teodoro Reis**

Desembargador **Delintro Belo de Almeida Filho**

Desembargador **Jairo Ferreira Júnior**

Desembargador **Marcus da Costa Ferreira**

Desembargador **Anderson Máximo de Holanda**

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA E DOCUMENTAÇÃO

Desembargador **João Waldeck Félix de Sousa** (Presidente)

Desembargadora **Nelma Branco Ferreira Perillo**

Desembargador **José Paganucci Júnior**

Desembargador **Avelirdes Almeida Pinheiro de Lemos**

Desembargador **Edison Miguel da Silva Junior**

Desembargador **José Carlos de Oliveira**

Desembargador **Jairo Ferreira Júnior**

COMISSÃO DE DISTRIBUIÇÃO E COORDENAÇÃO

Desembargador **Carlos Alberto França** (Presidente)

Desembargador **Waldeck Felix de Sousa**

Desembargadora **Carmecy Rosa Maria Alves de Oliveira**

REVISTA GOIANA DE JURISPRUDÊNCIA

Desembargador **Itaney Francisco Campos** (Diretor)

Desembargador **Luiz Cláudio Veiga Braga**

ESCOLA JUDICIAL

Desembargador **Delintro Belo de Almeida Filho** (Diretor)

Doutor **Reinaldo Alves Ferreira** (Vice-Diretor)

APRESENTAÇÃO

É inegável a importância cada vez maior da jurisprudência na sociedade hodierna como fator de geração do direito e vetor de segurança jurídica. A complexidade e pluralidade das organizações sociais e econômicas não se compatibilizam mais com os velhos modelos e orientações que plasmaram o mundo clássico, fundado nos valores, instituições e regras da sociedade greco-romana. Ou pelo menos, exigiram profundas adaptações que refletiram amplamente na atuação do Poder Judiciário moderno.¹

Na verdade, é consabido que dois notáveis sistemas jurídicos, nutridos respectivamente na *civil law*, de raízes romano-germânicas, e na *common law*, caudal do direito constituído na Inglaterra, prevaleceram no mundo ocidental. O ordenamento jurídico brasileiro impregnou-se do modelo da *civil law*, em que há o primado da legislação como fonte do direito, dimanada a regra cogente do Poder Legislativo, que detém a competência para instituir o direito novo. Destarte, assume o juiz, nessa circunstância, uma postura pouco reativa ou passiva frente à legislação editada, vedando-se-lhe moderar o rigor ou o peso da lei, prevalecendo de consequência, a plenipotência da regra legal.²

Essa tradição sistemática conduziu ao pensamento de que o texto legal conteria em seu arcabouço a norma jurídica em sua totalidade, pronta e acabada, não sobrando ao julgador espaço para a função interpretativa e, menos ainda, para a atividade criativa. Com o decurso do tempo e a evolução das instituições sociais, percebeu-se que a interpretação exerce função integrativa da norma, quando não identitária à própria regra, porquanto insuficiente o enunciado legal para moldar a conduta humana, em vista da indeterminação do discurso do julgador em face das situações concretas e específicas. As lacunas da lei, os equívocos do texto legal, sua abstração como ninho de perplexidades, conduziram à necessidade de maior valoração da exegese e dos ditados dos julgadores, no exame do caso concreto. A orientação estabelecida no entendimento pretoriano passou a ser, ao lado dos textos legais, fonte de conhecimento dos cidadãos, capaz de influenciar nas suas opções de vida, consonante com a consciência dos seus direitos.³

A experiência vem demonstrando que, em face do desmedido manejo dos recursos, com vistas à predominância do direito subjetivo alegado, os próprios acórdãos vem invocando os precedentes jurisprudenciais como estruturas de seu alicerce, em moldes a ampliar a previsibilidade do resultado dos processos, com o benefício social da segurança jurídica, indispensável à evolução e aperfeiçoamento das instituições sociais e econômicas.⁴

Nesse contexto, é inegável que, de tempos para cá, a atividade judicial tem desempenhado relevantíssimo papel, tanto no exercício da prática forense, quanto no próprio aperfeiçoamento dogmático de inúmeros institutos jurídicos, de sorte que nenhum operador do Direito, de época contemporânea, pode desconhecer a utilidade e eficiência dos pronunciamentos judiciais.

Como resultante dessa progressiva dimensão, o Código de Processo Civil de 2015 apressou-se em recomendar, na moldura do artigo 926, que os tribunais devem uniformizar sua

jurisprudência e mantê-la estável e coerente. Como consequência disso, é impensável que, no julgamento dos casos postos em juízo, não se consultem os repertórios de julgados e coletâneas de jurisprudência.

Na esteira da clássica conceituação, pode-se definir jurisprudência como a orientação emanada de uma pluralidade de decisões relativas a vários casos concretos, em torno de determinado tema, sobre idêntica questão jurídica.

Nessa perspectiva, para que o público em geral possa conhecer e fiscalizar a coerência e a estabilidade dos pronunciamentos desta Corte, que já vinham sendo veiculados pela Revista em formato de papel, consolidados de algum tempo a esta data, em formato eletrônico, apresenta-se oportuna a edição da Revista Goiana de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, de nº 57, do ano de 2019, em que se indica a composição da Presidência, da Vice-Presidência, da Corregedoria-Geral de Justiça, da Ouvidoria do Poder Judiciário, do Tribunal Pleno, do Órgão Especial, do Conselho Superior da Magistratura, da Comissão de Regimento e Organização Judiciária, da Comissão de Seleção e Treinamento, da Comissão de Informatização, da Comissão de Jurisprudência e Documentação, da Comissão de Distribuição e Coordenação, da própria Revista Goiana de Jurisprudência e da Escola Judicial.

Além disso, contempla Sumário e Índice Alfabético Cível, Índice Alfabético Criminal, Índice Numérico Cível e Índice Número Criminal, contendo diversas palavras-chave para auxiliar o encontro do tema de interesse.

Como não poderia deixar de ser, integram-na Jurisprudência Cível e Jurisprudência Criminal, devidamente Ementadas e com o inteiro teor do Acórdão. Brevemente, estarão inseridos neste espaço os ementários e acórdãos, em seu inteiro teor, relativos aos julgamentos realizados nos anos subsequentes até a completa atualização, ampliando a transparência da atuação da Corte de Justiça goiana e tornando acessível o conjunto de julgados cíveis e criminais do Colegiado.

Enfim, com a esperança de que essa nova edição da Revista seja consultada com real interesse pelo leitor e fechada com o proveito de ampliar a divulgação sobre o modo como este Tribunal de Justiça interpretou os fatos da causa, a prova produzida e o direito aplicável ao caso concreto, fomentando o debate a respeito das possíveis soluções interpretativas por meio da jurisprudência e da própria coerência interna desta Corte, deseja-se boa leitura a todos!

Goiânia, 5 de abril de 2022.

Des. Itaney Francisco Campos

Des. Luiz Cláudio Veiga Braga

Diretores da Revista Goiana de Jurisprudência.

¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. Comentários ao CPC de 2015. Execução e Recursos. 2018. Gen Forense.

² MARINONI, Luiz Guilherme et al. Breves comentários ao Novo CPC. 1ª. ed. 2015. Ed. RT.

³ MARINONI, Luiz Guilherme et al. Breves Comentários ao novo CPC. 1ª. ed. 2015. RT.

⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério et al. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. IV. 2017. Saraiva.

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Agravo de Instrumento nº 5142659.28.2017.8.09.0000

Agravo de Instrumento nº 5064316.18.2017.8.09.0000

Agravo de Instrumento nº 5058170.58.2017.8.09.0000

Comarca de Caçu

3ª Câmara Cível

Agravantes: Venir Cabral de Paula

Antônio Ferreira de Paula

Carolina Souza de Paula

Agravados: Eliza Ferreira de Paula

Dorivaldo Ferreira de Paula

Lucia Helena de Paula Rosado

Durval Ferreira de Paula

Maria Sonia Rocha de Paula

FFC Agropecuária S/A

Saul Ferreira de Paula

Bruno de Oliveira Souza

Ovidio Nunes de Queiroz Neto

Isabel Cristina Franco Teixeira Queiroz

Aparecido Barrinha

Jorge Alves Arantes

Relatora: Des. Beatriz Figueiredo Franco

EMENTA: TRÍADE DE AGRAVOS DE INSTRUMENTO DECLARADOS CONEXOS. BLOCO DECISÓRIO. DIREITO AGRÁRIO E SUCESSÓRIO. PREFERÊNCIA DO ARRENDATÁRIO NA AQUISIÇÃO DO IMÓVEL RURAL ARRENDADO EM IGUALDADE DE CONDIÇÕES COM O ADQUIRENTE. INVIABILIDADE DE COMPENSAREM-SE ALEGADOS CRÉDITOS DO ARRENDATÁRIO PARA EFETIVAÇÃO DA AQUISIÇÃO, PENA DE AFASTAR-SE A ISONOMIA EXIGÍVEL COM O ADQUIRENTE. EFICÁCIA PLENA DA CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS DA HERDEIRA A QUEM SOBREVEIO A MAIORIDADE. INEFICÁCIA DE CESSÃO, ANTERIOR À PARTILHA, CUJO OBJETO RECAIA SOBRE BEM SINGULARIZADO. IRRELEVÂNCIA PARA AFERIÇÃO DO INTERESSE RECURSAL DE ACORDO QUE A JULGADORA DE PISO NEGOU-SE A HOMOLOGAR.

I - O contrato de arrendamento é negócio jurídico típico, regido pelo Estatuto da Terra e seu Regulamento, o Decreto nº 56.566/66, admitindo a forma verbal (artigos 92, **caput** e 95 do ET).

II - “No caso de alienação do imóvel arrendado, o arrendatário terá

preferência para adquiri-lo em igualdade de condições, devendo o proprietário dar-lhe conhecimento da venda, a fim de que possa exercer o direito de preempção dentro de trinta dias, a contar da notificação judicial ou comprovadamente efetuada, mediante recibo” (art. 92, § 3º, ET).

III - Precedentes do Superior Tribunal de Justiça, construídos sob as óticas da isonomia material e da justiça social, admitem que a preferência do arrendatário para a compra do imóvel rural, conforme prevista no Estatuto da Terra, é direito originariamente concebido em benefício do próprio obreiro da terra, tal o agricultor familiar.

IV - Exame dos autos do inventário robor a alegação do agravante no sentido de ser arrendatário de aproximadamente 80 (oitenta) alqueires do imóvel rural denominado Fazenda Ribeirão dos Paula e Córrego Cobras. Daí conclui-se que deve ser respeitado o direito de preempção.

V - Ao teor do art. 46, **caput**, e § 1º do Decreto 59.566/66, “o direito de preempção só poderá ser exercido para aquisição total da área” (**caput**). Isto porque, para evitar a depreciação do bem e a formação do minifúndio, “o proprietário de imóvel rural arrendado não está obrigado a vender parcela ou parcelas arrendadas, se estas não abrangerem a totalidade da área” (§ 1º).

VI - Não há razão para solução diversa no caso concreto. Primeiro, porque a proteção daquele que labora a terra está sendo mantida, mormente se se considera que o espólio tem existência jurídica transitória, destinando-se mesmo a resolver o patrimônio do **de cujus** arrendante, seja pela alienação ou partilha direta da terra entre os herdeiros. No caso, a alienação havida do imóvel arrendado à empresa agravada revela o desinteresse dos herdeiros de trabalharem a terra de **per si**, afastando em seus favores o direito ao uso do bem. Nesse cenário, a função social da propriedade orienta o direito de preempção integral do imóvel ao arrendatário.

VII - Para efetivação do direito de preferência, o preço e a forma de pagamento são aqueles mesmos promovidos pela empresa agravada, sendo o valor devidamente corrigido desde quando autorizada a alienação, de modo a tornarem-se os primeiros agravantes e a empresa agravada ao **status quo** anterior à autorização judicial de alienação do bem.

VIII - Inviável a pretendida compensação de valores que os primeiros agravantes dizer ter com o espólio e que intentam utilizar para compensar com o débito assumido em razão da efetivação do direito

de preempção, porque não há solução definitiva quanto aos supostos créditos, os quais são objeto de autos apartados ao inventário, e, especialmente, porque o direito supra reconhecido se exercita, ao teor do § 3º do art. 92 do Estatuto da Terra, “em igualdade de condições” com o adquirente sem preferência.

IX - Os atos negociais do quinhão da herdeira terceira agravante, revestidos das formalidades legais pertinentes, praticados após a maioria, geram efeitos plenos e imediatos, inclusive quanto à subtração do interesse recursal por perecimento superveniente de objeto ao agravo nº 5064316.19.2017.8.09.0000, que investe contra a decisão autorizativa do depósito judicial do valor do quinhão, pela menoridade então existente.

X - “É ineficaz a cessão, pelo co-herdeiro, de seu direito hereditário sobre qualquer bem da herança considerado singularmente” (Art. 1.793, § 2º, CC).

XI - Ausente homologação judicial de acordo subscrito por parcela dos herdeiros, subiste o interesse no julgamento dos agravos, mormente ante a declarada posição da julgadora de piso no sentido de reputar inviável a homologação.

XII - Agravos conhecidos em parte e providos em parte.

RELATÓRIO

Trata-se de três agravos de instrumento, com pedido de liminar, interpostos por Antônio Ferreira de Paula e outras, contra decisões proferidas pela titular da Vara de Família, Sucessões, Infância, Juventude e 1ª Cível da comarca de Caçu, nos autos da ação de inventário alusiva ao espólio de Jovino de Paula, em que figura como inventariante a viúva Eliza Ferreira de Paula, sendo os demais agravados indicados no cabeçalho deste ato, herdeiros e/ou terceiros interessados. Quanto a Carolina Souza de Paula, sobrevivida sua maioria, negociou seu quinhão com os agravantes e passou ao polo ativo no agravo de protocolo mais recente, figurando nos registros como agravada nos demais recursos.

Nas extensas peças recursais os agravantes apresentam sua pretensão narrando sem um critério cronológico ou outro que se afigure unívoco, fatos reputados importantes de quase uma dezena de processos incidentes ao inventário, em cujos autos proferida a decisão recorrida. Instruem os agravos uma infinidade de arquivos digitais, sendo que o recurso mais recente se integra por 38 (trinta e oito) volumes em formato PDF¹, repetindo-se a maioria dos arquivos nos demais autos digitais.

Decisão anterior, pendente de confirmação/reforma nos autos do Agravo de Instrumento nº 5058170.58.2017.8.09.0000² interposto pelos mesmos aqui primeiros agravantes, no que repercute neste procedimento, confirmou autorização judicial para alienação do bem de maior

valor do inventário, a Fazenda Ribeirão dos Paula e Córrego Cobras, à agravada FFC Agropecuária S/A que assumiu os débitos do espólio, liquidou-os parcialmente e pagou aos herdeiros seus quinhões remanescentes, com exceção da herdeira Carolina Souza de Paula, cuja menoridade em época pretérita importou autorização do juízo para depósito do equivalente monetário do quinhão respectivo. Esse mesmo ato ordenou à referida empresa apresentar os comprovantes de pagamento dos débitos discutidos e não contestados no processo, bem como depósito caução dos débitos discutidos e contestados. A autorização para depósito judicial do quinhão da herdeira então menor foi convertida no objeto do agravo de instrumento n.º 5064316.18.2017.8.09.0000, assim como determinação ao fisco para inscrição da empresa como localizada na aludida propriedade rural.

A par da extensão das razões recursais sob exame, limitou-se o ato judicial objeto do AI 5142659.28.2017.8.09.0000³ à resolução de três questões postas pelos agravantes e que repercutem na higidez daquela alienação. I - Considerou ineficaz a cessão de direitos hereditários havida pelo herdeiro Durval Ferreira de Paula aos primeiros agravantes de um alqueire de terras, a recair sobre o imóvel objeto da lide, ao fundamento de que, até a partilha, os bens de cada herdeiro não se encontram individualizados, importando o negócio em infringência ao disposto no artigo 1793, 2º, CC/02. II - De igual modo, não atribuiu eficácia à cessão de direitos hereditários adquiridos da herdeira Carolina Souza de Paula, *eis que foi realizada quando a herdeira era menor de idade, e ainda foi realizada por instrumento particular e não por escritura pública (sic)*. III - Terminou por negar o direito de preempção, este aduzido com fundamento na proteção da atividade produtiva rural sustentada pelo agravante sob a circunstância de suposto arrendo de pastagens da fazenda negociado verbalmente com o **de cujus**, a inspirar incidência da regra do § 3º do artigo 92 do Estatuto da Terra. Assim, afastou qualquer preferência relativa dos agravantes na aquisição da propriedade.

O relato induz concluir que os atos objetados nos presentes agravos de instrumento consubstanciam uma espécie de bloco decisório, a merecer reconhecimento de conexão e julgamento simultâneo. As decisões recorridas, sucessivas no tempo, complementam-se e, mutuamente, dão compreensão do quadro do litígio. Nesse sentido, este relatório enfatiza o derradeiro recurso interposto, porque sua instrução sobrepuja a dos demais, alcançando a faticidade da lide com maior grau de aproximação no tempo.

Os agravantes enfatizam sua condição de credores do falecido Jovino de Paula, autor da herança. Aduzem ainda serem arrendatários da maior parte da fazenda alienada à agravada FFC Agropecuária S/A, localizada na zona rural de Cachoeira Alta – GO, com área aproximada de 112 alqueires, desde 05.05.2012. Afirmam haver requerido *nos autos da ação de execução de fls. 09; ação de consignatória de pagamento de fls. 10/12, ação declaratória com pedido de purgação em mora realizando o depósito caução do valor inicial de R\$ 440.918,10, fls. 240/244 (documentos facultativos). Hoje estando com mais de R\$ 550.000,00 (sic)*.

Dizem que o espólio requereu *alvará judicial que foi tombado com a numeração n.º 201503073550, para vender a propriedade rural*, que o pedido foi deferido pela julgadora, mas infelizmente ultrapassado o prazo assinalado, *não foi cumprido o alvará por não encontrar*

nenhum interessado nas condições ali postas (sic).

Verberam subordinação do caso ao Estatuto da Terra. Asseveram incontroverso o arrendamento, seja pela existência de prova produzida pelo espólio, que os notificou da pretensão de rescindir a avença, ou pela circunstância de vários herdeiros confessarem a existência do contrato nos autos do inventário. Reputam importar a decisão em infringência à Lei federal n.º 4.504, de 30 de novembro de 1964, Estatuto da Terra, em cujo art. 92 há previsão de que a posse e o uso das terras poderão ser cedidos mediante contratos expressos ou tácitos (verbais). Prossegue asseverando *o desacerto da magistrada a quo ao ignorar dispositivos expressos no sentido da aceitação dos contratos agrários tácitos e de provas testemunhais para o fim de impedir a aplicação dos princípios de ordem cogente, de interesse público, já que é o arrendatário que promove a exploração da terra e a produção de riqueza, cumprindo assim, a função social da terra, descrita na Constituição Federal (sic).*

Prosseguem em truncada narrativa registrando (sic):

Para demonstrar a clareza e sinceridade do agravante e arrendatário, o mesmo realizou nos autos do inventário o depósito caução para a compra da propriedade do valor total das dívidas em sua última atualização de 01.01.2016, no valor de R\$ 5.541.858,27 nas fls. 886/909. E pediu o direito de preferência para ficar com a proposta apresentada pelo terceiro FFC, utilizando-se de seus créditos para completar o valor da transação de R\$ 7.271.229,08 correspondente compra da área de 538ha 39a 64ca + R\$ 284.375,00 = R\$ 7.535.604,08. Ocorre que, ao adquirir o direito correspondente ao quinhão da agravante varoa sobre o imóvel rural o mesmo já pagou o equivalente a 12,5% deste valor, que totaliza R\$ 944.450,51. Restando, então, para depósito apenas o valor de R\$ 6.611.153,57.

O reclamante varão realizou nos autos do inventário o depósito de R\$ 5.451.858,27 (R\$ 6.611.153,57 - R\$ 5.451.858,27 = R\$ 1.159.295,30) correspondente ao valor dos débitos do espólio e requereu a adjudicação do imóvel e o direito de ficar com a proposta do agravado FFC e depositar o restante, abatido os valores de seus créditos como credor, correspondente ao valor de R\$ 2.225.000,00 (que abatidos os valores que recebeu/compensou com a reclamante varoa, restaram aproximadamente o valor de R\$ 1.500.000,00 e atualizações legais, que descontados do valor restante do imóvel de R\$ 1.159.295,30 restaria como saldo credor, em favor do reclamante o valor de R\$ 340.704,70. Ou seja, o espólio ainda ficaria devendo ao reclamante este valor.

E, subsidiariamente, não entendendo pela aplicação da compensação legal, requereu o direito de depositar o restante R\$ 1.159.295,30 em 30 dias (mesmo prazo concedida a agravada FFC pela magistrada no despacho de fls. 851/852).

Afirmam ausente notificação premonitória que deveria ter sido dirigida aos primeiros agravantes, na condição de arrendatários, para que pudessem *depositar o preço ofertado pelo agravado FFC de R\$ 7.535.604,08 nas mesmas condições e exigir o imóvel para si, conforme fez o reclamante, ao exercitar seu direito de preferência a si, como de facto fez nas fls. 784/802, 832-838, 912-v, 886/909 (sic).* Segundo afirmam, *tão logo foi deferido o despacho autorizando a*

terceira FFC a fazer o depósito do valor das dívidas para garantia dos credores no valor de R\$ 5.541.858,27 no prazo de 30 dias, foi feito o depósito pelo agravante. Logo no início da contagem dos prazos, no dia 12/02/2017 fez um depósito caução a disposição do juízo, pedindo, ainda, adjudicar o imóvel e depositar a diferença no prazo de 30 dias, abatidos e compensados os valores de seus créditos e da cessão da reclamante varoa fls. 886/906 (sic).

Cotejo dessas alegativas recursais aos documentos que instruem o agravo nº 5142659.28 (vol. 9 do PDF completo, fls. 01 a 20, correspondentes às fls. 889 a 899 dos autos do inventário) revela havidos depósitos judiciais em que o primeiro agravante figura como cedente nos valores somados de R\$ 5.218.090,55 (cinco milhões, duzentos e dezoito mil, noventa reais e cinquenta e cinco centavos). Há também as cópias de dois cheques que, somados, perfazem a importância de R\$ 363.000,00 (trezentos e sessenta e três mil reais) mas não há comprovação da compensação dessas cártulas bancárias e sua conversão em depósito.

Sustentam que a magistrada realizou juízo de valor em sede de juízo de retratação, fazendo, assim, violação a proibição da **reformatio in pejus** bem na frente da 3.^a Câmara deste Egrégio Tribunal desrespeitando a decisão deste Tribunal na pessoa do Desembargador Relator, ao julgar o direito do reclamante em sede de juízo de retratação, demonstrando estar agindo com total parcialidade e sem qualquer amparo legal.

Sobre a cessão de direitos hereditários operada por Durval, admitem que *se discriminou as coisas que pretende alienar, no caso, 4,84ha ideal da propriedade rural (Ribeirão dos Paula) não gera qualquer nulidade. O que apenas ocorre é que esta parte (dispositivo, cláusula, condição, etc) não obrigará os demais co-herdeiros, perante os quais e somente perante eles, é ineficaz a alienação, salvo se precedida de autorização judicial (novo Código Civil, art. 1.793, §§2º e 3º) (sic)*. Reclama não haver a magistrada consignado *contra quem é ineficaz a cessão de quota-parte discriminada: a) se ineficaz contra os demais co-herdeiros ou; b) se perante o agravado FFC (sic)*.

A respeito do negócio com os direitos hereditários da herdeira Carolina Souza de Paula, assentem que *a forma de celebração foi particular, contudo, não passou de um compromisso já que na cláusula 6.^a foi determinado que seria realizada uma escritura pública de compra e venda com a emancipação da agravante (novo Código Civil, art. 1.793). O que não foi feito apenas por motivos de que as partes não dispõem de toda a documentação necessária (CCIR E ITR) o que foi solicitado via de motivação extrajudicial a inventariante e ação de exibição de documentos já referida (sic)*.

Advogam a invalidade do compromisso de compra e venda à agravada FFC Agropecuária S.A. Sustentam que o alvará venceu sem ter alcançado seu fim, segundo, a agravada FFC não pode ser tida como terceira de boa-fé sendo, na verdade, estranha ao condomínio. Os agravantes invocam o arrendamento rural e a aquisição de direitos de Durval, para destituírem-se da condição de terceiros. Dizem que *a cessão de direito acima narrada tem mais de 03 anos e não foi impugnada e nem mesmo, requerido no prazo de 06 meses o direito de preferência de nenhum dos herdeiros a fim de ficar com o referido quinhão (sic)*. Por fim negam o qualificativo de terceiro de boa-fé à empresa referida ante a ciência da existência do

inventário e das ações conexas.

Alegam o negócio implementado com a empresa FFC Agropecuária S.A. haver favorecido os demais herdeiros em detrimento da agravante Carolina, relativamente menor na época, afirmando que *para Dorivaldo foi pago o valor de R\$ 374.000,00, Lucia o valor de R\$ 283.000,00, Durval o valor de R\$ 359.000,00 no item 4, da cláusula 9.ª, enquanto que, para a reclamante Carolina (relativamente menor) foi depositado apenas o valor de R\$ 250.000,00 (sic).*

Impugnam também a assunção do passivo do espólio firmada no contrato de alienação da fazenda, pelo qual dizem transferida *a responsabilidade pelo pagamento das dívidas do espólio até então calculadas em R\$ 5.541.858,27 a terceira pessoa e agravada FFC Agropecuária (sic).*

No mais das dezenas de laudas dos agravos, repetem enfática e travestidamente, com chamativos subtítulos, os principais argumentos acima descritos.

No agravo nº 5058170.58.2017.8.09.0000, alegando notório prejuízo diante dos montantes já depositados pelos agravantes em relação ao imóvel objeto destes autos, pretendem suspender a decisão recorrida na parte em que autoriza a agravada FFC a depositar judicialmente o valor do quinhão da herdeira Carolina Souza de Paula, reputado requisito da perfectibilização do contrato de venda/compra da Fazenda Ribeirão dos Paula celebrado pelos demais herdeiros e viúva meeira para FFC. No mérito, propugnam pelo provimento do recurso a fim de que seja reconhecido o direito de preempção e autorização para realizar os depósitos, descontada a parte relativa à avença com os herdeiros Carolina e Durval, bem como os valores de seu alegado crédito.

No agravo nº 5064316.18.2017.8.09.0000, pleiteiam que o recurso seja conhecido e provido, com a reforma definitiva da decisão agravada, no sentido de: a) anular a suposta compra e venda e, assim, reconhecer o direito de preferência do primeiro agravante, pelas mesmas condições, preço e forma de pagamento, excluindo, as nulidades e demais cláusulas esdrúxulas; b) em segundo lugar, não entendendo pela anulação do negócio jurídico, mas reconhecendo e aplicando o direito de preferência do autor, anulando a parte da decisão que autorizou a agravada FFC a depositar o valor do quinhão da agravada Carolina, já pertencente ao agravante, bem como o depósito dos valores dos créditos contestados e não contestados. Permitindo, ainda, ao agravante realizar o depósito do valor da diferença entre o que foi depositado e o valor total da compra e venda no valor de R\$ 1.303.500,45 e descontar/compensar os créditos que possui com o espólio na ordem de R\$ 1.532.267,88, restando, tão somente o valor de R\$ 228.767,43, a favor do agravante e contra o agravado espólio, para ser descontado/compensado no arrendamento das pastagens, objeto de discussão nos autos da declaratória de compensação, fls. 02-19 dos autos nº 201402216267 (peças facultativas); c) em terceiro lugar, não admitindo a compensação, abrir prazo ao agravante de 30 dias (mesmo prazo) depositar a diferença do valor de R\$ 1.303.500,45, descontados os valores pagos pela parte cedida pela agravada Carolina, Durval, etc; d) em quarto e último lugar, Determinar a remessa do caso para as vias ordinárias de modo a permitir que o agravante, bem como todas as partes comprovem devidamente seus direitos, garantindo o devido processo legal, contraditório e ampla defesa; e) que seja anulada a

autorização para abertura e inscrição de produtor rural sobre propriedade tratada na decisão de fls. 879 e, assim, uma vez realizada seja a mesma anulada. Enviando cópia de ofício ou mandado a agência local da secretaria da fazenda estadual para o cumprimento da decisão e anulação; f) determinar em seguida a desocupação da propriedade ao agravado FFC já que o mesmo não pode permanecer na propriedade sem a inscrição enquanto o negócio jurídico que lhe deu “a posse” permanecer em discussão.

Nos autos do Agravo de Instrumento nº 5142659.28, dizendo presentes os requisitos da concessão de efeito suspensivo ou da antecipação da tutela recursal, providências aludidas no inciso I do artigo 1.019, CPC, requerem: *I) desde já aplicação do efeito suspensivo ao presente processo de inventário já que evidentes os prejuízos de difícil e incerta reparação que a continuidade das ações da magistrada a quo podem provocar no direito e patrimônio dos reclamantes; II) Não entendendo pela suspensão do processo de inventário, requer, ao menos, a suspensão do ato impugnado, já que, decisão em sede de juízo de retratação não possui recurso previsto, já que foi decisão trazida dentro de um recurso. Não se prestando, pelo que se sabem nem para ser embargada por embargos de declaração; III) concessão da antecipação de tutela da pretensão recursal de forma a reconhecer a existência de fato do arrendamento rural e, assim, determinar a aplicação do direito adjudicação por preferência do arrendatário em detrimento de terceiro e o direito a compensação de créditos e débitos ate onde for possível em atendimento ao art. 368 do CC, comunicando ao juiz de forma mais rápida (sic).* No pedido de mérito, intentam tornar definitiva a liminar, repetindo, detalhando e inovando as questões tratadas no instrumental. Prequestionam dispositivos legais.

Recursos preparados e fartamente instruídos.

Liminares deferidas pelo relator original, Desembargador Itamar de Lima (ao depois, autodeclarado suspeito) nos dois primeiros instrumentais. Indeferido pela relatora efeito suspensivo ao AI nº 5142659.28, porque a prática de atos no processo de inventário já se achava mitigada pelas anteriores liminares recursais.

Processualização regular dos três recursos documentada e certificada nos autos respectivos. Assim como certificada a regularidade das representações processuais e o decorrente endereçamento de intimações.

Contrarrazões aportaram regularmente nos três recursos, via das quais os agravados evidenciam seus interesses na manutenção das decisões combatidas, redarguem as pretensões recursais e refutam o alegado direito de preferência dos primeiros agravantes na aquisição do imóvel, infirmando a existência e redarguindo os fundamentos do arrendo rural.

Noticiada a superveniência de acordo celebrado em audiência de conciliação junto ao juízo de origem, a vincular alguns dos sujeitos recursais, oportuneizei a todos manifestação, nos três autos recursais. Em resposta, as mesmas peças foram juntadas nos três recursos, cujos teores seguem resumidos, a evidenciar que não houve homologação da avença pelo juízo e houve descumprimento de obrigações assumidas.

APARECIDO BARRINHA E JORGE ALVES ARANTES destacam o descumprimento do acordo por FFC Agropecuária S.A. e requerem *o provimento in totum dos presentes agravos para*

o fim de confirmarem as liminares concedidas determinando e no mérito, o provimento na forma dos pedidos iniciais (sic). FFC AGROPECUÁRIA S.A. requer que desconsidere o descabido acordo judicial aventado no evento de no. 53, dos presentes autos e, conseqüentemente, negue provimento ao presente recurso de agravo de instrumento, mantendo incólume à decisão aqui injustamente agravada, pelos seus próprios e jurídicos fundamentos (sic). ANTÔNIO FERREIRA DE PAULA, VENIR CABRAL DE PAULA e CAROLINA SOUZA DE PAULA juntam instrumento de outro acordo extrajudicial, com chancela de protocolo também sem notícia de homologação, e requerem que aguarde o pronunciamento do juízo singular, suspendendo-se até lá, o tramitar dos agravos pendentes (sic). Finalmente, Eliza Ferreira de Paula, Lucia Helena de Paula Rosado e Dorivaldo Ferreira de Paula imputam ausência de homologação da avença à circunstância do causídico então constituído por FFC Agropecuária S.A. haver retirado os autos de secretaria com carga, desde 17 de novembro último. Requerem o conhecimento e provimento do presente agravo de instrumento.

Solicitados informes da julgadora de origem sobre a razão da pendência de decisão sobre o pedido de homologação da avença, respondeu com o ofício incorporado à movimentação n.º 88 que não o fez primeiramente por ausência de pedido, havendo entendido tratar-se de mera juntada de documento. Declina, todavia, as razões pelas quais, “houvesse pedido para homologação” reputa a impossibilidade do ato homologatório, repetindo informações prestadas no ofício nº 003/2017, datado de 17.04.2017.

É o relatório. Peço pauta para julgamento dos três agravos de instrumento relatados, já declarados conexos.

Documento datado e assinado no sistema próprio.

VOTO

De início, infere-se do relatório apresentado, que os atos objetados nos presentes agravos de instrumento consubstanciam uma espécie de bloco decisório, a merecer reconhecimento de conexão e julgamento simultâneo. As decisões recorridas, sucessivas no tempo, complementam-se e, mutuamente, dão compreensão do quadro do litígio. Reafirmando o caráter de bloco decisório dos atos praticados pelo juízo de origem, convertidos em objetos destes instrumentais, deles conheço, reputando presentes, também, os demais requisitos de admissibilidade, motivo pelo qual passo ao julgamento, em ato único.

Colhe-se do extenso relato dos três agravos ora submetidos a julgamento que as questões nodais dos recursos vertem-se a definir: 1. se os agravantes Antônio Ferreira de Paula e Venir Cabral de Paula são arrendatários da maior parte do imóvel rural denominado Fazenda Ribeirão dos Paula e Córrego Cobras, imóvel alienado nos autos da ação de inventário alusiva ao espólio de Jovino de Paula, à empresa agravada FFC Agropecuária S.A, bem assim, impende definir os efeitos do arrendo rural, se confirmado, especialmente a alegada preempção e se é válida a autorização de alienação do imóvel à aludida empresa; 2. a viabilidade de se compensarem supostos créditos dos primeiros agravantes com o espólio para efeito de

integralizar o preço da aquisição; 3. os efeitos da maioria da herdeira Carolina Souza de Paula no inventário e da alienação que fez de seu quinhão aos primeiros agravantes; 4. se eficaz a sessão de direitos hereditários promovida pelo herdeiro Durval Ferreira de Paula aos primeiros agravantes e, finalmente, 5. se o acordo que a juíza condutora do feito deixou de homologar traz implicações aos agravos interpostos.

Do arrendo rural

A propósito da natureza jurídica do contrato de arrendamento, assim se manifesta a doutrina especializada, aqui tomada por empréstimo de Flávia Trentini e Bruno Baltieri Dario:

O contrato de arrendamento é um contrato típico, previsto no Estatuto da Terra e em seu Regulamento, Decreto 56.566/66, e pode ser entendido como aquele pelo qual uma pessoa cede temporariamente o uso e o gozo de um imóvel rural a outra, para exploração de atividade agrária, mediante certa retribuição ou aluguel. Observa-se, desta forma, que o objeto do contrato é a transferência temporária da posse ou uso do imóvel rural, com a finalidade de explorar a atividade agrícola, pecuária, agroindustrial, extrativa ou mista.⁴

Na linha da transcrição doutrinária, o arrendamento rural tem regência na Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, disponente sobre o Estatuto da Terra, cujo artigo 95 prescreve:

Art. 95. Quanto ao arrendamento rural, observar-se-ão os seguintes princípios:

I - os prazos de arrendamento terminarão sempre depois de ultimada a colheita, inclusive a de plantas forrageiras temporárias cultiváveis. No caso de retardamento da colheita por motivo de força maior, considerar-se-ão esses prazos prorrogados nas mesmas condições, até sua ultimate;

II - presume-se feito, no prazo mínimo de três anos, o arrendamento por tempo indeterminado, observada a regra do item anterior;

III - o arrendatário, para iniciar qualquer cultura cujos frutos não possam ser recolhidos antes de terminado o prazo de arrendamento, deverá ajustar, previamente, com o arrendador a forma de pagamento do uso da terra por esse prazo excedente; (Redação dada pela Lei nº 11.443, de 2007).

IV - em igualdade de condições com estranhos, o arrendatário terá preferência à renovação do arrendamento, devendo o proprietário, até 6 (seis) meses antes do vencimento do contrato, fazer-lhe a competente notificação extrajudicial das propostas existentes. Não se verificando a notificação extrajudicial, o contrato considera-se automaticamente renovado, desde que o arrendador, nos 30 (trinta) dias seguintes, não manifeste sua desistência ou formule nova proposta, tudo mediante simples registro de suas declarações no competente Registro de Títulos e Documentos; (Redação dada pela Lei nº 11.443, de 2007)

V - os direitos assegurados no inciso IV do **caput** deste artigo não prevalecerão se, no prazo de 6 (seis) meses antes do vencimento do contrato, o proprietário, por via de notificação extrajudicial, declarar sua intenção de retomar o imóvel para explorá-lo diretamente ou por intermédio de descendente seu; (Redação dada pela Lei nº 11.443, de 2007).

VI - sem expresse consentimento do proprietário é vedado o subarrendamento;

VII - poderá ser acertada, entre o proprietário e arrendatário, cláusula que permita a substituição de área arrendada por outra equivalente no mesmo imóvel rural, desde que respeitadas as condições de arrendamento e os direitos do arrendatário;

VIII - o arrendatário, ao termo do contrato, tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis; será indenizado das benfeitorias voluptuárias quando autorizadas pelo proprietário do solo; e, enquanto o arrendatário não for indenizado das benfeitorias necessárias e úteis, poderá permanecer no imóvel, no uso e gozo das vantagens por ele oferecidas, nos termos do contrato de arrendamento e das disposições do inciso I deste artigo; (Redação dada pela Lei nº 11.443, de 2007).

IX - constando do contrato de arrendamento animais de cria, de corte ou de trabalho, cuja forma de restituição não tenha sido expressamente regulada, o arrendatário é obrigado, findo ou rescindido o contrato, a restituí-los em igual número, espécie e valor;

X - o arrendatário não responderá por qualquer deterioração ou prejuízo a que não tiver dado causa;

XI - na regulamentação desta Lei, serão complementadas as seguintes condições que, obrigatoriamente, constarão dos contratos de arrendamento:

a) limites da remuneração e formas de pagamento em dinheiro ou no seu equivalente em produtos; (Redação dada pela Lei nº 11.443, de 2007).

b) prazos mínimos de arrendamento e limites de vigência para os vários tipos de atividades agrícolas; (Redação dada pela Lei nº 11.443, de 2007).

c) bases para as renovações convencionadas;

d) formas de extinção ou rescisão;

e) direito e formas de indenização ajustadas quanto às benfeitorias realizadas;

XII - a remuneração do arrendamento, sob qualquer forma de pagamento, não poderá ser superior a 15% (quinze por cento) do valor cadastral do imóvel, incluídas as benfeitorias que entrarem na composição do contrato, salvo se o arrendamento for parcial e recair apenas em glebas selecionadas para fins de exploração intensiva de alta rentabilidade, caso em que a remuneração poderá ir até o limite de 30% (trinta por cento). (Redação dada pela Lei nº 11.443, de 2007).

Por sua vez, o artigo 92 do mesmo diploma, viabiliza a forma não escrita aos contratos destinados a regular a posse ou o uso temporário da terra para fins rurícolas, sendo expresse ao referir-se ao arrendamento rural. Veja-se:

Art. 92. A posse ou uso temporário da terra serão exercidos em virtude de contrato expresse ou tácito, estabelecido entre o proprietário e os que nela exercem atividade agrícola ou pecuária, sob forma de arrendamento rural, de parceria agrícola, pecuária, agroindustrial e extrativa, nos termos desta Lei.

Ao caso dos autos interessa de modo particular a prescrição do § 3º do mesmo artigo 92, disponente sobre a preferência do arrendatário na aquisição do imóvel rural. Eis o texto legal:

§ 3º No caso de alienação do imóvel arrendado, o arrendatário terá preferência para

adquiri-lo em igualdade de condições, devendo o proprietário dar-lhe conhecimento da venda, a fim de que possa exercer o direito de preempção dentro de trinta dias, a contar da notificação judicial ou comprovadamente efetuada, mediante recibo.

O regulamento do Estatuto (Decreto n.º 59.566, de 14 de novembro de 1966) minudencia os requisitos a serem satisfeitos para viabilizar o direito de preferência:

Art 45. Fica assegurado a arrendatário o direito de preempção na aquisição do imóvel rural arrendado.

Manifestada a vontade do proprietário de alienar o imóvel, deverá notificar o arrendatário para, no prazo, de 30 (trinta) dias, contado da notificação, exercer o seu direito (art. 92, § 3º do Estatuto da Terra).

Art 46. Se o imóvel rural em venda, estiver sendo explorado por mais de um arrendatário, o direito de preempção só poderá ser exercido para aquisição total da área.

§ 1º O proprietário de imóvel rural arrendado não está obrigado a vender parcela ou parcelas arrendadas, se estas não abrangerem a totalidade da área.

§ 2º Nos casos deste artigo, fica assegurado a qualquer dos arrendatários, se os outros não usarem do direito de preempção, adquirir para si o imóvel.

Art 47. O arrendatário a quem não se notificar a venda, poderá depositando o preço, haver para si o imóvel arrendado, se o requerer no prazo de 6 (seis) meses, a contar da transcrição da escrita de compra e venda no Registro Geral de Imóveis local, resolvendo-se em perdas e danos o descumprimento da obrigação (art. 92, § 4º, do Estatuto da Terra).

Na linha, do exposto é nítido o caráter protetivo da atividade rurícola e do sujeito que a desenvolve, levado a efeito pelo instituto da preempção. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça, construídos sob as óticas da isonomia material e da justiça social, admitem que a preferência do arrendatário para a compra do imóvel rural, conforme prevista no Estatuto da Terra, é direito originariamente concebido em benefício do próprio obreiro da terra, tal o agricultor familiar¹. Na mesma linha, a Corte Cidadã, recentemente, pontuou, nos autos do Resp 1447082/TO, sob relatoria do Ministro Paulo de tarso Sanseverino não alcança grandes empresas rurais. Veja-se o paradigma temático:

Recursos especiais. Civil. Direito agrário. Locação de pastagem. Caracterização como arrendamento rural. Inversão do julgado. Óbice das Súmulas 5 e 7/STJ. Alienação do imóvel a terceiros. Direito de preferência. Aplicação do estatuto da terra em favor de empresa rural de grande porte. Descabimento. Limitação prevista no art. 38 do Decreto 59.566/66. Harmonização dos princípios da função social da propriedade e da justiça social. Sobrelevo do princípio da justiça social no microsistema normativo do estatuto da terra. Aplicabilidade das normas protetivas exclusivamente ao homem do campo.

Inaplicabilidade a grandes empresas rurais. Inexistência de pacto de preferência. Direito de preferência inexistente.

1. Controvérsia acerca do exercício do direito de preferência por arrendatário que é empresa rural de grande porte.

2. Interpretação do direito de preferência em sintonia com os princípios que estruturam o microsistema normativo do Estatuto da Terra, especialmente os princípios da função social da propriedade e da justiça social.
4. Proeminência do princípio da justiça social no microsistema normativo do Estatuto da Terra.
5. Plena eficácia do enunciado normativo do art. 38 do Decreto 59.566/66, que restringiu a aplicabilidade das normas protetivas do Estatuto da Terra exclusivamente a quem explore a terra pessoal e diretamente, como típico homem do campo.
6. Inaplicabilidade das normas protetivas do Estatuto da Terra à grande empresa rural.
7. Previsão expressa no contrato de que o locatário/arrendatário desocuparia o imóvel no prazo de 30 dias em caso de alienação.
8. Prevalência do princípio da autonomia privada, concretizada em seu consectário lógico consistente na força obrigatória dos contratos ("**pacta sunt servanda**").
9. Improcedência do pedido de preferência, na espécie.
10. Recursos especiais providos.¹

Exame dos autos do inventário robor a alegação do agravante no sentido de ser arrendatário de aproximadamente 80 (oitenta) alqueires do imóvel rural denominado Fazenda Ribeirão dos Paula e Córrego Cobras. A inventariante dos bens do espólio praticou ato que inequivocamente revela assentimento à existência do contrato verbal de arrendo, destinado a fazer cessar sua vigência, ou seja, encaminhou ao primeiro recorrente notificação extrajudicial pela qual noticia "pretensão da rescisão do contrato verbal de arrendamento rural firmado com o Sr. Jovino de Paula", motivada pela introdução de bovinos pelo arrendante em, partes do imóvel não abrangidas pelo arrendo (f. 117 dos autos 201202026391). Também o herdeiro Durval, à f. 313, deixa assente a existência do arrendo, ao passar recibo da importância de R\$ 6.000,000 (seis mil reais) que lhe foi paga pelo primeiro agravante em contrapartida ao "arrendamento ocorrido na modalidade verbal entre eu, meu pai, Jovino, e o Arrendatário", sem referência ao período a que se refere o pagamento.

Daí conclui-se que deve ser respeitado do direito de preempção do arrendatário. Firmada a premissa, no entanto, surge a questão de se definir se o direito de preferência na aquisição se limita à parcela do imóvel objeto do contrato de arrendo ou se o alcança em sua totalidade. Consulta ao art. 46, **caput**, e § 1º do Decreto 59.566/66 revela que o tema só foi normatizado nas hipóteses de haver mais de um arrendatário no mesmo imóvel rural, hipótese em que o direito de preempção só poderá ser exercido para aquisição total da área (**caput**). Isto porque, para evitar a depreciação do bem e a formação do minifúndio, o proprietário de imóvel rural arrendado não está obrigado a vender parcela ou parcelas arrendadas, se estas não abrangerem a totalidade da área (§ 1º). Entende-se não haver razão para solução diversa em se tratando de arrendatário único de parcela de imóvel rural alienado pelo espólio. Primeiro, porque a proteção daquele que labora a terra está sendo mantida, mormente se se considera que o espólio tem existência jurídica transitória, destinando-se mesmo a resolver o patrimônio do *de cujus* arrendante, seja pela alienação ou partilha direta da terra entre os herdeiros. No caso, a

alienação havida do imóvel arrendado à empresa agravada revela o desinteresse dos herdeiros de trabalharem a terra de *per si*, afastando em seus favores o direito ao uso do bem. Nesse cenário, a função social da propriedade orienta o direito de preempção integral do imóvel ao arrendatário.

Doutrina e jurisprudência corroboram a conclusão, consoante se pode inferir das transcrições:

Nos casos em que o arrendamento seja de apenas parte do imóvel rural e o proprietário pretenda vender a totalidade da área, surge controvérsia sobre a instrumentalização do direito de preferência. Entendemos que o proprietário não pode ser obrigado a desmembrar o imóvel rural, evitando, assim, os custos de desvalorização da área e de desmembramento do imóvel.⁷

Civil. Direito Agrário. Recurso especial. Arrendamento rural. Direito de preferência para aquisição de imóvel. Notificação que não guardou estrita similitude com a proposta de compra formulada por terceiros, no tocante ao prazo de pagamento. Reconhecimento de ilegalidade. Ineficácia da venda aos arrendatários, com reabertura de prazo para que estes manifestem seu interesse em adquirir a área rural. Estatuto da Terra. Função social da terra. (...)

- A notificação para exercício de direito de preferência sobre a área integral do imóvel, e não apenas sobre a parcela arrendada, é faculdade dos arrendantes. Os terceiros, pretensos compradores, não podem se insurgir contra o arrendatário em face de tal opção, pois este não tem ingerência quanto à abrangência da notificação no tocante à área a ser negociada.

Recurso especial ao qual se nega provimento.⁸

Nessa linha, conclui-se pela viabilidade do direito de preempção do arrendatário sobre a totalidade do imóvel Fazenda Ribeirão dos Paula e Córrego Cobras, cuja referência de preço e forma de pagamento são aqueles mesmos promovidos pela empresa agravada, sendo o valor devidamente corrigido desde quando autorizada a alienação, de modo a tornarem-se os primeiros agravantes e a empresa agravada ao **status quo** anterior à autorização judicial de alienação do bem.

Da compensação de valores

Sobre a pretendida compensação de valores que os primeiros agravantes dizer ter com o espólio e que intentam utilizar para compensar com o débito assumido em razão da efetivação do direito de preempção, porque não há solução definitiva quanto aos supostos créditos, os quais são objeto de autos apartados ao inventário, e, especialmente, porque o direito supra reconhecido se exercita, ao teor do § 3º do art. 92 do Estatuto da Terra, em igualdade de condições com o adquirente sem preferência, revela-se a compensação inviável. Nesse ponto, não se satisfaz a pretensão recursal, sendo o caso da magistrada condutora do feito na origem fixar prazo razoável para a complementação do depósito para aquisição.

Da maioria da herdeira Carolina

No ponto, sobrevinda a maioria da herdeira Carolina Souza de Paula, seus atos

passam a gerar, independente de qualquer aquiescência ou representação por quem quer que seja, efeitos plenos, seja no âmbito negocial ou no processo de inventário, resguardada, por óbvio, a prerrogativa de representação **ad processum** em favor de profissional inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil. Nesse sentido a jurisprudência desta corte de justiça, inalterada com as inovações legislativas que introduziram os vigentes códigos material e processual civil:

Apelação cível. Procedimento de inventário. Partilha judicial. Audiência. Menor. Nulidade inexistente. Partidor. 1 - Não prospera a preliminar de nulidade da audiência, por ausência do Promotor de Justiça e do advogado do herdeiro menor na audiência na qual foi proferida a sentença de partilha dos bens do espólio, se este, posteriormente, atinge a maioria e, juntamente com o Ministério Público, concorda com os termos da sentença, pedindo sua confirmação pelo tribunal. (...) Apelo desprovido.⁹

Agravo de instrumento. Inventário sob o rito de arrolamento. Herdeiros emancipados. Admissibilidade. I - Constituindo a emancipação na aquisição da capacidade civil antes da idade legal (§ 1º, incisos I a V, do art. 9º do Código Civil), é admissível que se proceda o inventário sob o rito de arrolamento (art. 1.031 e ss. do CPC), havendo herdeiros emancipados, visto que habilitados para os atos civis como se tivessem atingido a maioria, será válida, portanto, a partilha amigável nos termos do art. 1.773 do Código Civil. Agravo conhecido e provido.¹⁰

A autorização para depósito judicial do valor do quinhão da herdeira então menor foi convertida no objeto do agravo de instrumento nº 5064316.18.2017.8.09.0000, o qual, neste ponto, desde a maioria, perdeu seu objeto, face a alienação feita do quinhão aos primeiros agravantes. A propósito, o julgado:

Agravo de instrumento. Ação de inventário e partilha. Nomeação de inventariante. Decisão anterior tribunal. Maioria da herdeira assistida. Nos termos do artigo 195, do RITJGO, ante a falta superveniente de interesse recursal da agravante, o agravo de instrumento deve ser julgado prejudicado, pela perda do objeto, quando houver cessado sua causa determinante. Agravo de Instrumento prejudicado.¹¹

Em desfecho, os atos negociais do quinhão da herdeira Carolina Souza de Paula por ela praticados, revestidos das formalidades legais pertinentes, praticados após a maioria, geram efeitos plenos e imediatos, inclusive quanto à subtração do interesse recursal por perecimento superveniente de objeto ao agravo nº 5064316.19.2017.8.09.0000, que investe contra a decisão que autorizou depósito judicial do valor do quinhão.

Da sessão de direitos hereditários promovida pelo herdeiro Durval

Consta dos autos 201302680085 (habilitação incidental) cessão de direitos hereditários do herdeiro Durval Ferreira de Paula e sua mulher para os primeiros agravantes. A cessão, contudo, ao contrário de recair sobre a totalidade ou sobre fração do quinhão do herdeiro cedente, recaiu sobre bem certo e determinado, no caso, 4,84ha da propriedade rural Ribeirão dos Paula.

A questão da sessão de direitos hereditários tem disciplina no vigente Código Civil nos seguintes termos:

Art. 1.793. O direito à sucessão aberta, bem como o quinhão de que disponha o co-herdeiro, pode ser objeto de cessão por escritura pública.

§ 1º Os direitos, conferidos ao herdeiro em consequência de substituição ou de direito de crescer, presumem-se não abrangidos pela cessão feita anteriormente.

§ 2º É ineficaz a cessão, pelo co-herdeiro, de seu direito hereditário sobre qualquer bem da herança considerado singularmente.

§ 3º Ineficaz é a disposição, sem prévia autorização do juiz da sucessão, por qualquer herdeiro, de bem componente do acervo hereditário, pendente a indivisibilidade.

Quanto a este capítulo, razão assiste à magistrada condutora do feito na origem ao pontuar a ineficácia do negócio, ineficácia que, por dizer respeito à herança, se reputa, para os fins deste julgamento, alcançar tanto o agravante cessionário como os agravados coerdeiros. À luz das disposições legais transcritas, é certo dizer que a ineficácia do negócio decorre tanto da respectiva cessão de direitos incidir sobre bem da herança considerado singularmente (art. 1.793, § 2º, CC) como porque implementada sem prévia autorização do juiz da sucessão (art. 1.793, § 3º, CC).

A propósito, veja-se o escólio doutrinário de Sílvio de Salvo Venosa¹²:

Se, contudo, for efetuada a venda de bem certo e determinado da herança, sem prévia autorização judicial e antes de terminada a indivisibilidade com a partilha, essa disposição será ineficaz, na dicção legal. Essa ineficácia, na realidade é com relação à herança, mas poderá ter a função de promessa de venda (...).

Sustenta-se que, no regime de ineficácia que o regramento civil impôs ao negócio, nenhuma consequência dele adviria se, por ocasião da partilha, coubesse ao cedente justamente o bem individualizado cedido. Nesse sentido, a lição de ZENO Veloso¹³.

... a cessão que teve por objeto direito sobre bem determinado recobrir-se-á de eficácia, futuramente, se, na partilha, o aludido bem for efetivamente atribuído ao herdeiro cedente. A questão estará superada, e tudo se resolve. A eficácia opera **ex tunc**, até por imperativo da lógica e do bom senso.

Todavia, seja em decorrência do direito de preempção ora reconhecido ou pela autorização judicial de alienação do imóvel Fazenda Ribeirão dos Paula, o certo é que não se pode supor nem que haveria uma partilha da fazenda (a partilha esperada é da totalidade da herança) nem que, em havendo, recairia o quinhão do cedente na parcela objeto da cessão havida. O cenário corrobora, portanto, a ineficácia da cessão de direitos realizada, a qual, por não vincular a herança, deixa de irradiar os efeitos pretendidos pelos agravantes.

Da não homologação do acordo firmado entre alguns dos sujeitos recursais

A homologação do acordo extrajudicial noticiado traria consequências na aferição do interesse recursal. Esse o motivo pelo qual houve prévia diligência junto ao juízo de origem para que informasse sobre a existência de decisão homologatória. Contudo, do relato alhures apresentado infere-se clara a ausência de homologação da avença, o que permite concluir pela subsistência do interesse no julgamento do agravo, mormente ante a declarada posição da julgadora de piso no sentido de reputar inviável a homologação. No cenário descortinado, tem-

se por processualmente irrelevante a tentativa de autocomposição.

Ante o exposto, conheço dos agravos de instrumento, ressalvada a prejudicialidade da pretensão de obstar o depósito judicial do quinhão da herdeira Carolina Souza de Paula, ante sua maioria e ante a negociação que fez do aludido quinhão com os primeiros agravantes e julgo os recursos parcialmente procedentes, quanto às pretensões de: 1. reconhecer o direito de preempção do primeiro agravante para, na condição de arrendatário, adquirir a totalidade do imóvel cuja autorização de alienação judicial em favor de FFC Agropecuária S.A., a partir deste ato, fica revogada, na forma e com os consectários já minudenciados, sem autorização para compensar os alegados créditos; 2. reconhecer efeitos plenos e imediatos, a partir da maioria, aos atos negociais do quinhão da herdeira Carolina Souza de Paula.

Documento datado e assinado em mídia digital.

¹ A sigla inglesa PDF significa *Portable Document Format* (Formato Portátil de Documento), um formato de arquivo criado pela empresa Adobe Systems para que qualquer documento seja visualizado, independente de qual tenha sido o programa que o originou.

² No AI sobredito, foi concedido efeito suspensivo pelo desembargador Itamar de Lima, então relator do recurso que, ao depois, declarou-se suspeito, ensejando a redistribuição do feito e de outros conexos a esta relatoria.

³ Vide a íntegra da decisão agravada em fls. 17 e seguintes do vol. 01 do PDF completo dos autos digitais, correspondentes às fs. 1.142 a 1.148 dos autos físicos.

⁴ TRENTINI, Flávia e DARIO, Bruno Baltieri. Aplicação do direito de preferência no contrato de arrendamento. In: <https://www.conjur.com.br/2017-set-15/direito-agronegocio-aplicacao-direito-preferencia-contrato-arrendamento#author>. Acessado em 28 de maio de 2018.

⁵ STJ, 3ª Turma, REsp 1103241/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 03.09.2009, DJe 16.10.2009.

⁶ STJ, 3ª Turma, REsp 1447082/TO, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 10.05.2016, DJe 13.05.2016.

⁷ TRENTINI E DARIO, Op. cit.

⁸ STJ, 3ª Turma, REsp 1103241/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 03.09.2009, DJe 16.10.2009.

⁹ TJGO, 4ª CC, Apelação nº 0324525-81.2006.8.09.0051, Rel. Des. Carlos Hipólito Escher, julgado em 20.02.2017, DJe de 20.02.2017.

¹⁰ TJGO, 1ª CC, Agravo de Instrumento nº 19440-4/180, Rel. Des. Matias Washington de Oliveira Negry, julgado em 20.06.2000, DJe 13364, de 22.08.2000.

¹¹ TJGO, 1ª CC, Agravo de Instrumento nº 76469-8/180, Rel. Des. Jeová Sardinha de Moraes, julgado em 22.09.2009, DJe 438 de 13.10.2009.

¹² VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: direito das sucessões. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 41.

¹³ VELOSO, Zeno. Cessão de direitos hereditários de bens singulares: possibilidade. In: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/cessao-de-direitos-hereditarios-de-bens-singulares-possibilidade/5649>, acessado em 30.05.2018.

Apelação Cível nº 0303852.97.2013.8.09.0091

Comarca de Anápolis

Apelante: Unimed de Anápolis Cooperativa de Trabalho Médico Ltda.

Apelado: Luiz Antônio Siqueira

Relator: Des. Francisco Vildon José Valente

Redator: Des. Alan Sebastião de Sena Conceição

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ATENDIMENTO DOMICILIAR (HOME CARE).

CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE COBERTURA DO PLANO DE SAÚDE. CLÁUSULA RESTRITIVA. DANOS MORAIS. IMPROCEDÊNCIA. ÔNUS SUCUMBENCIAL.

I - Não há falar-se em cerceamento de defesa se a produção da prova pretendida pela Ré em nada alteraria o livre entendimento do ilustre juiz, que é o destinatário das provas.

II – Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde (Súmula 469, do STJ), sendo que seu artigo 54, § 4º, dispõe sobre a previsão de cláusulas limitativas de direito, redigidas com destaque, permitindo imediata e fácil compreensão, como ocorreu no presente caso.

III - Não evidenciando qualquer ilícito na recusa da operadora do plano de saúde relativa à prestação de tratamento domiciliar - home care -, tendo em vista que fundamentado em cláusula contratual restritiva válida, o que afasta a pretensão indenizatória moral por ausência dos seus elementos caracterizadores.

IV - A verba sucumbencial merece modificação, pois a pretensão inaugural do autor restou desacolhida, devendo, pois, por tal motivo, este arcar inteiramente com as verbas da sucumbência arbitradas na sentença objurgada, bem como em grau recursal, consoante disciplina o artigo 85, §§ 1º e 11, do Código de Processo Civil de 2015. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as mencionadas em linhas volvidas.

Acorda o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, em sessão pelos integrantes da Terceira Turma Julgadora da Quinta Câmara Cível, por maioria de votos, em conhecer do recurso e lhe dar parcial provimento, nos termos do voto do redator.

Votaram com o redator, que também presidiu a sessão, os Doutores Roberto Horácio de Rezende e Fernando de Castro Mesquita, e o Desembargador Olavo Junqueira de Andrade.

Votou vencido o Desembargador Francisco Vildon José Valente, que conhecia e desprovia o apelo.

Refluiu de seu posicionamento anteriormente adotado, o Desembargador Olavo Junqueira de Andrade.

Representou a Procuradoria-Geral de Justiça a Doutora Ana Cristina Ribeiro Peternella França.

Goiânia, 11 de outubro de 2018.

VOTO PREVALECENTE

Presentes os pressupostos de admissibilidade do apelo, dele conheço.

Trata-se de recurso de apelação cível interposto contra sentença (mov. nº 3, arquivo nº 50) proferida nos autos da “Ação de Indenização por Danos Morais”, proposta por Luiz Antônio Siqueira, ora apelado, em desfavor de Unimed de Anápolis – Cooperativa de Trabalho Médico, aqui apelante.

Infere-se da sentença objurgada que o dirigente processual julgou procedente o pedido inicial, para condenar a Ré no pagamento de danos morais no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), atualizados monetariamente pelo INPC a partir da presente data (Súmula 362 STJ), e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, desde a data da citação (art.405 do Código Civil).

E de seus fundamentos, colhe-se:

“(…) Assim, a recusa da reclamada em fornecer o tratamento de que necessitava o autor, nos exatos moldes solicitados pelos profissionais médicos, equivale a negar o próprio atendimento médico contratado, demonstrando a sua abusividade, o que configura prática de ato ilícito.

Nesta linha de inteligência, tem-se que é nula de pleno direito qualquer cláusula limitativa, em contratos regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, por violar flagrantemente as disposições legais aplicáveis, principalmente no que se refere ao princípio da boa-fé objetiva, consoante o disposto no artigo 51, notadamente o inciso IV e § 1º.

É inconteste o sofrimento causado ao segurado de plano de saúde e sua família quando a operadora se recusa a cumprir o contrato firmado e fornecer o tratamento adequado e indicado pelo médico. O fato, por si só, atinge e abala o psicológico da família, causando-lhes angústia, desespero e demais sentimentos negativos, simplesmente por imaginar que não cuidarão da moléstia que atinge o ente querido.

(…) Resta, pois, configurado o dano moral suportado pelo autor, eis que não houve a prestação adequada do serviço pela requerida, consistente no tratamento de *Home Care* para seu pai, já que foi indicado pelo médico que assistiu o paciente e com a sua anuência. Assim sendo, a condenação ao pagamento de indenização por dano moral é medida que se impõe porque a conduta da reclamada excedeu em muito o simples descumprimento contratual.”

Ao final, impôs ainda à requerida a responsabilidade pelo pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, sendo estes fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, com base no art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil.

Em suas razões (mov. nº 3, arquivo nº 57), a ré/apelante defende a reforma da sentença combatida, alegando os seguintes pontos: a) cerceamento de defesa, em razão da ausência de produção de provas; b) inoccorrência de ato ilícito ensejador de danos morais, eis que o contrato

firmado entre as partes não previa a cobertura relativa aos serviços de “home care”, tratando-se a hipótese de mero aborrecimento.

Sob esse enfoque, inicialmente, importa reprimir que os nobres colegas Relator Des. Francisco Vildon J. Valente e Des. Olavo Junqueira de Andrade, posicionaram-se, na Sessão realizada no dia 26.10.2017, pelo desprovimento do recurso.

Na oportunidade, entendo por bem transcrever a ementa proposta no voto do d. Relator: “Ementa: Apelação cível. Ação de indenização por danos morais. Consumidor por equiparação. Atendimento domiciliar (*home care*) prescrito pelo médico do contratante do plano de saúde. Danos morais configurados. 1. Não há falar-se em cerceamento de defesa se a produção da prova pretendida pela Ré em nada alteraria o livre entendimento do ilustre juiz, que é o destinatário das provas.

2. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde (Súmula 469, do STJ), sendo certo, ainda, que os familiares do contratante são considerados consumidores por equiparação, notadamente por terem sido atingidos em suas esferas íntimas, diante do sofrimento experimentado pelo consumidor, em razão da negativa do tratamento domiciliar, pela operadora de plano de saúde, que lhe foi indicado.

3. O serviço de tratamento domiciliar (*home care*) constitui desdobramento da internação hospitalar contratualmente prevista, não podendo ser negado pela operadora do plano de saúde, ao argumento de que tal modalidade de assistência não foi prevista no contrato firmado entre as partes.

4. Ainda que, no contrato de plano de saúde, exista cláusula que vede o custeio do serviço de *home care* (tratamento domiciliar), a operadora do plano, diante da ausência de outras regras contratuais que disciplinem a utilização do serviço, será obrigada a custeá-lo, em substituição à internação hospitalar contratualmente prevista, desde que haja: condições estruturais de residência; real necessidade do atendimento domiciliar, com verificação do quadro clínico do paciente; indicação do médico assistente; solicitação da família; concordância do paciente; e não afetação do equilíbrio contratual, como nas hipóteses em que o custo do atendimento domiciliar por dia não supera o custo diário em hospital. Precedentes do STJ.

5. Desse modo, não tendo a operadora do plano de saúde comprovado que o paciente não preencheu os requisitos que autorizam a negativa da prestação do tratamento domiciliar que lhe foi prescrito, causando a sensação de impotência e fragilidade ao consumidor, mostra-se devida a sua condenação à reparação moral da parte lesada.

6. O valor a ser arbitrado a título de indenização por dano moral deve levar em conta o princípio da proporcionalidade, bem como as condições do ofendido, a capacidade econômica da ofensora, além da reprovabilidade da conduta ilícita praticada. Por fim, há que se ter presente que o ressarcimento do dano não se transforme em ganho desmesurado, importando enriquecimento ilícito. No caso, mostra-se adequado o valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), arbitrado na sentença.

7. A majoração dos honorários advocatícios em sede recursal deve ser procedida quando a parte Recorrente for vencida em seus pedidos, nos moldes do art. 85, § 11, do CPC/2015. Assim, deve ser majorada a verba honorária anteriormente fixada em favor do patrono do Apelado, de 15% (quinze por cento) para 18% (dezoito por cento) sobre o valor da condenação, com arrimo no que prescreve o artigo 85, §§ 8º e 11, do Código de Processo Civil/2015, aliado aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Apelação cível conhecida e desprovida.”

A par de todo o contexto fático/processual apresentado, pedi vista dos autos, a fim de analisar detidamente as questões postas em análise.

E, em assim procedendo, já adianto em dizer, divirjo do entendimento ora apresentado no que se refere aos danos morais, acompanhando-o nos fundamentos ali expostos quanto à inexistência do alegado cerceamento de defesa.

Dito isso, na oportunidade, limito-me a discorrer sobre a questão de divergência ora especificada.

Na situação em apreço, apura-se que o ponto central da insatisfação da ré/apelante está fulcrado na alegação de que inexistem os requisitos ensejadores da responsabilidade civil, quais sejam, o ato ilícito, o dano e o nexos de causalidade.

Vejo que tal inconformismo merece prosperar, levando-se em conta o acervo probatório coligido aos autos.

Infere-se dos autos que o autor ajuizou a presente ação de danos morais, sob o argumento de que seu genitor, Marcos Antônio Siqueira, firmou com a ré Unimed de Anápolis um contrato de assistência médica em 23.05.2002, sendo que no ano de 2006 desenvolveu “esclerose lateral amiotrófica”, a qual foi evoluindo, passando a necessitar, no ano de 2009, de internação domiciliar, mediante sistema “home care”, tratamento este negado por diversas vezes pela requerida, o que, conforme notícia, ensejou o falecimento precoce de seu pai.

Ora, analisando o caderno processual, tenho que as provas carreadas pelo autor/apelado são insuficientes para caracterizar a existência do ato ilícito e, por consequência, dar ensejo ao pleito indenizatório na forma almejada.

Isso porque, o Código de Defesa do Consumidor, legislação aplicável aos contratos de plano de saúde, consoante o disposto na Súmula 469, do Superior Tribunal de Justiça, admite, em seu artigo 54, § 4º, as cláusulas limitativas de direito, nos seguintes termos:

“Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

(...)

§ 4º. As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.”

Na situação em apreço, vislumbra-se no contrato pactuado entre as partes (mov. nº 3, arquivo nº 3) a previsão expressa e destacada dos “procedimentos não cobertos” pelo plano de

saúde, dentre eles os “Serviços de enfermagem particular, bem como consultas, vacinas e medicamentos para tratamento domiciliar.” (Cláusula oitava, item 08.1, ‘H’).

Desse modo, há que se reconhecer a validade da aludida cláusula contratual, que evidenciou, expressamente e com o necessário destaque exigido pela legislação consumerista, a restrição de cobertura do procedimento relativo ao tratamento domiciliar, no caso dos autos denominado “home care”, em total observância ao dispositivo acima mencionado, inclusive considerando o fato de que o pacto foi devidamente assinado, tendo o genitor do autor/apelado, na oportunidade, concordado com todos os seus termos, não havendo assim, que se dar, na hipótese, interpretação extensiva ao alcance da cobertura do plano de assistência médica em questão, sob pena de configurar desequilíbrio contratual em prejuízo para umas das partes.

Logo, é incontroversa a relação jurídica contratual estabelecida entre as partes, e, ao contrário do entendimento esposado pelo magistrado singular, entendo que, **in casu**, a recusa da operadora de planos de saúde à cobertura de tratamento domiciliar (*home care*) está totalmente amparada na existência de cláusula restritiva de direito, em consonância com o Código de Defesa do Consumidor, não caracterizando, em momento algum, violação aos direitos da personalidade do autor/apelado ou ato ilícito ensejador de danos morais.

Nesse sentido:

“Agravo regimental no agravo em recurso especial. Plano de saúde. Negativa de cobertura. Interpretação contratual. Dano moral. Não configuração. Conjunto fático-probatório dos autos. Reexame. Súmula nº 7/STJ. 1. É possível afastar a presunção de dano moral na hipótese em que a recusa de cobertura pelo plano de saúde decorre de dúvida razoável na interpretação de cláusula contratual. 2. Rever as conclusões do acórdão recorrido acerca da inexistência de danos morais demandaria o reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em recurso especial, nos termos da Súmula nº 7/STJ. 3. Agravo regimental não provido.” (STJ, 3ª Turma, AgRg no AREsp. nº 846.940/SC, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 23.06.2016, DJe 01.08.2016).

“Agravo interno no agravo em recurso especial. Plano de saúde. Tratamento home care. Tratamento deferido judicialmente. Recusa fundada em interpretação de cláusula contratual. Inexistência de dano moral. Incidência das Súmulas 5 e 7 desta corte. Agravo interno desprovido. 1. A recusa da operadora do plano de saúde baseou-se na ausência de previsão contratual para o fornecimento de home care. Dúvida razoável na interpretação do contrato que não configura conduta ilícita capaz de ensejar indenização. Incidência das Súmulas 5 e 7/STJ. 2. Agravo desprovido.” (STJ, 3ª Turma, Ag. Int no AREsp. nº 983.652/SP, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJ 02.02.2017).

“Civil e processual civil. Plano de saúde. Incidência do direito consumerista. Internação domiciliar - “home care” – cláusula limitativa. Observância ao artigo 54, § 4º, CDC. Validade. Indenização moral. Inexistência de ilícito. 1. Aplicável aos contratos de plano de saúde o regramento do Código de Defesa do Consumidor, nos moldes da Súmula 469, STJ. 2. Admite-se cláusulas limitativas de direito desde que redigidas com destaque,

permitindo imediata e fácil compreensão, art. 54, § 4º, CDC. Hipótese dos autos. 3. Incumbe ao autor provar a prescrição médica do tratamento e o efetivo dispêndio, cuja ausência de comprovação resulta no improvimento do pedido. 4. Não evidenciando irregularidade no procedimento adotado pela operadora do plano de saúde que negou a prestação de serviços de enfermagem - home care - dentre outros, baseado em cláusula contratual limitativa válida, afasta-se a pretensão indenizatória moral por ausência dos seus elementos caracterizadores. 5. Recurso apelatório improvido. Sentença mantida.” (TJGO, 3ª Câmara Cível, AC nº 227714-58, Relator Doutor Fernando de Castro Mesquita, DJ 26.11.2013).

“Apelação cível. Seguro. Plano de saúde. Acidente Vascular Cerebral Hemorrágico. Negativa de cobertura de tratamento domiciliar. Home care. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de seguro. Necessidade pela autora de utilização dos serviços domiciliares sob pena de restar indefinidamente hospitalizado. Previsão contratual no sentido da cobertura para a moléstia que acometeu a autora. Orientação contida em recente julgado do STJ - REsp nº 1.378.707. Indenização por danos morais. Inocorrência. A operadora de plano de saúde não pratica ato ilícito gerador de dano moral, por si só, ao negar a cobertura de determinado procedimento, baseada em cláusula, segundo sua interpretação contratual. Danos morais não comprovados. Apelo parcialmente provido.” (TJRS, 6ª Câmara Cível, AC nº 70072286248, Relator Ney Wiedemann Neto, DJ 25.05.2017).

Ademais, somente mediante eventual ordem judicial em favor do paciente, teria a apelante obrigação de promover o atendimento reclamado, porém, não sendo este o caso, já que ele apenas buscou a via judicial após oito meses da recusa por parte daquela.

Portanto, cumpre ressaltar que o autor/apelado não conseguiu comprovar nos autos o liame entre o ato ilícito, o dano e o nexo de causalidade, tendo em vista que não houve provas suficientes de que a morte do seu genitor tenha ocorrido em razão única e exclusivamente da recusa da Ré, inclusive considerando a evolução natural da doença a que o mesmo foi acometido, bem como a demora entre a primeira negativa da operadora em dezembro de 2009 e a busca pela prestação jurisdicional ocorrida somente em agosto de 2010 com o ajuizamento da ação cautelar, a qual foi extinta em razão do óbito superveniente.

Diante disso, não há que se falar em condenação da requerida/apelante em reparar civilmente a pessoa do autor, merecendo reforma a sentença objurgada nesse ponto.

Por conseguinte, a verba sucumbencial também merece modificação, pois a pretensão inaugural do autor restou desacolhida, devendo, pois, por tal motivo, este arcar inteiramente com as verbas da sucumbência arbitradas na sentença objurgada, bem como em grau recursal, esta no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), consoante disciplina o artigo 85, §§ 1º e 11, do Código de Processo Civil de 2015.

Ante o exposto, e pedindo vênias ao ilustre relator, ousou dele divergir, para conhecer do apelo e dar-lhe parcial provimento, reformando a sentença objurgada, a fim de julgar

improcedente o pedido inaugural. Ainda, condeno o autor/apelado a arcar com os ônus sucumbenciais fixados na sentença objurgada e em grau recursal, consoante acima delineado.

É o voto.

Goiânia, 11 de outubro de 2018.

Alan Sebastião de Sena Conceição - Redator

Apelação Cível nº 0010138.11.2015.8.09.0087

Comarca de Itumbiara

1ª Apelante: Simone Silva

2º Apelante: Município de Itumbiara

1º Apelado: Município de Itumbiara

2ª Apelada: Simone Silva

Relator: Des. Alan Sebastião de Sena Conceição

EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICO. ACIDENTE. QUEDA DE MOTOCICLISTA EM RAZÃO DE BURACO NA VIA PÚBLICA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. AFASTADA. MÁ CONSERVAÇÃO DA PISTA DE ROLAMENTO. AUSÊNCIA DE SINALIZAÇÃO NO LOCAL. OMISSÃO. RESPONSABILIDADE DO ENTE MUNICIPAL. DEVER DE INDENIZAR. REQUISITOS PRESENTES.

I – O ente municipal detêm legitimidade para responder pelos danos ocasionados por buraco na via pública, porquanto lhe incumbe o dever de zelar pelas condições de segurança e trafegabilidade das vias. Artigo 23, I, da CF/88.

II – Demonstrada a omissão da Municipalidade na realização de reparos na via pública, bem como inexistindo comprovação de sinalização adequada no local indicando a existência de buraco na pista, impõe-se o dever de indenizar os prejuízos decorrentes do infortúnio. Inteligência dos artigos 37, § 6º da Constituição Federal e 1º. § 3º, do Código de Trânsito Brasileiro. Precedentes do STF e dos Tribunais pátrios. APELAÇÕES CÍVEIS CONHECIDAS E DESPROVIDAS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as mencionadas em linhas volvidas.

Acorda o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, em sessão pelos integrantes da Primeira Turma Julgadora da Quinta Câmara Cível, à unanimidade de votos, em conhecer dos recursos e lhes negar provimento, nos termos do voto do relator.

Votaram com o relator, que também presidiu a sessão, o Dr. Roberto Horácio de Rezende (juiz respondente pela vaga do Des. Geraldo Gonçalves da Costa) e o Des. Francisco Vildon José Valente.

Representou a Procuradoria Geral de Justiça a Dra. Eliane Ferreira Fávaro.

Goiânia, 15 de fevereiro de 2018.

Alan Sebastião de Sena Conceição – Relator

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade dos apelos, deles conheço.

Como visto, trata-se de apelações cíveis interpostas contra a sentença proferida nos autos da “ação de responsabilização civil com pedido de indenização por danos materiais, morais e estético”, em que o magistrado **a quo** julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, para condenar o réu, Município de Itumbiara, ao pagamento de indenização por danos materiais, no valor de R\$ 2.182,59 (dois mil, cento e oitenta e dois reais, cinquenta e nove centavos), e morais, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), com as atualizações devidas, especificadas no **decisum**.

Dada a sucumbência recíproca, ambos os litigantes foram condenados ao pagamento das custas processuais - “na proporção de 30% (trinta por cento) a cargo da autora e 70% (setenta por cento) pelo requerido, nos termos do artigo 86, **caput**, do Código de Processo Civil” -, e ao pagamento de honorários sucumbenciais aos advogados da parte contrária, estes fixados em 10% sobre o valor da condenação, cuja exigibilidade, com relação à autora, deve ficar suspensa por ser beneficiária da gratuidade judiciária.

A 1ª. apelante, em suas razões recursais, defende a majoração do valor arbitrado a título de indenização por danos morais, e a fixação de honorários recursais (art. 85, § 11º, do CPC/15).

Já o 2º. apelante, em síntese, advoga as seguintes teses: a) ilegitimidade passiva **ad causam**; b) responsabilidade da SANEAGO pelo evento danoso; c) aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva no caso em estudo; d) inexistência de culpa; e) inexistência de danos morais.

Como visto, o Município de Itumbiara aduz, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva **ad causam**, ao argumento de que o buraco na via e a alegada falta de sinalização – os quais, segundo consta na exordial, resultaram no noticiado acidente –, são de responsabilidade da

SANEAGO que, após finalizar a obra, deveria ter solicitado a recomposição do asfalto no local, nos termos do convênio firmado entre as partes, o que, contudo, não ocorreu.

De pronto, depreende-se que a preliminar suscitada pelo réu/2º. apelante não prospera, uma vez que compete ao Município a manutenção e fiscalização das condições das vias e dos passeios públicos, de modo a garantir a segurança e incolumidade daqueles que trafegam pelas ruas e calçadas da cidade, sob pena de responder pelos danos causados aos transeuntes, **ex vi** do artigo 23, inciso I, da Constituição Federal¹.

Contudo, a responsabilização ou não no caso concreto é matéria de mérito, a ser dirimida após a verificação das provas, não se confundindo com questão atinente à condição da ação.

Quanto à questão de fundo, compulsando os autos, verifica-se que a autora afirma, na peça de ingresso, que no dia 21.09.2014, por volta das 20hs, trafegava com sua motocicleta na rua Herculino Araújo, setor Santa Maria, Município de Itumbiara, quando acidentou-se em um “enorme buraco que tomava toda a rua”, o que lhe causou ferimentos no pé, perna e braço esquerdo, além de diversos estragos no seu veículo, e o seu afastamento das atividades laborais pelo período de quinze dias.

Alega também falta de sinalização no local, e assevera que “se a Administração Pública fosse menos negligente e omissa, o acidente poderia ter sido evitado”.

Nesse cenário, entende que o Município deve ser condenado a lhe pagar as indenizações requestadas.

Pois bem, sem mais delongas, vê-se que a tentativa do Município/réu de atribuir responsabilidade à SANEAGO no caso em apreço deve ser rechaçada. Primeiro porque não restou configurado nos autos que o buraco na rua Herculino Araújo realmente foi aberto em virtude de obras realizadas pela companhia de saneamento. Ademais, ainda que assim o fosse, há de se observar o dever do ente público de zelar pela conservação das ruas e calçadas, nos termos do artigo 23, inciso I, da Constituição Federal.

Como se não bastasse, o mencionado convênio firmado entre o réu/2º. apelante e a SANEAGO estabelece, em sua cláusula décima segunda, parágrafo segundo, que esta última “não será responsável por quaisquer compromissos assumidos pelo Município para com terceiros, ainda que vinculados a este convênio, bem como por quaisquer danos civis, decorrentes do cumprimento deste instrumento.”

Calha ainda registrar que eventual cláusula no contrato/convênio firmado entre o Município de Itumbiara e a empresa de Saneamento do Estado de Goiás que disponha acerca da assunção de eventual responsabilidade de um dos contratantes em caso de danos causados a terceiros possui eficácia, tão somente, entre as pessoas jurídicas firmatárias do contrato, não sendo capaz de afastar a responsabilidade prevista no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

Neste ponto, mister destacar que, consoante mais recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal, a responsabilidade civil do Estado por omissão também está fundamentada no artigo 37, § 6º, da Carta Magna, de modo que, configurado o nexó de causalidade entre o dano sofrido pelo particular e a omissão do Poder Público em impedir a sua ocorrência, quando tinha

a obrigação legal específica de fazê-lo, surge a obrigação de indenizar, independentemente de prova da culpa na conduta administrativa. Senão vejamos:

“Ementa: Recurso extraordinário. Repercussão geral. Responsabilidade civil do estado por morte de detento. Artigos 5º, XLIX, e 37, § 6º, da Constituição Federal. 1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral. 2. A omissão do Estado reclama nexos de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso. 3. (...). 10. Recurso extraordinário desprovido.” (STF, RE 841526, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 30.03.2016, acórdão eletrônico repercussão geral, mérito, DJe - 159 Divulg 29.07.2016 Public 01.08.2016) – sem grifo no original.

“Ementa: Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. Responsabilidade objetiva do estado. Reexame de matéria fática. Súmula 279 do STF. 1. A responsabilidade objetiva se aplica às pessoas jurídicas de direito público pelos atos comissivos e omissivos, a teor do art. 37, § 6º, do Texto Constitucional. Precedentes. 2. O Tribunal de origem assentou a responsabilidade do Recorrente a partir da análise do contexto probatório dos autos e, para se chegar à conclusão diversa daquela a que chegou o juízo **a quo**, seria necessário o seu reexame, o que encontra óbice na Súmula 279 do STF. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STF, 1ª Turma, ARE 956.285 AgR, Relator Ministro Edson Fachin, julgado em 09.08.2016, processo eletrônico DJe-180 Divulg 24.08.2016 Public 25.08.2016) – sem grifo no original.

“Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Direito Administrativo. 3. Acidente de trânsito decorrente de má conservação de rodovia. Omissão. Falta do serviço. Responsabilidade civil objetiva do Estado. Precedentes. 4. Necessidade de revolvimento da matéria fático probatória. Impossibilidade. Súmula 279. 5. O agravante não trouxe argumentos suficientes para infirmar a decisão agravada. 6. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STF, 2ª Turma, AI 852215 AgR, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 27.08.2013, Acórdão Eletrônico DJe-181 Divulg 13.09.2013 Public 16.09.2013) – sem grifo no original.

Aliás, a responsabilidade objetiva do Município, na hipótese vertente, decorre tanto da disposição do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal², quanto do artigo 1º, § 3º, do Código de Trânsito Brasileiro, **verbis**: “Os órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito respondem, no âmbito das respectivas competências, objetivamente, por danos causados aos cidadãos em virtude de ação, omissão ou erro na execução e manutenção de programas, projetos e serviços que garantam o exercício do direito do trânsito seguro.”

Sob esse enfoque, resta verificar se está configurado nos autos o dano, assim como o nexos de causalidade entre aquele e a omissão do Poder Público quanto ao seu dever legal de agir para impedir a ocorrência do resultado danoso.

No caso em tela, o conjunto probatório coligido aos autos é convergente no sentido de corroborar os argumentos expendidos pela autora, acerca da existência de um buraco de grande extensão e ausência de respectiva sinalização na via pública indicada na peça de ingresso. Observa-se, ainda, que o acidente que vitimou a requerente, assim como os danos dele decorrentes, resultaram da citada má conservação da via (buraco) e ausência de sinalização.

Nesse sentido, calha destacar os documentos jungidos à peça de ingresso, notadamente as fotos de fls. 27/28 (mov. 3), e o depoimento das testemunhas (mov. 4).

Ressalta-se que o fato foi presenciado por “Manoel da Silva Neto” (1ª testemunha ouvida nos autos), que trafegava atrás da autora, tendo, inclusive, prestado socorro à mesma. Outrossim, vê-se que a segunda testemunha inquirida nos autos – Lucilene Neves da Silva –, declarou que a imprensa já tinha, inclusive, noticiado o problema daquela via, tendo a municipalidade, no entanto, tomado providências somente após o sinistro.

Nesse contexto, a responsabilidade do ente municipal resta bem delineada no processo, pela negligência/omissão do dever de conservação e sinalização da via pública, o que foi determinante para os danos causados à autora em razão da queda da motocicleta, estando plenamente caracterizado o dever de indenizar.

Vale ressaltar que, a despeito de não ser possível a vigilância ubíqua por parte do ente público, é necessário responsabilizá-lo nos casos em que ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso, como verificado **in casu**.

Quanto ao valor dos danos materiais, verificasse que não foi questionado pelas partes nesta via recursal, tendo, portanto, a sentença transitado em julgado neste ponto. Não obstante, registra-se que o valor fixado a este título encontra amparo no documento apresentado à fl. 36 dos autos digitalizados (mov. 3).

No tocante aos danos morais, denota-se que estão caracterizados pelo sofrimento da autora em função das lesões decorrentes do evento, as quais foram comprovadas nos autos (fls. 27/35 – mov. 3), bem como em virtude de todos os inconvenientes que daí decorreram (atestados médicos de fls. 23/26 – mov. 3).

No que concerne ao valor da indenização por danos morais, a doutrina e a jurisprudência orientam que sua quantificação deve ser feita à luz dos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, levando-se em conta a posição social do ofensor e do ofendido, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e a repercussão da ofensa, para que o ressarcimento do prejuízo não se transforme em fonte de enriquecimento sem causa, deixando, lado outro, de corresponder à causa da indenização.

O ressarcimento do dano possui caráter preventivo, com o objetivo de obstar a conduta danosa, impedindo a sua reiteração; bem assim finalidade punitiva, visando à reparação do prejuízo sofrido, sem, contudo, transmudar-se em enriquecimento sem causa.

Nessa linha de raciocínio também assenta a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Registro:

“Na estipulação do valor do dano moral deve-se observar os limites dos bons princípios e da igualdade que regem as relações de direito, para que não importe em um prêmio

indevido ao ofendido, indo muito além da recompensa ao desconforto, ao desagrado, aos efeitos do gravame suportado.” (STJ, REsp. nº 337.771/RJ, DJ de 19.08.02, p.175).

Considerando tais parâmetros, entendo que o **decisum** censurado não está a merecer reparos, pois a indenização no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais) revela-se adequada à situação fática apresentada e ao ato ilícito constatado, coadunando com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, e atendendo ao caráter repressivo à conduta indevida e compensatório ao dano sofrido.

Com o fito de corroborar o entendimento aqui externado, cito:

“Acidente de trânsito. Buraco na via pública. Ausência de sinalização do perigo. Queda de motociclista. Reparação de danos materiais e morais. Admissibilidade. 1. Demonstrada a omissão da Municipalidade na realização de reparos na via pública, bem como inexistindo comprovação de sinalização adequada no local indicando a existência de buraco na pista, de rigor o dever de indenizar os prejuízos decorrentes do infortúnio. Inteligência do artigo 37, § 6º da Constituição Federal. 2. Cabe a ré demonstrar a ocorrência de fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito da autora. Inteligência do artigo 373, II, do Código de Processo Civil. 3. Na fixação da indenização pelo dano moral cabe ao juiz nortear-se pelo princípio da razoabilidade, estabelecendo-a em valor nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva. Sentença mantida. Recurso desprovido.” (TJSP, 37ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, Apelação 1008297-06.2015.8.26.0114, Relator Felipe Ferreira, data do julgamento em 05.12.2017, data de registro em 05.12.2017).

“Acidente de veículo. Ação de indenização por danos materiais e morais. Comprovação nos autos de péssimo estado de conservação da via pública. Responsabilidade da municipalidade (objetiva) que tem o dever de manter a conservação das vias públicas, propiciando condições seguras de tráfego aos usuários mediante fiscalização e manutenção constantes, além de adequada sinalização a fim de evitar acidentes. Dano, nexos de causalidade e culpa da municipalidade ré demonstrados. Indenização pelos danos materiais devida. Danos morais. Pertinência. Valor indenizatório mantido. Recurso não provido. I. Não trazendo a ré fundamentos suficientes a modificar a sentença de primeiro grau, no ponto que reconheceu a culpa da Municipalidade no sinistro, sendo dever da mesma manter as vias em condições de trafegabilidade, aliado à comprovação dos danos materiais e morais decorrentes do acidente, de rigor reconhecer a responsabilidade da ré, devendo esta responder pelos danos consequentes do sinistro; II. Cabível, na espécie vertente, a indenização pelos danos morais dada a ofensa à integridade física do autor, vítima de acidente automobilístico, mostrando-se adequada a eleição da quantia fixada pela d. autoridade **a quo** a esse título, como forma de compensação pelo dano suportado e de seu efeito pedagógico e educativo ao infrator.” (TJSP, 31ª Câmara de Direito Privado, Apelação 1031803-96.2015.8.26.0506, Relator Paulo Ayrosa, data do julgamento em 28.11.2017, data de registro em 28.11.2017).

“Apelações cíveis. Reparação por danos causados em acidente de trânsito. Ação e denunciação da lide. Decreto de parcial procedência no condizente à principal e procedência no tocante à lide secundária. Inconformismo das partes. Responsabilidade objetiva do município e da concessionária de serviço público. Queda de motociclista em buraco existente na via pública municipal. Ausência de sinalização e conservação. Nexo causal demonstrado. Culpa exclusiva ou concorrente da vítima não verificadas. Dever de indenizar mantido. As pessoas jurídicas de direito público têm o dever de reparar os danos a que deram causa ou deveriam evitar. Nesses casos, a responsabilidade civil é objetiva (CF, art. 37, § 6º) e dela somente se exoneram se provarem que o evento lesivo foi provocado pela própria vítima, por terceiro, caso fortuito ou força maior (TJSC, AC nº 2001.008554-2, Relator Desembargador Luiz César Medeiros, julgado em 14.10.2002). (...).” (TJSC, Apelação Cível nº 2014.003444-4, de São José, Relator Desembargador Edeмар Gruber, Quarta Câmara de Direito Público. Julgado em 25.02.2016).

Verificada a sucumbência de ambas as partes, há de se manter a distribuição dos ônus sucumbenciais tal como definido na instância singela.

Ante o exposto, conheço dos recursos e nego-lhes provimento, para manter a sentença atacada por estes e por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É o voto.

Goiânia, 15 de fevereiro de 2018.

Des. Alan Sebastião de Sena Conceição – Relator

¹ “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público.”

² Art. 37, § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Apelação Cível nº 0176338.29.2012.8.09.0017

Comarca de Bela Vista de Goiás

Apelante: Sul América Companhia Nacional de Seguros

1º Apelado: Deusdélia Ribeiro Queiroz

2º Apelado: JJRM Transporte Ltda

Relatora: Des.^a Amélia Martins de Araújo

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. DENUNCIÇÃO À LIDE DA SEGURADORA. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. DANOS MORAIS. PREVISTO NA APÓLICE. DANO ESTÉTICO. EXCLUSÃO

PREVISTA APENAS NAS CLÁUSULAS GERAIS. ABATIMENTO DO SEGURO DPVAT. POSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO RECEBIMENTO DA QUANTIA.

I - Não evidenciado na presente lide o interesse recursal do recorrente quando pleiteia direito que foi devidamente apreciado e acolhido em decisão proferida pelo juízo a quo, sendo inexistente a condicionante sucumbência.

II - Em relação aos danos morais, não se há falar em impossibilidade de cobertura, vez que está previsto na apólice do seguro.

III - Nada obstante a exclusão da cobertura dos danos estéticos das condições gerais do contrato de seguro, se a apólice, único documento contratual efetivamente entregue ao segurado, não estabeleceu esta exceção, permanece devida a indenização securitária.

IV - Não havendo na apólice do seguro cláusula expressa de exclusão de cobertura pelos danos estéticos, os mesmos serão compreendidos nos danos corporais.

V - É firme a jurisprudência da 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, nas ações relacionadas a acidente de trânsito, o valor do seguro obrigatório DPVAT deve ser deduzido da indenização fixada judicialmente, nos termos da Súmula 246/STJ, independentemente de comprovação do recebimento da quantia pela vítima ou seus sucessores (REsp 1.365.540/DF, 2ª Seção, DJe 05.05.2014). APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA EM PARTE, E NESTA PARCIALMENTE PROVIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 0176338.29.2012.8.09.0017, da comarca de Bela Vista de Goiás, em que figura como apelante Sul América Companhia Nacional de Seguros, como 1ºapelada Deusdélia Ribeiro Queiroz e 2ºapelada JJRM Transporte Ltda.

Acorda o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, pelos integrantes da 2ª Turma Julgadora de sua 1ª Câmara Cível, à unanimidade de votos, em conhecer em parte da Apelação Cível e na parte conhecida, dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto da Relatora.

Votaram com a Relatora a Desembargadora Maria das Graças Carneiro Requi e o Desembargador Orloff Neves Rocha.

Representou a Procuradoria-Geral de Justiça a Procuradora Estela de Freitas Rezende. Presidiu a sessão de julgamento a Desembargadora Amélia Martins de Araújo.

Goiânia, 10 de abril de 2018.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por Sul América Companhia Nacional de Seguros, visando a reforma da sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível e Anexos da Comarca de Bela Vista de Goiás/GO, Dr. Paulo Afonso de Amorim Filho, nos autos da Ação de Indenização ajuizada em seu desfavor por Deusdélia Ribeiro Queiroz.

Ressai dos autos que a autora/1ªapelada intentou predito feito, alegando, em síntese, que no dia 18.11.2011, juntamente com seu cunhado Sr. Paulo César de Souza, e um Senhor chamado Firmino Moreira dos Santos, sofreram um acidente automobilístico na GO 020, posto que um caminhão colidiu na traseira do veículo que estavam, ocasionando seu capotamento e posterior incêndio.

Bradou que em virtude do citado acidente, a autora teve 40% (quarenta por cento) de seu corpo queimado, tendo sido submetida a vários procedimentos, visando minorar as sequelas adquiridas (cicatrizes e deformidades no corpo e rosto).

Devidamente citada, a requerida JJRM Transporte Ltda ofertou defesa suscitando a ausência de culpa exclusiva de seu motorista no abarroamento em discussão e, ao final, pugnou pela denúncia a lide da seguradora a Sul América Nacional de Seguros.

Acolhido o pedido de denúncia a lide, a seguradora apresentou contestação, pugnando pela improcedência dos pedidos iniciais.

Após trâmite regular do feito, sobreveio a sentença fustigada, a qual julgou procedente o feito, nos seguintes termos:

(...) Ante o exposto, desnecessárias maiores considerações, julgo procedente os pedidos iniciais, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil, de consequência condeno a requerida ao pagamento de:

a) R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a título de dano moral, com juros de mora de 1% (um por cento) ao mês e correção monetária pelo INPC, ambos desde a data da prolação desta sentença (Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça).

b) R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a título de dano estético, com juros de mora de 1% (um por cento) ao mês e correção monetária pelo INPC, ambos desde a data da prolação desta sentença (Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça). .

c) R\$ 6.797,18 (seis mil, setecentos e noventa e sete reais e dezoito centavos), equivalente aos danos materiais, acrescidos de correção monetária pelo índice do INPC, a partir do desembolso, e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação. Condeno a ré a pagar as custas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em 10% (dez por cento) do valor da condenação, nos termos do § 3º do Art. 20 do Código de Processo Civil.

Ainda, com arrimo no art. 269, I, do Código de Processo Civil, julgo procedente a denúncia da lide à Sul América Companhia Nacional de Seguros, com o fito de

condenar a litisdenunciada ao ressarcimento de todos os valores que o denunciante vier a desembolsar por conta da condenação supra, limitados ao valor da apólice, incluídos os valores relativos a danos morais, materiais e danos estéticos (que está englobado pelos danos corporais).

Condeno a denunciada ao pagamento das custas processuais e honorários de advogado do requerida, os quais arbitro em R\$ 1.000,00 (mil reais), conforme estabelece o art. 20, § 4º, do CPC.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. (...). (Grifos no original).

Ato contínuo, inconformada a seguradora Sul América Companhia Nacional de Seguros opôs Embargos de Declaração (movimentação nº 03. embargos de declaração nº 63), alegando a omissão da sentença de mérito, no tocante a dedução do valor do seguro obrigatório DPVAT (Súmula 246 STJ).

Em resposta, o MM. Juiz **a quo** proferiu decisão integrativa (movimentação nº 03. decisão nº 68), acolhendo os aclaratórios, e indeferindo o pedido de compensação da indenização com o seguro DPVAT.

Irresignada, a seguradora denunciada à lide Sul América Companhia Nacional de Seguros interpôs o recurso de Apelação **sub judice**, pretendendo a reforma do **decisum**.

Em suas razões recursais (movimentação nº 03. outros nº 71), inicialmente faz uma breve síntese fática da demanda.

No mérito, brada que embora seja obrigada por contrato a indenizar os eventuais prejuízos em caso de eventual condenação da segurada, sua responsabilidade se limita ao valor constante da respectiva apólice.

Explana que a seguradora só pode ser responsabilizada até os limites do contrato de seguro firmado com o segurado/2º apelado, não podendo ser considerada devedora solidária, porquanto a sua obrigação decorre apenas e tão somente do contrato, posto não ter participação no sinistro.

Noutro ponto, a apelante pontua que na apólice de seguro firmada com a empresa 2º apelada está prevista cobertura para Danos Materiais no valor de R\$300.000,00 (trezentos mil reais) e Danos Corporais também de R\$300.000,00 (trezentos mil reais), ou seja, inexistente cobertura para Dano Estético.

Alega que nas Condições Gerais do Contrato de Seguro anexas ao feito conta Cláusula de Exclusão (2.11), quanto aos danos morais e estéticos.

Deste modo, assegura a recorrente que as coberturas autônomas por danos morais e estéticos não foram contratadas, razão pela qual não pode ser compelida ao ressarcimento de condenação arbitrada a estes títulos.

Aduz que nos termos da Súmula 402 do STJ, o contrato de seguro por danos pessoais/corporais compreende os danos morais, salvo cláusula expressa de exclusão.

Noutro ponto, argumenta que nos termos da Súmula 246 do STJ é possível a dedução do Seguro DPVAT da indenização por danos morais.

Diante do exposto, a apelante pugna que o presente apelo seja conhecido e provido,

limitando a responsabilidade da seguradora, afastando sua condenação nos danos estéticos, por ausência de cobertura contratual e, por fim pugna pela dedução do valor referente ao seguro DPVAT.

Preparo devidamente comprovado à movimentação nº 72.

A 1ª apelada Deusdélia Ribeiro Queiroz apresentou contrarrazões (movimentação nº 76), pugnando pelo improvimento do recurso.

A 2ª apelada JJRM Transporte Ltda por sua vez, não apresentou contrarrazões.

É o relatório.

Peço dia para julgamento.

Goiânia, 23 de fevereiro de 2018.

Des. Amélia Martins de Araújo – Relator

VOTO

Conforme relatado, insurge-se a requerida/apelante contra a sentença que julgou procedente o pedido inicial e a denunciação à lide, nos seguintes termos:

(...) Ante o exposto, desnecessárias maiores considerações, julgo procedente os pedidos iniciais, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil, de consequência condeno a requerida ao pagamento de:

a) R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a título de dano moral, com juros de mora de 1% (um por cento) ao mês e correção monetária pelo INPC, ambos desde a data da prolação desta sentença (Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça).

b) R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a título de dano estético, com juros de mora de 1% (um por cento) ao mês e correção monetária pelo INPC, ambos desde a data da prolação desta sentença (Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça). .

c) R\$ 6.797,18 (seis mil, setecentos e noventa e sete reais e dezoito centavos), equivalente aos danos materiais, acrescidos de correção monetária pelo índice do INPC, a partir do desembolso, e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação. Condeno a ré a pagar as custas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em 10% (dez por cento) do valor da condenação, nos termos do § 3º do Art. 20 do Código de Processo Civil.

Ainda, com arrimo no art. 269, I, do Código de Processo Civil, julgo procedente a denunciação da lide à Sul América Companhia Nacional de Seguros, com o fito de condenar a litisdenunciada ao ressarcimento de todos os valores que o denunciante vier a desembolsar por conta da condenação supra, limitados ao valor da apólice, incluídos os valores relativos a danos morais, materiais e danos estéticos (que está englobado pelos danos corporais).

Condeno a denunciada ao pagamento das custas processuais e honorários de advogado do requerida, os quais arbitro em R\$ 1.000,00 (mil reais), conforme estabelece o art. 20, § 4º, do CPC.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. (...). (Grifos no original).

Em suas razões recursais, a apelante, inicialmente, questiona os seguintes pontos: responsabilidade da seguradora deve ser limitada à cobertura prevista na apólice; não ser devoradora solidária; impossibilidade de ressarcimento pelo dano estético; e abatimento do seguro DPVAT.

Pois bem. Preliminarmente, no que concerne ao juízo de admissibilidade do recurso, de pronto verifica-se que em parte não deve ser conhecido.

In casu, no tocante as alegações da apelante de que sua responsabilidade deve ser limitada ao valor da apólice e que não pode ser considerada como devedora solidária, destaco que tais razões recursais partem de premissa equivocada, pois não foi sucumbente neste aspecto. Para melhor elucidação transcrevo trechos do édito guerreado, **verbis**:

(...) No caso sob exame, comprovado o vínculo obrigacional decorrente de contrato de seguro (fls. 104/105), a denunciada se enquadra na hipótese prevista no inciso III do art. 70 do Código de Processo Civil, recaindo sobre esta a responsabilidade pelo ressarcimento dos valores pagos pelo denunciante em decorrência da condenação, limitada, por óbvio, ao valor do capital segurado. (...). Fls. 320 dos autos físicos.

(...) Ainda, com arrimo no art. 269, I, do Código de Processo Civil, julgo procedente a denunciação da lide à Sul América Companhia Nacional de Seguros, com o fito de condenar a litisdenunciada ao ressarcimento de todos os valores que o denunciante vier a desembolsar por conta da condenação supra, limitados ao valor da apólice, incluídos os valores relativos a danos morais, materiais e danos estéticos (que está englobado pelos danos corporais). (...). Grifos no original. Fls. 322 dos autos físicos.

Logo, falece em tais pontos de interesse recursal à parte apelante, eis que as suscitadas pretensões recursais já foram satisfeitas pelo juízo **a quo**.

Nesse diapasão, tem-se os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

“Processual civil. Agravo regimental no recurso especial. Ausência de sucumbência. Falta de interesse recursal. 1. O não conhecimento do recurso especial interposto pela parte adversária não pode - em hipótese alguma - prejudicar a recorrida, ora agravante. 2. A agravante não foi sucumbente, circunstância que caracteriza, portanto, a ausência de interesse recursal a justificar o conhecimento do apelo. Agravo regimental não conhecido.” (AgRg no REsp 1263156/PE, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 29.05.2012, DJe 01.06.2012, negritei)

“Processual civil. Agravo regimental no recurso especial. Interposição por parte não sucumbente. Ausência de interesse recursal. Não conhecimento. 1. Por ausência de sucumbência, falta interesse recursal ao Sindicato Rural De Miranda. 2. Agravo regimental não conhecido.” (AgRg no REsp 1432179/MS, Relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 12.05.2015, DJe 18.05.2015, negritei).

Superados os referidos pontos, passo a discorrer sobre as demais teses recursais.

Segundo a apelante, é descabida sua condenação na cobertura securitária pela indenização por danos morais e estéticos, por haver expressa exclusão de tal cobertura na

apólice de seguros.

Em relação aos danos morais, este está previsto na apólice do seguro (fls. 188 dos autos físicos), de modo que não se há falar em impossibilidade de cobertura, transcrevo:

Garantias Contratadas e Prêmios

Veículo Reposição Garantida – Código do Veículo (Tabela FIPE):516090-1 – Fator de Ajuste: 100,00% Tabela - Substituta: Molicar

Garantia	Valor(R\$)	Prêmio(R\$)
----------	------------	-------------

(...)

Danos Morais	50.000,00	249,61
--------------	-----------	--------

(...).

Lado outro, quanto aos danos estéticos, tal exclusão não se faz presente na apólice (movimentação nº 03. outros nº 50. fls. 188/191 autos físicos), mas apenas nas condições gerais do seguro (movimentação nº 03. outros nº 50. fls. 243 dos autos físicos). **In verbis:**

(...) 2.11 O que não Está Coberto pelo Seguro Auto.

(...)

Prejuízos de RCF (Responsabilidade Civil Facultativa) Não-Indenizáveis:

(...)

n) danos estéticos; (...).

Assim, a apólice é o instrumento do contrato de seguro contendo as regras gerais do negócio celebrado e a sua emissão deve ser precedida de proposta escrita com a declaração dos elementos essenciais do interesse a ser garantido e do risco.

À luz do Código de Defesa do Consumidor quando da elaboração das condições que regerão a relação contratual, deve a seguradora prestar informações claras e precisas aos clientes, a fim de possibilitar a liberdade de escolha na contratação do serviço.

No tocante as cláusulas limitativas, responsáveis por restringir ou excluir direitos do consumidor, dispõe o artigo 54, § 4º, do CDC, que devem ser redigidas em destaque, permitindo o rápido entendimento por parte do segurado.

Neste sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte Estadual, vejamos:

Civil. Responsabilidade civil. Dano material, moral e estético. Cumulação. Possibilidade. Contratos. Seguro. Cobertura para danos corporais. Alcance. Limites. (...). 2. Recurso especial em que se discute a cumulatividade dos danos materiais, morais e estéticos, bem como, o alcance, em contratos de seguro, da cobertura por danos corporais. 3. É lícita a cumulação das indenizações por dano material, moral e estético. Incidência do enunciado nº 387 da Súmula/STJ. 4. A apólice de seguro contra danos corporais pode excluir da cobertura tanto o dano moral quanto o dano estético, desde que o faça de maneira expressa e individualizada para cada uma dessas modalidades de dano extrapatrimonial, sendo descabida a pretensão da seguradora de estender tacitamente a exclusão de cobertura manifestada em relação ao dano moral para o dano estético, ou vice-versa, ante a nítida distinção existente entre as rubricas. 5. Hipótese sob julgamento

em que a apólice continha cobertura para danos corporais a terceiros, com exclusão expressa apenas de danos morais, circunstância que obriga a seguradora a indenizar os danos estéticos. 6. Recurso especial parcialmente provido. (STJ, REsp 1408908/SP, Relator Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 26.11.2013, DJe 19.12.2013. Negritei).

Apelações cíveis. Ação de indenização. Acidente de trânsito. Contratação de seguro de responsabilidade civil em favor de terceiro - RCF-V. Danos estéticos. Condenação solidária da seguradora ao pagamento de danos estéticos até o limite previsto na apólice. Juros de mora e correção monetária. (...). 4. A apólice de seguro contra danos corporais pode excluir da cobertura tanto o dano moral quanto o dano estético, desde que o faça de maneira expressa e individualizada para cada uma dessas modalidades de dano extrapatrimonial. (...). 1º Apelo conhecido e desprovido. 2º Apelo conhecido e parcialmente provido. (TJGO, Apelação (CPC) 0236362-85.2014.8.09.0006, Relator Amaral Wilson de Oliveira, 2ª Câmara Cível, julgado em 28.06.2017, DJe de 28.06.2017. Negritei).

Apelações cíveis. Acidente de trânsito. Responsabilidade civil. Danos morais e estéticos compreendidos nos danos corporais. Ressalva de exclusão não contida na apólice. - não tendo o condutor do veículo segurado tomado as devidas cautelas para o cruzamento em via preferencial, é o responsável pelo acidente, devendo responder pelos danos causados em razão de sua imprudência; - Não havendo na apólice do seguro cláusula expressa de exclusão de cobertura pelos danos morais e danos estéticos, os mesmos serão compreendidos nos danos corporais. Súmula nº 402 do STJ. Não basta a exclusão nas condições gerais do contrato. Não pode os termos gerais do contrato limitar direitos do segurado ou terceiro prejudicado. Apelação cível conhecida e desprovida. (TJGO, Apelação (CPC) 0371191-95.2014.8.09.0137, Relator Orloff Neves Rocha, 1ª Câmara Cível, julgado em 31.05.2017, DJe de 31.05.2017. Negritei).

Apelação Cível. Ação de cobrança de seguro c/c declaração de nulidade de cláusulas contratuais e reparação por danos morais e materiais. Contrato de Seguro de Vida. Cancelamento do contrato. Cláusula abusiva. Mora. Necessidade de interpelação pessoal. (...). Conforme o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte de Justiça, a previsão nas condições gerais do manual do segurado, documento enviado ao segurado em momento posterior a assinatura da proposta, do prazo de carência do contrato de seguro não se equipara à cláusula expressa de exclusão de risco, tampouco cumpre a obrigatoriedade da seguradora de prestar todas as informações ao consumidor. (...). Apelação conhecida e desprovida. (TJGO, Apelação Cível 183168-98.2015.8.09.0051, Relator Desembargador Carlos Alberto Franca, 2ª Câmara Cível, julgado em 19.07.2016, DJe 2078 de 29.07.2016. Negritei).

No caso em comento, a cláusula restritiva quanto a não cobertura de danos estéticos está prevista nas condições gerais do manual do segurado (movimentação nº 03. outros nº 50), documento enviado ao cliente em momento posterior a assinatura da proposta, o que não

equivale à cláusula expressa de exclusão de risco, acrescida pelo fato de também não estar previsto na apólice.

Deste modo, não se há falar em ausência de contratação quanto aos danos morais e estéticos, o primeiro por ter havido a pactuação e o segundo em razão de que não há cláusula expressa a excluindo na apólice.

De conseqüência, a cláusula que acoberta o segurado contra danos corporais abrange também os danos estéticos.

Sobre o tema, transcrevo:

Processual civil. Civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Seguro. Danos pessoais e danos estéticos. Acórdão recorrido em sintonia com a jurisprudência do STJ. Súmula nº 83 do STJ. Decisão mantida. 1. No caso, a Corte local examinou os termos da apólice, concluindo ser devida a indenização securitária porque os danos estéticos consistiam em desdobramentos dos danos corporais e, por isso, estariam abrangidos na previsão de cobertura por danos pessoais, não havendo no contrato cláusula específica de exclusão. 2. O posicionamento adotado no acórdão recorrido coincide com a orientação desta Corte Superior, portanto é inafastável a incidência do óbice previsto na Súmula 83 do STJ. 3. Agravo interno a que se nega provimento. (STJ, AgInt no AREsp 1039972/SC, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 09.05.2017, DJe 12.05.2017. Negritei).

Agravo regimental no agravo (art. 544, CPC) - ação reparatória de danos decorrentes de acidente de trânsito - decisão monocrática conhecendo do agravo para negar seguimento ao apelo extremo - insurgência recursal da requerida. 1. No caso concreto, o Tribunal de origem examinou os elementos de convicção dos autos, concluindo ser devida a indenização securitária porque os danos morais e estéticos consistem em desdobramentos do dano corporal e, por isso, estariam abrangidos na previsão de cobertura por danos pessoais e não haveria cláusula expressa de exclusão prevista no contrato. 2. O posicionamento adotado na decisão recorrida coincide com a orientação desta Corte Superior, portanto é inafastável a incidência do óbice previsto na Súmula 83 do STJ. 3. Estando o acórdão proferido na origem em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior, não há se falar em dissídio jurisprudencial. 4. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no REsp 1382188/SC, Relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 15.12.2015, DJe 01.02.2016. Negritei).

Assim, resta evidente a obrigatoriedade da seguradora em indenizar pelos danos morais e estéticos decorrentes do acidente automobilístico, respeitando o limite do **quantum** previsto em apólice.

No que pertine a alegação da apelante de que nos termos da Súmula 246 do STJ é possível a dedução do Seguro DPVAT da indenização por danos morais, passo a dispor:

Sobre o tema, é firme a jurisprudência da 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, nas ações relacionadas a acidente de trânsito, o valor do seguro obrigatório DPVAT deve ser deduzido da indenização fixada judicialmente, nos termos da Súmula 246/STJ,

independentemente de comprovação do recebimento da quantia pela vítima ou seus sucessores (REsp 1.365.540/DF, 2ª Seção, DJe 05.05.2014).

Nesse sentido, acrescento os seguintes julgados, **verbis**:

Direito civil e processual civil. Recurso especial. Aplicação do CPC/73.

Ação de indenização por danos materiais e compensação por danos morais. Acidente de trânsito. Pensão mensal em favor dos genitores da vítima maior de idade. Prova do prejuízo econômico. Modificação do entendimento do acórdão recorrido. Inviabilidade. Súmula 7/STJ. Seguro DPVAT. Dedução do **quantum** indenizatório. Comprovação do recebimento da quantia pelos sucessores da vítima. Desnecessidade. Dissídio jurisprudencial. Honorários advocatícios. Ausência de similitude fática. 6. Nas ações relacionadas a acidentes de trânsito, o valor do seguro obrigatório DPVAT deve ser deduzido da indenização fixada judicialmente, nos termos da Súmula 246/STJ, independentemente de comprovação do recebimento da quantia pela vítima ou seus sucessores. Entendimento da 2ª Seção do STJ. (...). (STJ, REsp 1616128/RS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14.03.2017, DJe 21.03.2017. Negritei).

Processual civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Seguro obrigatório. DPVAT. Dedução. Possibilidade. Decisão mantida. 1. "O valor do seguro obrigatório deve ser deduzido da indenização judicialmente fixada (Súmula 246/STJ), sendo que essa dedução efetuar-se-á mesmo quando não restar comprovado que a vítima tenha recebido o referido seguro. Precedentes" (EDcl no AgRg no AREsp 127.317/RS, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 14.04.2015, DJe 20.04.2015.) 2. Agravo interno a que se nega provimento. (STJ, AgInt no AREsp 935.136/DF, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 22.11.2016, DJe 29.11.2016. Negritei).

Embargos de declaração no agravo regimental no recurso especial. Omissão e contradição. Embargos declaratórios anteriores. Recebimento como agravo regimental. Seguro obrigatório DPVAT. Dano moral. Súmula nº 246/STJ. (...). 2. O valor do seguro obrigatório deve ser deduzido da indenização judicialmente fixada (Súmula nº 246/STJ). Tal dedução irá ser efetuada mesmo quando não comprovado que a vítima tenha recebido o referido seguro. 3. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no AgRg no REsp 1198490/DF, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 15.12.2015, DJe 04.02.2016)

Sendo assim, deve ser acolhido o apelo neste ponto, a fim de determinar que seja abatido, do **quantum** indenizatório devido à apelada, a quantia correspondente à indenização do seguro DPVAT.

Ante o exposto, conheço em parte do recurso de Apelação Cível interposto e nesta dou-lhe parcial provimento, apenas para declarar a possibilidade de dedução do seguro obrigatório DPVAT, do valor da indenização fixado judicialmente, mantendo, no mais, a sentença nos moldes como proferida.

É o voto.

Goiânia, 10 de abril de 2018.

Des. Amélia de Araújo - Relatora

Apelação Cível nº 0421071.86.2015.8.09.0051

Comarca de Goiânia

3ª Câmara Cível

Apelante: Rápido Araguaia Ltda.

Apelada: Maria Gomes Vilela

Relatora: Des.^a Beatriz Figueiredo Franco

EMENTA: AÇÃO INDENIZATÓRIA. TRANSPORTE DE PASSAGEIROS. ACIDENTE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANO MORAL E ESTÉTICO. CUMULAÇÃO PERMITIDA – SÚMULA Nº 387/STJ. INDENIZAÇÃO ARBITRADA EM OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. PENSIONAMENTO MENSAL – ART. 949, CÓDIGO CIVIL. SÚMULA Nº 326/STJ. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA NÃO EVIDENCIADA. DESPROVIMENTO.

I – As pessoas jurídicas de direito privado que exploram o serviço público de transporte coletivo de passageiros respondem objetivamente pelos danos causados a terceiros, usuários ou não do serviço, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição da República e do art. 22 do Código de Defesa do Consumidor.

II – Incontroversa a ocorrência do fato, a existência do dano e o nexo de causalidade entre eles, inafastável o dever de indenizar da empresa ré apelante.

III – O Superior Tribunal de Justiça, por meio da Súmula nº 387, admite a cumulação do dano moral e estético quando oriundos do mesmo fato, se inconfundíveis suas causas e passíveis de apuração em separado.

IV – Levando-se em conta o potencial econômico e social da parte obrigada, bem como as circunstâncias e a extensão do evento danoso, e, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, impositiva a manutenção

do **quantum** arbitrado pelo magistrado de origem.

V – O pensionamento mensal justifica-se pela restrição à vítima para o exercício de suas atividades cotidianas, em razão da amputação sofrida por conta do sinistro narrado na inicial, inteligência do art. 949, Código Civil.

VI – O entendimento sumular nº 326/STJ, é que Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca. De modo que os ônus sucumbenciais deve ser arcados integralmente pela empresa apelante, já que vencida na totalidade dos pedidos.

VII – Apelo conhecido mas desprovido.

RELATÓRIO

Rápido Araguaia Ltda., regularmente representada nos autos da ação de indenização por danos materiais, morais e estéticos proposta em seu desfavor por Maria Gomes Vilela, recorre da sentença proferida pelo juiz de direito da 19ª Vara Cível da comarca de Goiânia.

O ato recursado julgou procedente a pretensão inicial, nos seguintes termos:

Ao teor do exposto, julgo parcialmente procedentes os pedidos para condenar a Empresa ré a:

i) pagar indenização à autora, na forma de pensão mensal, correspondente a um salário-mínimo vigente à época do acidente, reajustável pelo próprio salário-mínimo. Sobre esses valores incidirão juros de mora de 1% ao mês e correção monetária pelo INPC, a partir do primeiro dia do mês de cada prestação vencida, desde a sua saída do hospital (09/03/2015), por se tratar de obrigação de trato sucessivo; e ii) pagar indenização à autora, por danos morais, na quantia de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), e por dano estético, no valor de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), ambas acrescidas de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação (art. 240 do CPC/15), e correção monetária pelo INPC, a partir da fixação definitiva.

Condenou reciprocamente as partes ao pagamento dos ônus da sucumbência, sendo 30% das custas processuais a serem pagas pela parte autora apelada e 70% pela parte ré apelante. Já quanto aos honorários de sucumbência, condenou a empresa ré ao pagamento de 15% sobre o valor da condenação, e a autora no percentual de 15% da diferença entre o valor dos pedidos e o total da condenação.

Em suas razões, a apelante relata os fatos e diz que o acidente noticiado nos autos se deu por culpa exclusiva da vítima, uma vez que, ao descer do ônibus, não teve a atenção e cuidado necessários para evitar o acidente. Ressalta inexistente ato ilícito praticado pela empresa a ensejar a reparação pleiteada e enumera as causas excludentes de responsabilidade. Prossegue defendendo ter havido, ao menos, culpa concorrente entre a vítima e o motorista da

empresa.

Defende o não cabimento da pensão mensal, prevista no art. 950, CC, por ausência de inaptidão laboral da autora, já que aposentada à época dos fatos. Verbera inadmissível a cumulação da condenação por dano estético e moral e desproporcional o valor da indenização arbitrada. Considera que o acidente narrado nos autos não gerou consequências psicológicas graves à vítima e reafirma a inexistência de comportamento ilícito a ensejar a reparação moral e estética, bem como a ausência denexo causal.

Considerando excessivos os valores a título de indenização, aponta os critérios a serem utilizados para a sua fixação. Prequestiona a matéria ventilada no recurso e pede o provimento do apelo para julgar improcedentes os pedidos iniciais. Pela eventualidade, requer a redução do valor da indenização no que tange aos danos morais e estéticos.

Preparo regular.

Nas contrarrazões a apelada rebate as argumentações da empresa recorrente e requer o desprovimento do recurso.

Em síntese é o relatório.

Peço inclusão em pauta para julgamento.

Documento datado e assinado em sistema próprio.

VOTO

O apelo preenche os requisitos de admissibilidade recursal, razão pela qual dele conheço.

De plano, ressalte-se que as pessoas jurídicas de direito privado que exploram o serviço público de transporte coletivo de passageiros, como é o caso da empresa Rápido Araguaia Ltda., respondem objetivamente pelos danos causados a terceiros, usuários ou não do serviço, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição da República e do art. 22 do Código de Defesa do Consumidor, respectivamente:

Art. 37.(...)

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

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

Por sua vez, o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, referindo-se ao fornecedor de serviços em sentido amplo, estatui a responsabilidade objetiva desse na hipótese de defeito

na prestação do serviço, atribuindo-lhe o dever reparatório desde que demonstrado o nexo causal entre o defeito do serviço e o acidente de consumo (fato do serviço), do qual somente é passível de isenção quando houver culpa exclusiva do consumidor ou uma das causas excludentes de responsabilidade genéricas - força maior ou caso fortuito externo – (c/c arts. 734 e 735 do CC).

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.

(...)

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Art. 734. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade.

Art. 735. A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.

A responsabilidade do transportador funda-se no risco, defluindo do contrato de transporte uma obrigação de resultado que lhe incumbe de levar o transportado incólume ao seu destino (artigo 730 do CC). Sobre o assunto, a jurisprudência:

Responsabilidade civil. Recurso especial. Transporte interestadual de passageiros. Usuário deixado em parada obrigatória. Culpa exclusiva do consumidor. 1. A responsabilidade decorrente do contrato de transporte é objetiva, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição da República e dos arts. 14 e 22 do Código de Defesa do Consumidor, sendo atribuído ao transportador o dever reparatório quando demonstrado o nexo causal entre o defeito do serviço e o acidente de consumo, do qual somente é passível de isenção quando houver culpa exclusiva do consumidor ou uma das causas excludentes de responsabilidade genérica (arts. 734 e 735 do Código Civil). 2. Deflui do contrato de transporte uma obrigação de resultado que incumbe ao transportador levar o transportado incólume ao seu destino (art. 730 do CC), sendo certo que a cláusula de incolumidade se refere à garantia de que a concessionária de transporte irá empreender todos os esforços possíveis no sentido de isentar o consumidor de perigo e de dano à sua integridade física, mantendo-o em segurança durante todo o trajeto, até a chegada ao destino final. (...)¹

Para que seja reconhecida a obrigação de indenizar imposta à empresa de transporte coletivo de passageiros, basta a verificação da conduta administrativa, do resultado danoso e do nexo causal entre este e o fato lesivo, dispensada a prova da culpa do agente ou mesmo da falha do serviço em geral. Lado outro, pode a concessionária, a fim de eximir-se da responsabilidade,

demonstrar a ocorrência de força maior ou de caso fortuito, ou, ainda, que tenha havido culpa exclusiva da vítima no episódio acidentário.

No caso em apreço, é incontroversa a ocorrência do fato, a existência do dano e o nexo de causalidade entre eles, porque não há dúvidas de que a vítima caiu ao descer do ônibus pertencente à empresa Rápido Araguaia Ltda. e que, em virtude do sinistro, sofreu lesões irreversíveis, com a amputação do membro inferior direito, conforme demonstram os documentos de fls. 20/26 (autos físicos digitalizados).

Também, das provas produzidas não emerge, estreme de dúvidas, a culpa exclusiva da vítima. Ao revés, o conteúdo material do processo aponta para a relevante contribuição do condutor do coletivo para a ocorrência do sinistro ao arrancar com o veículo sem que a autora tivesse desembarcado completamente. E, ainda, contribuiu para o agravamento da situação ao atropelar a vítima depois que ela se desequilibrou e caiu embaixo do ônibus. Corroboram a versão o boletim de ocorrência e a informante Maria Rita de Souza na oportunidade da audiência de instrução e julgamento. Assim, o acidente e as lesões encontram-se demonstradas e o nexo de causalidade comprovado pelo Relatório Médico de fl. 20 (autos físicos digitalizados). Veja o trecho a seguir:

Declaramos para os devidos fins que após análise em nossos arquivos e no prontuário médico, constatamos que Maria Gomes Vilela foi admitido(a) neste Hospital no dia 28.02.2015 às 15h e 04min, vítima de acidente de trânsito (conforme relato), apresentando: extenso ferimento em pé direito com desenlucamento de todo o pé e parte da perna, extensa lesão de partes moles e fratura exposta de terço distal da tíbia direita com cominuição e perda de substância.

Da análise do conjunto probatório, tem-se que a parte autora cumpriu com o ônus processual que lhe competia, nos termos do artigo 373, inciso I, do CPC, pois demonstrou a ocorrência do sinistro, a existência do dano e o nexo de causalidade entre eles. Por outro lado, nos termos do artigo 373, inciso II, do CPC, a parte ré apelante não se desincumbiu do ônus de demonstrar a existência de culpa exclusiva da vítima ou, ainda, culpa concorrente.

Assim, inafastável o dever de indenizar da empresa ré apelante.

No tocante aos danos morais e estéticos, admissível a cumulação com fundamento na Constituição Federal, art. 5º, inciso V, que prevê a reparação de três tipos de danos: material, moral e à imagem. Não só é possível mas também justa a cumulação do dano estético com o dano moral, por tratar-se de diferentes formas de danos à pessoa, atingindo bens da vida diversos. O dano estético ofende um dos direitos da personalidade, o direito à integridade física, enquanto que o dano moral é o dano a imagem social, afetando a parte afetiva de seu patrimônio moral.

O Superior Tribunal de Justiça, por meio do entendimento sumular nº 387² admite a cumulação do dano moral e estético quando oriundos do mesmo fato, se inconfundíveis suas causas e passíveis de apuração em separado. Na hipótese em exame, idêntico fato básico gerou os danos morais e estéticos, os quais se apresentam de forma independente, acarretando, portanto, o dever de reparação de forma individualizada.

Assim, tendo em vista tratar-se de danos de natureza imaterial e extrapatrimonial não há como exigir que a parte lesada os prove pelos meios ordinários, bastando a comprovação da existência do nexu etiológico entre a conduta lesiva e os danos experimentados. Na verdade, o dano está evidenciado nas próprias circunstâncias do fato, chamado pela doutrina de dano moral **in re ipsa**, conforme explana Sérgio Cavalieri Filho³.

Neste ponto, a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe **in re ipsa**; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, **ipso facto** está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção **hominis** ou **facti**, que decorre das regras de experiência comum.

Assim, além do dano estético sofrido pela autora apelante (amputação da perna direita), o desconforto e a dor resultantes das lesões advindas do acidente, a vergonha e a tristeza experimentados pelo prejuízo em sua aparência e pela dificuldade de realizar as tarefas cotidianas, o tempo e o desgaste físico e emocional despendido com realização de exames, consultas e cirurgias, devem ser considerados para a fixação do valor da indenização.

Neste cenário, tem o julgador a liberdade e discricionariedade para avaliar e sopesar a dor e prejuízos experimentados pelo ofendido a fim de propiciar-lhe o adequado conforto material como forma de compensação, levando-se em conta o potencial econômico e social da parte obrigada, bem como as circunstâncias e a extensão do evento danoso. Desse modo, considerando que o magistrado de origem, para a fixação do **quantum**, levou em conta as peculiaridades do caso e observou os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, hei por bem manter o valor indenizatório em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), a título de danos morais, e R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), em relação aos danos estéticos.

A indenização na forma de pensionamento mensal também merece ser mantida como sentenciada. Certo é que tal indenização justifica-se pela restrição à vítima para o exercício de suas atividades cotidianas, em razão da amputação sofrida por conta do sinistro narrado na inicial. De modo que a autora apelada dependerá de assistência por toda a sua vida, fazendo jus ao pensionamento mensal a fim de custear despesas decorrentes de sua incapacidade. O art. 949, CC é claro ao prever que No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

De sorte que, neste ponto, a sentença também não merece reparos.

Todavia, no que se refere ao dimensionamento dos ônus da sucumbência, o entendimento sumular nº 326/STJ, é que Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca. Assim, considerando que a empresa ré apelante restou vencida na totalidade dos pedidos, e por se tratar de matéria de ordem pública, de ofício, determino que arque integralmente com o pagamento dos ônus sucumbenciais.

Com o propósito de dar efetividade ao regramento processual contido no art. 85, § 11, CPC/2015, majoro os honorários advocatícios para 17% (dezesete por cento) sobre o valor da condenação.

De todo exposto, conheço do apelo e nego-lhe provimento. De ofício, determino que as custas processuais e os honorários advocatícios sejam suportados integralmente pela parte ré apelante.

Documento datado e assinado no próprio sistema.

¹STJ, Quarta Turma, REsp 1354369/RJ, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, julgado em 05.05.2015, DJe 25.05.2015.

² É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.

³ Programa de Responsabilidade Civil. 5ª ed. SP: Malheiros, 2004, p. 100/101.

Apelação Cível nº 0334683.79.2016.8.09.0041

Comarca de Estrela do Norte

Apelante: Maria Nirce Machado da Silva

Apelado: CELG Distribuidora de Energia Elétrica S/A

Relator: Des. Carlos Alberto França

EMENTA: Apelação Cível. Ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais e lucros cessantes. Instalação imediata de rede de energia elétrica. Programa Luz para Todos. Necessidade de observância do calendário homologado pela ANEEL. Ingerência do Poder Judiciário. Dano moral e lucros cessantes. Ausência de ato ilícito.

I - O Programa Nacional de Universalização do Acesso e Uso de Energia Elétrica (Luz para Todos) foi implementado pelo Decreto nº 4.873, de 11 de novembro de 2003, destinado a propiciar o atendimento em energia elétrica à parcela da população do meio rural brasileiro que ainda não possuísse acesso a esse serviço público.

II - Não há como compelir a ré/apelada a instalar, de imediato, a rede de energia elétrica pretendida pela autora/apelante, ignorando-se o cronograma homologado pela própria ANEEL para a viabilização da instauração do Programa Luz para Todos, devendo ser observado o prazo final fixado para a execução do referido programa, qual seja, o dia 31.12.2018.

III - Impor que a obrigação seja cumprida de imediato, com alteração das metas e prazos estabelecidos para a instituição do Programa Luz

para Todos, representaria ingerência do Poder Judiciário aos critérios de conveniência e oportunidade do ato administrativo e, conseqüentemente, ofensa ao princípio da separação de poderes.

IV - Inexiste ato ilícito a ensejar a reparação por danos morais e lucros cessantes postulada, posto que a concessionária ré/apelada encontra-se dentro do prazo previsto na Resolução nº 1998/2005 para a instalação da rede de energia elétrica na propriedade da autora/apelante, não havendo falar, portanto, em demora injustificada ou inércia no fornecimento do serviço público. Apelação Cível conhecida e desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de Apelação Cível nº 0334683.79.2016.8.09.0041, da Comarca de Estrela do Norte, figurando como apelante Maria Nirce Machado da Silva e como apelado CELG Distribuidora de Energia Elétrica S/A.

Acordam os integrantes da Terceira Turma Julgadora da Segunda Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, por unanimidade de votos, em conhecer do apelo e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator, proferido na assentada do julgamento e que a este se incorpora.

Votaram, além do Relator, o Desembargador Amaral Wilson de Oliveira e o Doutor José Carlos de Oliveira, Juiz de Direito Substituto em 2º Grau, atuando em substituição ao Desembargador Ney Teles de Paula.

Presidiu o julgamento o Desembargador Carlos Alberto França.

Esteve presente à sessão a Doutora Dilene Carneiro Freire, representando a Procuradoria-Geral de Justiça.

Goiânia, 12 de junho de 2018.

Des. Carlos Alberto França - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta por Maria Nirce Machado da Silva, objetivando a reforma da sentença (evento nº 03, arquivo nº 29), proferida pelo MM. Juiz de Direito da Escrivania da Infância e Juventude e 1ª Vara Cível da Comarca de Estrela do Norte, Dr. Andrey Máximo Formiga, nos autos da ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais e lucros cessantes com pedido de antecipação de tutela, ajuizada em desfavor de CELG Distribuidora de Energia Elétrica S/A.

A parte dispositiva da sentença vergastada recebeu a seguinte redação:

“Isto posto, resolvo o mérito nos termos da art. 487, inciso I do Código de Processo Civil e julgo improcedente o pedido formulado pela autora na peça matriz.

Condeno a parte requerente ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que ora arbitro em 10 % (dez por cento) sobre a valor atribuído à ação nos termos do artigo 85 de Código de Processo Civil, todavia suspendo a exigibilidade nos termos do artigo 98, § 3º da Lei 13.105/2015.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.”

Inconformada, a requerente apela (evento 03, arquivo 31).

Em suas razões recursais, após o relato sobre os fatos processuais, a apelante aduz não merecer prosperar a sentença atacada, argumentando, para tanto, que o Programa Luz pra Todos, destinado a propiciar o atendimento em energia elétrica a parcela da população do meio rural, foi implementado pelo Decreto nº 4.873/2003, contudo, até o presente momento não foi o serviço de energia elétrica instalado na propriedade da insurgente.

Refuta a alegação da ré/apelada no sentido de que o projeto de universalização estaria dentro do prazo estabelecido pelo Decreto nº 8.387/2014, razão pela qual não procedeu a instalação solicitada, posto que requereu administrativamente a instalação da rede de energia elétrica em sua propriedade há mais de cinco anos, o que ainda não foi atendido.

Ressalta que “a ausência de eletrificação a esta família, independentemente da destinação do imóvel, têm-lhes implicado numerosas limitações, que sem dúvidas afetam de forma essencial as suas vidas, bem como as atividades agrícolas desenvolvidas pelo proprietário”.

Destaca, ainda, que “há que prevalecer as normas que resguardam a dignidade da pessoa humana considerando a essencialidade do fornecimento de energia elétrica, cuja ausência poderá resultar em grave comprometimento da ordem pública, seja na área de saúde, na educação ou no comércio”.

Afirma que o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 22, determina que a Administração Pública deve fornecer a prestação de serviço público essencial de forma adequada, eficiente, segura e contínua, o que visa efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana e os ditames do artigo 37 da Constituição Federal.

Defende a caracterização de dano moral indenizável na espécie, em virtude da demora na instalação da rede de energia elétrica solicitada em sua propriedade.

Colaciona julgados com o escopo de socorrer o direito angariado.

Destaca que a indenização moral pretendida deve ser arbitrada de acordo com a situação financeira das partes, sendo suficiente a reprimir e desestimular a reiteração do ato ilícito.

Requer, ao final, o conhecimento e provimento do apelo, para a reforma da sentença atacada e procedência dos pedidos exordiais.

Ausência de preparo, por ser a recorrente beneficiária da gratuidade da justiça.

Contrarrazões ofertadas pela parte ré/apelada no evento 03, documento 34, no sentido do conhecimento e desprovimento do recurso.

É o relatório.

Peço a inclusão em pauta para julgamento do apelo.

Goiânia, 25 de maio de 2018.

Des. Carlos Alberto França - Relator

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, impende o conhecimento do recurso.

Conforme relatado, trata-se de apelação cível interposta por Maria Nirce Machado da Silva, objetivando a reforma da sentença (evento nº 03, arquivo nº 29), proferida pelo MM. Juiz de Direito da Escrivania da Infância e Juventude e 1ª Vara Cível da Comarca de Estrela do Norte, Dr. Andrey Máximo Formiga, nos autos da ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais e lucros cessantes com pedido de antecipação de tutela, ajuizada em desfavor de CELG Distribuidora de Energia Elétrica S/A.

A parte dispositiva da sentença vergastada recebeu a seguinte redação:

“Isto posto, resolvo o mérito nos termos da art. 487, inciso I do Código de Processo Civil e julgo improcedente o pedido formulado pela autora na peça matriz.

Condeno a parte requerente ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que ora arbitro em 10 % (dez por cento) sobre a valor atribuído à ação nos termos do artigo 85 de Código de Processo Civil, todavia suspendo a exigibilidade nos termos do artigo 98, § 3º da Lei 13.105/2015.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.”

Inconformada, a requerente apela (evento 03, arquivo 31).

Em suas razões recursais, após o relato sobre os fatos processuais, a apelante aduz não merecer prosperar a sentença atacada, argumentando, para tanto, que o Programa Luz pra Todos, destinado a propiciar o atendimento em energia elétrica a parcela da população do meio rural, foi implementado pelo Decreto nº 4.873/2003, contudo, até o presente momento não foi o serviço de energia elétrica instalado na propriedade da insurgente.

Refuta a alegação da ré/apelada no sentido de que o projeto de universalização estaria dentro do prazo estabelecido pelo Decreto nº 8.387/2014, razão pela qual não procedeu a instalação solicitada, posto que requereu administrativamente a instalação da rede de energia elétrica em sua propriedade há mais de cinco anos, o que ainda não foi atendido.

Ressalta que “a ausência de eletrificação a esta família, independentemente da destinação do imóvel, têm-lhes implicado numerosas limitações, que sem dúvidas afetam de forma essencial as suas vidas, bem como as atividades agrícolas desenvolvidas pelo proprietário”.

Destaca, ainda, que “há que prevalecer as normas que resguardam a dignidade da pessoa humana considerando a essencialidade do fornecimento de energia elétrica, cuja ausência poderá resultar em grave comprometimento da ordem pública, seja na área de saúde, na educação ou no comércio”.

Afirma que o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 22, determina que a Administração Pública deve fornecer a prestação de serviço público essencial de forma

adequada, eficiente, segura e contínua, o que visa efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana e os ditames do artigo 37 da Constituição Federal.

Defende a caracterização de dano moral indenizável na espécie, em virtude da demora na instalação da rede de energia elétrica solicitada em sua propriedade.

Colaciona julgados com o escopo de socorrer o direito angariado.

Destaca que a indenização moral pretendida deve ser arbitrada de acordo com a situação financeira das partes, sendo suficiente a reprimir e desestimular a reiteração do ato ilícito.

Requer, ao final, o conhecimento e provimento do apelo, para a reforma da sentença atacada e procedência dos pedidos exordiais.

Ausência de preparo, por ser a recorrente beneficiária da gratuidade da justiça.

Contrarrazões ofertadas pela parte ré/apelada no evento 03, documento 34, no sentido do conhecimento e desprovimento do recurso.

Pois bem.

Conforme se sabe, o Programa Nacional de Universalização do Acesso e Uso de Energia Elétrica (Luz para Todos) foi implementado pelo Decreto nº 4.873, de 11 de novembro de 2003, destinado a propiciar o atendimento em energia elétrica à parcela da população do meio rural brasileiro que ainda não possuísse acesso a esse serviço público.

O Decreto nº 7.520/2011 prorrogou os prazos anteriormente estipulados para a execução do referido programa, para o dia 31.12.2018.

A propósito:

“Art. 1º Fica instituído o Programa Nacional de Universalização do Acesso e Uso da Energia Elétrica - "Luz Para Todos", até o ano de 2018, destinado a propiciar o atendimento em energia elétrica à parcela da população do meio rural que não possui acesso a esse serviço público.

Art. 3º As solicitações para o atendimento de domicílios rurais com ligações monofásicas ou bifásicas, destinadas a famílias de baixa renda, conforme definido pelo Decreto nº 6.135, de 26 de junho de 2007, inscritas no Cadastro Único para Programas Sociais - CAD Único do Governo federal, quando não enquadradas nas condições de que tratam os §§ 1º e 2º do art. 1º, deverão receber recursos da CDE, a título de subvenção econômica, para a instalação do ramal de conexão, do kit de instalação interna e do padrão de entrada sem o medidor, conforme regulação da ANEEL.

Art. 5º A estrutura do Programa "Luz Para Todos", até o ano de 2018, será composta de um Comitê Gestor Nacional de Universalização e dos Comitês Gestores Estaduais, que exercerão a gestão compartilhada do Programa.

Art. 7º As prioridades e as alternativas tecnológicas para os atendimentos previstos no Programa "Luz Para Todos", até o ano de 2018, observarão o disposto no Manual de Operacionalização e no Manual de Projetos Especiais, a serem editados pelo Ministério de Minas e Energia.”

Por sua vez, a ANEEL editou a Resolução nº 1.998/2015, homologando o resultado da revisão do plano de universalização rural da CELG, ora ré/apelada, estabelecendo como limite do prazo o ano de 2019 e não mais 2018, observada a tabela para o alcance das zonas rurais sob sua concessão.

Na Tabela 3 do Anexo à Resolução nº 1.998/2015, consta que o Município de Mutunópolis, local onde se encontra o imóvel rural da autora/apelante, deverá ser atendido até o dia 31.12.2018, o que está em consonância com o Decreto nº 8.387/2014, prazo ainda não alcançado na espécie.

Importante destacar, ainda, que a CELG/ré/apelada explica que as famílias com assentamento de Mutunópolis fazem parte do Projeto nº 69771, que prevê a realização das obras para instalação da rede de energia elétrica vindicada dentro dos critérios técnicos estabelecidos pelo Programa Luz para Todos, não havendo, portanto, na espécie, inércia ou demora na efetivação do projeto, que se encontra dentro do cronograma previamente estabelecido.

Com efeito, o projeto de universalização do acesso ao fornecimento de energia elétrica atende a uma ordem de prioridade e está condicionado à prévia análise da viabilidade técnica e econômica da companhia apelada em realizá-lo.

Assim sendo, na situação em tela, não há como compelir a ré/apelada a instalar, de imediato, a rede de energia elétrica pretendida pela autora/apelante, ignorando-se o cronograma homologado pela própria ANEEL para a viabilização da instauração do Programa Luz para Todos, devendo ser observado o prazo final fixado para a execução do referido programa, qual seja, o dia 31.12.2018.

Destarte, como muito bem ponderou o magistrado sentenciante, “conquanto a promovente tenha feito prova da natureza rural do imóvel em questão conforme documento jungido às fls. 30 dos autos, bem como da inscrição no Programa "Luz para Todos" em 23.06.2012, e em que pese a Lei 7.783/89 incluir, dentre o que definiu como serviços essenciais, em seu artigo 10, inciso I, a distribuição de energia elétrica, tenho que a pretensão autoral não encontra amparo legal”.

Ressalte-se que este Relator não ignora que a ausência de eletrificação à autora/recorrente implica em numerosas limitações, que, sem dúvida, afetam de forma essencial sua vida e de sua família, bem como suas atividades.

Ademais, não fecha os olhos para as normas que resguardam a dignidade da pessoa humana, considerando a essencialidade do fornecimento de energia elétrica, cuja ausência poderá resultar em grave comprometimento da ordem pública, seja na área de saúde, na educação ou no comércio.

Entretanto, conforme acima explanado, não há como impor à ré/apelada de instale, de imediato, a rede de energia elétrica na propriedade da autora/apelante, sob pena de compeli-la a obrigação inexecutável, mormente ante a existência de calendário homologado pela ANEEL para a efetivação da instalação da rede de energia elétrica nas zonas rurais sob sua concessão.

Ademais, impor que a obrigação seja cumprida de imediato, com alteração das metas e prazos estabelecidos para a instituição do Programa Luz para Todos, representaria ingerência

do Poder Judiciário aos critérios de conveniência e oportunidade do ato administrativo e, conseqüentemente, ofensa ao princípio da separação de poderes.

Sobre o tema:

“Agravo de instrumento. Ação de obrigação de fazer. Instalação de rede de energia elétrica. Imóvel rural. Cronograma de instalação do programa luz para todos editado junto a ANEEL para o ano de 2016. I - Não cabe ao Judiciário, substituindo-se ao administrador, estabelecer prazos distintos daqueles fixados para atendimento das metas do Programa de Universalização Luz para Todos, alterando o cronograma de implementação de uma política pública estabelecida pelo Governo Federal. II - A dignidade da pessoa humana e a essencialidade do serviço não podem ser os únicos fundamentos para compelir a concessionária a fornecer energia elétrica em prazo inferior ao fixado pela agência reguladora do setor.” (TJMA. AI 0341372015 MA 0006684-63.2015.8.10.0000, 1ª Câmara Cível, Relator Desembargador Jorge Rachid Mubárack Maluf. DJ em 14.10.2015)

“Apelação cível. Preliminar. Intempestividade. Inexistência. Ação ordinária de obrigação de fazer. "programa luz para todos". Política pública. Inviabilidade de impor sua execução. Apelo adesivo. Danos morais. Inocorrência. A primeira apelação é tempestiva, já que protocolizada nos moldes da Resolução 642/2010, com a modificação introduzida pela Resolução 655/2011. O "Programa Luz para Todos" traduz política pública, que se desenvolve na medida da disponibilidade de recursos governamentais. Não consta dos autos prova hábil a comprovar a disponibilidade dos necessários recursos financeiros que custearão a instalação da energia elétrica no imóvel dos autores. - Apelação adesiva. A situação configura mero dissabor, próprio da vida em sociedade, incapaz, portanto, de gerar tamanho sofrimento e abalo psicológico, hábeis a ensejar indenização pleiteada. - Primeiro recurso provido. Apelo adesivo não provido. (TJMG, Apelação Cível 1.0701.12.000645-0/001, Relator Desembargador Alvim Soares, 4ª Câmara Cível, julgamento em 14.03.2013, publicação da súmula em 19.03.2013)

Assim sendo, não merece reparos a sentença recorrida nesse ponto.

Em relação ao pedido de condenação da ré/apelada ao pagamento de indenização pelos danos morais e lucros cessantes porventura suportados pela parte autora/apelante, pedidos acessórios ao principal, entendo que, na situação em comento, inexistente ato ilícito a ensejar a reparação vindicada, posto que, conforme acima explicado, a concessionária ré/apelada encontra-se dentro do prazo previsto na Resolução nº 1998/2005 para a instalação da rede de energia elétrica na propriedade da autora/apelante, não havendo falar, portanto, em demora injustificada ou inércia no fornecimento do serviço público.

A propósito:

“Apelação cível. Dano moral. Relação contratual. Fornecimento de energia elétrica. Imóvel rural. Programa luz para todos. Atraso na instalação. Descumprimento contratual que não gera dano moral. 1. A diferenciação entre responsabilidade civil contratual e extracontratual se faz necessária, pois o inadimplemento contratual nem sempre

resultará em dano moral indenizável; 2. O inadimplemento contratual é ato previsível e ordinário, cuja resolução se resolve mediante a previsão de sanção pecuniária e indenização por danos materiais, incluindo-se danos emergentes e lucros cessantes; 3- O atraso na implantação do sistema de fornecimento de energia elétrica em imóvel rural beneficiado pelo Programa Luz Para Todos não caracteriza, por si só, abalo moral indenizável.” (TJMG. AC 10280130024332001, 4ª Câmara Cível, Relator Desembargador Renato Dresch, DJ em 14.06.2017)

“Administrativo. Responsabilidade civil. Programa "luz para todos". Atraso na instalação da energia na propriedade do autor. Danos materiais e morais. Ausência de comprovação. Improcedência do pedido. Não é possível condenar a concessionária quando não há comprovação de dano material ou moral decorrente do atraso na instalação de energia elétrica no âmbito do programa "Luz Para Todos". Hipótese na qual o autor não tinha acesso ao serviço de energia anteriormente e não comprovou qualquer prejuízo em razão do atraso deve ser julgado improcedente o pedido. (TJMG, Apelação Cível 1.0528.14.001842-5/001, Relator Desembargador Alberto Vilas Boas, 1ª Câmara Cível, julgamento em 28.03.2017, publicação da súmula em 31.03.2017)

Não prospera, portanto, a irrisignação recursal também nesse ponto.

Ao teor do exposto, conheço do recurso de apelação e nego-lhe provimento, mantendo a sentença recorrida por estes e seus próprios fundamentos.

Majoro, nesta fase recursal, os honorários advocatícios arbitrados na sentença em 2% sobre o valor atualizado da causa, totalizando a verba honorária, portanto, 12% do valor atualizado da ação, cuja exigibilidade encontra-se suspensa, por ser a parte autora beneficiária da gratuidade da justiça, nos termos do artigo 98, § 3º, do Código de Processo Civil.

É como voto.

Goiânia, 12 de junho de 2018.

Des. Carlos Alberto França - Relator

Apelação Cível nº 0137977.64.2014.8.09.0051

Apelante: Vandir Silva

Apelado: Estado de Goiás

Relator: Des. Carlos Escher

4ª Câmara Cível

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ALEGAÇÃO DE ERRO JUDICIÁRIO. PRISÃO PREVENTIVA E POSTERIOR SENTENÇA PENAL

ABSOLUTÓRIA.

I - As Cortes Superiores já sedimentaram construção exegética no sentido de que a responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos judiciais.

II - A partir desse raciocínio, tem-se que a prisão cautelar constitui evento autônomo, desvinculado da futura sentença criminal, mesmo nas hipóteses de absolvição.

III - Logo, haverá erro judiciário, **ex vi** do art. 5, LXXV, da CF/88, tão somente se a custódia preventiva revelar equivocidade inescusável, a exemplo do excesso de prazo ou ausência de fundamentação plausível para sustentar a segregação processual.

IV - Observados rigorosamente todos os requisitos para a prisão preventiva, não há que se falar em responsabilidade civil do ente público em virtude da ulterior absolvição do sujeito recluso perante o Tribunal do Júri.

APELO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as supra indicadas.

Acordam os componentes da 2ª Turma Julgadora da 4ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, à unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Votaram com o Relator, o Desembargador Kisleu Dias Maciel Filho e o Dr. Sebastião Luiz Fleury (subst. da Des. Elizabeth Maria da Silva).

Presidiu a sessão a Desembargadora Nelma Branco Ferreira Perilo.

Presente a ilustre Procuradora de Justiça Dra. Orlandina Brito Pereira.

Goiânia, 08 de fevereiro de 2018.

Des. Carlos Escher - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação, interposto por Vandir Silva, qualificado e representado, contra a sentença de evento nº 08, proferida pela MMª. Juíza de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública Estadual desta capital, Dra. Zilmene Gomide da Silva Manzolli, nos autos da ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada em desproveito do Estado de Goiás, igualmente qualificado e representado.

A sentença solucionou a cizânia nos seguintes termos:

“Ante o exposto, julgo improcedente o pedido contido na inicial e, de consequência, em homenagem ao princípio da sucumbência, condeno o autor ao pagamento das custas

processuais e dos honorários advocatícios sucumbenciais, que, à luz do artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil, arbitro 10% (dez por cento) do valor da causa, ficando, porém, suspensa a sua exigibilidade pelo prazo de 5 (cinco) anos, posto que litiga sob o pálio da assistência judiciária gratuita nos moldes do artigo 12 da Lei nº 1.060/50.

Deixo de determinar a remessa necessária uma vez que a presente condenação não se encaixa nos ditames do artigo 496 e incisos do Código de Processo Civil.”

Descontente com o pronunciamento, Vandir Silva interpõe o atual apelo (evento nº 12).

Aduz que nos autos de ação penal, foi acusado da prática de homicídio no município de Aragarças, por supostamente ter efetuado disparos com arma de fogo contra três pessoas, com resultado letal de uma delas e lesões corporais nas demais.

Observa, contudo, que após o oferecimento da denúncia e de todo o desenvolvimento processual penal, foi absolvido a pedido do Ministério Público, em sessão do Tribunal do Júri, tendo constado da ata da sessão de julgamento, a pedido do membro do *parquet*, que o apelante poderia ingressar com ação de indenização em face do Estado pelo tempo que ficou preso.

Defende que no transcorrer da ação penal, o apelante permaneceu encarcerado do dia 21 de março de 2008 a 24 de março de 2011, totalizando 1.098 dias de tolhimento à liberdade, até que o Poder Judiciário o declarasse inocente.

Alega que em decorrência da prisão, o recorrente foi expulso da Corporação da Polícia Militar, por ato do Comandante Geral, conforme Portaria nº 001792/2011.

Nesse contexto, entende que a sua prisão cautelar causou-lhe mancha na reputação, máxime porque noticiada por diversos meios de comunicação.

Argumenta que a demissão ocorreu unicamente em razão da prisão cautelar, pois que a Corporação viu-se constrangida de manter nos seus quadros um policial vinculado a grupo de extermínio.

Destaca que embora a aferição de dolo ou culpa pareça estar distante da visão constitucional de responsabilidade do ente federado, nesse caso, o próprio representante do Ministério Público reconheceu a existência de direito à indenização estatal.

Aponta como erro grave a sua permanência em prisão de segurança máxima, fato que lhe afrontou a dignidade humana, além de causar-lhe incomparável estresse, depressão, desemprego e privação da convivência familiar.

Reputa como excessivamente demasiado o período em que ficou preso cautelarmente. Aliás, sobre a prisão cautelar e sua finalidade, salienta que trata-se de prisão preventiva porque se destina a prevenir a execução da pena, sendo decretada apenas quando provável a condenação do réu.

Explica que a absolvição futura revela a ilegitimidade da prisão pretérita, e que, na presente situação, é inevitável não constatar o erro estadual, pois o órgão acusador, que inaugurou o processo-crime, permitindo a reclusão do apelante em prisão de segurança máxima, pediu a absolvição dele depois de quase três anos de privação de sua liberdade.

Desta forma, a sentença merece ser reformada, para que o Estado de Goiás seja condenado a reparar pelo erro cometido, indenizando o apelante pelos danos morais e materiais

sofridos e, ainda, que seja condenado ao pagamento de pensão vitalícia por ter sido injustamente excluído das fileiras da Corporação Militar.

À luz desses argumentos, pede que seja conhecido e provido o recurso de apelação, para reformar a sentença primeva, condenando a parte adversa ao pagamento de indenização por dano material no importe de R\$ 1.570.000,00 (um milhão, quinhentos e setenta mil reais) e dano moral no valor de R\$ 494.360,36 (quatrocentos e noventa e quatro mil, trezentos e sessenta reais e trinta e seis centavos), devidamente corrigidos.

Pede, mais, a reforma da sentença, para condenar o Estado de Goiás ao pagamento de pensão vitalícia no valor atrelado ao soldo que deveria o autor perceber caso estivesse ainda na corporação e fosse transferido para a reserva remunerada, no valor de R\$ 3.708,27 (três mil, setecentos e oito reais e vinte e sete centavos). Por fim, roga pela condenação do apelado ao pagamento de honorários advocatícios no importe de 20% (vinte por cento) sobre o valor atualizado da causa.

Dispensado o preparo, porque o apelante é beneficiário da gratuidade da justiça.

O Estado de Goiás apresentou suas razões de contrariedade (evento nº 14), verberando que não praticou ação ou omissão que gere danos morais ou materiais ao apelante, máxime porque a prisão cautelar foi empreendida segundo fortes indícios de participação em crime de homicídio e tentativa de homicídio.

Observa, noutro sentido, que não pratica ato ilícito quem age no exercício regular de direito, a teor do art. 188, I, do Código Civil.

Afirma que é possível depreender dos documentos colacionados que, ao contrário do que afirma o autor/recorrente, a manutenção de sua prisão, durante o processo de julgamento, seguiu todos os ritos previstos na Constituição e nas Leis do Processo, promovendo-se a expedição de mandado por Juiz competente, tendo sido conduzida sem excessos e de maneira normal, dentro dos ditames legais.

Defende que o art. 5º, LXXV, da Constituição da República, só prevê a responsabilidade do Estado no caso de prisão indevida, caracterizada por erro judiciário ou se o acusado ficar preso por tempo superior ao previsto em sua sentença, o que definitivamente não é o caso dos autos.

Com espeque nessas considerações, pede o desprovemento do apelo.

Ouvido a respeito, o ilustre Procurador de Justiça com atuação nesta instância revisora, Dr. Waldir Lara Cardoso, opinou pela desnecessidade de intervenção do *parquet*.

É, em síntese, o relatório.

Peço dia para julgamento.

Goiânia, 12 de dezembro de 2017.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso de apelação, dele conheço.

De início, observo que o imbróglio não admite julgamento monocrático, pois que a

discussão recursal nele versada (ou ao menos parte dela) não encontra respaldo em súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou desta Corte, bem menos está fulcrada em julgamento de recursos repetitivos ou em entendimento vaticinado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência, deixando, portanto, de se amoldar às hipóteses previstas no art. 932, incisos IV a V, do Código de Processo Civil.

Pois bem.

Do compulso atento deste caderno processual, verifico que o cerne do inconformismo recursal declinado por Vandir Silva cinge-se à sentença proferida em primeira instância que julgou improcedente a sua pretensão exordial para condenar o Estado de Goiás ao pagamento de indenização pelos danos morais e patrimoniais, além de pensionamento vitalício, decorrentes da prisão cautelar do autor.

De fato, a responsabilidade civil invocada pelo apelante encontra fundamento no art. 5º da Constituição Federal que, em seu inciso LXXV, assim dispõe:

“O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.”

Ocorre, porém, que a caracterização do erro judiciário pressupõe, neste caso, a ilegalidade ou abusividade do decreto da prisão ou no ato de sua manutenção, frente aos requisitos a serem observados pelo magistrado.

É dizer que a responsabilidade objetiva do Estado por atos judiciais só é possível nas hipóteses previstas em lei, sob pena de amesquinamento da sua atividade soberana na aplicação do ordenamento jurídico e na imposição da justiça.

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal:

“Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Processual Civil e Administrativo. Indeferimento de prova testemunhal. Ausência de repercussão geral. Responsabilidade civil do Estado. Prisão cautelar determinada no curso de regular inquérito policial. Não indiciamento do investigado. Danos morais. Dever de indenizar. Descabimento. Fatos e provas. Reexame. Impossibilidade. Precedentes. 1. O Plenário da Corte, no exame do ARE nº 639.228/RJ, Relator o Ministro Cezar Peluso, concluiu pela ausência de repercussão geral do tema relativo à suposta violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa nos casos de indeferimento de produção de provas no âmbito de processo judicial, dado o caráter infraconstitucional da matéria. 2. O Tribunal de Justiça concluiu, com base nos fatos e nas provas dos autos, que não foram demonstrados, na origem, os pressupostos necessários à configuração da responsabilidade extracontratual do Estado, haja vista que a prisão preventiva a que foi submetido o ora agravante foi regular e se justificou pelas circunstâncias fáticas do caso concreto, não caracterizando erro judiciário posterior não indiciamento do investigado. Incidência da Súmula nº 279/STF. 3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que, salvo nas hipóteses de erro judiciário, de prisão além do tempo fixado na sentença - previstas no art. 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal -, bem como nos casos previstos em lei, a regra é a de que o art. 37, § 6º, da Constituição

não se aplica aos atos jurisdicionais quando emanados de forma regular e para o fiel cumprimento do ordenamento jurídico. 4. Agravo regimental não provido.” (ARE 939966 AgR, Relator Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 15.03.2016, publicado em 18.05.2016) (negritei)

“Agravo regimental em recurso extraordinário. Responsabilidade civil objetiva do estado por ato do poder judiciário. Autor da ação preso em flagrante. Posterior anulação do processo em razão de ilicitude de prova declarada pelo STF. Erro judiciário não configurado. Súmula 279/STF. Para dissentir da solução conferida pelo Tribunal de origem à controvérsia, relativa à ocorrência, ou não, de erro judiciário, faz-se necessária uma nova apreciação dos fatos e do material probatório constantes dos autos (incidência da Súmula 279/STF). O Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento de que a responsabilidade civil objetiva do Estado não alcança os atos judiciais praticados de forma regular, salvo nos casos expressamente declarados em lei. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.” (RE 479108 AgR, Relator Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 10.09.2013, publicado em 27.09.2013) (destaquei)

“Constitucional. Recurso extraordinário. Ofensa à constituição. Súmula 279-STF. Responsabilidade objetiva do estado. Poder judiciário. I - Somente a ofensa direta à Constituição autoriza a admissão do recurso extraordinário. II - O acórdão recorrido partiu da análise do contexto fático-probatório trazido aos autos, o que, por si só, seria suficiente para impedir o processamento do recurso extraordinário (Súmula 279-STF). III - A responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos dos juízes, a não ser nos casos expressamente declarados em lei. Precedentes do STF. IV - Agravo não provido.” (AI 486143 AgR, Relator Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 21.09.2004) (grifei)

Na espécie, não vislumbro qualquer abusividade no ato judicial consistente no decreto de prisão preventiva do apelante, tampouco na manutenção do recorrente em estabelecimento prisional enquanto aguardava o seu julgamento pelo Tribunal do Júri.

Com efeito, a decisão que culminou no cerceamento da liberdade do apelante foi proferida segundo robusto conjunto de provas que confirmavam, ao menos num primeiro momento, todos os pressupostos necessários à prisão de Vandir Silva.

Sobre a materialidade do fato criminoso imputado ao recorrente, o ilustre magistrado processante da denúncia assim fundamentou:

“A materialidade dos fatos está plenamente comprovada pelos laudos de exames médicos legais acostados aos autos, que atestam a existência das lesões nas vítimas Rosalino Rodrigues da Silva (fls. 187-192) e Leandro Peres Vargas (fls. 193-198), e na certidão que confirma o óbito de Arlindo Pereira dos Santos (fls. 56), além das fotografias tiradas no local, que demonstram os vestígios deixados pelos disparos de arma de fogo efetuados no local (fls. 66-68), que também teriam por alvo a vítima João Bosco Pereira dos Santos conforme seu depoimento em delegacia, onde afirmou que ‘quando o depoente foi argumentar o porquê dos disparos, o conduzido efetuou um disparo contra

o depoente' (fls. 14-15) e em juízo (fls. 221-222)." (destaquei)

No que concerne à autoria, também existiam indícios em desfavor do acusado/apelante.

Confira-se:

"Quanto à autoria, existem indícios suficientes de que o acusado foi o autor dos disparos que ocasionaram as lesões nas vítimas. Todas as testemunhas confirmam que presenciaram o acusado desferindo os disparos (...)." (negritei)

A conclusão pela competência do Tribunal do Júri surge desse conjunto de ponderações, senão vejamos:

"Dessa forma, existem indícios suficientes da autoria do fato, o que, junto com a certeza da autoria delitiva, impõe que a apreciação dos fatos seja feita pelo egrégio Tribunal do Júri, que detém a competência constitucional para tanto, cláusula pétrea insculpida no art. 5º, XXXVIII, da Constituição da República." (grifei)

Por essas razões que julgou procedente a denúncia para pronunciar Vandir Silva, ocasião em que manteve a prisão preventiva, nos seguintes termos:

"Ante o exposto, com fundamento no artigo 408 do Código de Processo Penal, julgo procedente a denúncia para pronunciar o acusado Vandir Silva (...), a fim de que, seja oportunamente submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Tendo em vista que o acusado permaneceu cautelarmente preso durante toda a instrução criminal e não tendo havido qualquer modificação relevante na situação fática, entendo ainda subsistirem os motivos para a manutenção de sua prisão preventiva. (fl. 66) (grifei)

E os fundamentos para a reclusão foram assim relacionados:

"No que tange ao **fumus delicti**, o fato de o réu ter sido pronunciado nesta sentença indica que existem suficientes indícios de autoria dos fatos. Quanto ao **periculum in mora** tenho que a custódia cautelar é necessária para a garantia da ordem pública, ou seja, para evitar a reiteração criminosa.

Quanto ao **periculum libertatis** é necessária a análise dos fatos objetivos constantes do processo que indiquem a real necessidade da manutenção da prisão preventiva do réu. O fato de o acusado ser policial militar, autoridade pública que tem por uma das funções garantir a segurança pública, e já ter sido pronunciado em outro processo da mesma natureza é, por si só, motivo para que a população e as testemunhas arroladas na denúncia fiquem amedrontadas, gerando uma violação da ordem pública.

Dessa forma, para que seja garantida a ordem pública, com o fim de evitar a reiteração criminosa, mantenho a prisão preventiva do acusado e recomendo-o na prisão em que se encontra." (fls. 66/67)

A partir desses episódios, é possível depreender que a ordem de prisão (e de sua manutenção) observou critérios técnicos que justificavam a medida preventiva, considerando a situação narrada na peça de denúncia e que foi devidamente comprovada mediante depoimentos testemunhais, além da situação de o recorrente ser policial militar e estar envolvido numa situação que culminou na morte de uma pessoa e na tentativa de homicídio de outras duas.

À ocasião, portanto, a prisão era mais que justificável, de modo que o cerceamento da liberdade do apelante ocorreu segundo o estrito cumprimento do dever legal.

E o recolhimento à prisão foi ratificado por este Tribunal quando do julgamento de **habeas corpus** impetrado em benefício do apelante, conforme acórdão de fls. 73/81 dos autos de origem, assim redigido:

“Habeas corpus. Artigo 121, parágrafo segundo, IV e V, por uma vez, c/c o artigo 121, parágrafo segundo, IV e V, C/C artigo 14, II, por três vezes. Excesso de prazo para conclusão do sumário da culpa, sequer designou-se data para realização do júri. Acusado que teve mantida sua prisão na pronúncia. Súmula 21 do STJ. Ausentes os motivos ensejadores da prisão preventiva. Decisão de pronúncia mantida. Devidamente fundamentada. Decisão do STF apontada como paradigma. Presunção de inocência. Bons predicados pessoais. I - Não há que se falar em excesso de prazo de prisão que foi mantida na decisão de pronúncia, porque, a custódia agora, é a novo título, em conformidade com a Súmula 21 do STJ. II - A manutenção da prisão do paciente na decisão de pronúncia encontra-se devidamente fundamentada. III - Muito embora os tribunais superiores já tenham decidido, em alguns casos, que a execução provisória da prisão não pode ser feita enquanto houver recursos pendentes, resta ainda o entendimento que vem sendo firmado nesta casa de leis, que tal aplicação não poderá ser ampla, geral e irrestrita. (...) V - os bons predicados pessoais de '*per se*', não impedem a manutenção da prisão, quando necessária. VI - Ordem conhecida e improvida.” (TJGO, **Habeas-Corpus** 34863-5/217, Relator Desembargador Prado, 2ª Câmara Criminal, julgado em 12.05.2009, DJe 341 de 26.05.2009) (grifei e sublinhei)

E o processo penal teve o seu trâmite regular, vindo o caso a ser julgado perante o Tribunal do Júri, em 24.03.2011 (fls. 107/110).

É certo que durante a sessão, o membro do Ministério Público pediu a absolvição do apelante, com o que acordou o conselho de sentença (fls. 111/114). Entretanto, a absolvição do recorrente não conduz ao raciocínio peremptório de que houve erro no ato judicial que havia lhe decretado a prisão preventiva. Na realidade, a decisão judicial foi proferida segundo os estritos ditames legais, não gerando ao Estado a obrigação de indenizar por inexistência de ilegalidade, excesso de prazo ou abusividade.

É o entendimento preconizado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica dos seguintes precedentes:

“(...) 2. Por outro lado, “A jurisprudência desta Corte entende que a prisão cautelar, devidamente fundamentada e nos limites legais, não gera o direito à indenização em caso de posterior absolvição” (AgRg no REsp 1.295.573/RJ, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma, DJe 16.04.2012). 3. Agravo regimental não provido.” (AgRg no REsp 1266451/MS, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 20.09.2012, DJe 03.10.2012) (negritei)

“A jurisprudência desta Corte entende que a prisão cautelar, devidamente fundamentada e nos limites legais, não gera o direito à indenização em caso de posterior absolvição.”

(AgRg no REsp 1.295.573/RJ, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma, DJe 16.04.12) (destaquei)

“(...) Ainda que assim não fosse, esta Corte tem firmado o entendimento de que a prisão cautelar, devidamente fundamentada e nos limites legais, não gera o direito à indenização em face da posterior absolvição por ausência de provas.” Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 945.435/PR, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 06.08.2009, DJe 25.08.2009) (grifei)

Este Sodalício também caminha na mesma esteira, senão vejamos:

“Apelação cível. Ação de indenização por danos morais e materiais. Alegação de erro judiciário. Prisão preventiva e posterior sentença penal absolutória por negativa de autoria. Sentença de improcedência mantida. 1. A prisão preventiva tem natureza acautelatória e funda-se em um juízo de cognição sumária, exigindo a lei, apenas, que haja indícios suficientes da autoria e prova da existência do crime. 2. No caso dos autos, restou comprovada que a decisão que decretou a segregação do indiciado foi devidamente fundamentada e legal, notadamente pela situação de foragido em que ele se encontrava. 3. A absolvição superveniente não macula de ilegalidade a decisão que havia decretado a prisão preventiva, uma vez que, naquele momento, estavam presentes os elementos que apontavam para a necessidade da mesma, além de indícios suficientes de autoria e prova da existência do fato. Recurso conhecido e desprovido.” (TJGO, Apelação Cível 209564-39.2010.8.09.0132, Relator Desembargador Norival Santomé, 6ª Câmara Cível, julgado em 16.05.2017, DJe 2274 de 25.05.2017) (grifei)

“Apelação cível. Ação indenizatória. Prisão em flagrante. Tráfico de drogas. Homologação e conversão em prisão preventiva. Posterior absolvição por falta de provas. Ilegalidade não reconhecida. Pretensão indenizatória afastada. Sentença mantida. 1. Não se considera ilegal a prisão cautelar devidamente fundamentada, com a presença concreta dos requisitos autorizadores, previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal. 2. A prisão cautelar, quando fundamentada e nos limites legais, não gera o direito à indenização em caso de posterior absolvição, notadamente se essa absolvição ocorre por insuficiência de provas. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Apelação desprovida.” (TJGO, Apelação (CPC) 0117863-59.2015.8.09.0087, Relator Zacarias Neves Coelho, Itumbiara - Vara da Fazenda Pública Estadual, julgado em 16.03.2017, DJe de 16.03.2017) (destaquei)

“Agravo regimental em apelação cível e remessa obrigatória. Ação de indenização moral. Sentença penal absolutória. Antecessora prisão preventiva. Ilegalidade automática em decorrência da absolvição. Improcedência. Pacíficas orientações jurisprudenciais das Cortes Superiores já sedimentaram construção exegética no sentido de que a responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos judiciais. A partir desse raciocínio, tem-se que a prisão cautelar constitui evento autônomo, desvinculado da futura sentença criminal, mesmo nas hipóteses de absolvição. Logo, haverá erro judiciário, **ex vi** do art. 5, LXXV, da CF/88, tão somente se a custódia preventiva revelar

equivocidade inescusável, a exemplo do excesso de prazo ou ausência de fundamentação plausível para sustentar a segregação processual. No caso concreto, todos os requisitos para a prisão preventiva da autora/agravante foram rigorosamente observados. Agravo regimental conhecido e improvido.” (TJGO, Duplo Grau de Jurisdição 310761-23.2009.8.09.0051, Relator Desembargador João Waldeck Félix de Sousa, 2ª Câmara Cível, julgado em 22.05.2012, DJe 1079 de 12.06.2012) (grifei)

Cumprido destacar, ainda, que o magistrado somente será responsabilizado caso atue com dolo ou culpa, devendo ser verificadas concretamente as condições em que tal responsabilidade é agitada.

Nas lições do professor Rui Stoco:

“(…) O art. 37, § 6º, dessa magna Carta, ao prever a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público, não especificou quais os entes responsáveis, nem exonerou quaisquer deles. (…)

Se assim é, sendo o Magistrado um agente público, poder-se-ia aferir que, então, em qualquer caso e mesmo em relação à atividade exercida pelo Poder Judiciário, incidiria, em tese, o art. 37, § 6º da CF/88, respondendo a Fazenda Pública pelos atos desses agentes que, nessa qualidade, causem danos a terceiros.

Mas, segundo nos parece, tal não ocorre, pois o legislador constitucional reservou para hipóteses que tais previsão expressa e apartada do princípio geral estabelecido no art. 37, § 6º. (…)

Como já observamos alhures, permitir que sem a existência de dolo ou fraude – tal como dispõe o art. 133 do CPC/73 e o art. 49 da LOMAN – seja responsabilizado o Estado pelos atos dos juízes seria contrariar a sua qualidade de Poder que permeia os órgãos judiciários, pois o Poder Judiciário, ao exercer função de dimana da própria soberania, qual seja decidir em última instância sobre a aplicabilidade e efetividade das normas, não iguala o seu agente ou órgão de poder (o julgador) ao administrador, que, ao revés, pratica atos de execução regrados e informados pelo princípio da legalidade, permitindo o amplo controle judicial da atividade administrativa e a direta responsabilização do Estado pelo funcionamento deletério do serviço público.

Mais ainda, em razão de atos dos juízes que possam eventualmente causar danos, não responde objetivamente o estado, salvo nos casos expressamente declarados em lei, impondo-se a apuração de comportamento doloso ou fraudulento desses agentes.

Ou seja, não incide a regra do art. 37, § 6º da CF/88, exigindo-se adequado exame do caso concreto e apuração do dolo ou fraude do Juiz, pelo fato de que, estando no exercício da atividade jurisdicional, assume o **status** de agente ou órgão de Poder. (…)

Seria absolutamente estranho responsabilizar e obter reparação do Estado por alegação de falta, falha, má-fé, fraude ou intenção deliberada de prejudicar ou privilegiar do Juiz, quando no exercício da atividade jurisdicional, sem que se comprove nenhuma das imputações, ou seja, dessas causas.” (in Tratado de responsabilidade civil – doutrina e jurisprudência, Tomo II, 9ª ed., SP: RT, 2013, p. 171.) (grifei)

A par dessas considerações, cabia ao autor trazer aos autos elementos para comprovar a existência de dolo ou fraude por parte do magistrado que determinou a prisão, ônus do qual não se desincumbiu, a teor do art. 373, I, do Código de Processo Civil.

Por conseguinte, considerando a regularidade da ação penal e do decreto da prisão preventiva do autor - ainda que posteriormente absolvido pelo tribunal -, a improcedência do pleito indenizatório, seja de danos morais seja de materiais, é medida que se impõe.

A respeito do pedido de pensionamento vitalício pelo fato de o apelante ter sido excluído da corporação militar, comungo do raciocínio decisório estampado em primeira instância.

Citando trechos do processo administrativo disciplinar movido contra o recorrente, a ilustre magistrada processante assim ponderou:

“Por fim, no que tange ao pedido de pensão vitalícia, vejo que melhor sorte não socorre o requerente, haja vista que o mesmo respondeu a um Processo Administrativo Disciplinar, que, segundo extrai-se dos próprios autos deste, o qual tomo por razões de decidir:

‘(...) O processo administrativo disciplinar deverá ser instaurado sempre que a autoridade pública tiver ciência de qualquer irregularidade funcional perpetrada por agente público, diante do poder dever de autotutela imposto a administração e, por via de consequência ao administrador público (...)

Infere-se, destarte, que o disciplinando afrontou gravemente a ética policial militar, o pundonor militar e o decoro da classe (...).

O princípio da Presunção de Inocência, inserto no art. 5º, LVII, da Lex Mater, é a garantia de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Porém, no processo administrativo disciplinar incide o mesmo princípio, que possui uma presunção **juris tantum**, podendo ser elidida ou afastada mediante a existência de um mínimo necessário de provas produzidas por meio de um devido processo legal e com a garantia da ampla defesa.

A ausência de sentença criminal condenatória transitada em julgado não afasta a viabilidade da punição disciplinar. Com efeito, tendo em vista a independência das instâncias administrativa e penal, a sentença criminal somente afastaria a punição administrativa se reconhecesse a não-ocorrência do fato ou a negativa da autoria (...).

Enquanto a ação penal verifica a culpabilidade em relação a condutas tipificadas como ilícitos penais, o Processo Administrativo Disciplinar Avalia a conduta e vida profissional do servidor público (...).

Ante o acima delineado e tudo o mais que dos autos constam, resolvo:

I - Concordar com o Despacho nº 1934/10, proferido pelo Corregedor PM, por entender que o disciplinado Sd QPPM 25.560 Vandir Silva, é culpado das acusações que lhe são imputadas e, não reúne condições de continuar no serviço ativo da Corporação, haja vista que sua conduta feriu preceitos da ética policial militar, constantes dos incisos I, III, IV, XIII, XVI e XIX do art. 27, e ainda deixou de observar os deveres inerentes aos

policiais militares previstos nos incisos I, III e V do art. 30, tudo da Lei Estadual nº 8.033/75. Agindo como agiu, o disciplinando fez-se incurso no art. 3º, inciso III, alíneas “a” e “c”, do Dec. Est. nº 4.713/96 (...).”

Desse modo, de todos os ângulos que observamos a matéria em discussão, a conclusão que se chega é da improcedência dos pedidos iniciais.” (destaquei)

Nessa ordem de ideias, o caso é de se conservar incólume a sentença primeva, porque perfeita razão de direito.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso de apelação, conservando intacta a sentença proferida, por estes e seus próprios fundamentos.

É o voto.

Goiânia, 08 de fevereiro de 2018.

Des. Carlos Escher - Relator

Apelação Cível nº 0253933.70.2010.8.09.0051

Comarca de Goiânia

Apelante: Leonor Barros

Apelado: Estado De Goiás e Outros

Relator: Des. Jeová Sardinha de Moraes

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA C/C PENSÃO POR MORTE. GENITORA DO SEGURADO. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVADA. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO. DATA DO ÓBITO. I - Demonstrada a dependência econômica da mãe em relação ao filho falecido, ex-servidor público estadual, devida é a sua inclusão como beneficiária de pensionamento por morte. II - Consoante dispõe a Súmula 340 do STJ, o direito ao recebimento de pensão por morte deve observar rigorosamente os termos da legislação vigente na data do óbito do segurado. III - Nos termos da Lei nº 13.903/2001, vigente à época do óbito do segurado, o benefício previdenciário deve ser pago desde o óbito do instituidor. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E PROVIDA. SENTENÇA REFORMADA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0253933.70.2010.8.09.0051, acordam os componentes da Primeira Turma Julgadora da Sexta Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, à unanimidade dos votos, em conhecer do apelo e dar-lhe provimento nos termos do voto do relator.

Votaram com o relator o Desembargador Fausto Moreira Diniz e o Desembargador Norival Santomé.

Presidiu a sessão o Desembargador Fausto Moreira Diniz.

Fez-se presente como representante da Procuradoria Geral de Justiça, o Dr. Rodolfo Pereira Lima Júnior.

Fez sustentação oral, em sessão anterior, a Dra. Renata Guimarães Moraes, pelo apelado.

Goiânia, 22 de maio de 2018.

Des. Jeová Sardinha de Moraes – Relator

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Apelação Cível interposto por Leonor Barros contra sentença proferida pela MM. Juíza de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública Estadual da comarca de Goiânia/GO, Dra. Suenelita Soares Correia, nos autos da Ação Declaratória de Dependência Econômica c/c Pensão por Morte ajuizada em desfavor do Estado de Goiás e da Goiás Previdência – GOIASPREV.

Infere-se dos autos que a autora, ora apelante, ajuizou a presente ação a fim de obter o reconhecimento de dependência econômica de seu filho Rosival Barros Soares, servidor público estadual, falecido em 18 de outubro de 2009, para fins de percepção de pensão por morte a ser paga a partir da data do óbito.

O Estado de Goiás e a Goiás Previdência – GOIASPREV apresentaram peça de defesa, respectivamente, no evento 3 – arquivos 16 e 30.

Impugnação é vista no evento 3 – arquivos 17 e 35.

Com vista, o Ministério Público manifestou-se pela ausência de interesse (no evento 3 – arquivo 45).

Então, sobreveio a sentença – evento 48, na qual a ilustre magistrada, com fulcro no artigo 487, inciso I do Código de Processo Civil, julgou improcedente o pedido exordial, ao argumento de que a autora não comprovou a dependência econômica invocada.

Por força da mesma decisão, condenou a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, suspendendo a exigibilidade dos encargos conforme disposto no artigo 98, § 3º do Código de Ritos.

Inconformada, a parte autora apela a esta Corte Estadual de Justiça – evento 54.

Em suas razões recursais, insiste nos mesmos argumentos constantes da peça de ingresso, alegando que a dependência econômica do seu filho restou devidamente comprovada nos autos, mediante os seguintes documentos: declaração de imposto de renda de seu filho, na qual consta expressamente a sua condição de dependente; formulário do IPASGO que comprova que a autora era filiada ao instituto como dependente de seu filho; Escritura Pública de Declaração, outorgada por duas testemunhas que atestaram que a autora dependia financeiramente de seu filho.

Pondera que o rol do artigo 22, § 3º, do Decreto 3.048/99 é simplesmente exemplificativo, aduzindo que o fato de a parte interessada não comprovar todos os requisitos nele exigidos não elide o direito ao benefício.

Transcreve julgados para reforçar a tese defendida e, por fim, pugna pelo provimento da insurgência em testilha, reformando-se o édito sentencial.

Intimados, somente a Goiás Previdência – GOIASPREV ofertou contrarrazões, evento 60.

Com vista dos autos, a douta Procuradoria-Geral de Justiça deixou de manifestar-se no feito, por não vislumbrar interesse público a ser tutelado (evento 75).

É o relatório.

Peço dia para julgamento.

Goiânia, 13 de abril de 2018.

Des. Jeová Sardinha de Moraes – Relator

VOTO

Conforme relatado, trata-se de recurso de apelação cível interposto por Leonor Barros contra sentença¹ proferida pela MM. Juíza de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública Estadual da comarca de Goiânia/GO, Dra. Suenelita Soares Correia, nos autos da Ação Declaratória de Dependência Econômica c/c Pensão por Morte ajuizada em desfavor do Estado de Goiás e da Goiás Previdência – GOIASPREV.

A ação originária foi ajuizada com o objetivo de ver declarada a existência de dependência econômica da autora, ora apelante, em relação ao seu filho Rosival Barros Soares, servidor público estadual, falecido em 18 de outubro de 2009, para fins de percepção de pensão por morte a ser paga a partir da data do óbito.

A sentença julgou improcedente o pedido exordial, com fulcro no art. 481, I do Código de Processo Civil, ao argumento de que a autora não comprovou a dependência econômica invocada.

Inconformada, a parte autora interpõe o presente apelo, defendendo, em síntese, o seu direito, na condição de genitora dependente do segurado falecido, ao recebimento do benefício de pensão por morte.

Pois bem. Dependente do segurado previdenciário é aquele que se relaciona com ele em decorrência de dependência econômica, somente surgindo o direito ao benefício quando

existe relação jurídica de vinculação entre o segurado e a instituição previdenciária e dependência entre aquele e o pretendente da prestação.

Acerca da dependência econômica, doutrina Feijó Coimbra:

“Dependência econômica, para a lei previdenciária, consiste na situação em que certa pessoa vive, relativamente a um segurado, por ele sendo, no todo ou em parte, efetivamente ou presumidamente, mantida e sustentada. Corresponde, assim, a um estado de fato, não a uma decorrência puramente jurídica das relações entre parentes, já que essas relações, tais como as disciplinas da lei civil, estão muitas vezes, sob esse aspecto, em divórcio com a realidade social.” (Direito Previdenciário Brasileiro. 10. ed., Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1999, p. 98).

Ainda sobre a questão, o enunciado da Súmula nº 340, do Superior Tribunal de Justiça, assim estabelece:

“A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado”.

A propósito:

“Previdenciário. Pensão por morte. Óbito ocorrido em 1987. Pretensão de incidência da Lei nº 8.213/91, por ser mais benéfica. Impossibilidade. Incidência da Súmula 340/STJ. 1. A teor da Súmula 340 do Superior Tribunal de Justiça: "A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado". 2. Mantida a decisão por seus próprios fundamentos. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.”(STJ, Segunda Turma, AgRg no REsp 1339459 / RJ, Relator OG Fernandes, DJe 15.06.2015).

No caso em apreço, o filho da recorrente, instituidor do benefício, veio a óbito em 18.10.2009. Logo, deve ser aplicada ao caso a legislação estadual vigente à época, qual seja, a Lei nº 13.903/2001, a qual regulamentou o regime de previdência estadual, que assim dispõe sobre a matéria:

“Art. 3º. São beneficiários do regime de previdência estadual, na qualidade de dependentes dos participantes, exclusivamente:

(...) II – os pais, desde que comprovem depender econômica e financeiramente do participante;(...)

§ 4º – A dependência econômica e financeira das pessoas indicadas no inciso I é presumida e das demais deve ser comprovada, constituindo requisito para a atribuição da qualidade de dependente e o gozo de benefícios; (...)

Após estudo acurado da documentação coligida aos autos, observo que restou demonstrada a relação de dependência econômica da autora em face de seu falecido filho, ex servidor estadual, logo entendo que a requerente faz jus ao benefício da pensão por morte.

Isso porque, foram carreados aos autos a Declaração de Imposto de Renda, na qual consta a autora como dependente de seu falecido filho; documento que comprova que a autora era dependente de seu filho junto ao IPASGO; além de Escritura Pública pela qual dois

outorgantes afirmam que conheciam a autora e seu filho e que a mesma dependia financeiramente dele.

Frise-se que, o fato dos endereços do segurado e de sua genitora serem diferentes não obsta a pretensão autora, uma vez que a legislação de regência não exige, como requisito essencial para a caracterização da dependência econômica, a existência de coabitação.

Acresça-se, que consoante jurisprudência pacífica, para a caracterização da dependência econômica não se faz necessário que o postulante do benefício dependa exclusivamente do segurado.

Quanto aos documentos que poderão ser utilizados pelos pais para comprovar a dependência econômica, previstos no artigo 22, do Decreto 3.048/99, cabe ressaltar que esse rol é meramente exemplificativo podendo ser admitido especialmente em sede judicial quaisquer outros meios de prova admitidos em direito.

Senão vejamos:

“Previdenciário. Pensão por morte. União estável. Prova material corroborada por depoimentos prestados em juízo. Comprovação. Dependência econômica que se presume. Art 22 do Decreto 3.048/99. Rol meramente exemplificativo. Formalismo excessivo. Não cabimento. União estável natureza informal. 1. Hipótese em que a autora/apelada requer a concessão de pensão por morte de seu falecido companheiro. 2. Existência de prova material apta à comprovação do alegado, corroborada por depoimentos prestados em juízo. 3. O rol do art. 22 do Decreto nº 3.048/99 é meramente exemplificativo, pois cabe ao julgador o exame e a valoração da prova apresentada, mediante o seu livre e fundamentado convencimento. 4. Agravo interno conhecido, mas não provido.” (TRF-2 - AC: 200651015002081, Relator Desembargador Federal Abel Gomes, Data de Julgamento: 29.06.2010, Primeira Turma especializada, Data de Publicação: 26.07.2010)

“Reexame necessário. Pensão por morte. Dependência econômica. Comprovação. Prova testemunhal. Validade. Custas. Isenção do INSS. Honorários advocatícios. Súmula 111 do STJ.

A lista de documentos disposta no art. 22, § 3 do Decreto 3.048/99 para a comprovação do vínculo e da dependência econômica é exemplificativa, sendo admitidos outros documentos que possam levar à convicção do fato a comprovar.

O INSS se encontra isento do pagamento das custas processuais no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais.

Os honorários advocatícios fixados nas ações previdenciárias devem incidir sobre as prestações vencidas até a publicação da sentença, a teor da Súmula 111 do STJ.” (TJMG – DGJ 1.0521.01.015791-0/001, Relator Desembargador Generoso Filho, data de julgamento em 10.03.2009, Nona Câmara Cível, data de publicação em 23.09.2009)

Nessa senda, reconhecido o direito da genitora do segurado à percepção de pensão por morte e em obediência à lei vigente ao tempo do falecimento do segurado, o benefício em

questão deverá ser pago a partir da data do óbito do instituidor. Confira-se o teor do artigo 37 da Lei nº 13.903/2001:

“Art. 37. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do participante que falecer, aposentado ou não, a contar da data do óbito ou da decisão judicial, no caso de morte presumida, comprovada a dependência econômica e financeira quando exigida.”

A propósito:

“Agravo regimental no duplo grau de jurisdição e na apelação cível. Ação de cobrança. Pensão por morte. Esposa. Aplicação da legislação vigente ao tempo do falecimento do instituidor do benefício. Termo inicial. Data do óbito do segurado. I - A concessão de pensão por morte é regida pela legislação em vigor na data do óbito do instituidor do benefício, segundo enuncia a Súmula nº 340 do STJ. II - A pensão por morte, em favor dos dependentes do falecido, tem como marco inicial a data do óbito, segundo expressa disposição do art. 37 da Lei Estadual nº 13.903/01, vigente à época. (...) IX - Ausentes argumentos novos que demonstrem o desacerto dos fundamentos utilizados na decisão recorrida, nega-se provimento ao recurso de agravo regimental. Recurso conhecido e desprovido.” (TJGO, Duplo Grau De Jurisdição 411643-51.2013.8.09.0051, Relatora Desembargadora Nelma Branco Ferreira Perilo, 4ª Câmara Cível, julgado em 03.03.2016, DJe 1994 de 22.03.2016)

Passo seguinte, no tocante aos juros e correção monetária incidentes sobre os valores a serem pagos, ressalto que em 20.09.2017, o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento do RE nº 870947/SE, com repercussão geral, no qual se discutiam os índices de correção monetária e os juros de mora a serem aplicados nos casos de condenações impostas contra a Fazenda Pública, restando assim decidido:

“Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, Ministro Luiz Fux, apreciando o tema 810 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso para, confirmando, em parte, o acórdão lavrado pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, (i) assentar a natureza assistencial da relação jurídica em exame (caráter não tributário) e (ii) manter a concessão de benefício de prestação continuada (Lei nº 8.742/93, art. 20) ao ora recorrido (iii) atualizado monetariamente segundo o IPCAE desde a data fixada na sentença e (iv) fixados os juros moratórios segundo a remuneração da caderneta de poupança, na forma do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09.

Vencidos, integralmente o Ministro Marco Aurélio, e parcialmente os Ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Ao final, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, fixou as seguintes teses, nos termos do voto do Relator: 1) O art. 1º- F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera

seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, **caput**); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º- F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09; e 2) O art. 1º- F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 20.9.2017”.

Em seu voto, o eminente Relator, Ministro Luiz Fux, assim esclareceu, **in verbis**:

“A fim de evitar qualquer lacuna sobre o tema e com o propósito de guardar coerência e uniformidade com o que decidido pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a questão de ordem nas ADIs nº 4.357 e 4.425, entendo que devam ser idênticos os critérios para a correção monetária de precatórios e de condenações judiciais da Fazenda Pública. Naquela oportunidade, a Corte assentou que, após 25.03.2015, todos os créditos inscritos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E). Nesse exato sentido, voto pela aplicação do aludido índice a todas as condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, qualquer que seja o ente federativo de que se cuide.”

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar Questão de Ordem nas ADIs 4.357 e 4.425, assim modulou os efeitos:

“2. Conferir eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos da ADI, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento da presente questão de ordem (25.03.2015) e mantendo-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até esta data, a saber:

2.1. Fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual (i) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e (ii) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários; e

2.2. Ficam resguardados os precatórios expedidos, no âmbito da administração pública federal, com base nos arts. 27 das Leis nº 12.919/13 e nº 13.080/15, que fixam o IPCA - E como índice de correção monetária.”

Desta forma, tratando-se de condenação imposta à Fazenda Pública, deverão incidir juros de mora aplicados à caderneta de poupança, a contar da citação, conforme disposição contida no art. 1º- F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09. Já a correção monetária deverá incidir a partir do vencimento de cada obrigação, observando-se como

indexador, até a data de 25.03.2015, o índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR) e, após isso, o IPCA-E, conforme entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal.

Por fim, quanto à forma de pagamento das parcelas vencidas, de natureza alimentar, pensão por morte relativa ao período entre o óbito do segurado e o efetivo pagamento, seu adimplemento deve ocorrer mediante a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, sob pena de afronta ao artigo 100 da Constituição Federal, com a observância dos §§ 1º e 2º do mesmo dispositivo.

Na confluência do exposto, conheço do recurso de apelação e lhe confiro provimento, para reformar a sentença objurgada e julgar procedente o pleito inicial, a fim de determinar que Goiás Previdência – GOIASPREV implante o benefício de pensão por morte em favor da autora/apelante, incluindo-a como dependente do segurado Rosival Barros Soares, sendo devido o benefício desde a data do óbito do segurado (18.10.2009). Sobre os valores devidos, deverão incidir juros moratórios aplicados à caderneta de poupança, a contar da citação, conforme disposição contida no art. 1º- F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09 e correção monetária, a partir do vencimento de cada obrigação, observando-se como indexador, até a data de 25.03.2015, o índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR) e, após isso, o IPCA-E.

Diante do novo desfecho dado a lide, com a procedência do pleito inaugural, fica a parte requerida/apelada condenada, ainda, ao pagamento dos honorários advocatícios, a serem fixados quando da liquidação do julgado, nos termos do artigo 85, §§ 3º e 4º, inciso II, do Código de Processo Civil, observada a isenção legal quanto às custas.

É como voto.

Goiânia, 22 de maio de 2018.

Des. Jeová Sardinha de Moraes - Relator

¹ Movimentação 3, arq. 135.

Apelação Cível nº 5243275.21.2017.8.09.0029

Comarca de Catalão

1ª Apelante: S&J Consultoria e Incorporação Ltda

1º Apelado: Wellington Correia da Silva Lopes

2º Apelante: Wellington Correia da Silva Lopes

2ª Apelada: S&J Consultoria e Incorporação Ltda

Relator: Des. Leobino Valente Chaves

3ª Câmara Cível

EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. PEDIDO DE ENTREGA IMEDIATA DO IMÓVEL. SENTENÇA QUE RESCINDE O CONTRATO. NULIDADE. VÍCIO **EXTRA PETITA**. TEORIA DA CAUSA MADURA. APLICABILIDADE. LOTEAMENTO. ATRASO NA ENTREGA DO BEM. PRELIMINARES. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL PARA RESCISÃO DO CONTRATO E AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. INCIDÊNCIA DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA. CRONOGRAMA DE OBRAS DESCUMPRIDO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO ADIMPLEMENTO POR PARTE DA INCORPORADORA. CLÁUSULA DE TOLERÂNCIA ULTRAPASSADA. TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO. PEDIDO DE ENTREGA DO BEM. FIXAÇÃO DE PRAZO. EXIQUIBILIDADE DA OBRIGAÇÃO, APESAR DO INADIMPLEMENTO PARCIAL. FIXAÇÃO DE ASTREINTES. VALOR MÁXIMO FIXADO. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO E GARANTIA DO ADIMPLEMENTO OBRIGACIONAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. LUCROS CESSANTES. ALUGUÉIS. NÃO INCIDÊNCIA DE CLÁUSULA PENAL MORATÓRIA POR AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL. DANO MORAL. POSSIBILIDADE. O. FIXAÇÃO DA QUANTIA DEVIDA.

I - É nula a sentença que concede pedido diverso do almejado pelo autor, mormente quando ainda possível a concretização da entrega do bem da vida pretendido. Inteligência dos arts. 492 e 498 do CPC.

II - O NCPC amplia a teoria da causa madura e impõe ao julgador de 2º grau o dever de julgar o feito quando, estando a causa em condições de imediato julgamento, perceber nulidade na sentença, por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir - Art. 1.013, § 3º, II.

III - É desconexa do contexto dos autos, a alegação de ausência de notificação para rescisão contratual quando se pleiteia o cumprimento da obrigação. O interesse de agir é aferido conforme a necessidade ou utilidade da prestação jurisdicional para a melhora da situação fática da parte autora, para o alcance do bem da vida, razão pela qual o percebo no caso dos autos.

IV - Conforme entendimento do STJ, é lícita a cláusula de tolerância fixada em até 180 (cento e oitenta) dias após o término do prazo para entrega do empreendimento. Ultrapassado o prazo sem a

comprovação da entrega do bem e conclusão das infraestruturas, conclui-se pelo inadimplemento contratual.

V - Não é aplicável a teoria do adimplemento substancial quando a mora não é insignificante. Precedente do STJ.

VI - É responsabilidade do fornecedor finalizar os projetos na data apazada, independentemente de qualquer possível mora do Poder Público, podendo contratar serviços privados para tanto. Fixação do prazo de 30 dias para a entrega do lote, sob pena de multa diária de R\$ 300,00 (trezentos reais) até o limite máximo do valor de mercado do bem. Necessidade de estabelecer o valor extremo da multa, para que esta não perca sua finalidade coercitiva e torne-se causa de enriquecimento ilícito ao credor.

VII - Entende a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a possibilidade de cumulação de lucros cessantes e cláusula penal na hipótese de mora na entrega do imóvel, por ter o primeiro natureza compensatória, enquanto a segunda, natureza moratória. Arbitramento de lucros cessantes no valor de mercado de aluguel do bem, desde o descumprimento do prazo para a entrega até a efetivação da mesma. Ausência de previsão contratual de cláusula penal, razão pela qual não incide na relação jurídica exposta em juízo.

VIII - O abalo psíquico decorrente do atraso na entrega de imóvel é considerável, haja vista a frustração e impotência do consumidor perante a fornecedora, que vê seu sonho de imóvel próprio esvair-se por atitude ilícita da contratada.

IX - Considerando os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, bem como a circunstância fática de estar o autor há cerca de oito meses privado do uso do imóvel, entendo excessiva a quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) requerida na inicial, motivo por que a fixo em R\$ 3.000,00 (três mil reais). Precedentes do STJ e do TJGO. Inversão de verba honorária ante a sucumbência mínima da parte autora.

APELOS CONHECIDOS E PROVIDOS, NO TOCANTE À NULIDADE DA SENTENÇA. SENTENÇA REFORMADA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 5243275.21.2017.8.09.0029, acordam os componentes da Segunda Turma Julgadora da Terceira Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, à unanimidade de votos, em conhecer dos recursos e provê-los, nos termos do voto do Relator.

Votaram, além do Relator, os Desembargadores Itamar de Lima e Beatriz Figueiredo Franco. Ausentou-se, ocasionalmente, o Dr. Fernando de Castro Mesquita em substituição ao Desembargador Gerson Santana Cintra. Fez sustentação oral o Dr. Luciano Rogério do Espírito Santo Abrão.

Presidiu a sessão o Desembargador Itamar de Lima.

Fez-se presente, como representante da Procuradoria-Geral de Justiça, a Dr^a. Eliane Ferreira Fávaro.

Goiânia, 06 de fevereiro de 2018.

Des. Leobino Valente Chaves – Relator

RELATÓRIO

Cuidam-se de apelações cíveis interpostas por S&J Consultoria e Incorporação Ltda. (1ª Apelação) e Wellington Correia da Silva Lopes (2ª Apelação) em face da sentença proferida pelo Excelentíssimo Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Catalão, Dr. Antenor Eustáquio Borges de Assunção, nos autos da ação de Obrigação de Fazer c/c Indenização por Danos Materiais e Morais.

O dispositivo da decisão foi redigido nos seguintes termos:

“julgo parcialmente procedentes os pedidos para: declarar rescindido o contrato firmado entre as partes; determinar que a ré restitua ao autor a quantia paga pelo imóvel, atualizada desde o desembolso de cada parcela. Será descontado do total a ser restituído o valor de 15% (quinze por cento) referente à parte do custo do empreendimento. Em face da sucumbência mínima da empresa ré, condeno o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que, nos termos do art. 85, § 2º, incisos I a IV e art. 86, parágrafo único, todos do CPC, fixo em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, cuja exigibilidade torno suspensa e condicionada à superveniência de melhora na condição financeira, em virtude de o autor fazer jus aos benefícios da assistência judiciária gratuita (art. 98, § 3º do CPC).”

Tendo em vista que se tratam de dois recursos, com suas peculiaridades, passo a relatá-los separadamente:

1ª Apelação (evento 22):

Destaca a apelante, em preliminar, que o pedido inicial foi julgado de forma **ultra petita**. Observa que em nenhum momento o 1º recorrido/autor pleiteou a rescisão do contrato, tendo o juiz incorrido em **error in procedendo** ao assim determinar.

Elenca os pleitos autorais expostos na inicial, os quais não demonstram vontade de rescindir o contrato, mas sim de cumpri-lo.

De outro lado, sustenta a ausência de interesse de agir, pois argui ainda estar dentro do prazo para a conclusão das obras de infraestrutura do loteamento Portal do Lago II, onde o 1º apelado adquiriu o lote objeto do contrato discutido em juízo.

Ressalta que o termo previsto para a entrega é a data de 23 de setembro de 2019, e não

06 de setembro de 2016 como afirma a inicial da ação, pois o prazo de 04 (quatro) anos, previsto em lei para a finalização do cronograma de obras, tem seu início na data da celebração da avença e não na da escrituração do loteamento.

Verbera que a prefeitura de Catalão autorizou a solicitação de alvarás para a construção de vários imóveis no loteamento Portal do Lago II, o que corrobora a tese de inexistência de descumprimento contratual por sua parte.

Desta feita, requer o conhecimento e provimento do recurso para que se extinga o processo sem julgamento de mérito, por ausência de interesse de agir. Na hipótese de não acolhimento desta preliminar, requer a decretação de nulidade da sentença, em razão do julgamento **ultra petita**, e posterior julgamento do feito, reconhecendo-se que não há obrigação a ser cumprida, tendo em vista a finalização de toda a estrutura do loteamento e entrega do imóvel.

Em contrarrazões (evento 29) o autor/1º apelado rebate as alegações da empresa apelante, pugnando pelo desprovimento do recurso.

Preparo devidamente adimplido (evento 22).

2ª Apelação (evento 23)

O 2º apelante/autor obtempera ter a decisão judicial atacado vários princípios que regem o ordenamento jurídico.

Didaticamente, elenca todos os pedidos realizados na exordial, argumentando ter ocorrido julgamento **extra petita**, pois não foi formulado pedido de rescisão do contrato.

Sustenta que, por meio da ação ajuizada, buscava o cumprimento da avença e não sua extinção, tendo o juízo de primeiro grau violado o princípio da adstrição.

Menciona que o desconto do percentual de 15% do total do valor a ser atualizado e a ele devolvido é uma consequência da rescisão contratual e, por isso, deve ser também afastado.

Por fim, obtempera que o magistrado **a quo** deveria ter condenado a 2ª apelada/ré em honorários advocatícios e não o ora recorrente.

Informa que até a data da interposição do apelo, o imóvel não havia sido entregue.

Assim, pugna pelo conhecimento e provimento do recurso, para que seja decretada a nulidade da sentença atacada e se dê provimento aos pedidos expostos na inicial.

Ausência de preparo, tendo em vista que a parte é beneficiária da gratuidade da justiça.

Em sede de contrarrazões (evento 28), a empresa apelada reitera a nulidade da sentença, concordando estar maculada pelo vício do julgamento **extra petita** e não **ultra petita**. No mais, pugna pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Inclua-se na pauta para julgamento.

Goiânia, 17 de janeiro de 2018.

Des. Leobino Valente Chaves - Relator

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade das apelações interpostas, delas conheço.

Cuida-se de Ação de Obrigação de Fazer cumulada com Indenização por Danos Materiais e Morais, na qual o autor/2º apelante afirma não ter a ré/1º apelante entregue, dentro do prazo, o imóvel adquirido no loteamento Portal do Lago II, na cidade de Catalão, motivo pelo qual requer o imediato cumprimento da obrigação e o ressarcimento de todos danos materiais e morais decorrentes do atraso.

Primeiramente, destaco que o núcleo inicial dos apelos cinge-se em perquirir se o magistrado incorreu em vício de julgamento, analisando de maneira **extra** ou **ultra petita** o pedido inicial.

Pois bem, a sentença **extra petita** é comumente conhecida como aquela que concede algo diverso do inicialmente pedido pelo autor, ignorando o princípio da certeza do pedido. Ademais, ela desconsidera que entre o decidido pelo juiz e o almejado pela parte deve existir uma correlação, de modo que, apesar de ser lícito ao magistrado aplicar fundamento jurídico diverso daquele expresso pelo autor para justificar a constituição, declaração ou extinção de direito, deve ele, em sua decisão, ater-se aos limites do pleiteado, obedecendo ao princípio da congruência. Confira-se o artigo 492 do Código de Processo Civil:

Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. Parágrafo Único. A decisão deve ser certa, ainda que resolva relação jurídica condicional.

Diferentemente, na sentença **ultra petita**, o juiz comete o erro descrito na segunda parte do **caput** do artigo acima exposto, concedendo a tutela pretendida ao autor, mas indo além, extrapolando a quantidade requerida por aquele. Em regra, essa sentença não é passível de anulação pelo Tribunal, mas sofre a adequação, com o cerceamento da prestação jurisdicional aos limites do pleiteado.

No caso, percebo que o magistrado incorreu em erro **extra petita**, pois determinou a rescisão contratual, não querida pelo autor, nem abrangida pela causa de pedir.

É que, em momento algum dos autos a parte autora/2ª recorrente mencionou o desejo de ver acabado o contrato. Houve apenas a arguição de uma preliminar na peça contestatória, na qual a ré/1ª apelante afirma não ter recebido notificação extrajudicial por parte do autor, dando ciência do intuito de rescindir o contrato.

Sem demora, a parte autora deixa claro em sua peça impugnativa não ser este o objeto de sua pretensão, ante o seu desejo de ver cumprida a obrigação. Confira-se:

“A Requerida discorre, em várias páginas, que o Requerido não poderia ingressar no judiciário sem antes a ter notificado do pedido de resilição unilateral sendo que, na verdade, em momento algum, fora requerido a aplicação de tal instituto. A presente lide, como pode ser observado na inicial e no resumo da peça defensiva, visa, basicamente,

a entrega imediata do imóvel.

Nesse sentido, a preliminar arguida pela Requerida, na qual a mesma roga pela extinção do processo sem resolução do mérito é totalmente infundada e incabível.” (evento 10, p. 3)

Desta forma, ao rescindir o ajuste, o juiz, além de não se atentar para os limites da lide, também feriu o princípio da conservação dos negócios jurídicos, hoje interpretado dentro da perspectiva da boa-fé objetiva. Isso porque, a parte autora ainda almejava a exequibilidade da obrigação, o que manteria a função social da avença.

Até mesmo a ré, ao ver julgado rescindido o contrato, surpreendeu-se, informando em sua apelação não ser este o objeto da perlanga (evento 22).

Outrossim, vejo que a sentença objurgada (evento 19) estruturou-se de forma confusa, primeiro afastando a necessidade de notificação extrajudicial para a rescisão do contrato, depois analisando os motivos para o cumprimento e também para a rescisão da avença, passando ao exame da ausência de abusividade no prazo de quatro anos para a finalização do empreendimento e concluindo pelo adimplemento contratual.

Neste raciocínio, a ausência de descumprimento do pactuado levaria ao cumprimento do contrato e não à rescisão.

Em casos tais, o Novo Código de Processo Civil, ampliando a aplicação da teoria da causa madura - já presente na codificação anterior na hipótese restrita de extinção do processo sem resolução de mérito - confere ao órgão de segundo grau a possibilidade de, desde logo, julgar o feito, decretando a nulidade da sentença por não ser ela congruente com o pedido ou a causa de pedir (art. 1.013, II, Código de Processo Civil).

Neste passo, por entender pela nulidade da decisão vituperada, casso a sentença proferida e, por estar o processo em condições de imediato julgamento e terem as partes dispensado a produção de novas provas (certidão evento 17), vou ao exame dos pedidos do autor, confrontando-os com os argumentos expostos pelo réu na contestação, julgando prejudicadas as razões de ambos apelos.

Antes, porém, colaciono jurisprudência deste Tribunal acerca da aplicação da teoria da causa madura em hipóteses de julgamento **extra petita**:

Apelação cível. Ação anulatória c/c repetição de indébito. Sentença **extra petita**. Princípio da congruência. Inobservância. **Error in procedendo**. Nulidade absoluta. Sentença cassada. 1. Consabido que pelo princípio da correlação ou congruência deve o julgador agir com fidelidade aos pedidos formulados nos autos, desatando a controvérsia consoante os limites impostos pela própria lide e da causa de pedir. 2. A sentença que contempla questão não inserta na lide, sendo proferida de maneira diversa do que foi discutido, ou seja, fora do pedido constante da exordial, revela-se **extra petita**. Referido vício acarreta a decretação de nulidade da sentença, por violação ao princípio da adstrição, previsto nos artigos 141 e 492 do CPC/2015. 3. Carecendo o feito de melhor instrução probatória, impossível a aplicação da Teoria da Causa Madura, prevista no art. 1.013, § 3º, inciso II, do Novo Código de Processo Civil, impondo-se a cassação da

sentença para determinar o retorno dos autos à origem, ao fito de ser prolatado novo provimento jurisdicional, com integral observância ao contraditório e ampla defesa. Apelação cível conhecida e provida. Sentença cassada. (TJGO, Apelação (CPC) 0048052-70.2015.8.09.0100, Relatora Desembargadora Sandra Regina Teodoro Reis, 6ª Câmara Cível, julgado em 05.07.2017, DJe de 05.07.2017 - destaquei)

Ação de obrigação de Fazer c/c cobrança de diferenças de vencimentos. Sentença **extra petita**. Cassada. Causa madura para julgamento, nos termos do art. 1.013, § 3º, CPC/2015. Transferência de militar do Corpo de Bombeiros para a reserva remunerada em razão de ter passado em outro concurso público. Nulidade da Portaria de transferência. Efeitos **ex tunc**. Contagem do tempo de serviço, promoções e diferenças salariais. Devido. I - Sentença **extra petita**. Nulidade. Cassada. Cabe ao julgador compor a lide nos limites do pedido do autor e da resposta do réu, sendo-lhe defeso decidir aquém (**citra petita**), além (**ultra petita**) ou fora do que foi pedido (**extra petita**), sob pena de nulidade, nos termos do art. 492 do CPC/2015. **In casu**, a sentença singular abordou questão não trazida pelo requerente/apelante em sua peça de ingresso, sendo considerada, pois **extra petita**. Com efeito, merece ser cassada. II - Na hipótese, decretada a nulidade da sentença e estando a causa madura, o julgamento é medida que se impõe, nos termos do art. 1013, § 3º, do CPC/2015. III - (...). IV - V - VI. (TJGO, Apelação (CPC) 0303155-65.2014.8.09.0051, Relator Desembargador Carlos Alberto França, 2ª Câmara Cível, julgado em 08.06.2017, DJe de 08.06.2017 - destaquei)

Na exordial, o autor afirma que adquiriu um lote no Residencial Portal do Lago II (1ª Etapa), com a seguinte descrição: Lote 04, Quadra 23, com área total de 250 m², confrontando com o lote 05 pelo lado direito, com lote 03 pelo lado esquerdo e com o lote 31 pelo fundo, situado no Município de Catalão - GO, pelo valor de R\$ 69.718, 97 (sessenta e nove mil e setecentos e dezoito reais e noventa e sete centavos) em 180 (cento e oitenta) parcelas de R\$ 369, 04 (trezentos e sessenta e nove reais e quatro centavos), sendo a primeira adimplida na data de 10 de novembro de 2015.

Aduz que a empresa incorporadora não entregou o imóvel em perfeitas condições para início de construção na data aprazada, qual seja, 06 de setembro de 2016, trazendo aos autos o instrumento contratual firmado (evento 1 - documentos). Em razão disso, pleiteia: entrega imediata do imóvel, estruturado para o início de construção, a declaração da nulidade da cláusula de tolerância, além do arbitramento de multa diária pelo descumprimento da ordem; aplicação da cláusula penal ao índice de 20% (vinte por cento) do total contratado; pagamento de alugueis desde a data de 06 de setembro de 2016, limite para a entrega do lote e ressarcimento de todos os prejuízos decorrentes da demora na entrega do bem e; pagamento de danos morais ao patamar de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Na contestação, a empresa ré alude, preliminarmente, a ausência de notificação prévia para a rescisão do contrato, bem assim a falta de interesse de agir, por ainda estar dentro do prazo para a finalização do empreendimento, o qual indica ser 23 de junho de 2019, quatro anos após a entabulação do contrato entre as partes.

No mérito, destaca ter cumprido a obrigação, por já estar o loteamento estruturado para a construção de imóveis e não existirem provas dos fatos alegados pelo autor acerca do inadimplemento contratual, destacando que nenhum requerimento foi feito para início de construção no imóvel. Subsidiariamente, defende o reconhecimento da teoria do adimplemento substancial do instrumento firmado, também ante a ausência da comprovação de danos ao autor.

Acerca dos lucros cessantes e danos morais, por mais uma vez, notabiliza a ausência de prova de que o autor deixou de lucrar com o suposto atraso, e inexistência de evento danoso apto a gerar abalo moral.

Em relação à multa penal compensatória, destaca entendimento jurisprudencial que a limita ao patamar de 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas pagas.

Por fim, requer a extinção do processo sem resolução de mérito, haja vista a ausência de notificação extracontratual para rescisão da avença e falta de interesse de agir. Caso não seja este o entendimento, pugna pelo desprovimento de todos os pedidos do autor.

A fim de comprovar o aventado, colaciona vários documentos (evento 07).

Na impugnação à contestação, o autor reafirma os termos da exordial, refutando as justificativas levantadas pela empresa ré.

Dito isso, passo à análise das duas preliminares arguidas, quais sejam: ausência de notificação prévia para a rescisão contratual e falta de interesse de agir.

A ré infere que não foi notificada previamente pela requerente acerca da rescisão unilateral do contrato, sendo a denúncia exigida pelo art. 473 do Código Civil.

Esclareço que a rescisão contratual, diferente da rescisão, não se opera em razão de inadimplemento, mas sim quando os contratantes resolvem, por qualquer motivo, não mais manter avença. Nesta circunstância, exige-se a denúncia estampada no art. 473 do Código Civil, sendo a vontade unilateral. Caso seja bilateral, a rescisão é também chamada distrato e encontra-se prevista no art. 472 da mesma legislação.

Vertendo os olhos aos fatos, percebo não ser hipótese de rescisão o caso exposto. A parte autora não pleiteia a finalização da avença amigavelmente, nem tampouco a rescisão, requerendo o cumprimento do ajuste.

Ademais, como já mencionado, a própria requerida reconhece, em sede de apelação, não se tratar de rescisão contratual:

Vejam Doutos Julgadores, que o pedido inicial se refere a uma ação de obrigação de fazer, consubstanciada no pedido de entrega do loteamento apto para moradia, sob pena de indenização por danos morais e materiais.

Não se trata de uma ação de rescisão contratual como se depreende da sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito de primeira instância. O MM. Juiz de Direito de primeira instância confundiu os pedidos feitos na inicial, e decretou a rescisão do contrato.(...) (evento 22)

Desta feita, a argumentação da preliminar é destoante do conjunto dialético dos autos, sendo ainda rechaçada pelo próprio réu que, de forma reiterada, informa o cumprimento da avença, o que não levaria à rescisão contratual nem à rescisão.

Já em relação ao interesse de agir, saliento que é matéria complexa dentro das teorias sobre condições da ação. Isso porque, a sua presença ou ausência pressupõe certa análise superficial da situação de fato que dá sustentação aos requerimentos feitos pelo autor. Mas, prevalece que o juiz, para determinar se a parte está ou não dotada de interesse, deve aferir, de forma abstrata, se o autor, caso vença a demanda, poderá ter sua situação melhorada por meio da tutela jurisdicional. É que esta deve mostrar-se necessária ou útil para o alcance do direito almejado pelo requerente.

Partindo deste conceito, entendo que o interesse de agir está presente na demanda, pois, hipoteticamente, provido o pedido, a parte autora receberia o imóvel que diz ainda não ter obtido, além de indenização pela demora na entrega.

Ademais, sem desconhecer que o interesse de agir deve ser averiguado no estudo da inicial, o fato de ter sido frustrada a conciliação entre as partes (evento 17) reforça a necessidade de manifestação deste juízo acerca do direito alegado.

Nesta senda, passo à análise do mérito da demanda, cujo cerne está, basicamente, em determinar se houve o cumprimento da obrigação de entrega do imóvel na data apazada ou não e, ainda, se o descumprimento contratual é passível de indenização.

De pronto, ressalto que à lide exposta em juízo aplica-se a legislação consumerista, uma vez que o autor adquiriu o imóvel na condição de destinatário final do bem, enquanto a incorporadora faz da venda de lotes uma atividade habitual, enquadrando-se no conceito de fornecedora. Assim, as normas da Lei 8.078/90 nortearão tanto o reconhecimento de possível ato ilícito quanto a análise da distribuição do ônus da prova.

Como já dito, as partes firmaram compromisso de compra e venda para a aquisição do Lote 04, Quadra 23, com área total de 250 m², confrontando com o lote 05 pelo lado direito, com lote 03 pelo lado esquerdo e com o lote 31 pelo fundo situado no loteamento Portal do Lago II, Município de Catalão - GO, pelo valor de R\$ 69.718, 97 (sessenta e nove mil e setecentos e dezoito reais e noventa e sete centavos) em 180 (cento e oitenta) parcelas de R\$ 369, 04 (trezentos e sessenta e nove reais e quatro centavos), sendo a primeira adimplida na data de dez de novembro de 2015.

No contrato, a cláusula 6.1. informa que as obras a serem realizadas para a implementação do empreendimento deverão estar concluídas no prazo previsto na Lei 6.766/79. Depreendo, pois, que esta cláusula faz remissão ao lapso indicado nos artigos 9º, **caput**, e 18, inciso V, ambos da citada Lei de Parcelamento do Solo Urbano, que estabelecem ser de 04 (quatro) anos o prazo para finalização do cronograma de execução das obras de infraestrutura do loteamento:

Art. 9º Orientado pelo traçado e diretrizes oficiais, quando houver, o projeto, contendo desenhos, memorial descritivo e cronograma de execução das obras com duração máxima de quatro anos, será apresentado à Prefeitura Municipal, ou ao Distrito Federal, quando for o caso, acompanhado de certidão atualizada da matrícula da gleba, expedida pelo Cartório de Registro de Imóveis competente, de certidão negativa de tributos municipais e do competente instrumento de garantia, ressalvado o disposto no § 4o do

art. 18.

Art. 18. Aprovado o projeto de loteamento ou de desmembramento, o loteador deverá submetê-lo ao registro imobiliário dentro de 180 (cento e oitenta) dias, sob pena de caducidade da aprovação, acompanhado dos seguintes documentos:

V - cópia do ato de aprovação do loteamento e comprovante do termo de verificação pela Prefeitura Municipal ou pelo Distrito Federal, da execução das obras exigidas por legislação municipal, que incluirão, no mínimo, a execução das vias de circulação do loteamento, demarcação dos lotes, quadras e logradouros e das obras de escoamento das águas pluviais ou da aprovação de um cronograma, com a duração máxima de quatro anos, acompanhado de competente instrumento de garantia para a execução das obras.

A discussão gira em torno de quando este prazo se inicia, pugnando o autor pela contagem a partir da data de registro do loteamento, qual seja, 06 de setembro de 2012, enquanto a incorporadora defende o termo inicial a partir da data da assinatura do contrato, 23 de junho de 2015.

Ora, é patente que o empreendedor apenas se obriga à entrega do imóvel perante o consumidor após a assinatura do contrato de compromisso de compra e venda. No entanto, o cronograma de entrega de obras é requisito para a aprovação do loteamento junto ao ente federativo municipal, que, após expedir decreto deferindo a implantação do empreendimento, possibilita o seu registro junto ao Cartório de Registro de Imóveis, o que oportuniza a venda dos lotes pela incorporadora.

Sendo assim, o loteador, ao entabular contratos com os consumidores, já tem fixado o seu calendário de conclusões infraestruturas, sendo descabido falar-se em contagem desse prazo somente após a assinatura de cada instrumento contratual.

Desta feita, considero que, conforme Decreto nº 3.161 de 05 de junho de 2012, de aprovação do loteamento, bem assim o registro do mesmo na data de 06 de outubro de 2012 (quadro resumo do contrato ? evento 07), ambos documentos juntados com a contestação, o lapso temporal para a incorporadora findar o empreendimento era 06 de outubro de 2016.

Todavia, levando em conta ainda o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, previsto na cláusula de tolerância (cláusula 4.10 do contrato), o lapso temporal máximo seria a data de 06 de abril de 2017, inexistindo prova nos autos da entrega do bem até esta data.

Saliento que a previsão contratual de extensão (cláusula de tolerância) já foi considerada válida pelo Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual já a contabilizo no prazo lícito de entrega do imóvel. Veja-se:

Recurso especial. Civil. Promessa de compra e venda de imóvel em construção. Atraso da obra. Entrega após o prazo estimado. Cláusula de tolerância. Validade. Previsão legal. Peculiaridades da construção civil. Atenuação de riscos. Benefício aos contratantes. CDC. Aplicação subsidiária. Observância do dever de informar. Prazo de prorrogação. Razoabilidade. 1. Cinge-se a controvérsia a saber se é abusiva a cláusula de tolerância nos contratos de promessa de compra e venda de imóvel em construção,

a qual permite a prorrogação do prazo inicial para a entrega da obra. 2. A compra de um imóvel "na planta" com prazo e preço certos possibilita ao adquirente planejar sua vida econômica e social, pois é sabido de antemão quando haverá a entrega das chaves, devendo ser observado, portanto, pelo incorporador e pelo construtor, com a maior fidelidade possível, o cronograma de execução da obra, sob pena de indenizarem os prejuízos causados ao adquirente ou ao compromissário pela não conclusão da edificação ou pelo retardo injustificado na conclusão da obra (arts. 43, II, da Lei nº 4.591/1964 e 927 do Código Civil). 3. No contrato de promessa de compra e venda de imóvel em construção, além do período previsto para o término do empreendimento, há, comumente, cláusula de prorrogação excepcional do prazo de entrega da unidade ou de conclusão da obra, que varia entre 90 (noventa) e 180 (cento e oitenta) dias: a cláusula de tolerância. 6. A cláusula de tolerância, para fins de mora contratual, não constitui desvantagem exagerada em desfavor do consumidor, o que comprometeria o princípio da equivalência das prestações estabelecidas.

(...). 7. Deve ser reputada razoável a cláusula que prevê no máximo o lapso de 180 (cento e oitenta) dias de prorrogação, visto que, por analogia, é o prazo de validade do registro da incorporação e da carência para desistir do empreendimento (arts. 33 e 34, § 2º, da Lei nº 4.591/1964 e 12 da Lei nº 4.864/1965) e é o prazo máximo para que o fornecedor sane vício do produto (art. 18, § 2º, do CDC). 8. Mesmo sendo válida a cláusula de tolerância para o atraso na entrega da unidade habitacional em construção com prazo determinado de até 180 (cento e oitenta) dias, o incorporador deve observar o dever de informar e os demais princípios da legislação consumerista, cientificando claramente o adquirente, inclusive em ofertas, informes e peças publicitárias, do prazo de prorrogação, cujo descumprimento implicará responsabilidade civil. Igualmente, durante a execução do contrato, deverá notificar o consumidor acerca do uso de tal cláusula juntamente com a sua justificação, primando pelo direito à informação. 9. Recurso especial não provido. (STJ, REsp 1582318/RJ, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 12.09.2017, DJe 21.09.2017)

Ademais, o descumprimento contratual por parte da ré pode ser extraído de outros elementos dos autos, pois os documentos por ela juntados não atestam a conclusão da obra. Vejamos.

A declaração de recebimento parcial de obras emitida pela CELG em 29.03.2016 informa apenas que a implantação da estrutura da rede elétrica havia sido feita de forma parcial. Em consonância, o despacho da secretaria municipal de obras públicas, datado de 31.03.2016, noticia a possibilidade de aceite parcial das obras pertinentes à pavimentação asfáltica e drenagem pluvial somente em relação às quadras 01 a 08 e 13 a 20 - quadras diversas das do lote do autor. Do mesmo documento também consta que "as galerias de drenagem pluvial com sistema de captação com bocas de lobo foram executadas parcialmente, não foram executadas nas quadras 01 a 04, 13 a 17 e 20" (evento 07).

Ressalte-se, ainda, que a possibilidade de solicitação de alvará estampada pela certidão

da Procuradoria do Município de Catalão (evento 07) vai de encontro com a cláusula 7.4 do contrato de compra e venda firmado. Veja-se:

“Cláusula 7.4. Em nenhuma hipótese o comprador poderá iniciar construções sem que tenham sido concluídas todas as obras de infraestrutura do loteamento, o que se caracterizará com a emissão do respectivo TVO, pela prefeitura Municipal. (...)”

Ou seja, a certidão autoriza o autor a solicitar o alvará, mas este não poderia iniciar sua construção, por não estarem prontas as infraestruturas do loteamento. Desta feita, aplicando o Código de Defesa do Consumidor e invertendo o ônus da prova de acordo com o art. 6º, entendo que a ré não fez comprovação da entrega do bem, motivo pelo qual incorreu em inadimplemento contratual parcial (mora).

Ressalte-se que este julgador não ignora que a inversão do ônus probatório não deve ser aplicada, em geral, como regra de julgamento, todavia, levando em conta que a matéria posta à baila é facilmente comprovada pela via documental e que as partes informaram o desejo de não estender a fase probatória (certidão evento 17), não vejo prejuízo em inverter, nesta altura processual, o ônus da prova.

Em caso similar, já se manifestou esta Corte de Justiça:

Apelação Cível. Ação de Rescisão Contratual c/c Restituição de Importâncias Pagas. I - Cerceamento de Defesa. Ausência de despacho saneador. Ausência de produção de prova testemunhal e pericial. Inversão do ônus da prova na própria sentença recorrida. Não houve cerceamento do direito de defesa da parte requerida/2ª apelante, pois versa a espécie sobre controvérsia cujo aspecto fático encontra-se satisfatoriamente delineado nos autos por meio de prova documental, restando inócua a realização de prova testemunhal e pericial, bem como a prolação de despacho saneador com o intuito de oportunizar a realização das mencionadas provas, razão pela qual restou autorizado o magistrado singular a conhecer diretamente do pedido, proferindo julgamento antecipado da lide, mormente considerando-se que a ambas as partes litigantes restou oportunizada a juntada de prova documental. II - Prescrição do pleito de devolução da comissão de corretagem. Não ocorrência. A parte autora apresenta pedido de restituição da comissão de corretagem decorrente da rescisão contratual postulada. Dessa forma, por ser o pleito de devolução da comissão de corretagem corolário da rescisão contratual, o termo inicial da prescrição, no presente caso, é a data em que as rés deixaram de cumprir a obrigação de entrega das obras de infraestrutura. Portanto, não há se falar em transcurso do prazo prescricional de 03 (três) anos. III - Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. É aplicável a Lei nº 8.078/90, frente à relação consumerista estabelecida entre incorporador e adquirente da unidade imobiliária, nos termos de seu art. 3º, § 1º. Nesse contexto, necessária a aferição no que concerne à prova da existência do ato ilícito, bem como da responsabilidade da apelante (construtora). IV - Rescisão contratual por culpa dos promitentes vendedores. Não entrega das obras de infraestrutura do loteamento na data contratada. Possibilidade. Procedo o pedido autoral de rescisão de compromisso de compra e venda por culpa das promitentes vendedoras/apelantes, por ter restado

demonstrado que estas foram responsáveis pela rescisão contratual, diante da demora excessiva para entrega das obras de infraestrutura do loteamento. V - (...). Primeira Apelação Cível provida. Segundo apelo desprovido. (TJGO, Apelação 0032834-84.2016.8.09.0029, Relator Desembargador Carlos Alberto França, 2ª Câmara Cível, julgado em 04.10.2017, DJe de 04.10.2017 - destaquei)

Por fim, em relação à alegação de adimplemento substancial exposta na contestação, não vejo como aplicá-la ao caso concreto, pois a mora não foi insignificante. Note-se que desde 06 de abril 2017 as infraestruturas deveriam ter sido entregues e, até a presente data, não há nos autos qualquer documento que comprove a finalização total do empreendimento.

Sublinhe-se, ainda, que a teoria do adimplemento substancial “não se prende ao exclusivo exame do critério quantitativo, devendo ser considerados outros elementos que envolvem a contratação, em exame qualitativo que, ademais, não pode descurar dos interesses do credor, sob pena de afetar o equilíbrio contratual e inviabilizar a manutenção do negócio. (STJ, REsp 1581505 / SC, DJe 28.09.2016).”

Com essas considerações, reconhecida a mora na finalização do loteamento, entendo por determinar a entrega do bem e finalização das estruturas no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa diária, atento ao disposto nos arts. 498 e 500, ambos do Código de Processo Civil.

Destaco que não cabe à ré arguir ser de competência dos órgãos públicos para finalização das obras de seu loteamento, que já ultrapassam o prazo de conclusão.

É de responsabilidade do empreendedor a execução de seus projetos que, sem depender do Poder Público, pode contratar equipe técnica especializada para a realização das atividades. Assim já decidiu este Tribunal:

Ação de obrigação de fazer c/c reparação de danos. Atraso na entrega da infraestrutura de loteamento. Preliminares rejeitadas: incompetência, carência de ação, ilegitimidade passiva e denunciação da lide nas relações consumeristas. Indenização moral devida. Redução do **quantum**. Multa contratual. Provimentos parciais. 1. (...). 3. Em que pese firmado o convênio com a Prefeitura de Goiânia, assumindo esta o compromisso de pavimentar ruas e construir meios-fios do loteamento, continua a empresa responsável pela entrega da infraestrutura, nos moldes expressos instrumento particular de compra e venda de imóvel. 4. No contrato submetido ao diploma consumerista, seja pela natureza da atividade, seja pela presença das figuras do fornecedor/prestador de serviços e do consumidor final, consoante os artigos 2º e 3º, CDC, incabível a denunciação da lide por expressa vedação do artigo 88, Código de Defesa do Consumidor. 5. A imobiliária que apenas intermedeia a transação comercial não responde pelas obrigações assumidas pela empresa empreendedora do loteamento. 6. Incontestável a obrigação moral indenizatória por descumprimento do pacto celebrado entre as partes. 7. (...). 8. 9. Recursos apelatórios providos em parte. (TJGO, Apelação Cível 194935-07.2013.8.09.0051, Relatora Desembargadora Beatriz Figueiredo Franco, 3ª Câmara Cível, julgado em 13.09.2016, DJe 2118 de 26.09.2016)

Dupla apelação cível. Indenização. Loteamento desprovido de infraestrutura básica

(energia elétrica). 1. Tanto a legislação federal (Lei 6766/79) quanto a municipal (LC 76/2007) conferem ao empreendedor/loteador/fornecedor o ônus e a responsabilidade de dotar o loteamento de infraestrutura básica, aí compreendida a energia elétrica e iluminação pública. A omissão no cumprimento deste encargo afeta a vida do consumidor-adquirente de imóvel, dando ensejo a reparação de dano moral. 2. Valor fixado que é compatível com os fatos da lide, não importa em enriquecimento sem causa e é dotado de senso didático e dissuasivo. 3. Reforma parcial e ex officio da sentença, tão somente para fazer incidir a regra do art. 1ºF da Lei 9494/97 com a redação dada pela Lei 11.960/99. 4. Apelos conhecidos e desprovidos. (TJGO, Apelação Cível 459556-57.2009.8.09.0087, Relator Desembargador Norival Santome, 6ª Câmara Cível, julgado em 07.05.2013, DJe 1308 de 22.05.2013)

Todavia, sem descurar da necessidade de tornar realmente a obrigação suscetível de cumprimento, e também para que a multa não se torne causa de enriquecimento ilícito ao credor, fixo valor final para a sua contabilização, qual seja, o montante do preço de mercado do lote adquirido pelo autor.

O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre a necessidade de preservação do caráter coercitivo da multa, sob pena de tornar-se meio de enriquecimento indevido:

Agravo regimental no recurso especial. Ação indenizatória. Execução do valor referente à multa diária. Vedação ao enriquecimento sem causa. Redução do **quantum** executado. Possibilidade de ofício ou a requerimento da parte. 3. Certo é que o valor estabelecido a título de astreintes não pode gerar um enriquecimento sem causa da acionante, agora exequente, razão pela qual impositiva era a sua redução, tarefa que pode perfeitamente ser realizada durante a fase de execução das astreintes, com base no disposto no art. 461, § 6º, do CPC, consoante entendimento consolidado nesta Corte Superior. 4. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no REsp 1098061/RJ, Relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 28.05.2013, DJe 11.06.2013)

Processual civil e administrativo. Agravo interno no agravo em recurso especial. Enunciado administrativo nº 3/STJ. Telefonía. Astreintes. Revisão para atender ao princípio da proporcionalidade e evitar enriquecimento ilícito. Possibilidade. Precedentes. Agravo interno não provido. 1. Inicialmente é necessário consignar que o presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo nº 3/STJ: "Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC". 2. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de se admitir a redução da multa diária cominatória, tanto para se atender ao princípio da proporcionalidade quanto para se evitar o enriquecimento ilícito, ainda que se verifique o descaso do devedor. Precedentes. 3. Agravo interno não provido. (STJ, AgInt no AREsp 1035909/RJ, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 15.08.2017, DJe 21.08.2017)

Assim, passo à análise do pleito indenizatório.

Requer a parte autora a decretação de nulidade da cláusula de tolerância, o ressarcimento dos danos materiais sofridos, além de pagamento de aluguéis durante o período em que a incorporadora reteve ilegalmente o imóvel, bem assim a aplicação de cláusula penal e arbitramento de dano moral ao valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

No que concerne à cláusula de tolerância, a considero válida, conforme já explanado, em consonância com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. No entanto, ainda que contabilizado seu prazo, as obras deveriam ter sido entregues em 06.04.2017, o que não se deu.

Em relação aos danos materiais, sabe-se que eles consubstanciam a efetiva diminuição patrimonial sofrida pelo requerente em razão do ato ilícito contratual praticado pela incorporadora ré. O pleito sintetiza-se em arbitramento de aluguéis pelo tempo que o imóvel ficou ilicitamente com a fornecedora/incorporadora, ou seja, é a compensação do que o autor deixou de lucrar em razão do ato ilícito praticado. Além disso, é pedido da inicial o pagamento de cláusula penal moratória, malgrado não estar prevista no contrato.

Bem, é certo que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende possível a cumulação da penalidade com lucros cessantes, na hipótese de atraso na entrega de imóvel. Concebe a Corte Superior que a primeira tem natureza moratória, enquanto o segundo, compensatória:

Agravo interno no recurso especial. Rescisão contratual. Atraso na entrega de imóvel. Cumulação dos lucros cessantes com cláusula penal. Possibilidade. Matéria submetida à sistemática dos recursos repetitivos. Sobrestamento do feito. Regramento dirigido às instâncias ordinárias. Agravo não provido. 1. "A afetação de determinado recurso ao rito dos repetitivos, nos termos do art. 543-C do CPC, não implica a suspensão ou o sobrestamento das demais ações já em curso no Superior Tribunal de Justiça, mas, apenas, as em trâmite nas instâncias ordinárias" (AgRg na Rcl 27.689/MG, Relator Ministro Moura Ribeiro, Segunda Seção, julgado em 11.11.2015, DJe de 16.11.2015). 2. De acordo com a jurisprudência desta Corte, o não cumprimento do prazo para entrega do imóvel objeto do compromisso de compra e venda, por culpa do vendedor, gera a condenação por lucros cessantes por presunção de prejuízo do promitente comprador, podendo ser cumulados com a cláusula penal moratória estabelecida no contrato celebrado entre as partes. Precedentes. 3. Agravo interno a que se nega provimento. (STJ, AgInt nos EDcl no REsp 1655903/DF, Relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 19.09.2017, DJe 11.10.2017)

No entanto, a citada cláusula penal não está prevista na avença, razão pela qual considero devidos somente os aluguéis a título de lucros cessantes, partir do término do prazo de tolerância até a efetiva entrega do lote, calculados sob o valor mensal de mercado do aluguel do imóvel.

Quanto ao dano moral, exprime Sérgio Cavalieri Filho que "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, angústia e desequilíbrio em seu bem estar" (in FILHO, Sergio Cavalieri. Programa de Responsabilidade

Civil. 9ª Edição. Editora Atlas, 2010. p. 87).

Neste sentido, a expectativa do comprador em virtude de demora na entrega de imóvel em data além da pactuada é abalo psíquico suficiente para condenar a vendedora a ressarcir o consumidor.

Isso porque, o sonho do imóvel próprio é considerado algo muito precioso na sociedade, almejado por muitas pessoas, sendo que o inadimplemento do contrato, em casos tais, coloca o consumidor adquirente em situação de impotência perante a fornecedora.

Acerca da possibilidade de fixação de danos morais em relações jurídicas similares é a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Goiás:

Apelação cível. Ação de conhecimento. Compromisso de compra e venda de imóvel. Relação de consumo. Atraso na entrega da obra. Rescisão. Fato imputável à compromissária vendedora. Alegação de força maior não configurada. Restituição das parcelas pagas. Indenização. Lucros cessantes devidos. Danos morais. I - Incide, na hipótese, o Código de Defesa do Consumidor, porquanto, a relação jurídica subjacente é tipicamente de consumo, havendo perfeita subsunção às disposições dos artigos 2º e 3º, ambos do diploma referido. II - A afirmação da promitente-vendedora, de existência de dificuldades para o enfrentamento da crise no setor da construção civil, não tem o condão de eximi-la da obrigação contratual, mormente quando não se desincumbiu do respectivo ônus probatório, além de confessado o atraso na conclusão da obra. III - Como consectário do desfazimento do negócio por fato imputável, exclusivamente, à promitente-vendedora, impõe-se a restituição dos valores das parcelas pagas ao promitente-comprador, consoante direito sumulado na Corte Superior de Justiça. IV - Devidos, outrossim, os lucros cessantes, a título de compensação material, pela não entrega do imóvel na data aprezada, conquanto, a mora da construtora privou o promitente-comprador da fruição do imóvel. V - A demora injustificada, por tempo considerável, na entrega do imóvel, caracteriza dano moral, uma vez que tal dissabor ultrapassa a esfera do mero aborrecimento, causando a sensação de impunidade e de impotência ao consumidor, mostrando-se razoável a sua fixação em R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Apelação conhecida e desprovida. (TJGO, Apelação (CPC) 0162760-37.2014.8.09.0111, Relator Dr. Fernando de Castro Mesquita, 3ª Câmara Cível, julgado em 16.11.2017, DJe de 16.11.2017)

Apelação cível. Ação cominatória de obrigação de entregar c/c indenização por danos materiais e morais, c/c declaratória de nulidade de cláusula contratual. Preliminar de ilegitimidade passiva **ad causam** afastada. Relação de consumo. Atraso na entrega da obra. Prazo de tolerância de 180 dias. Cláusula válida. Lapso excedido. Inadimplemento contratual pela construtora. Lucros cessantes. Indenização por danos morais. Cabimento. Juros de obra. Legalidade. I - A construtora é parte legítima para responder pelo pedido de ressarcimento dos juros de obra, quando a pretensão vem embasada no desembolso das quantias, ocorrido em virtude do atraso na entrega da obra, a que deu causa. II - É aplicável a Lei nº 8.078/90, frente à relação consumerista estabelecida entre

a construtora e o adquirente da unidade imobiliária, nos termos de seu art. 3º, § 1º. III - É válida a cláusula contratual de prorrogação de 180 (cento e oitenta) dias para a entrega de imóvel objeto de contrato de compra e venda, uma vez que consta no instrumento contratual de forma clara e expressa, cumprindo com o dever de informação, inerente às relações de consumo. IV - Descumprido o prazo para entrega do imóvel objeto do compromisso de compra e venda, é cabível a condenação por lucros cessantes. Nesse caso, há presunção de prejuízo do promitente comprador, cabendo ao vendedor, para se eximir do dever de indenizar, fazer prova de que a mora contratual não lhe é imputável. Precedentes do STJ. V - Injustificado atraso na entrega do imóvel gera dano moral em virtude da frustração da expectativa do consumidor em usufruir do bem adquirido. VI - A construtora, uma vez configurado o ilícito civil no atraso da entrega do imóvel, deve ressarcir os gastos e encargos (juros de obra) arcados pelo promitente comprador, a título de indenização por danos materiais. VII - Mantida a sentença não há cogitar de inversão dos ônus sucumbenciais. Recurso conhecido e desprovido. (TJGO, Apelação Cível 445655-15.2014.8.09.0162, Relatora Desembargadora Nelma Branco Ferreira Perilo, 4ª Câmara Cível, julgado em 26.10.2017, DJe 2389 de 20.11.2017 - grifei)

Apelação cível. Ação de obrigação de fazer c/c cobrança de diferenças e arbitramento de aluguéis, multa diária e dano moral. Compra e venda de imóvel. Atraso na entrega do empreendimento. Danos materiais. Danos morais. 1. O atraso na entrega do imóvel objeto de contrato de promessa de compra e venda acarreta a condenação da promitente vendedora ao pagamento de lucros cessantes pela não fruição do bem, em montante equivalente ao valor de mercado do respectivo aluguel mensal. Precedentes do STJ. 2 - A construtora que atrasa demasiada e injustificadamente a entrega das chaves de imóvel pratica conduta antijurídica e deve reparar os danos morais causados ao promitente comprador. Apelação Cível Conhecida e Desprovida. (TJGO, Apelação (CPC) 0041169-94.2014.8.09.0051, Relator Desembargador Alan Sebastião de Sena Conceição, 5ª Câmara Cível, julgado em 06.10.2017, DJe de 06.10.2017)

Contudo, orientado pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, e considerando que o autor está há cerca de oito meses privado do uso do imóvel, entendo que a quantia de R\$ 50.000,00 é exagerada, razão pela qual defino o valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), também em consonância com a abalizada jurisprudência deste Sodalício:

Apelação cível. Ação revisional de contrato de compra e venda de imóvel na planta c/c reparação de danos. Demora na entrega de imóvel. Dever de indenizar. (...) - **Quantum** indenizatório. No arbitramento do valor indenizatório devem ser sopesadas as consequências do fato, o tempo de duração, o grau da culpa e a condição das partes envolvidas, de modo que o valor não seja tão irrisório que não repercuta patrimonialmente na esfera do ofensor e nem tão expressivo que acarrete enriquecimento ilícito ao titular do direito violado. 4.1. Considerado o caso concreto, tem-se justa a indenização, em razão dos danos morais sofridos pelo autor, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), em atenção aos princípios da proporcionalidade e

razoabilidade. 5. Dano material/ lucros cessantes. Ressarcimento das despesas com alugueis. No caso de atraso injustificado na entrega de imóvel, objeto de compromisso de compra e venda, é cabível a condenação ao ressarcimento da quantia dispendida com aluguel, a partir do término do prazo de tolerância até a efetiva entrega das chaves, cujo montante deve ser apurado em liquidação de sentença, em importância correspondente ao preço do aluguel do próprio apartamento adquirido. 6. (...). 7. Recurso conhecido e parcialmente provido. (TJGO, Apelação 0356394-41.2013.8.09.0011, Relator Desembargador Kisleu Dias Maciel Filho, 4ª Câmara Cível, julgado em 09.01.2018, DJe de 09.01.2018 - grifei)

Apelação cível. Ação de reparação de danos. Promessa de compra e venda de imóvel. Imobiliária. Atraso na entrega das vagas de garagem do imóvel. Aplicação do código de defesa do consumidor. Dano moral caracterizado. **Quantum** mantido. 1. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de promessa de compra e venda de imóveis. Precedentes do STJ. 2. (...). 3.(...). 4. No arbitramento do **quantum** indenizatório, devem-se sopesar as consequências do fato, o tempo de duração, o grau da culpa e a condição das partes envolvidas, de modo que o valor não seja tão irrisório que não repercuta patrimonialmente na esfera do ofensor e nem tão expressivo que acarrete enriquecimento ilícito ao titular do direito violado. Apelo desprovido. (TJGO, Apelação 0167331-03.2015.8.09.0051, Relator Desembargador Mauricio Porfirio Rosa, 2ª Câmara Cível, julgado em 23.11.2017, DJe de 23.11.2017 - grifei)

Pelo exposto, conheço dos apelos e dou-lhes provimento para cassar a sentença recorrida e, de acordo com o art. 1.013, § 3º, II, do Código de Processo Civil, julgo parcialmente procedentes os pedidos iniciais para determinar a entrega do imóvel situado no Residencial Portal do Lago II, Lote 04, Quadra 23, com área total de 250 m², confrontando com o lote 05 pelo lado direito, com lote 03 pelo lado esquerdo e com o lote 31 pelo fundo, no Município de Catalão - GO, no prazo de 30 (trinta) dias.

Em hipótese de descumprimento, fixo multa diária no valor de R\$ 300,00 (trezentos reais) contabilizada até o valor de mercado do imóvel do credor, a partir do primeiro dia de não cumprimento do lapso agora fixado para a entrega do bem.

Ainda, condeno a requerida ao pagamento de lucros cessantes a título de alugueis à parte autora, a partir do término do prazo de tolerância até a efetiva entrega do lote, calculados tendo em vista o valor mensal de mercado do aluguel do imóvel, apurados em liquidação de sentença.

Condeno, ainda, a empresa ré ao pagamento de danos morais ao patamar de R\$ 3.000,00 (três mil reais) ao autor, atualizados monetariamente a partir da publicação do acórdão (Súmula 362 do STJ) e juros de mora, desde a citação.

Em razão da sucumbência mínima da parte autora, condeno a parte ré em custas e honorários advocatícios, de acordo com o art. 85, § 2º do CPC, os quais arbitro em R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais).

É o voto.

Goiânia, 06 de fevereiro de 2018.

Des. Leobino Valente Chaves - Relator

Apelação Cível nº 0128420.24.2012.8.09.0051

Comarca de Goiânia

Apelante: Moacir Duarte da Silva

Apelados: Elvio Castro de Oliveira e Outras

Relator: Des. Leobino Valente Chaves

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS C/C PENSÃO POR MORTE. ACIDENTE DE TRÂNSITO. VÍTIMA FATAL. CONVERSÃO ABRUPTA DO APELANTE À ESQUERDA EM VIA PROIBIDA. VÍTIMA TRAFEGAVA NA FAIXA EXCLUSIVA PARA ÔNIBUS. CULPA CONCORRENTE. IMPRUDÊNCIA DE AMBOS OS ENVOLVIDOS NO ACIDENTE. INEXISTÊNCIA DE CONTRADIÇÃO ENTRE O BOLETIM DE OCORRÊNCIA DE ACIDENTE DE TRÂNSITO - BOAT E O LAUDO PERICIAL. REPARTIÇÃO PROPORCIONAL DOS PREJUÍZOS SOFRIDOS. DANOS MORAIS **IN RE IPSA**. MORTE DO FILHO E DO GENITOR DA MENOR IMPÚBERE. SEGURO OBRIGATÓRIO. DPVAT. ABATIMENTO (SÚMULA 246, STJ). RECEBIMENTO NÃO COMPROVADO. CORREÇÃO MONETÁRIA. DATA DO ARBITRAMENTO (SÚMULA Nº 362 STJ). SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. REDISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS.

I - Após minuciosa análise dos documentos que permeiam os autos, foi possível evidenciar que a causa do acidente foi a inegável imprudência do recorrente Moacir Duarte da Silva que, ao seguir pela pista da Av. 84, sentido Praça do Cruzeiro/Praça Cívica, convergiu à esquerda para adentrar na viela da Praça Wilson Chaves, em total desrespeito à legislação de trânsito, e, igualmente, da vítima fatal Elvio Júnior, que seguia na mesma pista, mas dentro do eixo exclusivo para os ônibus, o que é terminantemente proibido.

II - O fato de a vítima estar trafegando em local proibido, ou em eventual excesso de velocidade, não retira do apelante a culpa pelo acidente, pois, se não fosse a abrupta e inesperada conversão à esquerda, o acidente não teria ocorrido como ocorreu.

III - Não há que se falar em contradição entre as conclusões do BOAT e do Laudo Pericial, pois ficou evidente, em ambos, que o apelante circulava normalmente pela faixa de tráfego oeste da pista destinada à circulação normal de veículos que se dirigem do Sul para o Norte (Praça do Cruzeiro à Praça Cívica), mas que, porém, pretendendo adentrar na viela da Praça Wilson Chaves, realizou conversão à esquerda, em desrespeito à sinalização horizontal, assumindo, dessa forma, o risco de ocasionar acidentes com as unidades que poderiam estar trafegando nas faixas Oeste e no sentido permitido para essas.

IV - A culpa da vítima, quando contribui para a eclosão do evento, sem ser a sua causa exclusiva, influi na indenização, ensejando a repartição proporcional dos prejuízos sofridos, conforme art. 945 do CC.

V - Uma vez configurado o dano moral **in re ipsa** decorrente da morte de um filho em parca idade (21 anos) e pai que sequer chegou a conhecer a filha que ainda estava sendo gerada, em decorrência de acidente de trânsito, é mister indenizar os genitores e a infante.

VI - Em que pese a possibilidade da dedução do valor do seguro obrigatório - DPVAT - da quantia atribuída a título de verba indenizatória, conforme ementado na Súmula nº 246 do STJ, tal abatimento é condicionado à demonstração da ocorrência de seu pagamento nos autos, o que não ocorreu na espécie.

VII - Tratando-se de responsabilidade extracontratual, na condenação por danos morais a correção monetária deve incidir desde o seu arbitramento, conforme critério adotado pela Súmula nº 362 do Superior Tribunal de Justiça, e os juros de mora a partir do evento danoso, consoante o texto da Súmula 54 da Corte Superior.

VIII - Reconhecida a sucumbência recíproca, as despesas processuais ficam distribuídas à proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada litigante.

APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E PROVIDA EM PARTE.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0128420.24.2012.8.09.0051, acordam os componentes da Segunda Turma Julgadora da Terceira Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, à unanimidade de votos, em conhecer e prover em parte o Apelo, nos termos do voto do Relator.

Votaram, além do Relator, os Desembargadores Gerson Santana Cintra e Itamar de Lima.

Presidiu a sessão o Desembargador Gerson Santana Cintra.

Houve sustentação oral do procurador do apelante, Dr. Flávio Correa Tibúrcio.

Fez-se presente, como representante da Procuradoria-Geral de Justiça, a Dr^a. Laura Maria Ferreira Bueno.

Goiânia, 03 de abril de 2018.

Des. Leobino Valente Chaves - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível (evento nº 3, arquivo nº 67) interposta por Moacir Duarte da Silva, porquanto irresignado com a sentença (evento nº 3, arquivo nº 65) proferida pelo Juiz de Direito da 6ª Vara Cível da comarca de Goiânia, Dr. José Ricardo M. Machado, na ação de Indenização por Danos Morais c/c Pensão por Morte, proposta em seu desfavor por Elvio Castro de Oliveira, Isabel Morais de Castro e Isabella Melanine Abrão de Castro, cuja parte dispositiva tem o seguinte teor:

“Nestas condições, parece-me justo e razoável que a indenização por danos materiais seja fixada da seguinte forma:

a - para os pais da vítima: metade de 1/3 do salário-mínimo, desde a data do evento danoso até a data em que o ofendido completaria 65 anos de idade. Deixa-se de estimar em 2/3 do salário até a data em que a vítima completaria seus 25 anos de idade, época em que, por presunção e pela ordem natural dos fatos da vida, constituiria seu próprio núcleo familiar, porque, na idade em que falecido, já tinha uma filha a quem devia amparo material.

b - para a filha da vítima: metade de 1/3 do salário-mínimo, desde a data do óbito da vítima até a data em que a beneficiária completar seus 21 anos de idade, fase a partir da qual poderá prover seu sustento por seus próprios meios.

Ao teor do exposto, julgo procedente em parte a pretensão indenizatória para condenar o requerido a indenizar os autores pelos danos causados com o falecimento de Elvio Castro de Oliveira Júnior, observado o **quantum** fixado nesta sentença. Considerando que a indenização por danos materiais consubstancia-se prestação de alimentos e atento a que o requerido se qualifica como servidor público estadual, determino, nos termos do que dispõe o artigo 533, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil, que, transitada em julgado e liquidada a condenação, sejam incluídos os nomes dos exequentes na folha de pagamento do órgão público a que se vincula o requerido, para receberem o valor mensal da pensão judicialmente estipulada, a partir do oficiamento. A verba remanescente, ou seja, a quantia correspondente ao período compreendido entre a data do óbito e a da inclusão dos nomes dos beneficiários da pensão no órgão público, será liquidada e objeto de execução.

O valor da condenação será monetariamente atualizada (INPC) e sobre ele incidirão juros moratórios de 2% ao mês, desde o evento danoso.

Condeno o requerido, finalmente, a pagar as despesas processuais e honorários

advocatícios que arbitro em 20% sobre o valor da condenação, nos termos do que dispõe o artigo 85, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil.”

Inconformado com a referida condenação o apelante interpôs recurso Apelarório, onde relatou que no dia 25.01.2011, por volta das 14:00h, ocorreu um acidente envolvendo o veículo Vectra Sedan (placa NLV-1889), conduzido por ele, e a motocicleta Honda CG 125 (placa NLU-2112), conduzida por Elvio Castro de Oliveira Júnior, vítima que faleceu no local.

Reproduz as conclusões do BOAT (Boletim de Ocorrência e Acidente de Trânsito), do Laudo Pericial de Exame de Local de Ocorrência de Trânsito com Vítima Fatal e do Parecer Técnico-Pericial em Acidente de Trânsito, e afirma existir uma contradição entre o BOAT e o Laudo Pericial, pois, segundo o referido BOAT, o Vectra Sedan (placa NLV-1889) demandava normalmente pela faixa de tráfego oeste da pista destinada à circulação normal de veículos que se dirigem do Sul para o Norte (Praça do Cruzeiro à Praça Cívica), sendo que a Motocicleta Honda (placa NLU-2112) demandava irregularmente pela faixa de tráfego leste, destinada à circulação de veículo do transporte coletivo urbano que se dirigem do Sul para o Norte (Praça do Cruzeiro à Praça Cívica).

Após transcrever trechos extraídos do Parecer Técnico-Pericial em Acidente de Trânsito, diz restar claro que a culpa pelo acidente de trânsito não foi sua, mas única e exclusivamente da vítima, pois que, além de transitar na contramão, estava em velocidade acima do permitido naquela via.

Nas razões recursais aponta a ausência de nexo causal capaz de imputar-lhe a responsabilidade pela morte da vítima, pois, como apontado, entende que a culpa pelo fatídico foi unicamente dela.

Desta feita, diz que existem certas situações que excluem o nexo causal, uma vez que vão além da consequência lógica do ato ou da omissão. Tais hipóteses também chamadas de excludentes de responsabilidade são em suma casos de impossibilidade superveniente do cumprimento da obrigação não imputáveis ao agente.

Verbera que, se não for este o entendimento a ser seguido por esta Corte revisora e, assim como a sentença singela, entender que houve culpa concorrente, reputa necessário haver a redução da indenização fixada pela metade, segundo a jurisprudência deste egrégio Tribunal.

Aduz que o dano moral é personalíssimo e extingue-se com a morte da vítima, não podendo ser aplicado o dano reflexo ou por ricochete, ou seja, projetar-se além da vítima e atingir a esfera jurídica de terceiro a ela ligada por laço de afetividade.

Diz que o valor recebido a título de indenização pelo seguro DPVAT deve ser descontado da condenação ressarcitória a ser paga aos genitores da vítima, nos termos da Súmula 246 do STJ.

Afirma, ainda, que a correção monetária deverá incidir a partir da fixação do valor a ser pago e os juros de mora a partir do evento danoso, portanto, merece reforma a sentença também nesta parte.

Como consectário da parcial procedência dos pedidos iniciais, o apelante reputa imperiosa a redistribuição dos ônus sucumbenciais, ante a sucumbência recíproca, nos termos

do artigo 86 do CPC.

Ao final, pugna pelo conhecimento e provimento do presente Apelo para reformar o **decisum** guerreado.

Preparo visto no evento nº 68.

Devidamente intimados, os apelados apresentaram contrarrazões (arquivo nº 3, evento nº 71), onde rebateram o argumento de que houve contradição entre o BOAT e o Laudo Pericial, e que no laudo particular do apelante, não comprova o tráfego regular do veículo pela linha exclusiva para carros. Pelo contrário, comprova o tráfego pela linha exclusiva do transporte coletivo, justificando ainda que o veículo estava ali em razão de estar desviando de obstáculo que sequer fez prova.

Reforçam a tese de inexistência de culpa exclusiva da vítima, pois o apelante trafegava em via exclusiva de ônibus e fez conversão abrupta à esquerda, em faixa contínua, onde claramente era proibida.

Utilizam-se de recortes jurisprudenciais do STJ para reforçar a tese de que há legitimidade dos sucessores para propor ação de Reparação de Danos Morais da vítima falecida.

Afirmam a preclusão quanto ao pedido de abatimento do valor do seguro DPVAT, pois tal matéria não foi alegada em sede contestatória. E, nos termos das Súmulas nºs 43 e 54 do STJ, a correção monetária dos danos materiais incide do evento danoso e os juros também.

Batem pela inexistência de sucumbência recíproca, pois, conforme Súmula 326 do STJ, na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.

Ao final, pugnam pelo desprovimento do Apelo com a consequente manutenção da sentença guerreada.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por seu representante, Dr. José Eduardo Veiga Braga, assim exarou sua opinião:

Em face do exposto, merece reparos a sentença, tão somente, para estabelecer o termo inicial da condenação por dano moral a partir da data do arbitramento e determinar a distribuição das despesas processuais nos termos do art. 86 do CPC. Contudo, há que se ressaltar que os apelados são beneficiários da assistência judiciária (fls. 187, autos físicos), desse modo, fica suspensa a exigibilidade do pagamento das custas e honorários advocatícios, pelo prazo de 05 (cinco) anos, conforme disposto nos §§ 2º e 3º do Código de Processo Civil. (evento nº 11).

É o relatório.

À Secretaria da Terceira Câmara Cível para proceder na forma do disposto no artigo 934 do Código de Processo Civil.

Goiânia, 28 de janeiro de 2018.

Des. Leobino Valente Chaves - Relator

VOTO

Presentes os pressupostos processuais, conheço do Apelo.

Como dito, cuida-se de Apelação Cível (evento nº 3, arquivo nº 67) interposta por Moacir Duarte da Silva, porquanto irresignado com a sentença (evento nº 3, arquivo nº 65) proferida pelo Juiz de Direito da 6ª Vara Cível da comarca de Goiânia, Dr. José Ricardo M. Machado, na ação de Indenização por Danos Morais c/c Pensão por Morte, proposta em seu desfavor por Elvio Castro De Oliveira, Isabel Morais De Castro e Isabella Melanine Abrão De Castro, que o condenou a indenizar os apelados, em decorrência do acidente de trânsito que ocasionou a morte de Elvio Castro de Oliveira Júnior.

Registre-se que a celeuma reside na pretensão do apelante em ver afastada sua responsabilidade pelo fatídico acidente de trânsito noticiadamente ocorrido em 25.01.2011, envolvendo o veículo de sua propriedade e a motocicleta conduzida pela vítima fatal Elvio Júnior, por entender que houve culpa exclusiva dela.

Dos autos extrai-se que, naquele dia, conforme narrado pelo próprio apelante no Boletim de Ocorrência e Acidente de Trânsito - BOAT, ele **“trafegava normalmente pela Av. 84, sentido centro, quando no cruzamento da 84-E, fui surpreendido por um veículo não identificado, que entrou subitamente na frente, obrigando-me a desviar para a esquerda (linha de ônibus), onde descia um motociclista em alta velocidade, colidindo com meu veículo que ficou com a frente para a viela Praça Wilson V. Chaves.”** sic.

No histórico constante no BOAT, vê-se que:

Conforme vestígios no local e posição dos veículos e segundo versão da Pe1 condutor de Ve1, ambos veículos trafegavam pela Rua 84, o Ve1 e Ve2 no mesmo sentido de tráfego, Sul/Norte, quando na altura da Rua (Viela Pça Wilson V. Chaves) ocorreu o abarroamento lateral entre os veículos, causando ferimento no Pe1 condutor de Ve1 que permaneceu no local. E o Pe2 condutor do Ve2 veio a óbito no local do acidente, compareceu no local o SAMU na tentativa de reanimar o Pe2 vítima, não foi possível. Compareceu a perícia técnica científica fez o levantamento do local do acidente. O IML removeu o corpo do Pe2. Danos nos veículos que foram liberados no local. Foi feito teste do bafômetro no Pe1, o resultado 0,00MG/L.

Foi realizado exame de dosagem de teor de etanol no sangue da vítima que, segundo laudo dos especialistas, constatou-se que pelos exames cromatográficos efetuados no material acima descrito, pelo método de dosagem de etanol em Cromatografia (CP 3800-VARIAN), utilizando propanol com padrão interno, não constatamos a presença de etanol no material acima descrito. (com grifo no original).

No Laudo Pericial de Exame de Local de Ocorrência de Trânsito com Vítima Fatal, ficou dito que:

Segundo consta, ambos os veículos deslocavam-se na Rua 84, de Sul para Norte, quando, próximo ao cruzamento com a Rua 82, V1 teria sido fechado por outro veículo e, ao tentar desviar, teria interceptado a trajetória de deslocamento de V2 ocasionando, assim, o choque entre os veículos.

(...)

Ambas as unidades trafegavam sentido Sul-Norte, nas faixas leste centrais da Rua 84, sendo que V1 (Vectra - NLV 1889) estava à frente e à direita de V2 (CG 125 - NLU 2112). Na região do cruzamento com a Viela Pça. Wilson V. Chaves, a unidade V1 subitamente realizou tentativa de efetuar manobra de conversão à esquerda, no intuito de ingressar no fluxo tráfego dessa via (Leste-Oeste), momento este que V2 tentava ultrapassá-lo pela esquerda. Mesmo sem acionar os freios, V2 tentou desviar e, sem obter sucesso, chocou-se contra a lateral esquerda de V1.

No momento do embate entre as unidades, o condutor de V2 atingiu o vidro da porta dianteira esquerda de V1, quebrando-o. Alguns fragmentos do vidro permaneceram aderidos à borracha superior do vão, local esse onde o condutor de V2, na inércia do movimento, chocou o pescoço, lacerando-o. Após o embate, a unidade V1, que já estava em velocidade reduzida, realizou frenagem brusca provocando a marca de compressão pneumática da roda dianteira direita.

(...)

As posições de repouso das unidades indicam que ambas desrespeitaram a sinalização horizontal e ingressaram nas faixas centrais. A unidade V1, ao tentar realizar conversão à esquerda, mais uma vez desrespeitou a sinalização horizontal (linha contínua que separava as faixas centrais das faixas Oeste), assumindo dessa forma o risco de acidente com as unidades que poderiam estar trafegando nas faixas Oeste e no sentido permitido para essas. A unidade V2, provavelmente, ao notar a diminuição da velocidade de V1, tentou realizar ultrapassagem de maneira, mais uma vez, equivocada (tratava-se de uma região próxima a uma interseção), mas foi surpreendido pela tentativa de conversão à esquerda promovida pelo condutor de V1.

Considerações finais

Depois de efetuado o levantamento de local e analisadas as circunstâncias em que este ocorreu, os Perito Criminais concluem que ambos os condutores desrespeitaram a sinalização de trânsito presente no local, porém a causa técnica do evento foi a tentativa de conversão de V1 (Vectra - NLV 1889) em local proibido, de maneira a interceptar a trajetória de deslocamento de V2 (CG 125 - NLU 2112), não o possibilitando reagir a tempo de evitar o sinistro. (sem grifo no original).

Foi instaurado Inquérito Policial nº 033/2011 para apuração de suposto crime de trânsito e, após conclusão, foi remetido ao *Parquet* de 1º, que apresentou denúncia em face do ora apelante (processo nº 201101740331). No curso do procedimento administrativo foi colhido depoimento da testemunha Bruno Maciel Moreira, que assim disse:

“(...) em data que não se recorda, por volta de 14h, o depoente estava sentado nas cadeiras que ficam na calçada da Panificadora São Luiz, localizada na esquina da Rua 84 com a viela da Praça Wilson, e que é de propriedade de familiares do depoente, quando presenciou um acidente de trânsito envolvendo um veículo de cor prata e uma motocicleta; Que da posição que o depoente estava, viu quando o condutor do veículo,

que seguia na pista da Av. 84, sentido Praça do Cruzeiro/Praça Cívica, convergiu à esquerda, para adentrar na viela da Praça Wilson, e quando ele estava dentro do eixo exclusivo para os ônibus, ocorreu o impacto da parte frontal de uma motocicleta, que seguia na pista da Rua 84, também sentido Praça do Cruzeiro/Praça Cívica, mas dentro do eixo exclusivo para os ônibus, com a lateral esquerda do veículo, na altura da porta do condutor; QUE com o impacto, o condutor da motocicleta, que estava com o capacete na cabeça, foi arremessado para cima e caiu quase na entrada da viela para a Praça Wilson; (...) o depoente não teve visão do veículo e nem do motociclista, e com isso, não sabe dizer qual era a velocidade que eles desenvolviam, acredita que o condutor do veículo estava em velocidade não muito elevada, pelo fato de que o veículo parou imediatamente ao impacto, e da mesma forma, a motocicleta, que repousou praticamente onde ocorreu o impacto;” Que o depoente, que trabalha na Padaria junto com os familiares e conhece bem o local do acidente, afirma que o local onde o condutor do veículo tentou fazer a conversão à esquerda, é proibido, uma vez que, para fazer tal manobra, precisa cruzar a faixa exclusiva para os ônibus e também a outra parte da Av. 84, sentido Praça do Cruzeiro; Que ao ver do depoente, o acidente ocorreu por uma sucessão de erros, uma vez que o condutor do veículo não poderia adentrar à esquerda, mas também o condutor da motocicleta não poderia estar trafegando no eixo exclusivo para os ônibus, sendo que o depoente afirma que, embora não tendo visto o motociclista antes do impacto, o local onde ocorreu o impacto no veículo e o ponto de repouso do mesmo e da motocicleta, o condutor desta estava realmente trafegando no eixo exclusivo para os ônibus; (sem grifos no original).

Em relatório conclusivo, o ora apelante foi indiciado pela prática do crime de homicídio culposo praticado na direção de veículo automotor, ilícito previsto no artigo 302 do CTB.

O recorrente, com a peça contestatória juntou aos autos o Parecer Técnico Pericial em Acidente de Trânsito, subscrito pelo Perito em Criminalística Paulo César de Menezes Póvoa, que concluiu o fatídico da seguinte forma:

“Analisada detidamente toda a documentação cedida a este Perito, bem como examinada e estudada todas as circunstâncias em que o acidente ocorreu, especialmente os elementos de ordem material, contidos nos documentos; este Perito certo está que o acidente ocorreu, somente em razão do condutor da Motocicleta (V2) estar trafegando irregular e ilegalmente na faixa de rolamento dos ônibus com agravante de estar demandando com velocidade superior à permitida para o local.”

Houve juntada no caderno processual de cópia da sentença criminal, que julgou procedente a pretensão punitiva declinada pelo Ministério Público na denúncia, condenando o ora apelante como incurso nas sanções do artigo 302, **caput**, da Lei nº 9.503/97, CTB.

Após minuciosa análise dos documentos que permeiam os autos foi possível evidenciar que a causa do acidente foi a inegável imprudência do recorrente Moacir Duarte da Silva que, ao seguir pela pista da Av. 84, sentido Praça do Cruzeiro/Praça Cívica, convergiu à esquerda para adentrar na viela da Praça Wilson Chaves, em total desrespeito à legislação de trânsito, e,

igualmente, da vítima fatal Elvio Júnior, que seguia na mesma pista, mas dentro do eixo exclusivo para os ônibus, o que é terminantemente proibido.

O fato de a vítima estar trafegando em local proibido, ou em eventual excesso de velocidade, não retira do apelante a culpa pelo acidente, pois, se não fosse a abrupta e inesperada conversão à esquerda, o acidente não teria ocorrido como ocorreu.

Assim, não é possível imputar somente à vítima fatal a responsabilidade pelo evento que lhe custou a vida; clarividente está que a culpa é concorrente de ambos os envolvidos no infortúnio.

Não há, também, que se falar em contradição entre as conclusões do BOAT e do Laudo Pericial, pois ficou evidente, em ambos, que o apelante circulava normalmente pela faixa de tráfego oeste da pista destinada à circulação normal de veículos que se dirigem do Sul para o Norte (Praça do Cruzeiro à Praça Cívica), mas que, porém, pretendendo adentrar na viela da Praça Wilson Chaves, realizou conversão à esquerda, em desrespeito à sinalização horizontal, assumindo, dessa forma, o risco de ocasionar acidentes com as unidades que poderiam estar trafegando nas faixas Oeste e no sentido permitido para essas.

Conforme visto, os dois veículos envolvidos no acidente estavam desrespeitando a sinalização de trânsito, porém, como dito, a causa determinante do sinistro foi a manobra brusca em local proibido, do veículo conduzido pelo apelante, interceptando a trajetória de deslocamento da motocicleta conduzida pela vítima.

Correto mostra-se o Magistrado singular em imputar a ambos os motoristas a culpa concorrente pelo fatídico, não merecendo, desta forma, alterar a sentença ora guerreada.

Imperioso ressaltar que a culpa da vítima, quando contribui para a eclosão do evento, sem ser a sua causa exclusiva, influi na indenização, ensejando a repartição proporcional dos prejuízos sofridos.

Desta forma, caracterizada a concorrência de culpa do condutor do veículo, de propriedade do apelante, e do condutor da motocicleta, hão de ser redimensionados os danos em proporções iguais às faltas de cada qual.

Neste ínterim, a considerar a gravidade da lesão sofrida pela vítima, que veio a óbito no local do acidente, e que os envolvidos contribuíram igualmente para o lamentável infortúnio, devem os danos ser repartidos na proporção de 50%, nos termos do art. 945 do Código Civil.

Neste sentido, aliás:

“1. Na ação de indenização por danos causados em acidente de veículo, constatada a presença dos elementos fundamentais da responsabilidade civil. Comprovação da culpa, ocorrência de dano e nexos de causalidade entre o acidente e o **eventus damni** -, impõe-se a condenação do causador do ilícito ao pagamento de indenização. 2. (...) 3. Ocorrendo o acidente de trânsito em razão da imprudência de ambos os motoristas, mostra-se recíproca a culpa, devendo o réu apelado ressarcir à autora apenas na metade do valor da condenação fixada. (...)” (TJGO, 3ª CC, AC nº 187384- 75.2010.8.09.0149, Relatora Desembargadora Beatriz Figueiredo Franco, DJe 1497 de 06.03.2014);
(...) 3. (...) 4. 5. (...) Em havendo culpa concorrente, estes valores devem ser reduzidos

pela metade. (...) (TJGO 6ª CC, AC nº 94308-57.2009.8.09.0011, Relatora Desembargador Fausto Moreira Diniz, DJe 1050 de 25.04.2012) - grifei.

Ainda:

“Acidente de trânsito. Responsabilidade civil. Colisão de veículos. Imprudência e negligência do motorista cujo veículo se encontrava estacionado e vai realizar manobra de ingresso na via de rolamento. Cautela e prudência que devem ser observadas. Veículo oficial. Polícia militar. Imprudência e negligência do motorista que, em serviço, trafega em velocidade excessiva sem acionar o sinal sonoro da viatura contribuindo para o evento. Concorrência de culpas. Indenização reduzida pela metade. Sentença reformada em parte.” (TJSP, 30ª CC, AC nº 9123457042009826 SP 9123457-04.2009.8.26.0000, Relator Edgard Rosa, julgado em 04.05.2011, pub. em 09.05.2011); “(...) 1. Agindo os dois condutores de forma a causar o evento danoso, sendo impossível afastar a responsabilidade de qualquer deles no alcance do resultado lesivo, configura-se a concorrência de culpas que leva, nos termos do art. 945 do Código Civil, a reduzir a indenização na medida da culpa da vítima. 2. (...) 3. (...). 4. (...) Recurso conhecido e parcialmente provido.” (TJPR, 9ª CC, AC nº AC 6866606 PR 0686660-6, Relatora Desembargadora Rosana Amara Girardi Fachin, julgado em 16.09.2010, DJ 481). (Grifei).

Assim, correta a sentença que fixou a indenização nas seguintes proporções:

“Nestas condições, parece-me justo e razoável que a indenização por danos materiais seja fixada da seguinte forma:

a - para os pais da vítima: metade de 1/3 do salário-mínimo, desde a data do evento danoso até a data em que o ofendido completaria 65 anos de idade.

b - para a filha da vítima: metade de 1/3 do salário-mínimo, desde a data do óbito da vítima até a data em que a beneficiária completar seus 21 anos de idade, fase a partir da qual poderá prover seu sustento por seus próprios meios.”

Portanto, a sentença não merece reforma quanto à distribuição da responsabilidade pelos danos materiais ocasionados pelo acidente.

Quanto aos danos morais, afirma o apelante que, por se tratar de direito personalíssimo, somente a vítima poderia pleiteá-los, porém, com sua morte, extinto está o direito.

Entretanto, tal afirmativa não encontra guarida no ordenamento pátrio, uma vez que prevalece, majoritariamente, que os ascendentes e os descendentes podem pleitear a reparação pela perda de um filho ou de um pai, e, como afirmado pelo *Parquet* de 2º grau, trata-se, portanto, de direito pessoal destes, e não de direito personalíssimo do falecido, daí a legitimidade em postulá-lo.

A propósito:

“Embargos infringentes. Acórdão não unânime em apelação cível. Discussão quanto a ponto inalterado da sentença. Impossibilidade. Ação de indenização. Morte de ciclista em acidente de trânsito. **Quantum** indenizatório do dano moral mantido. I - (...). II - Aquele que deu causa ao acidente que ceifou a vida da vítima deverá arcar com

indenização dos danos morais suportados pelos genitores daquele em razão do sinistro. III - (...).” (TJGO, Embargos Infringentes nº 393852-57.2015.8.09.0000, Relator Desembargador Carlos Alberto França, 1ª Seção Cível, julgado em 16.12.2015, DJe 1944 de 08.01.2016). (Grifei).

“Duplo apelo. Ação de indenização por danos morais e materiais. Acidente de trânsito. Responsabilidade solidária do proprietário do veículo e do condutor. Morte de filho menor. **Quantum** indenizatório. Razoabilidade e proporcionalidade. Honorários sucumbenciais. 1. (...) 2. Consoante o STJ, uma vez configurado o dano moral *in re ipsa* decorrente da morte de filho em parca idade, vítima de acidente de trânsito, é mister indenizar os genitores, levando-se em consideração, para o seu arbitramento, o amparo aos ofendidos e a função pedagógica ao autor da ofensa, não havendo falar em elevação do valor fixado, quando observados os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade. 3. (...). Apelos desprovidos.” (TJGO, Apelação Cível nº 0168238-11.2015.8.09.0137, Relator Desembargador Carlos Hipólito Escher, 4ª Câmara Cível, julgado em 28.07.2017, DJe de 28.07.2017). (Grifei).

Conforme visto, uma vez configurado o dano moral *in re ipsa* decorrente da morte de um filho em parca idade (21 anos) e pai que sequer chegou a conhecer a filha que ainda estava sendo gerada, em decorrência de acidente de trânsito, é mister indenizar os genitores e a infante.

Não merece ser acolhido, ainda, o pedido de compensação da aludida verba indenizatória com eventual quantia recebida por meio do seguro DPVAT, posto que, inobstante a orientação contida na Súmula nº 246 do STJ, que autoriza tal desconto, não restou demonstrado nos autos o recebimento da indenização securitária pelos requerentes.

Para corroborar, o seguinte aresto do nosso Tribunal:

“Apelação cível. Ação de indenização. Acidente de trânsito. Morte. Culpa da condutora do veículo verificada. Responsabilidade solidária e objetiva do proprietário do veículo. Danos morais. **Quantum** reparatório. Manutenção. Dedução do valor recebido a título de DPVAT. Possibilidade condicionada à demonstração do recebimento da indenização securitária. Danos materiais comprovados. Restituição. (...) 4. É certo que o valor recebido pelo lesado a título de seguro obrigatório (DPVAT) pode ser deduzido da indenização judicialmente fixada (Súmula 246, STJ). Entretanto, esse abatimento é condicionado à demonstração da ocorrência de seu pagamento nos autos, o que não ocorreu na espécie. 5. (...). Apelação conhecida e desprovida.” (TJGO, 4ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 396418-04.2010.8.09.0113, Relator Desembargador Gilberto Marques Filho, DJe 1489 de 19.02.2014). (Grifei).

‘Apelações cíveis. Ação de indenização. Danos moral e material. Acidente de trânsito com resultado morte. Preliminares. Ilegitimidade passiva. Matéria já apreciada. Preclusão. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Majoração do **quantum** indenizatório. Indevida. Culpa concorrente afastada. Pensionamento pensal. Despicienda comprovação de dependência econômica. Família baixa renda. Indenização por danos morais. Previsão contratual da seguradora litisdenunciada. Responsabilidade verificada.

Limites da apólice. Dedução do valor recebido a título de DPVAT. Incomportável. Ônus sucumbenciais. Manutenção. 9. É possível a dedução do valor do seguro obrigatório - DPVAT - da quantia atribuída a título de verba indenizatória, **ex vi** da Súmula nº 246, do STJ, todavia, tal abatimento é condicionado à demonstração da ocorrência de seu pagamento nos autos, o que não ocorreu na espécie. 10. **Omissis**. Apelações cíveis conhecidas, porém, desprovidas.” (TJGO. 2ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 63718-54.2002.8.09.0137. Relator Dr. Delintro Belo de Almeida Filho. DJe 1090 de 27.06.2012). (Grifei).

Nesse sentido manifestou-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, senão vejamos:

Também não merece acolhida o pedido de dedução dos valores recebidos a título do seguro DPVAT, uma vez que não há comprovação do recebimento pelos autores dos valores correspondentes ao referido seguro.

Os documentos acostados às fls. 251/253 (autos físicos), por si só, são insuficientes para comprovar que os autores receberam indenização correspondente ao seguro DPVAT.

Em relação à condenação por danos morais, a correção monetária deve incidir desde o seu arbitramento (publicação da sentença), conforme critério adotado pela Súmula nº 362 do Superior Tribunal de Justiça, e os juros de mora a partir do evento danoso (data do acidente), consoante o texto da Súmula 54 da Corte Superior.

A propósito:

(...) 4. O termo inicial da correção monetária é a data do arbitramento da indenização por dano moral. Inteligência da Súmula nº 362/STJ. 5. Os juros moratórios devem incidir desde a data do evento danoso, consoante expresso na Súmula nº 54/STJ. Ressalva-se que os juros de mora constituem matéria de ordem pública, desta forma, a alteração de seu termo inicial, de ofício, não configura **reformatio in pejus**. Precedentes do STJ e deste Tribunal de Justiça. (...) (TJGO, Apelação Cível 46211-48.2014.8.09.0044, Relator Desembargador Alan S. de Sena Conceição, 5ª Câmara Cível, julgado em 24.11.2016, DJe 2161 de 02.12.2016).

Observa-se que, na sentença guerreada, o Magistrado **a quo** decidiu que o valor da condenação seria monetariamente atualizado pelo INPC, desde o evento danoso; porém, como vimos acima, o termo inicial da correção monetária é a data do arbitramento da indenização.

Assim, merece ser reformada a sentença para fixar como termo inicial da correção monetária da condenação por dano moral a data do arbitramento, consoante disposto na Súmula nº 362 do STJ.

Quanto aos honorários advocatícios, vê-se que imperiosa faz-se a sua redistribuição, uma vez que, conforme estatuído pelo *Parquet* de 2º grau, os apelados ingressaram com a ação almejando o recebimento de indenização por danos materiais e morais, imputando ao apelante a culpa exclusiva pelo acidente; porém, conforme visto, o Juiz singular reconheceu a culpa concorrente dos envolvidos no sinistro, o que deve refletir no arbitramento das indenizações.

Neste toar, diante da parcial procedência da sentença, necessário adequar a distribuição dos ônus sucumbenciais, de modo a reconhecer a sucumbência recíproca, nos termos do art. 86

do CPC:

Se cada litigante for, em parte, vencedor e vencido, serão proporcionalmente distribuídas entre eles as despesas.

Assim, as despesas processuais serão distribuídas à proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada litigante; contudo, há que se ressaltar que os apelados são beneficiários da assistência judiciária (fls. 187, autos físicos), ficando, desse modo, suspensa a exigibilidade do pagamento das custas e honorários advocatícios.

Pelo exposto, já conhecida a Apelação, provejo-a em parte para determinar que os valores deferidos a título de indenização por danos morais deverão ser corrigidos monetariamente a partir da data do seu arbitramento, consoante disposto na Súmula nº 362 do STJ, e que as despesas processuais serão distribuídas à proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada litigante, respeitada a suspensividade decorrente da assistência judiciária dos apelados. No mais, mantenho a sentença tal como lançada.

É como voto.

Goiânia, 03 de abril de 2018.

Des. Leobino Valente Chaves – Relator

Apelação Cível nº 0150508.60.2013.8.09.0006

Comarca de Anápolis

1º Apelante: Instituto do Rim de Goiânia e Outro

2º Apelante: Klever Mendes Campos

1º Apelado: Klever Mendes Campos

2º Apelado: Instituto do Rim de Goiânia e Outro

Relatora: Des. Sandra Regina Teodoro Reis

EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. REALIZAÇÃO DE URETERORRENOLITOTRIPSIA (RETIRADA DE CÁLCULO DO URETER). 1. LEGITIMIDADE PASSIVA DO INSTITUTO DO RIM. 2. RESPONSABILIDADE DO MÉDICO E DO HOSPITAL. MÁ PRESTAÇÃO DO SERVIÇO MÉDICO E HOSPITALAR. DEVER DE INDENIZAR. 3. MANUTENÇÃO DO **QUANTUM** DOS DANOS MORAIS. 4. AFASTAMENTO DA SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. 5. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

I - Tem legitimidade passiva o Instituto do Rim, para responder à demanda na medida em que a cirurgia a qual se busca reparação foi

realizada no estabelecimento do instituto.

II - Por mais que a perfuração do ureter seja uma intercorrência possível em cirurgias como a que foi submetido o autor, e após o insucesso da colocação do cateter duplo J, evidenciada a conduta negligente do médico e, em razão do mencionado médico ser sócio do hospital, também do nosocômio, os quais não tomaram os cuidados necessários na atribuição de alta ao paciente nesse tipo de situação, concorrendo para o quadro de infecção a que chegou o autor e posterior perda de um rim, o que configura o dever de indenizar, no moldes do artigo 186 c/c 927, do CC.

III – Atendidas as peculiaridades do caso concreto, especialmente quanto à capacidade econômica das partes, a repercussão dos fatos e a natureza do direito subjetivo fundamental violado, impõe-se a manutenção da verba indenizatória moral em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

IV - Não reconhecida a culpa recíproca ou exclusiva da vítima, não há se falar em sucumbência recíproca, de modo que deve ser acolhido o pedido do recorrente de responsabilização dos réus pelos ônus sucumbenciais, até mesmo porque a sucumbência do autor foi mínima, tendo sido vencedor no pedido de danos morais e materiais.

V - Deve ser majorada a verba honorária recursal para o montante de 15% (quinze por cento), sobre o valor da condenação (art. 85, § 2º, CPC).

APELAÇÕES CÍVEIS CONHECIDAS. DESPROVIDO O PRIMEIRO APELO E PARCIALMENTE PROVIDO O SEGUNDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelações Cíveis Nº 0150508.60.2013.8.09.0006 da Comarca de Anápolis, em que figura como 1º apelantes/ 2º apelados Instituto do Rim de Goiânia e Outro e como 1º apelado/ 2º apelante Klever Mendes Campos.

Acordam os integrantes da Quarta Turma Julgadora da 6ª Câmara Cível, à unanimidade de votos, em conhecer e desprover a primeira Apelação Cível e em conhecer e prover parcialmente a segunda Apelação Cível, nos termos do voto da Relatora.

A sessão foi presidida pela Desembargadora Sandra Regina Teodoro Reis.

Votaram com a Relatora, o Dr. Wilson Safatle Faiad em substituição ao Desembargador Jeová Sardinha de Moraes e o Desembargador Fausto Moreira Diniz.

Presente o ilustre Procurador de Justiça Doutor Eliseu José Taveira Vieira.

Goiânia, 28 de agosto de 2018.

VOTO

Presentes os pressupostos recursais, passo à apreciação.

Consoante visto, trata-se Apelações Cíveis interpostas por Instituto do Rim de Goiânia e George Alves de Brito¹ e Klever Mendes Campos², contra sentença³ proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Anápolis, Dr. Algomiro Carvalho Neto, nos autos da Ação de Indenização, movida por Klever Mendes Campos, em desfavor do Instituto do Rim de Goiânia e George Alves de Brito, todos devidamente qualificados.

A sentença foi prolatada nos seguintes termos:

“(…) Ante o exposto, julgo parcialmente procedente os pedidos formulados na inicial e condeno os requeridos, de forma solidária, ao pagamento de indenização por danos morais, em favor do autor, no valor de R\$ 37.480,00 (trinta e sete mil quatrocentos e oitenta reais), aplicando-se juros de 1% ao mês e correção monetária pela variação do INPC/IBGE, ambos a partir da data da publicação desta sentença.

Condeno, ainda, os requeridos, solidariamente, ao pagamento de indenização por danos materiais em prol do autor no valor de R\$ 759,65 (setecentos e cinquenta e nove reais e sessenta e cinco centavos), acrescidos de correção monetária pela variação do INPC/IBGE, a partir do ajuizamento desta ação, e juros de mora de 1% ao mês a contar da citação inicial.

Julgo improcedente o pedido de indenização por danos estéticos, pois não comprovados. Considerando a sucumbência recíproca, condeno as partes ao pagamento, cada qual, de metade das custas processuais, e honorários advocatícios, os quais deverão ser arcados por seus respectivos constituintes, mas declaro suspensa a exigibilidade do crédito sucumbencial, em relação ao autor, por ser beneficiário da gratuidade da justiça (CPC, art. 98, § 3º).”

A insurgência dos réus cinge-se na ilegitimidade passiva do Instituto do Rim de Goiânia; inexistência de falha e/ou má prestação do serviço hospitalar e o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado, haja vista que pela teoria do risco da atividade, esta absorvida pelo legislador de consumo, embora não exija culpa ou prova da culpa do serviço, exige que tenha havido um defeito na prestação do serviço, dano e nexo causal entre o dano e o defeito do serviço (art. 14 do CDC); obrigações impostas ao Instituto do Rim de Goiânia foram cumpridas; inexistência de erro médico e, portando, de responsabilidade do Dr. George; culpa exclusiva do consumidor em relação ao Instituto do Rim; lesão uretral foi uma complicação inerente ao procedimento em questão; provas dos autos demonstram que não houve conduta culposa do médico demandado e nexo de causalidade entre a conduta e o resultado, restando a sentença respaldada apenas na apreciação subjetiva do magistrado; prova pericial deixa claro que o médico cirurgião George Alves de Brito não agiu com culpa; confissão do próprio paciente na petição inicial que recebeu orientações de retorno e realização de exames, estas não cumpridas;

a sentença, especialmente quando aborda que “não deveria o primeiro demandado ter dado alta médica ao paciente” vão de encontro à prova pericial, a qual afirma expressamente que alta hospitalar poderia ser concedida; ausência de febre na liberação (alta); evidência de perfuração do ureter e não provocação da perfuração; tratamento clínico, conservador, como melhor opção no caso; atipicidade do caso em discussão se deve à conduta desidiosa do paciente em não seguir as recomendações médica de retorno ao primeiro sinal de qualquer intercorrência; inexistência de nexo de causalidade entre a conduta médica e o resultado, pois o laudo pericial deixa claro que a lesão uretral ocorrida no intra operatório representa uma complicação inerente ao procedimento; abandono do tratamento pelo paciente/apelado, demonstrado pela prova pericial, pois não retornou ao médico assistente e interrompeu desoportunamente o tratamento; retirada do rim do paciente impositiva, apenas uma das opções de tratamento; cirurgia tinha o objetivo de melhorar o quadro de cálculo renal; assunção de obrigação de meio pelo médico; cirurgia urológica realizada pelo médico em plena conformidade com o que dispõe a literatura médica; redução dos danos morais.

A insubordinação do autor abarca a majoração dos danos morais para R\$200.000,00; ausência de sucumbência recíproca os requeridos; condenação dos réus a arcarem com os ônus sucumbenciais em percentual sobre do valor da causa.

Passo à análise das insurgências.

Sobre a ilegitimidade passiva do Instituto do Rim, ponto que sem razão o recorrente, na medida em que a cirurgia a qual se busca reparação foi realizada no estabelecimento do instituto, de modo que em tese tem legitimidade para responder à demanda.

Quanto ao mérito, tenho que a sentença não merece reparos. É que, demonstrado nos autos que o tanto o médico quanto o hospital violaram o dever de cuidado, inerente à medicina, de forma negligente, permitindo a alta hospitalar do paciente “a qual somente poderia ter sido concedida após rigorosa lista de possíveis sinais e sintomas de complicações, assim como restrita observância de retorno rigoroso e amíúde com solicitação de exames pertinentes.⁴”

Consta dos autos que no momento da alta hospitalar o paciente foi orientado “sobre repouso domiciliar. Prescrita medicação p/ dor e orientado contato telefônico, se necessário. Caso persista sintomas retornar ao hospital.”

Com efeito, a perícia dá conta de em casos como o dos autos, em que durante a cirurgia de retirada do cálculo do ureter (ureterorrenolitripsia) resta constatada, evidenciada a perfuração do ureter, a alta hospitalar deve ser concedida sob rigorosa orientação, ou contrário do que restou observado pelos requeridos. Veja-se: ‘- 08.05.2010: alta hospitalar com relato firmado pelo Dr. George Brito, CRMGO-8220: “pcte com melhora das dores, mas ainda com desconforto. Feito orientação sobre repouso domiciliar. Prescrito medicação p/ dor e orientado contato telefônico, se necessário. Caso persista sintomas retornar ao hospital.” (fl. 50)’ – fls. 525.

Colaciono aqui as conclusões da perícia quanto ao caso, para melhores esclarecimentos:

“Por meio do exame clínico, análise dos documentos médicos presentes nos autos e outros trazidos a esta Junta Médica, somada à revisão de literatura médica pertinente, podemos chegar às seguintes conclusões:

- o sr. Klever Mendes Campos apresentou ureterolitíase proximal à direita, sintomática, associada à ureterohidronefrose a montante. Foi submetido, tempestivamente, pelo Dr. George Brito, ao tratamento endoscópico preconizado na literatura de ureterorrenolitotripsia. No entanto apresentou no intra-operatório uma perfuração ureteral. Tal evento, embora receado, representa uma complicação inerente ao procedimento em questão. A despeito da tentativa infrutífera de passagem do duplo J, optou-se pela auspiciosa interrupção do procedimento.

- Embora seja profícua a passagem do catéter duplo J ("pig-tail") em tais casos, objetivando assegurar a drenagem de urina, otimizando-se a cicatrização do trato urinário, a colocação de tal catéter não é mandatória na literatura, ficando sua colocação dependente da análise intra-operatória de diversas variáveis, feitas pela equipe cirúrgica.

- Não temos elementos que nos permitam o reconhecimento da realização de exames complementares no período de internação em questão, ou seja, de 06.05.2010 a 08.05.2010, tampouco orientações dadas na ocasião da alta hospitalar além daquelas de repouso domiciliar, contato telefônico e retorno ao hospital caso persistissem os sintomas. É de nosso entendimento que na situação em tela a alta hospitalar somente poderia ser concedida após a rigorosa orientação ao periciado, com exposição de possíveis sinais e sintomas de complicações, assim como, a restrita observância de retorno hospitalar ou ambulatorial, rigoroso e amíúde, com monitoramento clínico, laboratorial e radiológico rigoroso e seriado.

- No 4º dia de pós-operatório (4ºPO) diagnosticou-se como complicação cirúrgica um quadro de coleção retroperitoneal por solução de continuidade em terço médio do ureter direito. Foi submetido, então, em 11.05.2010, pelo Dr. Luiz Cláudio Gonçalves, a lombotomia e nefrectomia direita devido ao achado de necrose de um longo segmento ureteral, confirmado pelo histopatológico.

- Temos elementos que nos permitam identificar uma descontinuação da relação médico-paciente, justificada pelo não retorno do periciado ao médico assistente, Dr. George Brito. No entanto, é possível se reconhecer as causas dessa cisão.

É de entendimento do perito signatário que tal interrupção foi desoportuna, visto que talvez a abordagem e conduta do médico assistente frente à complicação pós-operatória diagnosticada tivesse sido diferente daquela adotada pelo Dr. Luiz Cláudio Gonçalves...”

Negritei e sublinhei.

Reforça ainda a negligência verificada no caso ou mesmo o dever de cuidado inerentes aos profissionais da medicina e hospitais, é que em casos como o aqui em discussão, de insucesso na passagem do Duplo J, para derivação urinária, é aconselhável abortamento do procedimento e realização de exames complementares para avaliar a extensão desta lesão, todavia, não restou provado pelo médico e pelo hospital a realização de tais exames, haja vista

que invertido o ônus da prova e ainda impossível ao autor fazer a prova negativa. Isso é demonstrado pela perícia que contactou: “No caso em tela, o médico assistente optou por interromper o procedimento para acompanhamento. A interrupção do procedimento foi auspiciosa, no entanto, não temos elementos que nos permitam o reconhecimento da realização de exames complementares no período de internação em questão, ou seja, de 06.05.2010 a 08.05.2010, tampouco a solicitação dos mesmos na ocasião da alta hospitalar.”

Ora, quer me parecer, até mesmo para uma leiga, que o caso necessitaria de uma rotineira observação até mesmo para verificar sobre um possível extravasamento de urina, uma vez que evidenciada a perfuração do ureter durante o procedimento, o que não foi verificado pelos requeridos nos autos, pois não demonstrou o médico nem o hospital que realizou tais exames, muito menos que orientou o paciente no sentido de retornar ao ambulatório ou em quais casos e/ou sintomas deveria procurar o médico cirurgião e/ou o hospital, consoante sempre repisado pelo perito, como na resposta ao quesito 8 – fl. 533, onde reforça: ‘Resposta: Temos elementos para reconhecer que na ocasião da referida alta houve a seguinte anotação: “feito orientação sobre repouso domiciliar. Prescrito medicação p/ dor e orientado contato telefônico, se necessário. Caso persista sintomas retornar ao hospital.” Não temos elementos que nos permitam reconhecer a presença de orientações acerca do retorno ambulatorial, assim como, a solicitação de exames complementares.’

Desta feita, em atenção à celeridade, e tendo em vista o excelente e valoroso trabalho realizado pelo Magistrado singular, Dr. Luiz Antônio Afonso Júnior, com fulcro no artigo 210, parágrafo único, do RITJGO e em observância à técnica de fundamentação referencial (per relationem), utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça, adoto como razões de decidir:

‘(...) A relação existente entre as partes deve ser analisada à luz do Código de Defesa do Consumidor, segundo a premissa de reparação integral dos danos causados ao consumidor, prevista em seu artigo 6º, inciso VI, inclusive com a possibilidade de inversão do ônus da prova. Sobre o assunto, destaco os ensinamentos de Sergio Cavalieri Filho¹: “Não se olvide que o médico é prestador de serviço pelo que, não obstante subjetiva a sua responsabilidade, está sujeito à disciplina do Código do Consumidor. Pode conseqüentemente o juiz, em face da complexidade técnica da prova da culpa, inverter o ônus dessa prova em favor do consumidor, conforme autoriza o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. A hipossuficiência de que ali fala o Código não é apenas econômica, mas também técnica, de sorte que, se o consumidor não tiver condições econômicas ou técnicas para produzir a prova dos fatos constitutivos de seu direito, poderá o juiz inverter o ônus da prova a seu favor, (...)” Nesse sentido:

Apelação cível. Responsabilidade civil. Inversão do ônus da prova. Gratuidade da justiça. Legitimação passiva. Cirurgia para redução do estômago. Erro médico. Responsabilidade subjetiva do médico e objetiva do hospital. Nexo causal e negligência não verificados. 1. Inversão do ônus da prova. Possibilidade. Possível a determinação judicial em inverter o ônus da prova, a partir da constatação de hipossuficiência técnica da parte autora, mesmo diante da responsabilidade subjetiva do profissional liberal. Inteligência dos artigos 6º, VIII, e 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, aplicável

na espécie. 2. (...). Apelação desprovida. Unânime. (Apelação Cível N° 70040581258, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 20.07.2011)

Aliás, com muita propriedade o tema foi tratado pelo eminente Des. Tasso Caubi Soares Delabary no precedente acima citado, motivo pelo qual transcrevo parte de suas considerações para que faça parte integrante da presente decisão:

“Também acrescento aos presentes fundamentos que a relação jurídica entabulada entre o paciente e o médico, e de igual forma entre paciente e hospital, é tipicamente de consumo, a fazer incidir as normas da Lei n° 8.078/90, a teor de seus artigos 2° e 3°. Trata-se a espécie de fornecimento de serviços médico-hospitalares, mediante remuneração - quer do próprio destinatário, quer de seguro de saúde, no que se inclui o SUS.

Pois prevê o artigo 6°, VIII, da referida lei, a possibilidade de inverter o juiz o dever probatório, em favor do consumidor, verificando a hipossuficiência deste em relação ao fornecedor ou a verossimilhança de suas alegações.

A hipossuficiência, bem que se diga, não diz respeito apenas a questões de ordem financeira, mas igualmente técnica, como no caso dos autos, em que tanto o médico quanto o hospital possuem, por certo, conhecimento e condições técnicas, além de informações, em muito superiores, às autoras. Devem, portanto, provar que agiram corretamente e em conformidade com a ciência médica hoje disponível, demonstração extremamente difícil para a parte requerente.”

Possível, portanto, a aplicação das normas consumeristas ao presente caso.

Ressalte-se, entretanto, que a atividade de profissional liberal, no caso do médico, é regida pela responsabilidade subjetiva, ou seja, para que se reconheça a obrigação de indenizar, há que se comprovar a culpa ou erro grosseiro do médico, nos moldes do artigo 14, § 4°, do Código de Defesa do Consumidor.

Desta forma, tem-se que são requisitos da obrigação de indenizar, segundo dispõe a norma mencionada, a conduta ilícita da parte, o dano e o nexo de causalidade entre o dano e a conduta, conforme orienta a jurisprudência, como se confere pelo julgado adiante transcrito:

Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

Ementa: “(...) - O fundamento da responsabilidade está no ato ilícito que decorra de culpa, não bastando à prova de certos fatos isolados, sendo necessária, também, a demonstração de que entre o efeito danoso de que se queixa o autor existe um nexo de causa e efeito provocado pela voluntariedade da ação ou omissão do réu.- (...)”.

(Origem: TJGO Terceira Câmara Cível. Fonte: DJ n° 13299 de 17.05.2000 p 16. Acórdão: 25.04.2000. Relator: Desembargador Gercino Carlos Alves da Costa. Decisão: Conhecido e provido, à unanimidade. Recurso: Apelação Cível n° 51847-6/188).

Afirma o autor que a causa do evento danoso foi a conduta dos requeridos.

Em que pese os argumentos dos requeridos, a meu juízo o contexto dos autos mostra-se suficiente para demonstrar a responsabilidade dos demandados pelo evento.

E isso se torna evidente pelo exame do laudo pericial, no qual a *expert* afirma incisivamente que “É de nosso entendimento que na situação em tela a alta hospitalar somente poderia ser concedida após a rigorosa orientação ao periciado, com exposição de possíveis sinais e sintomas de complicações, assim como, a restrita observância de retorno hospitalar ou ambulatorial, rigoroso e amíúde, com monitoramento clínico, laboratorial e radiológico rigoroso e seriado” (fls. 528, § 4º e fls. 536, quesito 8).

No entanto, a orientação médica dada pelo primeiro requerido ao autor e constatada nos autos foi de repouso domiciliar, com prescrição de medicação para dor, não havendo recomendação acerca do retorno ambulatorial, assim como, solicitação de exames complementares (fls. 533, quesito 12).

Portanto, a partir do momento em que houve a perfuração ureteral durante o procedimento cirúrgico realizado pelo primeiro requerido, conforme constatação pericial às fls. 528, segundo parágrafo, quarta linha - ao contrário da argumentação da defesa expendida sob a tese de lesão pré-existente do ureter - o requerente deveria ter permanecido nas dependências do segundo requerido para observação clínica e não retornado à sua residência, quanto mais ciente o primeiro demandado da perfuração do ureter.

Esta conduta negligente do primeiro requerido causou complicações no estado de saúde do autor, relatadas pelo médico Luiz Cláudio Resende Lacerda, ouvido em audiência de instrução e julgamento, sendo elas dor abdominal intensa, quadro infeccioso, extravasamento de urina pelo ureter, que necrosou, causando, ainda, a retirada de um rim do requerente, procedimento este último denominado nefrectomia.

Assim, por mais que a perfuração ureteral seja uma intercorrência possível em cirurgia como a que foi submetido o autor, e após o insucesso na colocação do catéter duplo J, não deveria o primeiro demandado ter dado alta médica ao paciente, mas envidado esforços intuito de evitar um quadro infeccioso e agravamento do estado debilitado de saúde do requerente.

Para Savatier, dano moral “é qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária, e abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranqüilidade, ao seu amor próprio estético, à integridade de sua inteligência, a suas afeições etc” 5.

Dessa forma, verifica-se que o conceito de dano moral é variável, residindo a sua fundamentação no sentimento interior do indivíduo para com ele mesmo e para com a sociedade, razão pela qual toda lesão não patrimonial que venha a sofrer o indivíduo e que cause repercussão no seu interior, é, em tese, passível de reparação.

Não está em questão, portanto, a prova do prejuízo e sim a violação de um direito constitucionalmente previsto, que tenha causado constrangimento ao autor, abalando a sua moral.

Nesta esteira de pensamento, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“A concepção atual da doutrina orienta-se no sentido de que a responsabilização do agente causador do dano moral opera-se por força do simples fato da violação (**damnum in re ipsa**), não havendo que se cogitar da prova do prejuízo” (REsp nº 23.575-DF, Relator Ministro César Asfor Rocha, DJU 01.09.1997).

“Dano moral - Prova. Não há que se falar em prova do dano moral, mas, sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que os ensejam (...)” (REsp nº 86.271-SP, Relator Ministro Carlos A. Menezes, DJU 09.12.1997).

Notória, pois, a responsabilidade dos requeridos pelos danos causados ao autor, posto que os danos morais são *in re ipsa*, ou seja, independem de comprovação efetiva dos efeitos, bastando a prova do fato, sendo os danos daí decorrentes, conforme reiterada jurisprudência supracitada.

Quanto ao segundo requerido, vislumbra-se que deve ser igualmente responsabilizado pelos danos causados ao autor, pois que além de ser sócio proprietário (fls. 430/431), o primeiro requerido integra o quadro funcional do citado nosocômio.

A propósito:

Apelação cível. Indenização por danos morais, materiais e estéticos decorrentes de cirurgia plástica. Prova. Responsabilidade civil. Erro médico. Nexo causal. Não comprovação. Improcedência do pedido. I - Em sede de ação indenizatória por negligência médica ajuizada em desfavor do médico e do hospital, para se imputar a responsabilidade a este, nos termos da legislação consumerista, cumpre-se verificar a ocorrência de culpa do profissional, ao qual aplica-se a responsabilidade civil subjetiva, **ex vi** do art. 14, § 4º, CDC. II - Quanto aos atos técnicos praticados de forma defeituosa pelos profissionais da saúde vinculados de alguma forma ao hospital, respondem solidariamente a instituição hospitalar e o profissional médico, desde que apurada a culpa profissional. Caso contrário, não há se falar em indenização. III - No caso, desassiste razão à autora ao imputar a responsabilidade ao profissional médico pela necrose lhe advinda na região abdominal, após a realização de cirurgia abdominoplastia, cuja ocorrência, conforme restou comprovado no laudo pericial, é um risco inerente do próprio ato cirúrgico, sendo que a cirurgia foi bem sucedida do ponto de vista técnico. IV - É medida imperativa a improcedência da pretensão indenizatória na hipótese de não comprovação da conduta culposa do profissional da área da saúde. Apelação conhecida e improvida. (TJGO, Apelação Cível 44528-95.2011.8.09.0006, Relator Desembargador Luiz Eduardo de Sousa, 1ª Câmara Cível, julgado em 26.05.2015, DJe 1799 de 08.06.2015) – grifei.

A lei substantiva civil dispõe em seu artigo 932, inciso III, que “São também responsáveis pela reparação civil: o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele”. Em seguida, o artigo 933 do diploma Legal retrocitado preceitua que “As pessoas indicadas nos

incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”.

Sendo assim, uma vez provada a responsabilidade civil o médico que atendeu o autor, no caso o primeiro demandado, a responsabilidade civil do nosocômio, segundo requerido, independe de culpa.

Desse modo, diante da situação deflagrada, impõe-se a procedência do pedido de danos morais, posto que restou caracterizado o liame entre o ilícito praticado pelo primeiro requerido (indevida alta médica) com o dano sofrido pelo autor (abalo no seu estado de saúde físico - perda de um rim - e mental) , configurando o nexo de causalidade necessário à indenização.

(omissis)

Acerca do dano estético, não se vislumbra dos autos ter havido demonstração de que o requerente tenha sofrido qualquer tipo de deformidade ou deformação externa a ponto de gerar o direito a indenização civil.

Aliás, não há nos autos qualquer prova documental, como, por exemplo, fotografias, dando conta de dano estético sofrido pelo requerente, tampouco o laudo pericial o evidenciou, o que reforça o entendimento de que não são devidos.

Outrossim, o dano material está devidamente comprovado nos autos às fls. 121/128, não se admitindo a impugnação genérica dos requeridos, somente admissível para aqueles elencados no parágrafo único do artigo 341 do Código de Processo Civil, ou seja, defensor público, ao advogado dativo e ao curador especial, com os quais não se assemelham os requeridos.

Dispositivo

Ante o exposto, julgo parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial e condeno os requeridos, de forma solidária, ao pagamento de indenização por danos morais, em favor do autor, no valor de R\$ 37.480,00 (trinta e sete mil quatrocentos e oitenta reais), aplicando-se juros de 1% ao mês e correção monetária pela variação do INPC/IBGE, ambos a partir da data da publicação desta sentença. Condeno, ainda, os requeridos, solidariamente, ao pagamento de indenização por danos materiais em prol do autor no valor de R\$ 759,65 (setecentos e cinquenta e nove reais e sessenta e cinco centavos), acrescidos de correção monetária pela variação do INPC/IBGE, a partir do ajuizamento desta ação, e juros de mora de 1% ao mês a contar da citação inicial.

Julgo improcedente o pedido de indenização por danos estéticos, pois não comprovados. Considerando a sucumbência recíproca, condeno as partes ao pagamento, cada qual, de metade das custas processuais, e honorários advocatícios, os quais deverão ser arcados por seus respectivos constituintes, mas declaro suspensa a exigibilidade do crédito sucumbencial, em relação ao autor, por ser beneficiário da gratuidade da justiça(CPC, art. 98, § 3º).

Determino à escritania que remunere as folhas dos autos a contar daquela seguinte a de número 312.

Transcorrido o prazo de 30 (trinta) dias, após o trânsito em julgado, sem que haja requerimento de cumprimento da sentença, archive-se.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.'

Reforço que a conduta adotada pelo médico, o qual é sócio do hospital, e também pelo hospital, enquadram-se nas regras dispostas no artigo 14, § 4º, do CPC, uma vez que demonstrada a negligência e violação das regras de cuidado, conforme demonstrado na perícia, pois preferiram dar alta ao paciente sem que durante esse período fosse observadas reações do organismo, no pós operatório, especialmente com o histórico de perfuração do ureter, redundando naquelas complicações, dores, infecção, extravasamento de urina e necrose, às quais poderiam ter sido evitadas caso o autor estivesse no hospital ou sob rigorosa vistoria dos réus. Isso sem falar an perda do rim, que poderia ter sido sim, perfeitamente evitada, caso o médico tivesse orientado seu paciente na forma elencadas pelo perito, "com exposição de possíveis sinais e sintomas de complicações, assim como, a restrita observância de retorno hospitalar ou ambulatorial, rigoroso e amíúde, com monitoramento clínico, laboratorial e radiológico rigoroso e seriado."

Reforça a falha na prestação do serviço hospitalar, a má escolha dos prestadores dos serviços, como no presente caso, em que o médico que realizou a cirurgia (George Alves de Brito) além de pertencer à equipe, também é sócio do Hospital do rim (e-STJ fl. 372)

Ressalto que por mais que a perfuração do ureter seja uma intercorrência possível em cirurgias como a que foi submetido o autor, e após o insucesso da colocação do cateter duplo J, evidenciada a conduta negligente do médico e, em razão do mencionado médico ser sócio do hospital, também do nosocômio, os quais não tomaram os cuidados necessários na atribuição de alta ao paciente nesse tipo de situação, concorrendo para o quadro de infecção a que chegou o autor e posterior perda de um rim, o que configura o dever de indenizar, no moldes do artigo 1865 c/c 9276, do CC.

Pontuo ainda a negligência do primeiro requerido quanto ao correto atendimento médico a ser prestado ao autor, fulminou a relação de confiança entre médico e paciente, de modo que não há que se falar em abandono de tratamento, fazendo com que o requerente procurasse o profissional da medicina especializada que realmente atendesse aos seus anseios, voltados para o retorno normal de seu estado de saúde, não se podendo falar em culpa da vítima, ainda que concorrente.

Consectário, não há máculas quanto ao dever de indenizar.

Sobre o importe arbitrado a título de reparação moral – (R\$ 37.480,00) - , ausentes critérios definidos em lei, compete ao julgador observar as melhores regras ditadas para a sua fixação, atento às finalidades compensatória, punitiva, preventiva ou pedagógica e aos princípios gerais da prudência, bom senso, proporcionalidade, razoabilidade e adequação. E tendo em conta as circunstâncias que envolveram o fato, as condições pessoais, econômicas e financeiras do ofendido, assim como o grau da ofensa moral e a preocupação de não se permitir que a reparação transforme-se em fonte de renda indevida, nem seja tão irrisória que passe despercebida pela parte ofensora, consistindo, destarte, no necessário efeito pedagógico de

evitar futuros e análogos fatos, mostra-se necessário a manutenção dos R\$ (R\$ 37.480,00) - (trinta e sete mil e quatrocentos e oitenta reais) previstos na sentença, já que este valor observa o princípio da razoabilidade, não levando à ruína os réus apelante, nem significando fonte de enriquecimento ilícito do autor.

Pelas mesmas condições acima expostas, não há condições para majoração dos danos morais requerido pelo autor, sob pena de enriquecimento sem causa.

Não reconhecida a culpa recíproca ou exclusiva da vítima, não há se falar em sucumbência recíproca, de modo que deve ser acolhido o pedido do recorrente de responsabilização dos réus pelos ônus sucumbenciais, até mesmo porque a sucumbência do autor foi mínima, tendo sido vencedor no pedido de danos morais e materiais.

Assim, reformo a sentença, no item para condenar os réus ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, nos moldes do artigo 82, § 2º, do CPC, considerando o bem trabalho realizado pelos procuradores, o tempo de duração da causa, bem assim que tal percentual representa remuneração justa, na forma do artigo 85, § 2º, do mesmo Códex.

Por fim, impõe-se a majoração dos honorários advocatícios sucumbenciais, arbitrados em 10%, sobre o valor da condenação, nos moldes do § 11º do art. 85 do CPC/15, veja-se:

“Art. 85. (...)

§ 1º. São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.

(...)

§ 11º. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.”

Portanto, majoro a verba honorária para o montante de 15% (quinze por cento), sobre o valor da condenação (art. 85, § 2º, CPC).

Conclusivamente, deve ser dado parcial provimento ao apelo do autor para afastar a sucumbência recíproca, consoante alhures exposto.

Dispositivo

Ex positis, conheço dos recursos. Desprovejo o recurso interposto pelos requeridos e dou parcial provimento ao recurso interposto pelo autor para afastar a sucumbência recíproca, ficando os ônus sucumbenciais a cargo dos réus. Majorados os honorários advocatícios para 15% (quinze por cento) do valor da condenação (artigo 85, § 11, do CPC).

É como voto.

Goiânia, 28 de agosto de 2018.

Desª. Sandra Regina Teodoro Reis - Relatora

¹ Vide movimentação 03, arquivo 114.

² Vide movimentação 03, arquivo 118.

³ Vide movimentação 03, arquivo 113.

⁴ Vide fls. 357 dos autos físicos – laudo pericial

⁵ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁶ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Apelação Cível nº 0017018.20.2016.8.09.0140

Comarca de Sanclerlândia

Recorrente: Município de Buriti de Goiás

Recorrido: Márcia Mariano Carneiro

Relatora: Des. Sandra Regina Teodoro Reis

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ACIDENTE COM MOTOCICLETA. 1. CONDOTA OMISSIVA DA RÉ. AUSÊNCIA DE SINALIZAÇÃO DE QUEBRA-MOLAS. 2. AUSÊNCIA DE HABILITAÇÃO PARA PILOTAR MOTOCICLETA. 3. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

I - Demonstrada a conduta omissiva da parte ré na sinalização do quebra-molas, questão comprovada pelas duas testemunhas ouvidas em juízo, as quais afirmaram que o quebra-molas estavam sem pintura e que as placas de sinalização somente foram colocadas após ao acidente sofrido pela autora, sendo que em decorrência do acidente, teve a autora lesões corporais com fratura exposta do cotovelo direito e perna direita e lesões de menor porte.

II - Sobre a tese de desconsideração do fato de que a autora pilotava motocicleta sem habilitação para tanto, saliento que sem razão o ente municipal, na medida em que o fato não tem o condão de eximir a obrigação da parte ré de promover a devida sinalização da via pública (pois não comprovou que a autora efetivamente não sabia pilotar a motocicleta). Portanto, o fato não é apto em atribuir a total responsabilidade pelo evento danoso à vítima, nem mesmo em sua forma concorrente. Logo, não há que se falar em excludente de responsabilidade a ser utilizada em favor do ente público.

III - Tendo em vista que a autora fez pedido de danos morais, materiais, pensão mensal, além de danos estéticos, bem assim sagrou-se

vencedora apenas quanto aos danos morais, deve ela arcar com 50% dos honorários advocatícios fixados na origem, ante a sucumbência recíproca.

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 0017018.20.2016.8.09.0140 da Comarca de Sanclerlândia, em que figura como apelante Município de Buriti de Goiás e como apelado Márcia Mariano Carneiro.

Acordam os integrantes da Quarta Turma Julgadora da 6ª Câmara Cível, à unanimidade de votos, em conhecer e prover parcialmente a Apelação Cível, nos termos do voto da Relatora.

A sessão foi presidida pela Desembargadora Sandra Regina Teodoro Reis.

Votaram com a Relatora, o Dr. Wilson Safatle Faiad em substituição ao Desembargador Jeová Sardinha de Moraes e o Desembargador Fausto Moreira Diniz.

Presente o ilustre Procurador de Justiça Doutor Eliseu José Taveira Vieira.

Goiânia, 28 de agosto de 2018.

Des. Sandra Regina Teodoro Reis - Relatora

VOTO

Presentes os pressupostos recursais, conheço da Apelação Cível.

Consoante visto no relatório, trata-se de Apelação Cível¹ interposta pelo Município de Buriti de Goiás, contra sentença² proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara das Fazendas Públicas da Comarca de Sanclerlândia, Dr. João Luiz da Costa Gomes, nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais movida por Márcia Mariano Carneiro, ambos devidamente qualificadas.

A sentença foi prolatada nos seguintes termos:

“... Ante o exposto, com fulcro no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, julgo parcialmente procedente os pedidos formulados na inicial apenas para condenar a parte ré a pagar à parte autora o equivalente a R\$ 8.000,00 (oito mil reais) a título de reparação pelos danos morais, valor este que deverá ser corrigido monetariamente pelo INPC a partir da sentença, com a incidência de juros de mora, na ordem de 1% (um por cento) ao mês, a partir do evento danoso, que corresponde à data da ocorrência dos fatos (fl. 23 – 11.05.2015).

Sem custas, porquanto a Fazenda Pública é isenta do reembolso das custas antecipadas quando a parte autora é beneficiária da assistência judiciária gratuita.

Condeno o município requerido ao pagamento dos honorários advocatícios, que fixo em R\$ 1.000,00 (um mil reais), nos termos do artigo 85, § 3º, inciso I do CPC.

A presente sentença não está sujeita ao duplo grau de jurisdição, nos termos do artigo 496, § 3º, inciso III, do CPC.

Transitada em julgado e não havendo requerimentos, arquivar os autos, dando-se baixa na distribuição. Intimem-se. Cumpra-se.”

A insurgência do recorrente cinge-se na ausência de provas pela autora quanto à falta de sinalização do quebra-molas; desconsideração de que a autora dirigia sem habilitação; e a redistribuição dos ônus sucumbenciais de forma recíproca, em 50% para cada parte.

Pois bem. Trata-se de ação de indenização visando à reparação dos danos morais e materiais sofrido em decorrência do acidente de motocicleta, na Rua Belo Horizonte, na Cidade de Buriti, onde a autora fora surpreendida por um quebra-molas, sem sinalização e/ou pintura, que até então não existia naquela rua, haja vista que é caminho que utiliza para deslocar-se de sua residência para o trabalho.

Mister salientar que apesar da responsabilidade da administração pública ser, em regra, objetiva, ou seja, independentemente de culpa, no caso em tela, diante da alegada omissão na prestação do serviço público (sinalização do quebra-molas), converte-se em responsabilidade subjetiva, a qual exige para sua configuração, a presença concomitante dos seguintes requisitos: ato omissivo do ente público, a efetiva ocorrência do dano, e o nexo causal entre a conduta culposa da Administração e a lesão ocasionada à vítima.

No caso, demonstrada a conduta omissiva da parte ré na sinalização do quebra-molas, questão comprovada pelas duas testemunhas ouvidas em juízo³, as quais afirmaram que o quebra-molas estavam sem pintura e que as placas de sinalização somente foram colocadas após o acidente sofrido pela autora.

Assim, sem razão a alegativa do Município de Buriti de Goiás de que não demonstrada a ausência de sinalização do quebra-molas instalado na localidade do acidente.

Pontuo que as duas testemunhas ouvida, residem no local onde foi instalado o obstáculo e afirmaram categoricamente que a sinalização somente foi colocada após o sinistro.

Em decorrência do acidente teve a autora lesões corporais com fratura exposta do cotovelo direito e perna direita⁴ e lesões de menor porte, de modo que sem máculas a sentença.

Sobre a tese de desconsideração do fato de que a autora pilotava motocicleta sem habilitação para tanto, saliento que sem razão o ente municipal, na medida em que o fato não tem o condão de eximir a obrigação da parte ré de promover a devida sinalização da via pública (pois não comprovou que a autora efetivamente não sabia pilotar a motocicleta). Portanto, o fato não é apto em atribuir a total responsabilidade pelo evento danoso à vítima, nem mesmo em sua forma concorrente. Logo, não há que se falar em excludente de responsabilidade a ser utilizada em favor do ente público.

“(…) A ausência de habilitação da vítima para dirigir traduz-se em mera infração administrativa e não conduz à sua presunção de culpa exclusiva ou concorrente. (…).” (AC 169836-26.2012.8.09.0130, Relator Desembargador Fausto Moreira Diniz, Sexta Turma, DJ 1702 de 08.01.2015).

‘(...) Nos casos como o dos autos, compete ao autor demonstrar apenas a ocorrência do fato, do nexo de causalidade, do dano e da culpa, incumbindo ao ente público comprovar, através de prova apta e consistente, a culpa exclusiva da vítima no evento danoso, o que, **in casu**, não restou demonstrado, não obstante competir-lhe tal ônus, motivo pelo qual não há que se falar em culpa exclusiva da vítima e, de consequência, em ausência do dever de reparação. 5. O fato da motocicleta ser conduzida por pessoa sem carteira de habilitação, bem como o "carona", vítima nos presentes autos, estar sem capacete não dispensa a administração pública do dever de promover a adequada sinalização das vias públicas, além de não presumir a culpa do condutor e da vítima, tratando-se de infrações administrativas, razão pela qual não constitui motivo suficiente para afastar a responsabilidade de reparação do município recorrente. (...)’ (TJGO, AC. 165105-68,2009,8.09.0137, Relator Desembargador Gilberto Marques Filho, 4ª CC, julgado em 21.03.2013, DJe 1286 de 19.04.2013)

Quanto à alegação de que houve sucumbência recíproca, entendo que com razão a municipalidade, haja vista que a autora fez pedido de danos morais, materiais, pensão mensal, danos estéticos, sendo vencedora apenas quanto aos danos morais, de modo que deve a autora arcar com 50% dos honorários advocatícios fixados na origem.

Tendo em conta que a recorrida é beneficiária da assistência judiciária, deve a cobrança da condenação ficar suspensa por cinco anos ou até que se altere sua situação econômica.

Dispositivo

Ex positis, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento, para condenar a recorrida ao pagamento de 50% (cinquenta por cento) dos honorários advocatícios, devendo a cobrança da condenação ficar suspensa, por cinco anos ou até que se altere sua situação econômica, eis que beneficiária da assistência judiciária. Mantidos os demais termos da sentença recursada por seus e pelos fundamentos aqui esposados.

É o voto.

Goiânia, 28 de agosto de 2018.

Des^a. Sandra Regina Teodoro Reis - Relatora

¹ Vide movimentação 03, arquivo 43.

² Vide movimentação 03, arquivo 38.

³ Vide movimentação 04.

⁴ Vide movimentação 03, arquivo 05 – fl. 16f.

Apelação Cível nº 249307.66.2014.8.09.0051

Comarca de Goiânia

Apelante: Alessandro Mendonça de Oliveira

Apelada: Universo Salgado de Oliveira

Relator: Des^a. Zacarias Neves Coêlho

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR. CURSO DE DIREITO. REPROVAÇÃO DO ALUNO POR EXCESSO DE FALTAS E POR DESCUMPRIMENTO DA GRADECURRICULAR. APROVAÇÃO NO EXAME DE ORDEM: IRRELEVÂNCIA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO À EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA.

I - A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional estabelece a obrigatoriedade de frequência às aulas em curso superior, ressalvando, apenas, os programas de educação a distância, não sendo este o caso dos autos.

II - Não cabe ao Poder Judiciário determinar que a Instituição de Ensino Superior, que tem autonomia reconhecida constitucionalmente, prove aluno que não alcançou rendimento satisfatório no curso em que se matriculou, especialmente quando resta provado que referido aluno, além de não haver cursado todas as disciplinas, ainda faltava reiteradamente às aulas.

III - O fato de o aluno obter aprovação no Exame da Ordem dos Advogados não o credencia a ser diplomado no Curso de Direito. Apelação cível desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os integrantes da 2ª Turma Julgadora da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, por unanimidade de votos, negar provimento ao apelo, nos termos do voto do relator.

Votaram com o relator o Desembargador Carlos Alberto França, que presidiu a sessão, e o Desembargador Amaral Wilson de Oliveira.

Presente o ilustre Procurador de Justiça, Dr. Osvaldo Nascente Borges.

Custas de lei.

Goiânia, 03 de abril de 2018.

Des. Zacarias Neves Coêlho - Relator

VOTO

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso de apelação.

O autor ingressou com ação visando compelir a requerida a expedir o diploma de graduação do curso de Direito, que, segundo alega, teria se negado expedi-lo porque ele fora reprovado em diversas disciplinas, por excesso de faltas. No entanto, diz ele que apenas chegava atrasado (após a chamada), mas assistia às aulas, tanto é que logrou aprovação no exame da Ordem dos Advogados do Brasil.

Ao proferir a sentença, o Juiz julgou improcedente o pedido.

Nas razões deste apelo, no entanto, o autor pede seja declarada a conclusão do curso, e condenada a instituição ré a entregar-lhe o correspondente diploma.

Não obstante a insurgência aqui manifestada, adianto que não merece correção a sentença combatida.

Isso porque, analisando atentamente a prova documental produzida pela recorrida, verifica-se que o apelante foi reprovado em inúmeras disciplinas por não comparecer às aulas, sendo que não integralizou a grade curricular do curso.

Neste ponto, oportuno destacar que as provas colacionadas pela instituição de ensino (histórico escolar, diários de classe e grade de disciplinas do curso de Direito) são perfeitamente válidas. Ora, se o autor insiste em afirmar que foi aprovado nas disciplinas, deveria ter juntado outros documentos aptos a infirmar aqueles presentes nos autos, sendo irrelevante apenas arguir, sem provas, que obteve perfeito aproveitamento das matérias.

Deveras, a alegação do recorrente, de que foi aprovado em todas as disciplinas, é claramente inverossímil!

Com efeito, para que o aluno seja aprovado em uma disciplina, é necessária, além da pontuação média exigida, a frequência mínima de 75% (setenta e cinco por cento) às aulas.

A respeito do tema, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - LDB (Lei 9.394/96) dispõe que as instituições de ensino superior têm a obrigação de controlar a frequência de seus alunos. Confira-se:

“Art. 47. Na educação superior, o ano letivo regular, independente do ano civil, tem, no mínimo, duzentos dias de trabalho acadêmico efetivo, excluído o tempo reservado aos exames finais, quando houver.

(...)

§ 3º É obrigatória a frequência de alunos e professores, salvo nos programas de educação a distância.”

Ora, sendo a frequência às aulas um dos requisitos para a aprovação do aluno, deve este gerir suas ausências até o limite permitido (25%). Não pode ser levada em consideração a afirmativa de que chegava atrasado às aulas porque saía do trabalho às 18 horas e perdia algum tempo no trânsito a caminho da Universidade, sendo esta a mesma realidade de milhares de brasileiros que, ao mesmo tempo, trabalham e estudam.

O apelante ainda reclama da inserção de algumas disciplinas na grade curricular, que, segundo ele, seriam desnecessárias, daí por que não as teria cursado.

Cumprе registrar, todavia, que cada universidade tem autonomia, inclusive a nível constitucional (art. 207, CF) para desenvolver seu plano pedagógico da maneira que melhor lhe

convier, cabendo ao aluno submeter-se à grade curricular apresentada. Em verdade, não seria justo impor a observância da grade curricular apenas a alguns estudantes, sob pena de afronta ao princípio da igualdade.

A respeito da autonomia universitária, o art. 53 da Lei 9.394/96, dispõe o seguinte:

“Art. 53. No exercício de sua autonomia, são asseguradas às universidades, sempre juízos de outras, as seguintes atribuições:

I. criar, organizar e extinguir, em sua sede, cursos e programas de educação superior previstos nesta Lei, obedecendo às normas gerais da União e, quando for o caso, do respectivo sistema de ensino;

II. fixar os currículos dos seus cursos e programas, observadas as diretrizes gerais pertinentes;”

Sobre o tema, explicou o Magistrado **a quo**, que não cabe ingerência do Poder Judiciário a determinar que a Instituição de Ensino, autônoma e devidamente cadastrada pelo MEC, aprove aluno que não alcançou rendimento satisfatório do curso.

Assim, considerando que o apelante não cursou todas as disciplinas obrigatórias previstas na grade curricular da universidade e que foi reprovado em algumas disciplinas, por excesso de faltas, não merece ser acolhido o pedido de declaração de conclusão do curso, mesmo tendo ele sido aprovado no exame da Ordem dos Advogados do Brasil.

A respeito do assunto, confira-se o entendimento jurisprudencial:

Administrativo. Ensino superior. Aluno concluinte. reprovação por faltas. Colação de grau. impossibilidade. Ausência de cumprimento da grade curricular exigida para conclusão do curso. 1. A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional estabelece a obrigatoriedade da frequência às aulas em curso superior, ressalvando, apenas, os programas de educação à distância. 2. Se o impetrante não comprovou a assiduidade necessária à obtenção de aprovação em disciplina de curso superior, presumem-se legítimos os lançamentos efetuados pelo professor responsável. 3. O aluno reprovado por faltas em disciplina obrigatória não adquire direito à colação de grau, haja vista o não cumprimento da totalidade da grade curricular exigida para conclusão do curso. 4. Apelação improvida. (TRF1, AC00011882120004013700, Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, 5ª Turma, data: 18.06.2004)

Ao teor do exposto, nego provimento ao apelo, devendo ser mantida a sentença de improcedência. E tendo em vista que a sentença fora publicada já sob a égide da Lei nº 13.105/15, imperativa a adoção da sistemática por ela inaugurada, no que tange aos honorários advocatícios, que, agora, admitem fixação autônoma em grau recursal, na forma do que prescreve o art. 85, §§ 1º e 11, daquele estatuto legal, motivo pelo qual, com espeque no § 8º do mesmo dispositivo, majoro os honorários advocatícios de sucumbência de R\$1.000,00 (mil reais) para R\$1.500,00 (mil e quinhentos reais), ficando a cobrança suspensa, por ser o recorrente beneficiário da justiça gratuita.

É o voto.

Goiânia, 03 de abril de 2018.

Apelação Cível nº 0058784.31.2011.8.09.0107

Comarca de Morrinhos

Apelante: Estado de Goiás

Apelado: Lucicilio Frauzino Pereira Neto

Relator: Des. Zacarias Neves Coêlho

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. MANDADO DE PRISÃO EM ABERTO. AUTOR QUE FOI ALGEMADO E CONDUZIDO À DELEGACIA DE POLÍCIA PARA AVERIGUAÇÃO. ATO ILÍCITO, DANOMORAL E NEXO DE CAUSALIDADE DEMONSTRADOS. DEVER DE INDENIZAR. REDUÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO.

I - A responsabilidade civil do Estado, por ato de seus agentes que, nessa qualidade, acarrete danos a terceiros, é objetiva, ou seja, independe da comprovação de dolo ou culpa, consoante interpretação do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

II - A colocação de algemas e condução do cidadão à delegacia de polícia, ato esse presenciado por populares, em consequência da existência de mandado de prisão em aberto, que já deveria ter sido excluído do sistema interno da polícia, constitui situação apta a ensejar danos morais. Embora pudesse haver alguma suspeita apta a ensejar a abordagem da vítima, o que é natural na sociedade em que vivemos, os atos seguintes somente ocorreram devido à existência de um mandado de prisão irregular, daí a humilhação sofrida, que deve ser reparada.

III - Em observância à jurisprudência do STJ e desta Corte, bem como aos elementos circunstanciais do caso específico, tem-se que o valor fixado no Juízo de origem (R\$20.000,00) comporta redução (para R\$10.000,00), visto que a fixação da indenização deve estar focada nos limites da razoabilidade, para que não cause injusto enriquecimento àquele que a postula. Apelação cível parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os integrantes da 2ª Turma Julgadora da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso e lhe dar parcial provimento, nos termos do voto do relator.

Votaram com o relator, os Desembargadores Amaral Wilson de Oliveira e Carlos Alberto França, que presidiu a sessão.

Presente o ilustre Procurador de Justiça, Dr. Waldir Lara Cardoso.

Custas de lei.

Goiânia, 23 de janeiro de 2018.

Des. Zacarias Neves Coêlho – Relator

VOTO

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso de apelação, e passo a tecer um breve esboço fático sobre a lide.

Segundo consta dos autos, no dia 16.09.2010, o autor foi abordado por policiais militares, conduzido ao hospital para realização de exame de corpo de delito e, após, à delegacia de polícia. Segundo o depoimento prestado pela testemunha da parte ré (policia militar), isso somente ocorreu porque constava no sistema Infoseg um mandado de prisão, em aberto, em nome do autor. Esse fato deu ensejo à propositura da ação de indenização por dano moral.

Por meio da sentença objurgada, a Julgadora primeva condenou o Estado de Goiás ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$20.000,00 (vinte mil reais).

Irresignado, o réu interpôs apelação cível, destacando, em síntese, que os policiais militares agiram no estrito cumprimento do dever legal, não tendo praticado qualquer ato ilícito. Outrossim, assevera que os danos morais alegados não foram comprovados.

Pois bem. De início impende frisar que a Constituição Federal expressamente prevê, no art. 37, § 6º, a teoria do risco administrativo, segundo a qual o Estado responde pelos prejuízos que seus agentes causarem a terceiros, desde que demonstrado o nexo causal entre o fato lesivo e o dano, independentemente de dolo ou culpa (responsabilidade civil objetiva).

Na hipótese dos autos, a conduta lesiva alegada pelo autor teria origem na suposta detenção ilegal realizada por policiais militares.

No entanto, analisando com atenção a situação fática posta nos autos, tenho que o ato ilícito praticado não foi a atuação dos policiais militares em si, que somente detiveram o autor porque existia um mandado de prisão em aberto. Na verdade, o ato ilícito ocorreu anteriormente, quando a Administração Pública deixou de dar baixa em uma ordem de prisão que já havia, há muito, sido cumprida (omissão específica¹).

Saliente-se, a propósito, que o autor, por volta dos anos 2000/2002, foi processado e condenado por alguns crimes (tráfico, receptação e moeda falsa). No entanto, já cumpriu as

penas fixadas, sendo que desde então, aparentemente, não se envolveu mais com outros ilícitos penais.

Obviamente, as consequências da omissão do Estado (que deixou de dar baixa no mandado de prisão), devem ser consideradas, afinal, a depender do procedimento utilizado, restará caracterizado o dano moral.

Na espécie, o autor foi abordado por dois policiais militares que, verificando a existência de mandado de prisão em aberto, algemaram-no e levaram-no ao hospital e delegacia de polícia, para averiguações.

O fato de terem algemado o apelante, e de diversas pessoas da cidade terem presenciado a cena, ultrapassa o mero aborrecimento. Aliás, poder-se-ia falar em simples aborrecimento se o erro da Administração fosse verificado, de plano, quando abordado o autor e verificada sua versão, sem que fosse necessário algemá-lo.

A propósito, é irrelevante o fato de o apelado já ter sido condenado anteriormente, afinal, se cumpriu sua pena, deve ser tratado como todo e qualquer cidadão de bem. A humilhação e sofrimento que sentiu ao ser ilegalmente algemado e conduzido por policiais não pode ser diminuída porque, em outras ocasiões, já havia sido condenado.

Outrossim, é verdade que a sociedade clama por uma segurança pública mais efetiva, sendo natural estarmos expostos a eventuais abordagens policiais. No entanto, tais abordagens devem ser condizentes com as situações de suspeita, devidamente justificadas, caso a caso.

Na situação posta sob análise, embora pudesse haver alguma suspeita apta a ensejar a abordagem do autor (e se houve, isso não foi esclarecido), tem-se que os atos seguintes somente ocorreram devido à existência de um mandado de prisão em aberto no sistema interno da Polícia. Se assim não fosse, o apelado certamente teria sido desde logo liberado, evitando-se assim o quadro de humilhação narrado.

A respeito do assunto, confira-se o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte, manifestado em situações semelhantes:

Agravo regimental. Agravo em recurso especial. Defeito do serviço. Dano moral. Redução. Impossibilidade. Valor razoável. 1. O Tribunal de origem fixou, a título de danos morais, o valor de R\$ 20.000,00, em razão de falha na prestação do serviço, que implicou a prisão de motociclista em uma blitz, com a colocação de algemas e a exposição de sua imagem à mídia, em razão da existência de mandado de prisão aberto, quando já deveria ter sido baixado. Pretensão de redução do montante, por ser (supostamente) desproporcional. (...) (STJ, AgRg no AREsp 395.339/SC, Relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), 1ª Turma, DJe 20.08.2015)

Administrativo e processual civil. Agravo regimental no recurso especial. Responsabilidade civil do estado. prisão ilegal. Condenação em dano moral. Aumento da quantia fixada. Necessidade de reexame de prova. Súmula 7 do STJ. Incidência. 1. O acórdão de apelação asseverou, com base nos elementos de fato e na prova dos autos, que ficaram comprovados os requisitos ensejadores da responsabilidade civil do

Estado, levando em conta que o recorrente foi preso indevidamente por inadimplemento de pensão alimentícia, em cumprimento a mandado que, por equívoco, ainda constava em aberto, no sistema informatizado da Polícia Civil, não obstante determinação de recolhimento pelo Juízo competente. 2. Mostra-se devidamente justificado o valor estabelecido a título de indenização por danos morais (R\$ 5.000,00), referindo-se o Tribunal de Justiça à extensão dos danos causados ao recorrente, ao tempo de duração do cárcere - dezoito horas e cinco minutos - e às demais peculiaridades do caso, que refletiram na extensão dos danos sofridos. (...) (STJ, AgRg no REsp 1407845/MG, Relator Ministro OG Fernandes, 2ª Turma, DJe 20.11.2014)

Apelações cíveis. Indenização por dano moral. Prisão indevida. Responsabilidade civil objetiva do estado. Reparação moral devida. **Quantum** indenizatório majorado. (...) A responsabilidade civil do Estado, por ato de seus agentes que, nessa qualidade, acarrete danos a terceiros, é objetiva, ou seja, independe da comprovação de dolo ou culpa, consoante interpretação do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. II. A prisão indevida, em razão de ter sido efetuada pela 2ª vez, em cumprimento do mesmo mandado, revela-se injustificável, portanto, passível de configurar dano moral, não havendo falar em estrito cumprimento de dever legal. III. Inquestionável que a prisão indevida gera uma presunção de sofrimento irretorquível, evidenciando o constrangimento ilegal, o vexame e a humilhação a que o 1º Apelante fora submetido. (...) (TJGO, AC 312080-47.2009.8.09.0044, Relator Desembargador Francisco Vildon José Valente, 5ª CC, DJe 1323 de 17.06.2013)

Dupla apelação cível. Ação de indenização por danos morais. Prisão indevida. Erro material. Mandado de prisão. Art. 5º, inciso LXXV, da CF. Dever de indenizar. danos morais. **Quantum**. Manutenção. Honorários sucumbenciais. 1. Conf. art. 5º, inciso LXXV, da CF, o Estado está obrigado a indenizar o particular quando, por atuação dos seus agentes, pratica contra ele ato ilegal, sendo cabível a reparação civil pelos danos experimentados. 2. Verificado o cumprimento de mandado de prisão eivado de erro judicial, precedente à decretação da respectiva prisão preventiva, resta patente a arbitrariedade desta, e o direito do Apelante à reparação na esfera cível. 3. Arbitrado o **quantum** indenizatório, pela sentença recursada, em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade e com as peculiaridades do caso. Daí, o valor arbitrado de R\$ 3.000,00 (três mil reais), mostra-se justo e razoável. 4. Impõe-se a manutenção do valor arbitrado, a título de honorários advocatícios, uma vez que atende às diretrizes dos §§ 3º e 4º, do artigo 20, do CPC/73. Primeiro e segundo apelos conhecidos e desprovidos. Sentença mantida. (TJGO, AC238346-12.2011.8.09.0006, Relator Dr. Wilson Safatle Faiad, 5ª CC, DJe2069 de 15.07.2016)

Nesse cenário, tenho que restaram claramente configurados os elementos da responsabilidade civil do Estado (ato ilícito, dano e nexos de causalidade), não merecendo reforma a sentença recorrida, neste ponto.

Noutro vértice, creio que o valor fixado a título de indenização (R\$20.000,00) merece ser revisto.

Neste tocante, cumpre evidenciar que a indenização por dano moral tem por finalidade a obtenção de um lenitivo que atenua, ao menos em parte, as consequências do dano sofrido. O critério para a fixação do seu **quantum** não está na lei, mas no arbítrio do julgador, devendo a indenização ser fixada consoante um equilibrado juízo de valor, com bom senso e razoabilidade, levando-se em conta a situação econômica de quem vai pagar e a posição social do beneficiário.

A fixação da indenização deve estar focada nos limites da razoabilidade, para que não cause injusto enriquecimento àquele que a postula, mas que também possa representar um desestímulo e uma punição àquele que deu causa ao ato ilícito.

Analisando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte sobre o tema, noto que em situações muito mais graves que a dos autos, o valor fixado a título de indenização por danos morais foi bastante inferior.

Digo muito mais graves porque, **in casu**, o autor foi apenas brevemente detido, conduzido ao hospital e à delegacia, sendo liberado logo após a constatação do erro relativo ao mandado de prisão. Doutra lado, importa também levar em consideração o fato de ter sido o recorrido algemado, circunstância que foi vista por populares no local.

Diante desses elementos, após examinar a gravidade, a abrangência e as consequências do ato ilícito em tela, entendo que o valor fixado pela Magistrada primeva (R\$20.000,00) comporta redução. Sendo assim, hei por bem reformar a sentença nesse ponto, fixando a condenação em R\$10.000,00 (dez mil reais).

Ao cabo do exposto, dou parcial provimento ao apelo, reformando a sentença, apenas para reduzir o valor da indenização, desta feita fixando-o em R\$10.000,00 (dez mil reais).

É o voto.

Goiânia, 23 de janeiro de 2018.

Des. Zacarias Neves Coêlho - Relator

¹ (...) Cabível a responsabilização objetiva do Estado pelos atos omissivos, por excepcional, apenas no caso de omissão específica, em que tinha o dever individualizado de agir, (...) (TJGO, AC 229018-59.2009.8.09.0093, Relator Desembargador Olavo Junqueira de Andrade, 5ª CC, DJe 1728 de 13.02.2015)

Apelação Cível em Mandado de Segurança nº 0156805.63.2016.8.09.0011

Comarca de Aparecida De Goiânia

Apelante: Meri de Fatima Niehues

Apelado: Município de Aparecida De Goiânia

Relatora: Des^a. Amélia Martins de Araújo

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. COBRANÇA DE IMPOSTO SOBRE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE QUALQUER NATUREZA (ISSQN). OBRA PARTICULAR REALIZADA PELO PROPRIETÁRIO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INVIABILIDADE DA VIA ELEITA.

I - Segundo o Superior Tribunal de Justiça, não pode haver incidência do ISSQN sobre a atividade de incorporação imobiliária, desde que ela se dê em terreno próprio do incorporador, ficando vetada a cobrança desse tributo pelos municípios.

II - A fim de demonstrar a não incidência do ISSQN, incumbe à parte impetrante provar que realmente construiu o imóvel por sua conta e risco, como, por exemplo, demonstrando que o fez utilizando-se de operários que contratou; que construiu a obra através da contratação de prestadores de serviços; ou que o fez por sua própria força bruta, sem qualquer ajuda de outra pessoa, levantando sozinho a construção civil em seu próprio imóvel.

III - O mandado de segurança qualifica-se como processo documental, em cujo âmbito não se admite dilação probatória, exigindo-se que a liquidez e certeza do direito vindicado esteja amparada em prova pré-constituída.

IV - Não estando a petição inicial instruída com os documentos que permitem a comprovação dos fatos que embasaram o direito invocado pela parte impetrante, a denegação da segurança é medida que se impõe, nos termos do artigo 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/2009 RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível em Mandado De Segurança nº 0115893.61.2015.8.09.0010, da comarca de Aparecida de Goiânia, em que figura como apelante Meri de Fatima Niehues e como apelado Município de Aparecida de Goiânia.

Acorda o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, pelos integrantes da 2ª Turma Julgadora de sua 1ª Câmara Cível, à unanimidade de votos, em conhecer da Apelação Cível e negar-lhe provimento, nos termos do voto da Relatora.

Votaram com a Relatora a Desembargadora Maria das Graças Carneiro Requi e o Desembargador Orloff Neves Rocha.

Representou a Procuradoria-Geral de Justiça a Procuradora Ana Cristina Ribeiro Peternella França.

Presidiu a sessão de julgamento a Desembargadora Amélia Martins de Araújo.

Goiânia, 05 de junho de 2017.

Des. Amélia Martins de Araújo - Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível e Remessa Obrigatória para reexame da sentença proferida pela Juíza de Direito da Vara de Fazenda Pública Municipal, de Registros Públicos e Ambiental da Comarca de Aparecida de Goiânia, Dr^a. Vanessa Estrela Gertrudes, nos autos do Mandado de Segurança impetrado por Meri de Fatima Niehues contra ato atribuído ao Secretário de Finanças e de Fiscalização Tributária do Município de Aparecida De Goiânia, consubstanciado na cobrança indevida do imposto sobre prestação de serviço de qualquer natureza (ISSQN).

Em suas razões de impetração, a autora reportou ter sido compelida, pela autoridade impetrada, a recolher o ISSQN (Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza) referente à construção de uma casa localizada na rua X-9, quadra 109, lote 30, Bairro Cardoso, no município de Aparecida de Goiânia.

Ressai que, diante destes fatos, impetrou mandado de segurança, com pedido de liminar, pugnano pelo reconhecimento da ilegalidade da exação, sob a premissa de que a construção foi realizada por ela própria, sem a prestação de serviços por terceiros, o que descaracteriza o fato gerador do tributo.

Após regular marcha mandamental, a Juíza **a quo** proferiu sentença (fls. 166/186 - movimento nº 03), denegando a segurança pleiteada, nos seguintes termos:

Ora, a impetrante acostou aos autos, com vistas à demonstração de seu direito, tão somente uma escritura pública de compra e venda (fls.13/14) e notas fiscais em seu nome (fls.18/42) referente à compra de materiais a serem utilizados em obras de construção civil, notas estas que não são hábeis a demonstrar quaisquer daquelas situações acima citadas.

O certo é que não é crível que um cidadão comum execute sozinho, ou sem ajuda de terceiros prestadores de serviços, uma obra de construção civil visando a edificação de um imóvel residencial, mesmo que sua profissão seja a de pedreiro, tanto pela complexidade, quanto pela quantidade de serviços a serem efetuados.

Aliás, importante esclarecer, que não consta dos autos qualquer documento que traga maiores informações a respeito da obra, como por exemplo, fotografias, plantas, dentre outros, com fito à aferição do tamanho do imóvel que foi construído, da sua complexidade, do tempo da duração da obra, para que se possa verificar a verossimilhança das alegações.

Não se pode esquecer ainda, que os atos administrativos têm, a favor de si, a presunção relativa de legalidade, cujas as implicações, dentre outras, resultam na inversão do ônus

da prova para quem invoca a invalidade, no presente caso, o impetrante. (...)

Diante do exposto, e considerando serem desnecessárias maiores considerações, julgo extinto o feito sem resolução de mérito, diante da inadequação da via eleita, por ausência de prova pré-constituída, nos termos do art. 485, VI, do Código de Processo Civil, revogando, conseqüentemente, a liminar anteriormente concedida às fls. 44/47.

Sem condenação em honorários advocatícios por força das Súmulas 512, STF e 105, STJ, e art. 25 da Lei nº 12.016/09.

Irresignada com o **decisum**, Meri de Fatima Niehues interpôs recurso de apelação (fls. 188/199 - movimento nº 03).

Em suas razões, defende que a escritura pública de compra e venda, o alvará de construção, os documentos de cobrança do tributo e as diversas notas fiscais de compra de materiais de construção, demonstram que a autora realizou construção civil em seu terreno, de forma direta, para sua moradia e não na condição de incorporador imobiliário.

Reporta que a hipótese de incidência da exação está vinculada à prestação de serviços de forma constante.

No tocante à alegada ausência de provas pré-constituídas, pondera que as provas juntadas aos autos são suficientes para demonstração de seu direito líquido e certo.

Preconiza, quanto à contratação de operários, que o importante é o fato da não ocorrência de exploração econômica da prestação dos serviços taxativos na lei de incidência do ISSQN.

Conclui que não há que se falar em incidência do tributo no presente caso, porque não se configura a prestação de utilidade material ou imaterial a terceiros, uma vez que a obra é particular.

Colaciona arestos tendentes a corroborar suas teses.

Por derradeiro, alterca a ilegalidade da vinculação do pagamento do tributo como condição para obtenção do habite-se, bem como a indevida cobrança do tributo de ISSQN.

Com essas ponderações, pugna pelo conhecimento e provimento do recurso de apelação, a fim de que seja concedida a ordem impetrada.

Preparo satisfeito (fls. 200 – arquivo 03).

Instado a se manifestar, o Município de Aparecida de Goiânia apresentou contrarrazões, oportunidade em que requestou o improvimento do recurso (fls. 202/212 - movimento nº 03).

Nesta Corte, concitada a se manifestar, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por seu representante, Dr. Wellington de Oliveira Costa, pugnou pelo improvimento do recurso de apelação, a fim de manter a sentença objurgada em sua integralidade (evento nº 13).

É, em síntese, o relatório.

Peço dia para julgamento.

Goiânia, 07 de maio de 2018.

Des. Amélia Martins De Araújo - Relatora

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da Apelação Cível interposta.

Como visto, trata-se de recurso em desfavor da sentença proferida pela Juíza de Direito da Vara de Fazenda Pública Municipal, de Registros Públicos e Ambiental da Comarca de Aparecida de Goiânia, Dr^a. Vanessa Estrela Gertrudes, nos autos do Mandado de Segurança impetrado por Meri de Fatima Niehues contra suposto ato ilegal atribuído ao Secretário de Finanças do Município de Aparecida de Goiânia.

Pois bem. Do cotejo dos elementos de convicção constantes dos autos, diviso que a matéria ali versada diz respeito à suposta ilegalidade consubstanciada na cobrança indevida do imposto sobre prestação de serviço de qualquer natureza (ISSQN), incidente sobre a construção de imóvel, de propriedade da impetrante.

A respeito, a Constituição Federal estabelece em seu artigo 156, III, que compete aos municípios instituir Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), definidos em Lei Complementar e não compreendidos no art. 155, II da mesma Carta.

Observa-se, ainda, que as normas gerais acerca do referido tributo estavam contidas nos artigos 8º a 12º do Decreto-lei nº 406/88 o qual foi revogado pela Lei Complementar nº 116/03 em vigência.

Referida Lei Complementar nº 116/03, em seu art. 1º, estabelece qual fato gerador do referido tributo e, nos itens 7 e seguintes, da lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116, elenca sobre quais serviços deverá incidir ISS, senão vejamos:

Art. 1º. O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

7. Serviços relativos a engenharia, arquitetura, geologia, urbanismo, construção civil, manutenção, limpeza, meio ambiente, saneamento e congêneres.

7.01. Engenharia, agronomia, agrimensura, arquitetura, geologia, urbanismo, paisagismo e congêneres.

7.02. Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS).

Essa taxatividade foi mantida pelo Código Tributário do Município de Aparecida de Goiânia, LC nº 46 de 21.12.2011, que no item 7 da lista anexa traz o rol dos serviços tributados, no qual não consta a construção residencial efetuada diretamente pelos proprietários, sem finalidade lucrativa.

Sobre a matéria, em setembro de 2010, o Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do EREsp nº 884.778¹ da Primeira Seção, entendeu que não pode haver incidência

do ISSQN sobre a atividade de incorporação imobiliária, desde que ela se dê em terreno próprio da Incorporadora (a chamada incorporação direta), ficando vetada a cobrança desse tributo pelas Prefeituras.

Desta forma, para o STJ, a obrigação da Incorporadora em relação aos adquirentes se resume à entrega de uma coisa certa, determinada e acabada e não a uma obrigação de fazer, ou seja, a relação jurídica existente entre a Incorporadora e o Adquirente do imóvel será de compra e venda (obrigação de dar/entregar) e não de prestação de serviço (obrigação de fazer), mesmo em se tratando de imóvel comprado na planta.

Assim, a Incorporadora delega a construção a um terceiro (empreiteira), comprovando, dessa forma, uma relação de serviço entre ela (incorporadora), como tomadora, e a construtora, como prestadora do serviço. Por isso que, neste caso, a Incorporadora, quando revende e entrega o imóvel para o cliente final, não poderá ser o contribuinte do ISS, mas, sim, a construtora que foi contratada para prestar o serviço de construção.

De outro lado, se a própria incorporadora assume concomitantemente a função de construtora, o serviço de construção será prestado por ela a si própria, o que também não configurará a hipóteses de incidência do ISSQN.

Portanto, de bom alvitre definir, de forma clara, o que vem a ser a incorporação imobiliária, em terreno próprio e por conta e risco do incorporador, para que se possa chegar à conclusão se, na espécie, os impetrantes podem ou não serem considerados uma incorporadora, nos termos do entendimento jurisprudencial supracitado, apto a ensejar o afastamento da incidência do ISSQN.

A incorporação imobiliária é disciplinada pela Lei nº 4.591/64, a qual, em seu artigo 28, parágrafo único, a define como a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas.

Destarte, faz-se imprescindível na incorporação imobiliária a concentração de esforços para a constituição de um condomínio, através da venda de unidades imobiliárias autônomas, onde, geralmente, o incorporador, através da venda antecipada de unidades autônomas, busca angariar o capital necessário para a construção do prédio. E será ele que planejará a edificação, mobilizando os esforços necessários para sua concretização e comercialização, as quais comporão a futura edificação coletiva.

Assim, o incorporador poderá ou não ser o construtor do empreendimento, mas, não o sendo, em momento algum isso desnaturará sua atividade.

Já no que tange à construção civil envolvendo a incorporação imobiliária, está ela prevista no artigo 48 da Lei 4.591/64, nos seguintes termos:

Art. 48. A construção de imóveis, objeto de incorporação nos moldes previstos nesta Lei poderá ser contratada sob o regime de empreitada ou de administração conforme adiante definidos e poderá estar incluída no contrato com o incorporador, ou ser contratada diretamente entre os adquirentes e o construtor.

Tem-se, assim, que a incorporação poderá adotar um dos seguintes regimes de

construção: por empreitada, por administração, ou diretamente, por contratação direta entre os adquirentes e o construtor.

Nos dois primeiros regimes, a construção é contratada pelo incorporador ou pelo condomínio de adquirentes, mediante a celebração de um contrato de prestação de serviços, em que aqueles figuram como tomadores, sendo o construtor um típico prestador de serviços. Nessas hipóteses, em razão de o serviço prestado estar perfeitamente caracterizado no contrato, o exercício da atividade enquadra-se no item 32 da Lista de Serviços, configurando situação passível de incidência do ISSQN.

Na incorporação direta, por sua vez, o incorporador constrói em terreno próprio, por sua conta e risco, sendo o contrato firmado com os adquirentes um compromisso de compra e venda de imóvel em construção.

Portanto vê-se, que, embora prevista a possibilidade de sua ocorrência através de pessoa física, em geral, é ela feita por meio de empresas incorporadoras, as quais, muitas das vezes, também são construtoras, aptas a receberem o benefício da não incidência tributária do ISSQN por construírem suas edificações em terrenos próprios, utilizando-se de sua própria estrutura de construção. E, sem dúvida, como empregadora dos profissionais competentes do ramo de construção, tais como mestre de obras, pedreiros, pintores, encanadores.

Diante da conceituação de incorporação imobiliária e de incorporador, a fim de demonstrar a não incidência do ISSQN, incumbia à parte impetrante provar que realmente construiu o imóvel por sua conta e risco, como, por exemplo, demonstrando que o fez utilizando-se de operários que contratou; que construiu a obra através da contratação de prestadores de serviços; ou que o fez por sua própria força bruta, sem qualquer ajuda de outra pessoa, levantando sozinho a construção civil em seu próprio imóvel.

Não havendo comprovação de que alguma destas circunstâncias caracterizou-se e com o afastamento de qualquer possibilidade das figuras da administração, empreitada e subempreitada, não prospera qualquer alegação da parte impetrante/apelante de que construiu sua casa por conta e risco próprio, apta a acarretar a não incidência do tributo.

Na espécie, a recorrente acostou aos autos, com vistas à demonstração de seu direito, tão somente uma escritura pública de compra e venda (fls. 13/14 - movimento nº 03), diversos documentos relacionados à compra de materiais de construção (fls. 18/42 - movimento nº 1 – arquivo 1) e à cobrança do tributo, pelo município (fls. 15/16 - movimento nº 03), que não são hábeis a demonstrar quaisquer daquelas situações acima citadas.

Com efeito, não consta dos autos qualquer documento que traga maiores informações a respeito da obra, como por exemplo, fotografias, plantas, dentre outros, com fito à aferição do tamanho do imóvel que foi construído, da sua complexidade, do tempo da duração da obra, para que se possa verificar a verossimilhança de suas alegações.

Vale rememorar que os atos administrativos têm, a favor de si, a presunção relativa de legalidade, cujas implicações, dentre outras, resultam na inversão do ônus da prova para quem invoca a sua invalidade.

Desta feita, a demonstração da preterição ao direito vindicado exigiria dilação probatória,

sendo, portanto, imprópria a via eleita.

Não se pode olvidar que, além dos pressupostos processuais e das condições da ação exigíveis em qualquer procedimento, constitui condição específica do Mandado de Segurança a liquidez e certeza do direito que se procura proteger.

Hodiernamente, pacificou-se o entendimento de que a liquidez e certeza do direito referem-se aos fatos e não à complexidade do direito. Daí por que Celso Antônio Bandeira de Mello considera líquido e certo o direito independentemente de sua complexidade, quando os fatos a que se deva aplicá-lo sejam demonstráveis de plano, ou seja, quando independam de instrução probatória, sendo comprováveis por documentação acostada quando da impetração da segurança ou, então, requisitada pelo juiz a instâncias do Impetrante, se o documento necessário estiver em poder de autoridade que recuse fornecê-lo (Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 32ª edição, 2015, p. 982).

Prelecionando sobre direito líquido e certo, Hely Lopes Meirelles ensina:

Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se 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. (Mandado de segurança. 31ª edição, atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, p. 38/39).

Por certo que, ao sopesar o **mandamus**, não compete ao julgador, ingressar no campo da existência ou não do direito subjetivo afirmado na petição de ingresso, mas, sim, na liquidez e certeza do direito titularizado pelo impetrante, embasado em situação fática perfeitamente delineada e comprovada de plano por meio de prova pré-constituída.

Deste modo, se a demonstração da existência do fato depender de outros meios de prova, como no caso em testilha, o direito subjetivo surgido dele pode até existir, mas não será líquido e certo e, por tal razão, não poderá ser tutelado por meio de mandado de segurança.

Versando acerca de casos análogos, coadunam nesse sentido, os arestos deste Sodalício:

Apelação cível em mandado de segurança. Ausência de prova pré-constituída. Imposto sobre serviços - ISS. Construção civil. Necessidade de dilação probatória. Inadequação da via eleita. I - Compete ao impetrante satisfazer a condição essencial da ação mandamental, qual seja, a apresentação da prova pré-constituída apta a infirmar os fundamentos da suposta decisão tida como coatora. II - Não tendo a impetrante instruído o feito com prova documental suficiente à comprovação de que a construção foi feita em imóvel próprio, com a utilização de mão de obra própria e, ante a impossibilidade de dilação probatória, a denegação da segurança é medida que se impõe, pois está ausente a necessária prova pré-constituída, o que torna a via mandamental inadequada.

Apelação cível em mandado de segurança conhecida e desprovida. (TJGO, Apelação 0136463-31.2016.8.09.0011, Relatora Maria Das Graças Carneiro Requi, 1ª Câmara Cível, julgado em 11.04.2018, DJe de 11.04.2018. Negritei).

Apelação cível. Mandado de segurança. ISSQN. Responsabilidade solidária. Proprietário. Edificação. Não comprovação dos fatos alegados. Inadequação da via eleita. 1. Nos termos do artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil, incumbe ao autor fazer a prova quanto aos fatos constitutivos do seu direito, principalmente em se tratando de mandado de segurança, cuja prova deve estar previamente constituída. 2. No caso em análise, a demonstração de que a obra de construção civil foi executada por conta própria ou por terceiros diretamente contratados depende de dilação probatória, procedimento inoportável na ação mandamental. Apelação cível conhecida e desprovida. (TJGO, Apelação 0136468-53.2016.8.09.0011, Relator Alan Sebastião de Sena Conceição, 5ª Câmara Cível, julgado em 02.04.2018, DJe de 02.04.2018. Negritei).

Apelação cível. Ação de mandado de segurança. ISS sobre construção civil. Edificação em imóvel próprio com mão de obra própria. Ausência de prova pré-constituída. 1. Não incide o ISS sobre edificação residencial própria, realizada por profissionais diretamente contratados pelo dono da obra, sem a intermediação de administrador ou contratação por empreitada. 2. A petição inicial deve vir instruída com prova documental suficiente à comprovação de que a construção foi feita em imóvel próprio, com a utilização de mão de obra própria. 3. Não havendo prova a respeito da contratação de mão de obra própria, está ausente a necessária prova pré-constituída, o que torna a via mandamental inadequada. Apelo Desprovido. (TJGO, Apelação 0233365-46.2016.8.09.0011, Relator Carlos Hipólito Escher, 4ª Câmara Cível, julgado em 09.02.2018, DJe de 09.02.2018. Negritei).

Ao teor do exposto, conheço do recurso de apelação interposto e nego-lhe provimento, mantendo incólume a sentença proferida, por estes e por seus próprios fundamentos.

É o voto.

Goiânia, 05 de junho de 2018.

Des. Amélia Martins de Araújo - Relatora

¹ Processual civil. Embargos de divergência no recurso especial. Tributário. ISS. Construção sob o regime de contratação direta entre os adquirentes das unidades autônomas e o construtor/incorporador (proprietário do terreno). Atividade que não se caracteriza como prestação de serviço. 1. Na construção pelo regime de contratação direta, há um contrato de promessa de compra e venda firmado entre o construtor/incorporador (que é o proprietário do terreno) e o adquirente de cada unidade autônoma. Nessa modalidade, não há prestação de serviço, pois o que se contrata é "a entrega da unidade a prazo e preços certos, determinados ou determináveis" (art. 43 da Lei 4.591/64). Assim, descaracterizada a prestação de serviço, não há falar em incidência de ISS. 2. Ademais, a lista de serviços sujeitos ao ISS é taxativa, não obstante admita interpretação extensiva. Além disso, é vedada a exigência de tributo não previsto em lei através do emprego da analogia (art. 108, parágrafo único, do CTN). Desse modo, se a previsão legal é apenas em relação à execução de obra de engenharia por administração, por empreitada ou subempreitada, não é possível equiparar a empreitada à incorporação por contratação direta, para fins de incidência do ISS, como entendeu o acórdão embargado. 3. Embargos de divergência providos." (STJ - PRIMEIRA SEÇÃO. EREsp 884778 / MT Embargos de divergência em recurso especial 2006/0267949-8. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. DJe 05.10.2010. Negritei).

Duplo Grau de Jurisdição nº 0283765.17.2011.8.09.0051

Comarca de Goiânia

Autora: Patrícia Rodrigues Marques Rosa

Réu: Estado de Goiás

Apelação Cível

Apelante: Estado de Goiás

Apelada: Patrícia Rodrigues Marques Rosa

Relator: Des. Jeová Sardinha de Moraes

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. INTIMAÇÃO DA SENTENÇA PENAL. HOMÔNIMO. EXERCÍCIO REGULAR DE UM DIREITO. EXCLUDENTE DA RESPONSABILIDADE CIVIL. ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO. DANO MORAL AFASTADO.

I - Nos termos do artigo 37, § 6º, da CF/88, a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público é objetiva, baseada na teoria do risco administrativo e para aferi-la basta que se demonstre a ação ou omissão, o nexo de causalidade e o dano sofrido.

II - Para afastar a caracterização da responsabilidade civil, deve estar presente qualquer das causas excludentes, quais sejam, estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal, exercício regular de direito, caso fortuito e força maior, culpa exclusiva da vítima ou fato de terceiro.

III - A constatação de que o mandado de intimação da sentença havia sido expedido em desfavor de homônimo, por si só, não configura dever de reparação quando não comprovado excesso ou abuso durante a abordagem, não havendo detenção ou condução do indivíduo. REMESSA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Duplo Grau de Jurisdição Nº 0283765.17.2011.8.09.0051, acordam os componentes da

Primeira Turma Julgadora da Sexta Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, à unanimidade dos votos, em conhecer da remessa obrigatória e do apelo e dar-lhes provimento nos termos do voto do relator.

Votaram com o relator o Desembargador Fausto Moreira Diniz e o Desembargador Norival Santomé.

Presidiu a sessão o Desembargador Fausto Moreira Diniz.

Fez-se presente como representante da Procuradoria Geral de Justiça, a Dra. Márcia de Oliveira Santos.

Goiânia, 09 de outubro de 2018.

Des. Jeová Sardinha de Moraes - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de duplo grau de jurisdição e recurso de apelação cível decorrentes da sentença proferida no evento 24 pela MMª. Juíza de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública Estadual da Comarca de Goiânia-GO, Dra. Zilmene Gomide da Silva Monzoli, nos autos da ação de indenização por danos morais ajuizada por Patrícia Rodrigues Marques Rosa em desfavor do Estado de Goiás, que julgou procedente o pedido inicial.

Aduz a parte autora que foi surpreendida em sua residência pela presença de um Oficial de Justiça da Comarca de Luziânia, o qual cumpriu o “mandado de intimação de sentença”, dando-lhe ciência do conteúdo do referido ato judicial.

Relata que, posteriormente, contratou um advogado para esclarecer que se tratava de homônimo, vez que a verdadeira destinatária do mandado de intimação encontrava-se cumprindo pena na Penitenciária Feminina do Gama-DF, o que originou a revogação da aludida intimação (evento 03 – arquivo 04).

Nesse contexto, manejou a presente demanda, requerendo a condenação do ente estatal ao pagamento de indenização por danos morais, estes no valor de R\$ 102.000,00 (cento e dois mil reais), além dos benefícios da assistência judiciária, os quais restaram deferidos no (evento 01 – arquivo 09).

Após os trâmites processuais, o douta sentenciante julgou procedente o pedido inicial, condenando a parte ré ao pagamento dos danos morais arbitrados em R\$ 102.000,00 (cento e dois mil reais), corrigidos monetariamente pelo INPC, acrescido de juros de mora a partir da data da publicação desta sentença (evento 24).

Inconformado com o desfecho da lide, o ré interpôs recurso de apelação (evento 28).

Em suas razões recursais, sustenta, em síntese, que não houve ato ilícito por parte do Estado de Goiás, vez que a autora sequer chegou a ser encarcerada ou ameaçada de prisão, tendo em vista que a situação de homonomia foi esclarecida, ao juízo deprecante, antes de qualquer aplicação de pena de restritiva de liberdade.

Ressalva que a autora não tinha razão para entrar em pânico, pois o mandado que o Oficial de Justiça foi cumprir não era de prisão, mas sim, de cientificação da sentença, onde constava somente a pena restritiva de direitos.

Ao final, afirma que não há requisitos legais para lhe condenar em danos morais e, por outro lado, caso o entendimento seja ao contrário, pugna pela redução da condenação, ante ao seu caráter excessivo.

Preparo ausente, por expressa autorização legal – artigo 1.007, § 1º, do Diploma Processual Civil.

A autora apresentou contrarrazões, ocasião em que rechaçou as alegações sustentadas pelo insurgente e requereu a integral manutenção do **decisum** atacado (evento 29).

Instada a manifestar-se, a Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio de sua ilustre representante, Dra. Laura Maria Ferreira Bueno, opinou pela desnecessidade de intervenção ministerial (evento 41).

É o relatório. Peço dia para julgamento.

Goiânia, 12 de setembro de 2018.

Des. Jeová Sardinha de Moraes - Relator

VOTO

Conheço da remessa obrigatória e do apelo, por preencherem os respectivos pressupostos de admissibilidade.

Conforme narrado, cuida-se de duplo grau de jurisdição e recurso de apelação cível decorrentes da sentença proferida no evento 24 pela MMª. Juíza de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública Estadual da Comarca de Goiânia-GO, Dra. Zilmene Gomide da Silva Monzoli, nos autos da ação de indenização por danos morais ajuizada por Patrícia Rodrigues Marques Rosa em desfavor do Estado de Goiás, que julgou procedente o pedido inicial.

Considerando a identidade das teses defendidas na insurgência com aquelas relativas à remessa oficial obrigatória, passa-se ao exame conjunto da matéria.

Extraí-se dos autos que, em virtude de mandado expedido pelo juízo criminal da Comarca de Luziânia-GO, a autora foi cientificada da sentença criminal, proferida em desfavor de Patrícia Rodrigues Marques Rosa, como se fosse a ré daquela ação penal.

Todavia, por ocasião das informações prestadas por seu advogado, a juíza de primeira instância, inteirando tratar-se de caso de homonímia, revogou a citada intimação (evento 03 – arquivo 04).

Após os trâmites processuais, a juíza **a quo** julgou procedente o pedido inicial, condenando a parte ré ao pagamento dos danos morais arbitrados em R\$ 102.000,00 (cento e dois mil reais), corrigidos monetariamente pelo INPC, acrescido de juros de mora a partir da data da publicação desta sentença (evento 24).

Irresignado, o réu interpôs recurso de apelação, sustentando, em síntese, que o douto julgador foi levado a erro, ante a existência de ato ilegal, vez que somente cientificou a autora dos atos da sentença, não realizando sequer sua prisão, ou qualquer ato que restringisse seu direito de liberdade.

De plano, tem-se que a inteligência desenvolvida pela julgadora de primeira instância não foi correta, sendo mister a sua reforma.

No tocante à responsabilidade extracontratual do Estado, o ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria objetiva, conhecida desde sua inserção no texto constitucional de 1.946, que se refere ao risco que a atividade administrativa proporciona a seus administrados, ônus

este que deve ser suportado pelo Estado, em nome da isonomia de tratamento que deve conceder a seus cidadãos.

Desta feita, não precisa o cidadão lesado provar a culpa ou o dolo com que agiu o agente público, bastando-lhe evidenciar o dano sofrido e o seu nexo de causalidade com a conduta estatal.

Assim, passou a ser unanimidade na doutrina e na jurisprudência que o Estado é responsável pelos danos que causar aos particulares quando no exercício (comissivo ou omissivo) de suas atividades, havendo ou não culpa (*lato senso*) de seus agentes, desde que estejam agindo nesta qualidade, a teor do que preconiza o § 6º, do artigo 37, da Constituição Federal, bastando que reste demonstrado o dano e seu nexo com aquela atividade (ativa ou omissiva).

Desta orientação é que nasce a pretensão da autora/apelada, baseada na citada teoria objetiva da responsabilidade civil do Estado, segundo a qual basta a comprovação de seu prejuízo, ou seja, a lesão sofrida.

Logo, sendo o nexo de causalidade o fundamento da responsabilidade civil do Estado, esta deixará de existir nos casos em que a vítima tiver contribuído para o resultado, ou se houver fatores externos como circunstâncias determinantes do evento danoso.

Neste caso, continua o particular dispensado de provar a culpa ou dolo do agente estatal, mas é possível a atenuação da obrigação indenizatória do Estado, ante a concorrência da vítima para o resultado ou a ocorrência de fatores externos, tais como a força maior e o caso fortuito.

Sobre o assunto, eis os escólios de José dos Santos Carvalho Filho:

“O fato de ser o Estado sujeito à teoria da responsabilidade objetiva não vai ao extremo de lhe ser atribuído o dever de reparação de prejuízos em razão de tudo o que acontece no meio social (...) Para que se configure a responsabilidade do Estado, é necessário que seja verificado o comportamento do lesado no episódio que lhe provocou o dano” (in Manual de Direito Administrativo, 13ª edição, p. 431).

Noutro passo, impende registrar que não há dúvida de que a Carta Magna prevê a indenização por erro judiciário no seu artigo 5º, inciso LXXV, que assim dispõe:

“Art. 5º LXXV. O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

No tocante ao ponto fulcral, impende-se salientar que a responsabilidade objetiva do Estado - Teoria do Risco Administrativo – é tema de Direito Constitucional, encontrando-se consolidado no § 6º do artigo 37 da Constituição Federal, **in litteris**:

“§ 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 doutrinador Hely Lopes Meireles, bem esclarece o tema, nos seguintes dizeres:

“A teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração.

Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso lesado. (...) Aqui não se cogita da culpa da Administração ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público. Tal Teoria, como o nome está a indicar, baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar essa desigualdade individual, criada pela própria Administração, todos os outros componentes da coletividade devem concorrer para a reparação do dano, através do erário, representado pela Fazenda Pública” (Direito Administrativo Brasileiro, 26ª ed., Malheiros, p. 645)

No entanto, cabe ressaltar que a teoria do risco administrativo, adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, embora dispense a prova da culpa dos agentes do Poder Público, possibilita a exclusão de sua responsabilidade, caso venha a ser demonstrada a culpa exclusiva da vítima, a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, hipóteses em que não há obrigação de indenizar.

Sobre o assunto, o doutrinador Alexandre de Moraes, preleciona:

“A responsabilidade civil do Estado consagrada pela Constituição brasileira, apesar de objetiva, permite abrandamentos, em face da adoção da Teoria do Risco Administrativo. Assim, a responsabilidade do Estado pode ser afastada no caso de força maior, caso fortuito, ou ainda, se restar afastado um dos requisitos indispensáveis para a aplicação do art. 37, § 6º, da CF: nexos causal entre a ação ou omissão do Poder Público e o dano causado” (Constituição do Brasil Interpretada. São Paulo, p. 906)

In casu, a autora foi surpreendida pelo Oficial de Justiça, que dirigiu-se à sua residência para cumprir o mandado de intimação de sentença, dando-lhe ciência que teria o prazo de 05 (cinco) dias para apresentar apelação.

A parte dispositiva da referida sentença, cuja a cópia também lhe foi entregue, tinha convertido a pena privativa de liberdade em duas restritivas de direitos, nos seguintes termos:

“Considerando o disposto no arts. 44, § 2º e 46, ambos do Código Penal Brasileiro, converto a pena privativa de liberdade em duas restritivas de direitos:

- a) prestação de serviços à comunidade, pelo prazo total da pena, descontando-se o eventual período de prisão cautelar cumprido pela acusada, a ser cumprida, nos termos legais, em entidade assistencial a ser indicada na audiência admonitória;
- b) pecuniária, no valor de um salário mínimo, a ser recolhida em favor do Conselho Municipal de Segurança desta Comarca” (evento 03 – arquivo 02).

Analisando o conjunto probatório, verifica-se que a parte não desincumbiu do ônus inculcado pelo artigo 373, I, do Código de Processo Civil, qual seja, demonstrar que houve excesso e arbitrariedade por parte do ente estatal.

Pelo contrário, consta no caderno digital que, quando o juízo de Luziânia foi cientificado que se tratava de homônimo, de imediato, determinou a revogação do aludido mandado (evento 03 – arquivo 04).

Neste contexto, mister reconhecer que a regular atividade estatal, absolutamente indispensável ao procedimento processual, desde que cometidas sem excesso, não pode ser capaz de gerar indenização, posto que se trata de função inerente ao Estado, lícita e regularmente normatizada pelos textos constitucionais.

A respeito, julgado desta Corte:

“Apelação cível. Ação de indenização por danos morais e materiais. Prisão. Suposta prática do crime de furto. Exercício regular do direito. Dano moral não configurado. Honorários. Matéria de ordem pública. Redução. I - Não evidenciada a ilegalidade e arbitrariedade da prisão, notadamente porque os agentes públicos utilizaram-se do exercício regular de direito nos termos do artigo 188, inciso I, do Código Civil, ao deterem o requerente/apelante para averiguação após denúncia de testemunhas, o pleito indenizatório, fundado na ocorrência de danos morais, resta frustrado. (...) 4. Também não restou comprovado que os agentes públicos envolvidos atuaram de modo não condizente com a prática policial ordinária, isto é, com abuso de poder. Com efeito, o ato ilícito de que cuida o artigo 186 do Código Civil cede à existência do exercício regular de um direito garantido ao Estado e que, se regularmente exercido, sem excessos, descaracteriza a configuração do ilícito, conforme ocorreu na espécie. (TJGO. 1ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 221254-72.2008.8.09.0023. Relator Dr. Roberto Horacio de Rezende. Julgado em 01.12.2015. DJe 1956 de 26.01.2016)

A propósito:

“Art. 188 Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;”

Cumprido ressaltar, ainda, que qualquer ato praticado no exercício regular do direito não configura ato ilícito e isenta o Estado de qualquer reparação dos danos. Só se configura ato ilícito decorrente de abuso de direito se o ato ultrapassar os limites subjetivos garantidos pela lei, o que não ocorreu na espécie.

Nesse sentido é o ensinamento de Sérgio Cavalieri Filho:

“Exercício regular de um direito – o nome já diz – é o direito exercido regularmente, normalmente, razoavelmente, de acordo com seu fim econômico, social, a boa-fé e os costumes.

Quem exerce seu direito subjetivo nesses limites age lícitamente, e o lícito exclui o ilícito. O direito e o ilícito são antíteses absolutas, um exclui o outro; onde há ilícito não há direito; onde há direito não há ilícito.

Vem daí que o agir em conformidade com a lei não gera responsabilidade civil ainda que seja nocivo a outrem – como por exemplo, a cobrança de uma dívida, a propositura de uma ação, a penhora numa execução forçada.” (Programa de Responsabilidade Civil, 8ª Edição, Ed. Atlas, p. 19).

Desse modo, diante da inexistência de prova de qualquer abuso de poder na atuação da autoridade pública, tem-se que a lei processual foi devidamente cumprida, não tendo que se falar em custódia ilegal, haja vista que a autora sequer fora detida ou conduzida à uma delegacia.

Sobre as excludentes do dever de indenização, colaciono julgados deste Tribunal:

“Apelação cível. Ação de indenização. Responsabilidade civil. Dano por absolvição em processo criminal. Ausência de ato ilícito. Ausência de dolo/culpa. 1. A comunicação de suspeita de delito à autoridade policial e a propositura de ação penal, ainda que culmine com a absolvição do réu por ausência de provas, consistem em exercício regular de direito, não havendo se falar em ilicitude no ato. 2. Inexistindo comprovação de má-fé ou de leviandade para a instauração de investigação criminal ou para a propositura de ação penal, bem assim dolo ou culpa, ausentes os elementos que compõe a relação obrigacional por responsabilidade civil, sendo de rigor a improcedência do pleito de indenizar, nos termos dos artigos 186, 187 e 927, do Código Civil. Apelação cível conhecida e desprovida (TJGO. 6ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 412270-10.2014.8.09.0087. Relatora Desembargadora Sandra Regina Teodoro Reis. Julgado em 09.08.2016. DJe 2090 de 16.08.2016).

Apelação cível. Ação de indenização por danos morais. Absolvição na esfera criminal por inexistência do fato criminoso. Danos morais contra o estado. Inexistência. Exercício regular do direito. (...) II - Configurado nos autos que as atitudes adotadas pelos agentes estatais decorrem do exercício regular de um direito, uma obrigação legal, sem abusos ou irregularidades nas condutas por eles praticadas, não há que se falar em indenização por dano moral. Recurso conhecido e improvido. (7TJGO. 1ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 170895-23.2014.8.09.0019. Relator Dr. Carlos Roberto Favaro. Julgado em 19.07.2016. DJe 2077 de 28.07.2016)

Por todo o exposto, não vislumbro a existência de comprovação de conduta lesiva capaz de configurar o ato ilícito, na forma do artigo 186, e 927, ambos do Código Civil, um dos elementos da responsabilidade civil do Estado, o que afasta a expectativa da autora/apelada de ser indenizada por supostos prejuízos morais, motivo pelo qual a reforma da sentença é medida que se impõe.

Na confluência do exposto, conheço da remessa obrigatória e do apelo e dou-lhes provimento para, reformando a sentença recorrida, julgar improcedente o pedido de indenização por danos morais.

Por conseguinte, condeno a autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, nos termos do disposto no artigo 85, § 2º, do novo Código de Processo Civil, desde que possa fazê-lo dentro do prazo de 05 (cinco) anos, conforme preconiza o artigo 98, § 3º, do referido Diploma Legal.

É o voto.

Goiânia, 09 de outubro de 2018.

Des. Jeová Sardinha de Moraes - Relator

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Apelação Criminal nº 6819.38.2014.8.09.0065 (201490068198)

2ª Câmara Criminal

Comarca de Goiás

Apelante: Mauro Luis da Silva Marques

Apelado: Ministério Público

Relatora: Des. Carmecy Rosa Maria Alves de Oliveira

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL E SUBMISSÃO DE CRIANÇA A CONSTRANGIMENTO. NULIDADES. INFRINGÊNCIA AO DISPOSTO NO ART. 212 DO CPP. AUSÊNCIA DE ANÁLISE DAS TESES LEVANTADAS NAS ALEGAÇÕES FINAIS E CONDENAÇÃO EXCLUSIVAMENTE NAS PROVAS INQUISITORIAIS. INOCORRÊNCIA. PRELIMINARES AFASTADAS. ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. ATIPICIDADE. NÃO VERIFICADA. DESCLASSIFICAÇÃO. CABIMENTO. TENTATIVA E REDUÇÃO DA PENA. PREJUDICADOS.

I – O fato da sentenciante ter iniciado a inquirição das vítimas, por si só, não enseja a nulidade do feito, máxime quando se tratam de crianças em tenra idade, demonstrando-se o ato processual uma preparação para suas oitivas, encontrando-se presente a advogada constituída do apelante que nada questionou.

II - O magistrado não está obrigado a rebater cada argumento da defesa, sendo suficiente que exponha as razões de sua decisão de forma fundamentada, como ocorreu no caso em análise, não havendo nenhuma tese que não tenha sido analisada, ainda que de modo implícito, atendendo a sentença todos os requisitos legais, nos termos do disposto no art. 381 do Código de Processo Penal e art. 93, inciso IX da Magna Carta.

III - Não se encontrando o édito condenatório fundamentado exclusivamente na prova inquisitorial, não há nulidade a ser declarada.

IV - Não sendo a van de transporte escolar lugar público, aberto ao público ou exposto ao público inviável a desclassificação para o crime de ato obsceno ou a contravenção de importunação ofensiva ao pudor.

V. A ação de submeter as vítimas, com idades entre 06 a 09 anos de idade, as quais estavam sob sua autoridade, guarda ou vigilância, a situações vexatórias, não constitui estupro de vulnerável, amoldando-se à conduta prevista no artigo 232 do Estatuto da Criança e do Adolescente, impondo-se a desclassificação e consequente remessa dos autos ao juizado Especial Competente.

VI – Prejudicados os pedidos de reconhecimento do crime de estupro em sua forma tentada ou a redução do **quantum de pena imposta.**

VII – APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, os integrantes da Quarta Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, por maioria de votos, acolher em parte o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, conhecer do apelo e o prover parcialmente para desclassificar a conduta, devendo expedir alvará de soltura em favor do paciente, colocando-o em liberdade se por outro motivo não estiver preso, nos termos do voto da Relatora.

Custas de lei.

Divergiu o Desembargador Edison Miguel da Silva JR para prover o apelo e absolver o apelante por insuficiência de provas.

No início do julgamento fez sustentação oral o Dr. Gustavo Ribeiro Antonelli.,

Votaram, além da Relatora, os eminentes Desembargadores: João Waldeck Félix de Sousa e Edison Miguel da Silva JR(voto divergente).

Presidiu a sessão o Desembargador Leandro Crispim.

Esteve presente à sessão de julgamento, o(a) nobre Procurador(a) de Justiça, Dr(a).

Abrão Amisy Neto.

Goiânia, 24 de abril de 2018.

Des^a. Carmecy Rosa Maria Alves de Oliveira - Relatora

VOTO

Recurso próprio e tempestivo, dele conheço.

Consoante relatado, busca o apelante Mauro Luís, em preliminar, a nulidade do feito aduzindo, em resumo, a) infringência ao art. 212 do CPP; b) ausência da análise das teses defensivas constantes nas Alegações Finais; c) por ter a condenação se baseado exclusivamente nas provas inquisitoriais e, no mérito, pugna, pela: a) absolvição do crime de estupro de vulnerável por ausência de prova da materialidade e autoria delitivas e atipicidade da conduta; b) desclassificação do crime de estupro para as contravenções previstas no art. 61 ou 65 da Lei nº 3.688/41 ou para os crimes de ato obsceno ou constrangimento ilegal (art. 232 do ECA ou art. 146, do Código Penal); d) o reconhecimento do delito de estupro em sua modalidade tentada; e) a absolvição do crime previsto no art. 232 do ECA; f) a redução do **quantum** de pena imposta ou, ainda, g) a alteração do regime inicial de cumprimento da pena.

* Quanto às preliminares arguidas:

a) inobservância do art. 212 do Código de Processo Penal, violação ao sistema acusatório e do devido processo legal:

Assevera o apelante que o feito padece de nulidade absoluta posto que a magistrada **a quo** teria infringido o disposto no art. 212 do Código de Processo Penal, pois além de inquirir primeiramente as testemunhas, invertendo a ordem estabelecida pela lei, teria induziu as respostas destas.

Dispõe o art. 212 do Código de Processo Penal:

“Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida”.

A Lei nº 11.690/2008, alterou a redação do artigo transcrito, eliminando o sistema presidencialista de inquirição das testemunhas, onde todas as perguntas deveriam passar pelo juiz, que as dirigia a quem estivesse sendo ouvido. Todavia, não alterou o sistema inicial de inquirição.

Na lição de Guilherme de Souza Nucci¹: “absolutamente nenhuma modificação foi introduzida no tradicional método de inquirição, iniciado sempre pelo magistrado. Porém, quanto às perguntas das partes (denominadas reperguntas na prática forense), em lugar de passarem pela intermediação do juiz, serão dirigidas diretamente às testemunhas”.

Verifica-se, no presente caso, que a magistrada **a quo**, quando da oitiva das vítimas, realmente iniciou as perguntas. Todavia, ao revés do aduzido pela defesa, não vejo nulidade a ser declarada em razão do fato. Ora, como visto, a nova redação do artigo 212 do Código de Processo Penal, embora tenha abolido o sistema presidencialista de inquirição de testemunhas, não proibiu que o sentenciante as questione em primeiro lugar. Há que se ressaltar que no caso dos autos, todas as vítimas são crianças, com idade entre 06 a 09 anos. Assim, o que se depreende da forma como conduzida a oitiva destas, é um cuidado, um preparo para a respectiva inquirição, a fim de que se sentissem a vontade para responder as perguntas formuladas em ambiente forense, com pessoas estranhas, acerca de fatos sabidamente constrangedores às crianças em tão tenra idade. Vale ressaltar, ainda, que na audiência estavam presentes, além da magistrada, a promotora de justiça, uma psicóloga, uma conselheira tutelar e a advogada do réu, que em momento algum expôs qualquer descontentamento com a forma como conduzido o ato processual ou mesmo quanto aos questionamentos feitos pela magistrada **a quo**.

Como muito bem consignado pela douta procuradoria-geral de justiça: “além de não constar na assentada (fls. 145/6) qualquer reclamação a respeito, estando, portanto, preclusa a questão, não há prova de prejuízo algum pelo fato da Juíza de Direito ter iniciado a inquirição das vítimas, que, posteriormente, responderam pela ordem (acusação e defesa) as perguntas formuladas, diretamente, pelas partes”. - fl. 398.

Neste sentido:

“1. Esta Corte Superior de Justiça já firmou entendimento no sentido de que eventual inobservância à ordem estabelecida no artigo 212 do Código de Processo penal caracteriza vício relativo, devendo ser arguido no momento processual oportuno, com a demonstração do prejuízo suportado pela parte, sob pena de preclusão.

Precedentes do STJ e do STF. 2. No caso dos autos, apenas o membro da acusação se insurgiu contra a manutenção do sistema presidencialista de inquirição, inexistindo qualquer impugnação da defesa, quer quanto à ordem de formulação das perguntas, quer quanto ao teor dos questionamentos feitos pela magistrada singular, o que impede a invalidação do ato, como requerido na impetração. 3. Habeas corpus não conhecido”. (STJ, HC 362022/PR, T-5, Relator Ministro Jorge Mussi, DJe 07.11.2016).

b) nulidade por ausência de apreciação de todas as teses defensivas suscitadas nas alegações finais, inobservância do disposto no art. 381 do Código de Processo Penal e ofensa aos princípios da ampla defesa e da necessidade de fundamentação das decisões judiciais:

Aduz o apelante que o sentenciante refutou tese de negativa de autoria, a qual não foi arguida em nenhum momento pela defesa, deixando de enfrentar o suscitado por esta, qual seja, ausência de materialidade, deixando de analisar todas as circunstâncias fáticas e jurídicas relevantes para o julgamento, nem as contradições levantadas pela defesa em sede de memoriais, ainda que de modo implícito, concluindo pela nulidade da sentença.

Também sem razão o apelante. Em suas Alegações Finais (fls. 190/210), o acusado buscou sua absolvição ao fundamento de “dúvida e falta de certeza” para a condenação, pleiteando pela aplicação do princípio **in dubio pro reo** e da presunção de inocência; asseverou, ainda, incoerência nos depoimentos das crianças, transcrevendo vários trechos a fim de, supostamente, demonstrar o alegado e, falta de prova da materialidade delitiva. Na sentença (fls. 212/246), a magistrada **a quo** registrou a presença da materialidade e da autoria delitivas e os fundamentos que a levaram à conclusão condenatória, impondo-se registrar que o fato da pretensão absolutória não ter sido acolhida, não enseja a nulidade aventada e, como afirmado pela própria defesa “o Magistrado não está obrigado a rebater cada argumento da defesa, sendo suficiente que exponha as razões de sua decisão de forma fundamentada”, como ocorreu no presente caso.

De igual forma, não vejo nenhuma nulidade na sentença, a qual atende todos os requisitos legais, nos termos do disposto no art. 381 do Código de Processo Penal e art. 93, inciso IX da Magna Carta, sem qualquer infringência ao princípio da ampla defesa.

c) Nulidade em face da condenação ter sido, supostamente, baseada exclusivamente em provas inquisitoriais.

O apelante argumenta, outrossim, que o feito é nulo porque a condenação teria sido fundamentada, exclusivamente, em provas inquisitoriais (relatório da escola e depoimentos) e que, embora tenha transportado alunos por mais de 08 anos, somente quando a diretoria da escola foi trocada é que os fatos criminosos lhe foram atribuídos, concluindo que “documento particular produzido pela diretora” não tem natureza de parecer técnico.

Pois bem. Em que pese as assertivas misturarem-se ao mérito da ação penal, consigno que, ao revés do aduzido pela defesa, a sentença não foi fundamentada exclusivamente na prova inquisitorial, aliás, pouco referida no édito condenatório e, ainda assim, confirmada pelos elementos colhidos em juízo, sob o crivo do contraditório e ampla defesa. No que se refere à assertiva de que a acusação se deu somente após a mudança da diretoria da escola, a afirmação

veio desacompanhada de qualquer prova da suposta perseguição da diretora, não havendo nos autos nenhum indício neste sentido, nem mesmo quando ouvido em juízo Mauro Luís alegou qualquer fato contra tal pessoa (nem mesmo ouvida nestes autos), somente afirmado que a acusação se deu em razão de “despreparo” daquela. Necessário, registrar que os fatos somente vieram à tona após a criança Sara ter deixado de utilizar o transporte do apelante, fato comunicado ao porteiro da escola e, posteriormente, à diretora que questionou o motivo, sendo as crianças e genitoras chamadas no estabelecimento, ocasião em que teriam contado os fatos, culminando com o registro de ocorrência policial pela genitora de uma delas e a presente ação penal.

Diante do exposto, afasto as preliminares arguidas e passo ao exame do mérito recursal.

No mérito:

* Quanto ao crime de estupro de vulnerável:

Requer o apelante a absolvição da imputação de estupro de vulnerável ao fundamento de insuficiência probatória, ausência de prova da materialidade e, conseqüentemente, da autoria delitiva, asseverando, em compêndio, que as declarações das supostas vítimas não ostentam coerência suficiente para a condenação, negando-se o toque em partes íntimas, que tenham ocorrido às escondidas ou para a satisfação da sua lascívia, havendo divergências e inconsistências nas declarações que abalam sua credibilidade.

Em extensa petição, assevera que existem contradições nos depoimentos prestados perante a autoridade policial e em juízo; aponta incongruências na denúncia quando se narra que os fatos ocorreram durante todo o ano de 2013 e que as saias das crianças eram levantadas, eis que o ocorrido foi apenas no auge da música da cantora Anita “Show das Poderosas”, quando houve a mudança da direção da escola e somente a saia de uma criança foi levantada, negando qualquer ameaça, coação ou toques em partes íntimas com cunho sexual ou às escondidas.

Após apontar supostas contradições e dúvidas nos depoimentos das vítimas judicial e extrajudicialmente, conclui que estes não podem ser utilizados no processo criminal; que há uma “falsa percepção da realidade dos menores” (que temiam ser castigadas e em razão de terem sido induzidas pela diretora da Escola Municipal Sonho Infantil) e que, somente após a denúncia na delegacia é que “as crianças começaram a crer em outra realidade que não as brincadeiras puras e sem malícia do apelante”, posto que seus gestos destinavam a segurar “as crianças para não caírem dentro da van”, sendo ele carinhoso com as crianças, “como todo educador deve ser”.

Seguindo em seu arrazoado, ressalta a importância dos relatos das testemunhas arroladas pela defesa, insistindo que o feito teve origem na “a intriga da Diretora da Escola Sonho Infantil com o apelante, que fez as mães o caluniar na delegacia”; concluindo pela inexistência de laudo pericial, por nenhuma outra prova “senão estes depoimentos cheios de contradição”, a dúvida e a falta de prova para condená-lo.

Por fim, alega atipicidade da conduta por falta de materialidade e, conseqüentemente, pugna por sua absolvição, com base no princípio **in dubio pro reo**.

Narra a exordial acusatória que:

“no decorrer do ano de 2013, durante os períodos matutino e vespertino, em diversas ruas da cidade de Goiás, especificamente no interior do veículo de transporte escolar, tipo Van, do qual é motorista, o denunciando Mauro Luis da Silva Marques, com o propósito deliberado de cometer crimes sexuais contra vulneráveis, por reiteradas vezes, praticou atos libidinosos com as crianças Ana Vitória de Pádua Godinho (07 anos de idade), Kayllane Alves de Andrade (09 anos de idade), Yasmim Botelho Santos (06 anos de idade) e Sara Cristina Santos Teixeira (07 anos de idade)”.

No que tange à materialidade, impende consignar que os atos imputados ao apelante não deixam vestígios (mandar dançar, colocar no colo, passar a mão, contemplar) razão pela qual não há nos autos qualquer exame neste tocante. Não obstante, tal fato não tem o condão de afastar a materialidade delitiva. Registro, ainda, que realmente, as vítimas poderiam ter sido submetidas à avaliação psicológica, todavia, não se trata de providência obrigatória e imprescindível à comprovação desta que, no caso em questão, encontra-se positivada pela prova oral produzida, em consonância com o Boletim de Ocorrência (fls. 07/10) e Certidões de Nascimento das vítimas (fls. 32, 35, 38, 41 e 40).

Quando ouvido perante a autoridade policial (fls. 45/46), o apelante Mauro Luís negou a prática dos fatos a ele atribuídos, embora tenha confirmado ter levando a saia de Sara em uma ocasião em razão de uma “brincadeira de sexo” e ter falado que levaria calcinha e sutiã para Guilherme porque ele estava batendo nas meninas:

“para realizar o transporte, o declarante dá para os alunos pirulitos, balas e como os estudantes são bastante inquietos, o declarante permite que eles dancem dentro do ônibus; que as meninas gostam de dançar a música 'Show das Poderosas', certa vez, e quando elas estavam dançando, em forma de brincadeira, o declarante fez uma piada da seguinte forma 'eu vou dar cinquenta centavos pra vocês dividirem entre vocês'... estava dirigindo quando ficou sabendo que os alunos estavam brincando de fazer sexo no fundo do ônibus, dentre os quais Sara, Guilherme e Ana Vitória; Que o declarante pediu que esses alunos se afastassem, visto que estavam deitados um sobre o outro, e nessa ocasião a aluna Sara estava vestindo uma saia, e o declarante com medo que essa aluna estivesse sem calcinha, pediu que ela levantasse a saia, e como ela não quis, o declarante levantou a saia da mesma e viu que ela estava de calcinha, e falou para que ela e os outros pararem com a brincadeira de sexo; que as estudantes Ana Vitória, Sara e Yasmin já comentaram com o declarante que elas tinham acesso a filme pornô no aparelho celular...não comentou com os pais dos alunos sobre esses assuntos, visto que não quis criar desgaste com os mesmos... devido ter um jeito extrovertido, faz brincadeiras com os estudantes; informa que nunca colocou as meninas em seu colo, e também nunca tocou no corpo das meninas, nem nas coxas, nem na região íntima e nem em nenhuma parte do corpo delas... Guilherme é um aluno custoso, e devido ele gostar de bater nas meninas dentro da van, o declarante já falou para ele 'se você não parar de bater nas meninas dentro da van, eu vou trazer calcinha e sutiã para você, porque quem bate em mulher é mulher”.

Em seu interrogatório judicial, (depoimento gravado em mídia audiovisual – fl. 162), Mauro Luís também negou a prática dos delitos, afirmando que a imputação foi um “*despreparo da diretora*”, não sabendo o porquê das crianças inventarem os fatos, tendo pedido a Sara que levantasse a saia em razão da brincadeira de sexo dentro da van e ter feito a brincadeira com Guilherme porque ele passava a cueca no rosto dos outros alunos:

“não é verdade; que a van era minha mesmo; que eu trabalhava só no colombino e a van muito pouco e fiz o financiamento e comprei a van e expandi para outras escolas; que acho que foi um despreparo da diretora; que são crianças e elas falam mesmo, que tinha mais de 22 alunos. Que tinha de manhã; que era o “Quilombino” era só eu que transportava lá; o Jardim; o Sonho Infantil; Aplicação... que eu falava pro Mikael deixar eles brincarem; que nunca tive som no meu carro; que eles cantavam; que compravam cd e mostravam um pro outro; que eles cantavam e dançavam na época da novela; que quando pegava eu chamava atenção; que pedi pra levantar a saia com a Sara, pois eles estavam brincando de fazer sexo lá atrás; que uma menina estava de short e a menina que mora lá perto de casa de saia e eu falei pra ela ergue a saia porque não sabia se ela estava sem calcinha e não podia brincar de sexo; que ela ergueu e eu falei; que não tolerava brincar com isso; que falei que ia contar pra a mãe e assim fiz; que jamais ofendi uma criança, podia ser 'neguim', gordinho; que a diferença era que as crianças menores eu colocava na frente e o Mikael olhava pra mim; que com criança eu não discutia; que eu falava que não pode, se não falava para os pais; que eu falava que xingar não pode; que a balinha eu comprova e deixava lá; que nunca prometi moeda não; que eu saiba nenhuma mãe tinha nada contra mim não; que nunca via mágoa; que quando os meninos estavam doente eu falava que não adiantava levar que ia ter que buscar; que não tenho noção porque as crianças criaram isso; que nunca prometi moeda pra alguém; que a Sara, o Mateus, o Guilherme e a Ana Vitória; que não contei isso pra mãe da Sara... que não falei com as mães das meninas; que ela que levantou a saia; que a Sara ficou mais depois; que contei pra mãe do Mateus e o pai do Ronan; que eram muitos estavam na brincadeira; que não mandava beijo pra eles e não dava beijos neles. Que acho que foi um despreparo da Diretora; que podia ter perguntado o porquê, como; que jamais passava as mãos nas pernas das meninas porque eu estava dirigindo; que cada um podia brincar perto do seu banco... que os meninos cantavam por livre e espontânea vontade; que não batia os horários para contar para a mãe de Sara; que fiz a brincadeira da cueca, pois todas terça e sexta-feira eles levavam a cueca para tomar banho de mangueira; que o Guilherme passava a cueca na cara dos outros e fiz a brincadeira de que traria uma cueca rosa pra ele colocar na cabeça; que ninguém jamais falou nada; que ele não chorava; que ninguém falou nada... nunca passei mão suja na roupa delas”. A negativa do apelante não encontra respaldo no conjunto probatório produzido.

A vítima Ana Vitória de Pádua Godim, de 09 anos de idade (depoimento gravado em mídia audiovisual – fl. 162), contou detalhadamente tudo o que ocorria no interior da van,

afirmando que Mauro Luís chamava as meninas para dançar, prometia moeda e balinha, passava a mão na cintura e proferia xingamentos, além de ter levantado a saia da Sara:

“que foi quando eu comecei a estudar no Sonho Infantil; que passou um tempo e ele ficava chamando a gente pra dançar, chamava as meninas tudo e o Guilherme Andrade e ele dava moeda e balinha ou pirulito; que ele chamava a gente e ficava passando a mão na cintura e xingava a gente de 'galinha' e os meninos de 'cachorro', dentro da van; que tinha uma menina que batia na gente, mas não sei o nome e estudava no Aplicação; que tocava música da Anita na van; que ele chamava e a gente ficava no corredor da van para ganhar pirulito e ele não dava; que a gente dançava; que era a primeira música que ela lançou; que eu dançava, eu, Sara, Guilherme Andrade, Yasmim, a menina maior que não sabe o nome dela; que tinha mais gente na van; que o Mauro danava com o Lucas que ficava no fundo da van; que os meninos batiam na gente; que todo dia acontecia isso; que eu ficava com medo de contar pra minha mãe, porque eu pensava que ia me bater; que um dia eu tomei coragem, a escola ligou pra minha mãe, minha mãe foi na escola e eu contei tudo pra minha mãe; que depois o Guilherme e a Sara contaram; que dois dias ele parou por causa da gasolina; que ele deixou a gente perto de um bêbado para buscar gasolina e o Guilherme Andrade fechou a van; o Mauro dirigia a van; que ele ficava andando mas devagar pra gente dançar e ele dirigindo; que ele passava a mão na cintura da gente; que ele dirigia com uma mão e a outra passava a mão na gente; que a gente dançava perto de onde ele dirigia, não tinha divisão; que fiquei dois anos na van; isso só aconteceu quando fui estudar no Sonho Infantil; que era todo dia que acontecia; que chamava o menino de cachorro; que era só ele e o Mikael que ficava fazendo companhia; que Mikael é adolescente, não é filho dele; que o pai dele é amigo do Mauro; que a amiga dele batia na gente; ela mora perto da rua Araguay; que ela dava tapa na orelha da gente... hoje a mãe que leva e busca na escola... que ninguém achava normal porque um homem vai chamar pra dançar?; que o Guilherme Andrade contou e depois eu e depois a Sara; que eu contei pra minha mãe e a escola pediu para eu falar tudo e eu falei; que tinha meninos do Sonho Infantil, Aplicação e Jardim; que o Mikael ajudava o Mauro a dar água e ele não batia na gente, não dançava... que Mauro pediu pra Sara levantar a roupa; que não sei porque ele fez isso; que ela estava só sentada no banco conversando com uma menina; que ela ergueu a saia quando ele pediu; que eu vi foi a única vez de levantar a roupa... eu tinha medo dele também... que a música era o Show das Poderosas; que um dia ele falou que era pra ela e pras meninas ir de saia, roupa curta; o som já estava lá, tipo um som de carro, colocava um pen drive vermelho; que a música era repetida todos os dias, um dia pediu outro dia não pedia pra dançar, só pedia quando tinha balinha ou dinheiro; que ele prometia mas não dava as balinhas; via que ele tinha e levava as balinhas e deixava lá; que tinha pirulito as vezes; que ele não ameaçou de fazer algo se alguém contasse, que bronca ele não deu... que uma pessoa de fora já viu a gente dançar mas não sei o nome; que eles só olhavam e iam andando; que ele ficava pegando na gente e falava pra gente ir pro fundo, que ele

chamava qualquer menina, tocava e mandava ir pro fundo; que não fazia fila pra isso; que a gente ficava dançando só; que a gente estava perto, em frente o corredor... que ele pegava no bumbum, na frente e ficava passando a mão assim (gesticulando na região da cintura); que as meninas ele passava a mão, nos meninos não; que eu tinha medo de contar pra minha mãe, dela me bater; que ela me protegeu e me ajudou; no começo a gente gostava dele e que passou um tempo e ele foi e a gente não gostou dele mais; que ele era legal antes; que suas notas melhoraram bastante depois e ficava angustiada nessa época; que estudava a tarde... contou pra sua mãe e na escola, pra diretora, e ela contou pra sua mãe; que chamava ele de tio Mauro; que ele não a sentou no colo dele, só fiquei em pé do lado dele; que quando passava as mãos na parte íntima, ele não passou a mão por debaixo da roupa; que eu ia de uniforme, azul, era uma bermuda saia; que não sentia dor quando ele pegava em sua parte íntima... que agora gosta de estudar, na época não gostava, que quando eu entrava na van eu chorava as vezes; que não sei se a Sara estava brincando com o colega de fazer sexo, pois estava no banco da frente, no dia que o Mauro pediu para ela levantar a saia, chamou Sara e ela ergueu a saia; o Ronan contou que estava brincando de fazer sexo, a Sara estava no meio, ai Mauro chamou a Sara; a música Show das Poderosas era o Mauro que colocava, elas só dançavam; não tinha porta que separava os alunos de Mauro, era aberto, reconheceu a fotografia da van, apontando que ficava no corredor dançando e ele dirigindo, o saco de balinha ficava fechado, um dia Mikael repartiu pirulito... Mauro mandava parar de fazer bagunça, Mauro nunca falou nada com os pais do que acontecia na van; no dia que Mauro pediu para a Sara erguer a calcinha ela estava de calcinha”.

A vítima Yasmim Botelho Santos, de 06 anos de idade, mostrou-se bastante tímida, mas também narrou detalhes do que ocorria dentro da van (depoimento gravado em mídia audiovisual – fl. 162):

“que eu colega da Ana Vitória, no Sonho Infantil; que ia para a escolinha de van com o Mauro; que ia eu, o Guilherme, a Sara, Mateus Henrique que eu conhecia; que eu gostava do Mauro, que era mais ou menos tranquilo porque ele começou a pegar numas meninas lá, na Ana Vitória e Sara; começou a passar a mão nelas, abraçar elas, que um, dia ele levantou a saia da Sara; não sabe porque; que eu só vi ela contando; que eu vi ele passando a mão nas coxas das meninas; que ele dirigia com uma mão e passava nas meninas com as outras e abraçava elas e mandava elas dançar; mandava dançar música sertaneja, essas coisas, eu não dançava, só ficava vendo, ele nunca passou a mão em mim, que eu nunca sentei no colo não, mas as meninas sentavam, acho que a Ana Vitória e a Sara que sentou no colo dele; que ele xingava o Guilherme de 'cachorro' e 'burro'; que o Guilherme fazia mais ou menos bagunça; que a gente brincava no ônibus, de cobra cega, de pique esconde; que o Guilherme era um pouco maior que a gente; que ele chamava as meninas também de burro; que não tinha separação, era tudo misturado; que o Mauro não falava pras meninas sentarem na frente; que ele falava 'tchau bem' pros meninos e pras meninas; que ele nunca me colocou no colo dele nem

quando a van estava parada; que ele chamava as meninas para dançarem; ele chamava elas pra dançar lá na frente; que eu fiquei lá uns três meses indo de van, tem que perguntar pra minha mãe; que não era todo dia que tinha dança; ele oferecia balinha; se as meninas dançassem ele ia dar dinheiro, balinhas, pirulito, nunca viu dando, só viu ele falando, comigo ela não fazia nada; que ninguém nunca pediu pra eu dizer que ele passava a mão nela e colocava no colo; que não contei pra minha mãe os acontecimentos; que foi na escola que contou, pois chamou as meninas e uns meninos e a escola ficou contra ele e chamou minha mãe, mas que não aconteceu nada comigo; que fui na delegacia, falei com o delegado, mas não lembro o que contei pra ele... que minha mãe me leva hoje pra escola e o pai ou irmão me busca... que um dia ele falou pra menina 'beijo bem'; que ele falava 'tchau bem', tipo como se tivesse falando com a mulher dele; que ele nunca passou a mão em mim e nem me sentou no colo dele; que já vi outra menina sentar no colo dele; que ele dirigindo e ela sentava no colo dele; que ela dançava do lado dele eu acho... que passava música da Anita de ajoelhar até o chão, 'esses trem assim' e elas dançavam até o chão; que não lembro se ele pedia; que não contei pra minha mãe; que eu não tinha percebido nada, não tinha achado nada estranho; que achava o comportamento do Mauro normal; que a diretora reuniu nós, as meninas, a Sara, a Ana Vitória, eu e o Guilherme; que chamou a gente e a gente começou a chorar; que ela falou pra gente contar o que acontecia, 'aí nós conto'; chorei porque eu fiquei com medo de acontecer alguma coisa; que tinha medo mais ou menos dele; chamava de tio Mauro e depois que aconteceu isso, não chamava ela mais de tio Mauro, só de Mauro... assim como as outras meninas; que nunca vi o Mauro beijar ninguém na van... ele andava em velocidade normal, mas sempre abraçando as meninas, que as vezes ele ficava com uma mão no volante e a outra passava a mão nelas e as vezes não passava a mão nelas; que minha mãe pediu pra eu falar o que acontecia e eu falei que não acontecia nada comigo; que eu sentava na frente porque minha mãe pedia por causa dos meninos que faziam bagunça; que eu falava 'aham', mas eu sentava na terceira cadeira; que a Ana Vitória e a Sara sentavam na segunda ou na primeira; que as vezes o Guilherme era bagunceiro; que nós brincávamos todo dia; que a gente gritava; que as vezes ele falava pra falar mais baixo; que depois paramos de gritar; que era uns 10 alunos ou mais; que tinha bancos que ficavam vazios; que ele não pedia pras meninas sentar na frente e nem os meninos pra sentarem atrás; que a van tinha som; que as vezes o som funcionava e as vezes não; que não lembro do fato dos meninos brincar de fazer sexo no fundo da van; que Mikael é amigo do meu irmão e ele é bonzinho”.

Do mesmo modo, as declarações da vítima Kayllane Alves de Andrade, de 11 anos de idade (depoimento gravado em mídia audiovisual – fl. 162):

“que elas estudavam a tarde e eu estudava cedo; que a Sara e o Guilherme não estudavam comigo; que eu ia na van do Mauro; que eu era de turma diferente; que já teve problema; que quando ele dirigia, ele colocava a mão no volante e uma na cintura

das meninas; que ele não colocava a mão em mim; que ele mandava beijo pra mim; que não conheço elas; que ele nunca pegou na minha cintura; que ele não colocou a mão em mim; que eu não dançava; que eu fui na Delegacia; que eu falei a mesma coisas que falei pra você; que passava a mão da cintura e na coxa; que acontecia sempre; que algumas vezes as meninas sentavam na frente e os meninos atrás; que ele passava a mão nas minhas coxas como se tivesse fazendo carinho; que acho que aconteceu mais de uma vez; que falei pra minha mãe; que ela achou ruim; que sai da van; que eu tinha mais ou menos medo dela; que demorei falar pra ela; que saí da van. Que estou mais ou menos com vergonha... que gente na escola ficou sabendo; que minha mãe não foi na escola só na Delegacia; que ela sabia das meninas da tarde, que o Guilherme é meu primo e ele ia de tarde; que o Guilherme disse que ele xingava de bobão; que eu falei pra minha mãe que não queria ir mais com o Mauro; que não lembro direito; que ele pedia pra colocar a música e quem dançasse ia ganhar dinheiro e balinha no outro dia; que eu acho que não cheguei a dançar; que ele pediu beijo pra mim; que ele falou me dá um beijinho; que quando eu saia da van; que a van sempre em movimento pras meninas dançarem; que não tinha nada que separava ele dos alunos; que ele chamava lá na frente; que quando a gente ia fala algo pra ele e ele passava a mão nas pernas, na coxa e na cintura; que ele pedia quando eu saia da van; que já vi ele pedindo pra outras meninas; que minha tia tomou providência, que é mãe do Guilherme; que ele ia de tarde; que só eu ia de manhã. Que eu estou no Aplicação e vou com colegas; que não lembro a música que tocava; que as pessoas da rua não escutava essa música; que as meninas contavam também; que fazia brincadeiras; que tinha criança mais custosa e ele chamava a atenção; que com xingamentos. Que primo falou de bobão. Que ele (Mauro) era diferente; que não sentia confiança nele (Mauro); que tinha dia que sentava na frente as vezes atrás; que quando ele me pegava era vazio e depois pegava o resto; que acontecia quando eu voltava pra casa; que outras pessoas viram... que as meninas que ele passava a mão era menor; que a van eu não lembro se tinha som; que não conheço nenhuma delas”.

A criança Sara Cristina Santos Teixeira, com 09 anos de idade, de igual forma, narrou detalhes do ocorrido na van (depoimento gravado em mídia audiovisual – fl. 162):

“que eu estudo no Sonho Infantil; que ia para a escola no transporte do Mauro; que não vou mais com ele; que lembro que tinha o Guilherme; que tinha a Ana Vitória e a Yasmim que iam na van; que tinha um menino e uma menina do Aplicação; que era adolescente; que o menino batia na cara, no braço, da gente se não sentasse direito; que o Mauro pedia pra dar um jeito na gente e se não sentasse do jeito que eles queriam batia na cara; que era Laysa e Mikael; que ele mandava sentar reto e se não ele metia cotovelada; que não contava pra ninguém e não tinha choro e ficava todo mundo calado; que Mikael me empurrou; que fazia bagunça, ficava de pé, brincando; que jogava cartinha; que não brincava de pique esconde; que o Mauro colocava a gente pra dançar; que ele mandava a gente dançar e ir na frente cantar e dançar; que ele falava que ia dar balinha e nunca

dava, sempre dizia que era amanhã; que ele só prometia balinha; que dançava a música da Anina, Show das Poderosas, que dançava na frente; que não tinha divisão de menino a frente e atrás; que dançava com a van andando; que era a última a ser deixada em casa; que já vi ele passando a mão no corpo em algumas meninas; que não conhecia direito essas meninas; que era as mais velhas adolescentes... que ele falava só pra dançar e não pra enrolar a blusa; que não lembro de enrolar a blusa; que dancei muitas vezes; que era no primeiro banco atrás da cadeira dele; que ele não segurava na minha cintura; que era a música da Anita; que não tinha nada que tocava; que era um som velho; que tinha uns forrozinhos e era baixinho; que não lembro se o Guilherme dançava; que nunca vi o Mauro pegar nelas, passar a mão nelas; que não lembro de passar a mão; que no colo eu já vi e ele dirigindo, pedia pra sentar no colo dele; que eu sentava no colo dele; que eu não lembro se ele apertou minha vagina; que eu não lembro se falei isso na delegacia; que sentar no colo dele eu lembro; que já teve vez que ele mandou ela dançar a música do Show das Poderosas e falou que não queria, e ele falou que não ia dar dinheiro; que eu não queria, né, todo dia; que eu não contei pra minha mãe; tomei coragem quando ele ergueu minha saia; que ele mandou pra eu dançar a música do Show das Poderosas e eu não queria que ele falou que não ia dar dinheiro pra mim; que depois ele ergueu minha saia e falou que minha calcinha era tão bonita, rosinha, e ele ergueu minha saia; que eu cheguei em casa e contei pra minha mãe; nesse dia que ele ergueu minha saia o Guilherme e um menino eu só vi a cabeça dele erguendo; que eu perguntei o que eles estavam fazendo e ele falou que não podia falar; que no dia que ele levantou minha saia eu estava sozinha; que não estava junto; que eu não ia contar pra minha mãe mas ele me incomodava toda hora e decidi contar pra ela; que eu tinha vergonha e medo de contar pra minha mãe... que não teve reunião na minha escola... que eu ia de saia que ele ergueu e gostava de ir de saia; que eu ia mais com a saia... Mauro levantou a minha saia, sem pedir e sem falar nada; que nesse dia que ele levantou minha saia estava só eu e ele... que via a Yasmim sentando no colo dele; que eu vi isso”.

Assim também as declarações de Guilherme Andrade de Brito (depoimento gravado em mídia audiovisual – fl. 162), de 07 anos de idade:

“Estudo no Sonho Infantil; nesse período não era tranquilo, teve problema; ele ficava passando a mão na perna das meninas e xingava a gente de cachorro, galinha; galinha é um animal; ele passava as mãos nas pernas das meninas, já viu ela passar as mãos nas pernas da Sara, Ana Vitória e na sua irmã mais nova, Marina; ele mandava nós dançar; música de funk, ele falava que ia dar moeda, balinha; a gente cantava; às vezes tinha música; tocava a música 'prepara', essas músicas de funk; ele punha eu pra dançar; ele punha nós pra dançar lá na frente; eu não sei por quê; as meninas sentavam na frente e os meninos atrás; nós brincávamos de bater cartinha e mexer no celular; quando a gente estava dançando ele continuava andando; ele passava a mão nas pernas das meninas quando elas iam conversar com ele; ele chamava as meninas... que foi na delegacia e falei para o Delegado que a Ana Vitória ficava no colo dele; ele pegava elas

e sentava no colo e ele ficava passando a mão nas pernas assim dela, pegava assim e sentava no colo e ia falando trem para elas; que foi muitas vezes que aconteceu; que nunca viu ele abraçar ou beijar as meninas; ele já colocou outras meninas, a minha irmã também; que ela contou para a minha mãe; que teve reunião na escola, foi minha mãe e meu pai lá; hoje eu vou como o Jairo, na van do Jairo é tranquilo, é diferente; que ele não deixava a gente ir na frente”.

A genitora da vítima Yasmim, Flávia Jesus Botelho dos Santos (depoimento gravado em mídia audiovisual - fl. 162), contou ter percebido depois de um tempo que sua filha não chamava mais o Mauro Luís de tio e não queria se sentar na frente na van, somente tomando conhecimento do que ocorria dentro do transporte escolar quando foi chamada na escola:

“Eu conheci o Mauro através da escola Quilombinho; notei que a Yasmin não chamava ele mais de tio Mauro, ela não queria mais sentar na frente; teve um dia que a diretora me ligou, cheguei lá tinha duas mães já com a diretora reunida, pegou e me passou o que estava acontecendo; nesse dia ela levou nós três para a Delegacia, foi direto para a Delegacia; ela falou que elas ficaram sabendo que a Sara tinha saído da van e o porteiro perguntou por quê; a mãe da Sara não queria mais o serviço do Mauro; o porteiro ficou meio encucado e falou para a Diretora, a Sara contou para a diretora o que houve, chamou a Yasmin e ela contou; a Yasmin contou para mim que ele abraçava as meninas, que as vezes ele sujava as mãos e pedia para limpar nas meninas, nada assim, intencionalmente; com ela mesmo ela disse que não tinha acontecido nada; mais com essas duas meninas; pedia para dançar música lá dentro; ela não chegou a me falar que ele passava a mão no corpo das meninas, nenhuma mãe chegou em mim e falou nada não; fiquei sabendo na escola; só fui lá porque a Graça pediu para ir porque a Yasmin tinha visto; a Yasmin falou que ela tinha que dançar para ganhar dinheiro ...confirma que disse que Yasmin tinha pego nas coxas dela e da Ana Vitória e com frequência falava para ela dançar a música “Show das Poderosas”; ela falou que foi parado; teve um episódio que foi na porta do Aplicação, esperando um aluno; eu não lembro se foi esse dia; essa música estava no auge; eu acredito que a Yasmin não dançava; eu acho que essa música não tocava lá dentro; ela não me falou quem dançava essa música lá; Mauro disse para a Yasmin dar um beijo na boca dele; a Vitória empurrou a Yasmin para ela beijar Mauro, hoje mesmo ela me disse isso; ela não narrou se ele pegava ou passava as mãos nas coxas dela; tipo estava limpando a mão, tipo a mão tá suja e ficava limpando na calça; o Mauro foi na minha casa ... ele tinha esse comportamento com as alunas mais encorpadas; ela falava que às vezes ele estava com as mãos sujas e passava intencionalmente, pedia para elas dançar, abraçava; isso que ela falava... a Yasmin falava que as meninas dançavam mais na frente; a van não tinha som, que eu lembre não” .

Igualmente as declarações de Luciene Aparecida de Oliveira Santos Teixeira, mãe da menor Sara (depoimento gravado em mídia audiovisual – fl. 162):

“que uns meses antes de terminar o fim do ano a Sara não queria ir mais de van; que eu falei pra ela ficar mais, só até acabar o ano; que passou um mês e chegou lá em casa que aconteceu uma coisa estranha; que ela falou que o tio Mauro ergueu a saia; que eu fiquei nervosa; que eu sentei ela e ele me contou que ele dirigia com uma mão e ergueu com a outra; que perguntei mais e ela falou que a calcinha dela era muito bonita; que eu deixei quieto e não dei conta de conversar sobre isso; que o pai dela chegou e eu contei pra ele e nós conversamos com ela; que ela não foi mais de van; que avisei o porteiro da escola; que no outro dia ela soltou o que tinha acontecido; que a diretora ficou sabendo e me chamou lá; que eu falei que não sabia o que fazer que falei que ia deixar quieto; que elas falaram pra eu não deixar quieto e tinha mais gente envolvida; que juntou todo mundo e fomos depor na delegacia; que conversei com ela depois de dois dias e ela falou que ele ergueu a saia e falou que a calcinha era bonita e manda a gente dançar e dava pirulito; que ela falou que não aconteceu nada mais que isso; que ela disse que ele abraçou ela e ergueu a saia; que ela falou que elas erguiam a blusa e pedia pra elas dançarem; que várias crianças dançavam; que não conheço os outros pais; que nunca mais falei com ele e a gente é vizinho”.

Similarmente foram as declarações da genitora da menor Ana Vitória, Lara Botelho Godinho dos Santos (depoimento gravado em mídia audiovisual – fl. 162):

“que eu soube através da escola; que disseram pra eu descer na escola e desci e lá já estavam com as crianças e elas falavam a forma que tinha ocorrido; que ele apalpava e colocava pra dançar; que a Ana Vitoria falou que apalpava ela; que abraçava passava por cima da roupa; que colocava pra dançar; que era a música show das poderosas; que falava palavras com os meninos; que acho que cachorro e galinha; que ela no fim ficava com medo e sentava no fundo; que ele dirigia e passava a mão; que acho que era no som e eles cantando; que até então não tinha contato pra mim; que começou com os fatos no Sonho Infantil; que passava a mão pro fora; que abraçava e passava a mão; que ela falou que era assim... que ela falou que prometia dar moedas mas nunca dava, só pirulito; que ela nunca chegou com dinheiro em casa; que foi muito rápido que chegamos no colégio e já fomos na delegacia... que as notas dela estava péssimas; que minha amiga que foi conversando com ela; que ela já tem uma coisa porque é gordinha; que depois ela melhorou bastante; que perguntei pra ela e ela chorava e tremia e depois não falou quantas vezes aconteceu; que tinha mais de ano que ia com ela; que notava que ela não queria ir pra escola; que ela gostava de estudar e depois não queria ir pra aula e chorava e depois melhorou o rendimento... que la não contou que sentou no colo dele.. que ela sentava na frente”.

A mãe de Kayllane, Marcileide Aparecida Alves de Andrade (depoimento gravado em mídia audiovisual – fl. 162) asseverou que:

“que a minha menina (Kayllane) ia com ele e depois não quis ir mais com ele; que ela não me falava nada; que um dia os professores chamou a gente lá e tinha acontecido uma situação que ele mexia com uma meninas e levantando a saia; que ele mandava

beijo pra Kayllane; e falava que era namorado; que ai fomos na delegacia e elas contaram que pegava na cintura; que ela falou que ele só mandava beijo, e falava que era namorado dele; que eu perguntei pra ela e ela não contou pra mim; que ela falou que via as outras dançando mas ela não; que não sei quem dançava; que ela não me contava direito, parecia que tinha medo, vergonha; ai ela contava pela metade; que quando ela sentava na frente ele passava a mão nas pernas dela; que ela sentava no fundo; que ate então ela não quis ir mais na van; que não conversei com ele; que depois meu irmão começou a levar ela”.

A testemunha Cristiane Gonçalves Noronha depôs sobre a conduta social de Mauro Luís, confirmando que seu filho era transportado na van, nunca falou nada contra ele e que, sempre que ocorria alguma coisa errada ele a comunicava, sabendo de um episódio que os meninos brincavam de fazer sexo dentro do ônibus, razão pela qual ele disse ter pedido para Sara levantar a saia, a fim de ver se estava de calcinha (depoimento gravado em mídia audiovisual – fl. 162).

O adolescente Mikael Vieira Damaceno (depoimento gravado em mídia audiovisual – fl. 162), declarou ter sido transportado por Mauro Luís durante uns 07 anos e nunca ter percebido nada de errado, ajudando-o a manter as crianças quietas dentro do veículo, acrescentando não acreditar na veracidade da imputação a ele atribuída.

De igual forma, foram as declarações de Genildo Damaceno dos Santos, pai do adolescente Mikael e Ronaldo Gonçalves Noronha (depoimentos gravados em mídia audiovisual – fl. 162).

Por fim, a testemunha Romilda Maria de Araújo Camargo (depoimento gravado em mídia audiovisual – fl. 162), diretora e professora na escola “Asas de Liberdade”, confirmou conhecer o apelante há 06 anos e ter tomado conhecimento dos fatos narrados nos presentes autos, quando chamou as mães das crianças por ele transportadas naquela escola e comunicou o ocorrido, depondo sobre sua conduta social.

Do conjunto probatório produzido, entendo ser inviável atender a pretensão absolutória do apelante. Como visto, todas as crianças contaram a mesma versão em juízo, ou seja, que Mauro Luís mandava dançar a música “Show das Poderosas”, aproveitava a ocasião e passava uma das mãos no corpo delas, enquanto dirigia com a outra, prometia balinha e dinheiro, levantou a saia de uma menor, bem como as colocava no colo e pedia beijo.

Assim, ao revés do aduzido pelo apelante, a prova produzida é suficiente para sustentar um decreto condenatório. Como visto, a prova da materialidade e autoria delitivas ressaem das declarações das vítimas e testemunhas ouvidas em juízo.

No que concerne às alegadas incoerências e “contradições” nos depoimentos das crianças, justificável que tal ocorra, quer em razão da tenra idade destas, quer diante da vergonha e do medo as quais demonstraram ter, tanto do apelante, como dos pais ou, ainda, por terem que contar repetidas vezes para pessoas desconhecidas, os constrangimentos sofridos, perante a autoridade policial e em juízo. Ademais, ao contrário do afirmado por Mauro Luís, mesmo que divergentes em alguns pontos, todas foram uníssonas em confirmar a imputação inicial.

Registro que o interior de uma van de transporte escolar não pode ser tido como lugar público, aberto ao público ou exposto ao público como anseia o apelante. Lugar público é aquele acessível a todos a qualquer momento (ruas, praças). Já lugar aberto ao público é o local público por destino, frequentado por qualquer pessoa cumpridas certas condições (como teatros, cinemas, hotéis) e o exposto ao público (ou lugar público por acidente) é o lugar privado que, eventual ou temporariamente, é franqueado ao público. Ora, o interior de uma van de transporte escolar é “frequentada” tão somente pelas crianças as quais contratam tal serviço, restrito a estas, podendo o proprietário do transporte “escolher” quem vai transportar. Logo, não é lugar público, aberto ao público ou público por acidente.

De igual forma, não se pode afirmar que os atos atribuídos ao apelante não tenham intuito de satisfação de sua lascívia. Determinar que as crianças dançassem a música em questão, notoriamente sensual, passar a mão na cintura, coxa e pernas, abraçar, colocar no colo e pedir beijos são atos que visam a satisfação sexual.

No que tange às supostas incongruências das denúncias, tais deveriam ter sido arguidas em momento oportuno, sob pena de preclusão. Consigno, entretanto, que a denúncia apenas aponta o período em que tais fatos ocorreram, ou seja, no decorrer do ano de 2013, e não durante todo o ano conforme alega o apelante em suas razões recursais, narrando de forma global os atos perpetrados, quais seja, abraçar, levantar a roupa e apalpar as partes íntimas. Registre-se, além disso, que razão assiste ao apelante quanto à inexistência de ameaça ou coação. Todavia, tratando-se de crianças, a violência é presumida, máxime quando as crianças disseram ter medo de Mauro Luís, chegando Ana Vitória a chorar para não ir na van conduzida por ele.

Ademais, ao contrário do afirmado por Mauro Luís ele não reportou à genitora de Sara ou de qualquer outra vítima dos autos, o suposto episódio de “brincadeira de sexo” no veículo, a justificar o fato de ter levantado a saia da menor.

Também assiste razão ao apelante que os depoimentos extrajudiciais não podem ser usados isoladamente para condená-lo. Todavia, conforme já explicitado quando da preliminar arguida, não foi o que ocorreu no caso dos autos.

Por outro lado, não há nenhuma prova que as crianças tenham sido “induzidas pela diretora da escola”. Ao contrário, questionadas, as vítimas disseram que ninguém as orientou para contar qualquer coisa, apenas que falassem o que ocorria no transporte escolar. Nem tampouco há provas de que “começaram a crer em outra realidade”, eis que, conforme visto, mesmo antes de contarem o ocorrido, já demonstravam que não queriam ir no transporte do apelante, tendo Sara tido uma piora no rendimento escolar (conforme aduzido por sua genitora e por ela mesma em juízo).

Além disso, os atos perpetrados pelo apelante em nenhum momento qualificam-no como “um homem carinhoso”, “como todo educador deve ser” ou demonstram que se tratassem de “brincadeiras puras e sem malícia”, consoante aduz Mauro Luís em suas razões recursais, não havendo nenhuma prova de que os toques nas vítimas tivessem o intuito de segurá-las para não caírem dentro da van.

No que tange aos relatos das testemunhas de defesa, as quais afirmam terem sido transportadas por ele ou seus filhos, sem que nada houvesse ocorrido durante esse período, o fato é que não estavam presentes no momento em que tais ocorriam com as vítimas dos presentes autos e, como afirmado por elas mesmas, embora fosse constantes os constrangimentos, eles não ocorreram desde o início, mas depois de um tempo, e “tinha dia que não aconteciam”.

Não obstante todo o exposto, o delito de estupro de vulnerável é o mais graves dos crimes contra a liberdade sexual, dado ser praticado contra pessoas incapazes de externar seu consentimento racional e seguro de forma plena em relação à sexualidade, diante do estado natural de impossibilidade de compreensão da seriedade dos atos perpetrados.

No caso dos autos, como visto, comprovada a materialidade e a autoria delitivas, não havendo de se falar em atipicidade da conduta a ensejar a absolvição pretendida, possuindo a palavra da vítima especial relevância.

Neste sentido:

“A palavra da vítima reveste-se de fundamental importância nos crimes sexuais, desde que se mostrem consistentes, seguras e harmoniosas com os demais elementos do conjunto probatório, de modo que estando isolada, inculcando dúvidas em relação a um dos fatos imputados na denúncia, a absolvição é medida que se impõe, prevalecendo, contudo, o desfecho condenatório, quanto à conduta que ocasionou a prisão em flagrante do agente e que tenha sido satisfatoriamente comprovada nos autos, contando, inclusive, com a confissão espontânea”. (TJ/GO, 1ª Câmara Criminal, DJ 2028 de 16.05.2016, Relatora Drª. Lilia Monica C. B. Escher)

“Nos crimes contra a liberdade sexual, geralmente praticados na clandestinidade, a palavra da vítima reveste-se de valor probatório revelante, máxime quando coerente com os demais elementos colhidos durante a instrução processual, como é o caso dos autos”. (TJ/GO, 2ª Câmara Criminal, DJ 2356 de 26.09.2017, Relator Desembargador João Waldeck Felix de Sousa).

Entretanto, entendo que os atos perpetrados por Mauro Luís (passar a mão na cintura, coxa e pernas, abraçar, levantar a saia, colocar no colo e pedir beijos), em obediência aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, não se adéquam ao delito de estupro de vulnerável, não se tratando de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, como exigido no tipo penal em questão, impondo-se a desclassificação do crime de estupro de vulnerável para aquela prevista no art. 232 do Estatuto da Criança e do Adolescente – Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou a constrangimento.

Registre-se ser inviável atender ao pedido de desclassificação para a contravenção descrita no art. 61 do Decreto-Lei nº 3.688/41 (importunação ofensiva ao pudor) ou para o crime tipificado no art. 233 do Código Penal (ato obsceno), posto que, como já explicitado, o interior de uma van não pode ser tido como lugar público, aberto ou exposto ao público, necessários à configuração dos tipos citados.

Também não há que se falar que a conduta perpetrada caracterize tão somente constrangimento ilegal (art. 146 do Código Penal) ou para a contravenção prevista no art. 65 do Decreto-Lei nº 3.688/41, eis que o constrangimento visava a satisfação da lascívia do apelante.

Assim, diante da narrativa contida nos autos, comprovada a materialidade e a autoria delitivas dou parcial provimento ao apelo para desclassificar a conduta de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal) para aquela tipificada no art. 232 do Estatuto da Criança e do Adolescente, eis ter restado demonstrado que Mauro Luís submeteu, por reiteradas vezes, as crianças Ana Vitória de Pádua Goidinho (07 anos de idade), Kayllane Alves de Andrade (09 anos de idade), Yasmim Botelho Santos (06 anos de idade) e Sara Cristina Santos Teixeira (07 anos de idade), que estavam sob sua autoridade, a vexame e constrangimento.

Insta citar:

“Incabível o acolhimento do pleito absolutório, uma vez que a autoria e a materialidade delitivas ficaram satisfatoriamente comprovadas pelas declarações da vítima, corroboradas pelos demais elementos de prova contidos nos autos. 2. Os atos desrespeitosos e reprováveis de toque em partes íntimas por sobre a roupa da vítima, ainda que configurem abuso sexual, não se enquadram na conduta do estupro de vulnerável, porquanto não caracterizada, indubitavelmente, o apelo lascivo, razão pela qual, configuradas as práticas ilícitas, impõe-se a desclassificação para o crime de constrangimento ilegal do art. 146 do CP”. (TJ/GO, 1ª Câmara Criminal, DJ 2457 de 01.03.2018, Relator Desembargador J. Paganucci Jr).

“A prova jurisdicional demonstra que o toque feito pelo réu não se subsume ao tipo de estupro de vulnerável, mas sim ao de submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou a constrangimento (ECA, art. 232)” (TJ/GO, 2ª Câmara Criminal, DJ 2026 de 12.05.2016, Relator Dr. Jairo Ferreira Júnior).

Registro, por fim que, operada a desclassificação, prejudicado o pedido de reconhecimento do delito de estupro em sua forma tentada como pedido pelo apelante.

* Do crime previsto no art. 323 do ECA:

Requer, ainda, o apelante sua absolvição em relação ao crime tipificado no art. 232 do ECA, aduzindo que tudo não passava de uma brincadeira com Guilherme, “criança custosa”, com o fim de fazer cessar as agressões deste com as meninas, não havendo prova conclusiva neste tocante.

Descreve a denúncia, ainda, que:

“Nas mesmas datas e locais, o denunciando, sucessivamente, submeteu a criança Guilherme Andrade Brito (07 anos de idade) a vexame e constrangimento, enquanto ela estava sob sua vigilância, chamando-a de 'mulherzinha', dizendo que deveria 'usar calcinha e sutiã' e que cortaria seu 'saco' para colocar 'perereca', sempre na presença das demais crianças transportadas diariamente no veículo do denunciando”.

Tanto quando ouvido perante a autoridade policial (fls. 45/46), como em juízo (depoimento gravado em mídia audiovisual – fls. 162), Mauro Luís confirmou ter falado que levaria calcinha e sutiã para Guilherme, não obstante, naquela oportunidade disse tê-lo feito por

que a criança estava batendo nas meninas e nesta ter feito a brincadeira com ele porque ele passava a cueca no rosto dos outros alunos:

“...faz brincadeiras com os estudantes... Guilherme é um aluno custoso, e devido ele gostar de bater nas meninas dentro da van, o declarante já falou para ele 'se você não parar de bater nas meninas dentro da van, eu vou trazer calcinha e sutiã para você, porque quem bate em mulher é mulher”.

“que fiz a brincadeira da cueca, pois todas terça e sexta-feira eles levavam a cueca para tomar banho de mangueira; que o Guilherme passava a cueca na cara dos outros e fiz a brincadeira de que traria uma cueca rosa pra ele colocar na cabeça; que ninguém jamais falou nada; que ele não chorava; que ninguém falou nada... nunca passei mão suja na roupa delas”.

A justificativa apresentada pelo apelante, também não convence, impondo-se a manutenção da sentença que o condenou nas sanções do art. 232 do ECA. Vejamos:

Em juízo, (depoimento gravado em mídia audiovisual – fls. 162), Guilherme Andrade de Brito, confirmou o constrangimento sofrido, demonstrando vergonha ao relatar os fatos:

“ele falou que ia cortar o saco dele se ele não dançasse; nunca chorou dentro da van, chorou quando desceu; que tinha o Caio e uma menina que ajudava Mauro na van, que eles batiam neles na van; que no dia que ele falou que ia cortar o saco dele se não dançasse, ele dançou, pois tinha medo dele; que não contou pra mãe porque tinha medo e vergonha, que está com vergonha naquele momento”.

A genitora do menor Guilherme, Daniele Alves Andrade (depoimento gravado em mídia audiovisual – fl. 162), narrou com detalhes como tomou conhecimento do ocorrido e as providências tomadas:

“o Guilherme, o dia que chegou da escola, chegou chorando, não se lembra o dia, na época ele tinha de 04 a 05 anos; minha mãe que cuida deles pra mim, quando eu cheguei minha mãe falou que o Guilherme desceu da van chorando; falei, uai, será que ele brigou na escola ou brigou dentro da van? Minha mãe falou que ele não queria falar; perguntou pra ele porque que ele estava chorando, ele respondeu que o tio Mauro ficava chamando ele de “cachorro” e mandando ir para o fundo, porque é grande, mandando eu dançar e falando que vai cortar meu 'bililiu' e por 'perereca', foi na escola e perguntou se fazia só com ele, não? Também com Ana Vitória... foi na escola, chamou a diretora, contou pra ela e chamou Ana Vitória, questionou e ela confirmou que xingou o Guilherme, mandava dançar que ia dar dinheiro, mas não dava nada... a diretora disse que ligou para a mãe da Ana Vitória... ele falou que dançou a música do Show das Poderosas; o Guilherme falou que dançava do jeito dele; Guilherme falou que Mauro pegava as meninas no colo, falou que levantou a saia da Sara e falou que a calcinha dela era linda; a filha do meio, Marina, também já foi na van com o Mauro... depois desse dia tirou o filho da van”

O fato também foi narrado pelas outras crianças e de uma das mães:

“que ele falava que o Guilherme era gay, que falava que ia trocar a calça pelo vestido e xingava Guilherme de cachorro; sua mãe não conversou com o Mauro; que o Guilherme

tinha medo dele porque ele falava que ia cortar o “coisa dele”, o pipiu dele por perereca e ele ficava com medo e um dia contou pra mãe dele; que eu tinha medo dele também... que o Guilherme ele pediu pra dançar; que ele falava para ele rebolar igual as meninas; que o Guilherme fazia porque tinha medo dele (Mauro) falava que ia trocar o piupiu por perereca; que ouviu ele falar isso; que ele (Guilherme) chorou um dia lá no fundo da van, no primeiro dia que Mauro falou isso... acho que o Guilherme era pego primeiro e deixado por último, pois ele morava mais longe; que o Guilherme nunca falou nada de ir em outro lugar, só de dançar sozinho...o Guilherme fazia muita bagunça, no Jardim os meninos levaram cueca para tomar banho, mas Mauro não falou nada naquela época... Mauro mandava parar de fazer bagunça, Mauro nunca falou nada com os pais do que acontecia na van”. - Ana Vitória (depoimento gravado em mídia audiovisual – fl. 162).

“que ele chamou o Guilherme de mulherzinha, mas não lembra direito... que eu ouvi ele falando que ia colocar calcinha e sutiã em um menino lá na frente, mas não lembro se era no Guilherme ou outro menino” - Yasmim Botelho Santos (depoimento gravado em mídia audiovisual – fl. 162).

“que o Guilherme ia comigo e ele era custoso e o Mauro brigava muito com ele; que ele (Mauro) fala pra ele (Guilherme) ficar quieto e ele ia pro fundo; que o Mauro xingou o Guilherme de cachorro...que já vi ele falar de perereca; que ele falava de um menino que o Mauro ia tirar o cu dele e colocar perereca; que ele sempre falou essas coisas, uma duas ou três vezes” - Sara Cristina Santos Teixeira - (depoimento gravado em mídia audiovisual – fl. 162).

“que lembro que ela falava que o menino não queria dançar e ele iria trocar do órgãos” - Lara Botelho Godinho dos Santos (depoimento gravado em mídia audiovisual – fl. 162).

Do conjunto probatório produzido, vê-se também ser inviável a absolvição pretendida pelo apelante quanto a este delito. Embora ele tenha tentado justificar o fato, aduzindo ter apenas brincado com a criança, a assertiva não restou comprovada, ao revés, demonstrado que submeteu a criança Guilherme Andrade de Brito, de 07 anos de idade, que estava sob sua autoridade, a vexame e constrangimento, vastamente comprovado pelas declarações deste e das demais crianças inquiridas.

Assim, operada a desclassificação do crime de estupro de vulnerável para o delito tipificado no art. 232 do Estatuto da Criança e do Adolescente em relação às vítimas Ana Vitória de Pádua Goidinho, Kayllane Alves de Andrade, Yasmim Botelho Santos e Sara Cristina Santos Teixeira, e mantida a condenação do apelante pela prática deste delito em relação à criança Guilherme Andrade de Brito, faça-se a remessa dos autos ao Juizado Especial de Goiás, ficando prejudicada a pretensão de redução da pena.

Ante o exposto, acolho em parte o parecer ministerial de cúpula, conheço do apelo e dou-lhe parcial provimento para desclassificar o crime de estupro de vulnerável imputado ao apelante Mauro Luís da Silva Marques para o tipo descrito no artigo 232 do Estatuto da Criança e do Adolescente, fazendo remessa dos autos ao Juizado Especial competente, nos termos acima expostos.

Por fim, determino a expedição de alvará de soltura em favor de Mauro Luís da Silva Marques, colocando-o imediatamente em liberdade, se por outro motivo não estiver preso.

É o voto.

Goiânia, 24 de abril de 2018.

Des. Carmecy Rosa Maria Alves de Oliveira - Relatora

¹ Código de Processo Penal Comentado, Guilherme de Souza Nucci, 12. ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pg. 510.

Apelação Criminal nº 3769.09.2014.8.09.0128 (201490037691)

2ª Câmara Criminal

Comarca: Planaltina

Apelante: Valdemar Rodrigues Pereira Junior

Apelado: Ministério Público

Relatora: Des. Carmecy Rosa Maria Alves de Oliveira

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO QUE RESULTA EM LESÃO CORPORAL. ABSOLVIÇÃO. CABIMENTO. DÚVIDA QUANTO À IDENTIDADE FÍSICA DO AUTOR DO DELITO.

I – Havendo fundadas suspeitas de que a ação penal tenha transcorrido em desfavor de pessoa diversa daquela que efetivamente praticou o delito narrado na denúncia, imperativa a absolvição do apelante, com fulcro no disposto no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

II – APELO CONHECIDO E PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, os integrantes da Quarta Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, por unanimidade de votos, acolher o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, conhecer do apelo e o prover, nos termos do voto da Relatora.

Custas de lei.

Votaram, além da Relatora, os eminentes Desembargadores: Edison Miguel da Silva JR e João Waldeck Félix de Sousa.

Presidiu a sessão de julgamento o Desembargador Leandro Crispim.

Esteve presente à sessão de julgamento, o(a) nobre Procurador(a) de Justiça, Dr(a). Pedro Alexandre Rocha Coelho.

Goiânia, 13 de dezembro de 2018.

Des. Carmecy Rosa Maria Alves de Oliveira - Relatora

VOTO

Recurso de apelação, próprio e tempestivo, interposto por Valdemar Rodrigues Pereira Júnior inconformado com a sentença que julgou procedente a pretensão punitiva e condenou-o nas sanções do art. 157, § 3º, primeira parte do Código Penal, à pena de 08 anos e 04 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado e ao pagamento de 68 dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo, buscando, em síntese, a declaração de nulidade do feito ou sua absolvição, ao fundamento de que teve seus dados pessoais usados pelo infrator do crime, supostamente seu irmão unilateral.

Em suas razões recursais, assevera, em síntese, que teve seu nome usado por “*impostor*”, motivo pelo qual acabou sendo condenado nos presentes autos, acreditando que o delito tenha sido perpetrado por “*seu irmão por parte de pai, que sabia-se que residia na comarca de Planaltina-GO é o tal impostor que detinha de cor e parcialmente seus dados pessoais*”. Consigna, ainda, que somente após ter sido procurado por um Oficial de Justiça, tomou conhecimento desta Ação Penal, acreditando inicialmente fosse homônimo e, após contratar advogado, que fez Vista dos autos, reconheceu “*a grafia, letra (sic) e assinatura de seu irmão por parte de pai*”.

Por outro lado, ressalta seus predicados pessoais favoráveis, vindo da Bahia em 2013, nunca se dirigindo à região do Distrito Federal, nunca ter sido preso, nem conduzido a Delegacia de Polícia, tratando-se de pessoa trabalhadora, a qual desempenhava atos da vida civil, enquanto seu irmão encontrava-se preso.

Compulsando detidamente os autos, vejo que razão assiste ao apelante.

Verifica-se que o autor do delito narrado nos presentes autos, foi preso e autuado em flagrante no dia 04.01.2014, ocasião em que se identificou como Waldemar Rodrigues Pereira Junior, brasileiro, solteiro, natural de Bom Jesus da Lapa/BA, nascido aos 23 de setembro de 1992, filho de Marilúcia de Jesus Pereira e Valdemar Rodrigues Pereira. Na ocasião não apresentou nenhum documento de identificação (fl. 21). O autor do delito foi denunciado, citado (fl. 37) e apresentou defesa preliminar (fls. 39/41). Na sequência, ouviram-se a vítima e uma testemunha, sendo o autor do delito qualificado e interrogado judicialmente (fls. 65/68), novamente não apresentando nenhuma documentação. Na referida audiência de instrução e julgamento, ocorrida na data de 02.07.2014, o magistrado **a quo** revogou a prisão, ao fundamento de que finda a instrução e, “*analisando o delito e a pena cominada em abstrato, em caso de eventual condenação o regime a ser fixado seria o semiaberto, menos gravoso que a atual situação do acusado*”, determinando a imediata soltura daquele, ocorrida naquela mesma data (fl. 69). Na sequência, foram apresentadas Alegações Finais pelos sujeitos processuais,

sobrevindo sentença em 23.10.2015, a qual julgou procedente a denúncia e condenou Valdemar Rodrigues Pereira Júnior nas sanções do art. 157, § 3º, 1ª parte, do Código Penal, à pena de 08 anos e 04 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado e ao pagamento de 68 dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo (fls. 90/96).

A intimação pessoal da sentença restou infrutífera (fl. 99), cujo morador do endereço indicado pelo autor do delito, informou residir no local há 12 anos. Em interlocutória acostada à fl. 101, Valdemar Rodrigues Pereira Júnior pleiteou a juntada aos autos de Procuração e requereu vista dos autos, aduzindo ter tido seus dados pessoais utilizados por outrem. O pedido foi deferido (fl. 103), tendo ele apresentado “Resposta à Acusação”, acompanhada de documentação (fls. 108/156). Determinada sua intimação da sentença (fl. 157), interpôs o presente recurso de Apelação (fl. 158).

Assim, além de não haver nos autos nenhum documento de identificação do autor do delito, constata-se que ele esteve preso de 04.01.2014 a 02.07.2014, período em que o apelante comprovou trabalhar na Empresa Assaí, nesta Capital (Contrato de Trabalho e Cartão de Ponto – fls. 132/140 – 03.02.2014), tendo inclusive sido expedida sua Carteira Nacional de Habilitação no mesmo período (11.06.2014 – fl. 186). Ademais, verifica-se que há divergência de sua assinatura (conforme documento de fl. 156, com reconhecimento de firma), com aquela apresentada pelo autor da infração narrada nos presentes autos (Citação fl. 36 verso e Termo de Qualificação e Interrogatório – fls. 65/68).

Logo, como muito bem explicitado pela douta Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 203/204):

“Ciente da acusação, o ora apelante apontou equívoco quanto à inicial do seu nome, cuja grafia é Valdemar e não Waldemar, além de erro acerca da data de nascimento, embora correta a sua filiação e naturalidade, razão porque acredita ter sido seu irmão Ademar o responsável pela falsa declaração, ao que colaciona cópia dos documentos pessoais do familiar mediante a afirmação de que a assinatura neles aposta possui a mesma 'linha de escrita' daquela inserida nos atos de citação e interrogatório – de fato notável entre elas visível semelhança (fls. 12, 36v e 152) -, ainda contrapondo-a com sua própria assinatura, inclusa à fl. 156 correspondente inscrição com reconhecimento de firma.

Assim, de acordo com as declarações do depoente, o processo fora instaurado indevidamente em seu desfavor, não sendo ele o autor do ilícito, mas sim o seu irmão, qual aponta como suposto falsário.

... De se ver a divergência na qualificação de um e outro, inclusive quanto à assinatura outrora mencionada, ao tempo que coincidentes algumas das informações, a sugerir, tal como levantado no apelo, a omissão dolosa pelo autuado quanto a sua identidade, fazendo-se passar por outra pessoa, em que pese de todo modo impossível, no atual momento processual, adoção de providência capaz de elucidar sua verdadeira qualificação, vez que, friso, não exigida do processado, em qualquer ato, documentação civil comprobatória de sua identidade, tampouco realizada a sua identificação criminal.

Assim, não há que se cogitar da responsabilização penal do apelante em se constatando dúvida relativa à identificação do autor, ocasionada sobretudo por desídia dos órgãos estatais ao deflagrarem investigação contra pessoa cuja qualificação oficial era desconhecida, ainda expedido em seu favor precoce Alvará de Soltura, providência incompatível com o concreto risco de fuga, já que, repito, pendente o feito de informações básicas quanto ao número do Registro Geral e CPF do suspeito.

Nem há que se cogitar simples retificação no nome do condenado, a teor do artigo 259 do CPP, fazendo constar o irmão do insurgente (Ademar), por se tratarem de meras conjecturas, ainda que fundadas em indícios de peso, sem a plena confirmação exigida ao ato de maior gravidade, já que ausente documento ou foto para se comparar à identidade física do autuado, suprida tal impossibilidade, a priori, por novo reconhecimento pela vítima.

No mais, de nada valeria simples identificação criminal de Valdemar e Ademar sem que deflagrada nova investigação capaz de demonstrar mínimo nexos entre qualquer deles e a conduta descrita nos autos.

Outrossim, temerário o reconhecimento da inocência do insurgente, não sendo possível fazê-lo, como já dito, sem prévia e minuciosa produção probatória, a exemplo do seu confronto com a vítima.

Noutro aspecto, ante a fundada incerteza exposta, já concluída a instrução, solução outra não resta senão a absolvição do apelante, todavia com fundamento no artigo 386, inciso VII, do CPP (não existir prova suficiente para a condenação), resguardando o interesse do titular da ação penal, a partir da análise do inquérito anexo, bem assim das peças juntadas ao processo nesta instância, em instaurar nova demanda, fazendo-o por meio das diligências que julgar pertinentes e observadas todas as formalidades necessárias para identificação do investigado, a fim de que penalizado o legítimo autor da grave conduta referida na denúncia”.

Portanto, diante de fundadas suspeitas de que a presente ação penal tenha transcorrido em desfavor de pessoa diversa daquela que efetivamente praticou o delito narrado na inicial, imperativa a absolvição de Valdemar Rodrigues Pereira Júnior.

Ante o exposto, acolho o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, conheço do apelo e dou-lhe provimento para absolver o apelante Valdemar Rodrigues Pereira Júnior, com fulcro no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, nos termos acima explicitados.

De ofício, seja feita a remessa das cópias referidas ao órgão ministerial de Primeira Instância para eventual retomada das investigações.

É o voto.

Goiânia, 13 de dezembro de 2018.

Des. Carmecy Rosa Maria Alves de Oliveira - Relatora

Apelação Criminal nº 50612.95.2014.8.09.0107 (201490506128)

Comarca de Morrinhos

Apelante: Ministério Público

Apelado: Tiago Gomes de Campos

Relator: Des. Itaney Francisco Campos

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VULNERABILIDADE. O artigo 217-A, do Código Penal, inserido pela Lei nº 12.015/2019, preceitua que manter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos configura estupro de vulnerável, não se relativizando a presunção de vulnerabilidade, sendo irrelevante o consentimento da vítima ou mesmo sua prévia experiência sexual. Precedentes das Cortes Superiores. APELO CONHECIDO E PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Criminal nº 50612-95.2014 (201490506128), da Comarca de Morrinhos, em que é Apelante o Ministério Público e Apelado Tiago Gomes de Campos.

Acordam os integrantes da Primeira Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, por unanimidade de votos, acolhido o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, **em conhecer** do apelo e dar-lhe provimento, para condenar Tiago Gomes de Campos nas penas do artigo 217-A, **caput**, do Código Penal, nos termos do voto do Relator.

Votaram, além do Relator, o Desembargador J. Paganucci Jr., e o Juiz Sival Guerra Pires, substituto do Desembargador Ivo Favaro. Presidiu o julgamento o Desembargador Ivo Favaro.

Presente o ilustre Procurador de Justiça, Doutor Aguinaldo Bezerra Lino Tocantins.

Goiânia, 26 de junho de 2018.

Des. Itaney Francisco Campos - Relator

RELATÓRIO

O Ministério Público do Estado de Goiás, por sua representante legal em exercício na 1ª Vara Criminal da Comarca de Morrinhos/GO, ofereceu denúncia em face de Tiago Gomes de Campos, qualificado, dando-o como incurso nas sanções do artigo 217-A, **caput**, do Código Penal.

Extrai-se da denúncia que, em data não precisa, entre os meses de dezembro/2013 e janeiro/2014, o denunciado, agindo de modo livre e consciente, manteve conjunção carnal com a menor vulnerável Rayane Alves da Silva, de 12 (doze) anos de idade.

Apurou-se que o denunciado se aproximou da criança Rayane e passou a se encontrar com ela de madrugada, às escondidas, quando a vítima pernoitava na residência de sua avó materna.

Narra a exordia que, mesmo advertido pela genitora da menina acerca da idade desta, e ignorando os apelos para que não se aproximasse da vítima, o denunciado convidou Rayane para entrar em seu veículo, de madrugada, oportunidade em que manteve com ela conjunção carnal.

Recebimento da denúncia em 31 de outubro de 2014 (fls. 48/49).

Citado, o acusado apresentou resposta à acusação (fls. 55/57), por meio de defensor constituído.

Durante a instrução, procedeu-se à inquirição de duas testemunhas testemunha arrolada pela acusação, da vítima, e ao interrogatório do acusado (mídia digital às fls. 89).

Em sede de memoriais, o representante do Ministério Público pugnou pela condenação do acusado nos termos da denúncia (fls. 93/99).

Por sua vez, a defesa postulou a absolvição do réu com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal (fls. 102/105).

Seguiu-se a sentença (fls. 107/113), que julgou improcedente a pretensão acusatória, absolvendo Tiago Gomes de Campos das sanções do artigo 217-A, **caput**, do Código Penal, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Irresignada, a representante do Ministério Público interpôs recurso apelatório (fls.121), em cujas razões (fls. 126/136) requer seja o recorrido condenado, tudo nos termos da exordia.

Contrarrazões (fls. 139/142), defendendo o acerto da sentença absolutória, propugnando por sua confirmação.

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, de lavra de seu representante, Dr. Abrão Amisy Neto, ratifica os termos das razões recursais, opinando pelo conhecimento e provimento do apelo (fls. 149/153).

É o relatório, que submeto à douta Revisão.

Goiânia, 7 de março de 2017.

Des. Itaney Francisco Campos - Relator

VOTO

O recurso é adequado e foi interposto tempestivamente. Presentes os demais pressupostos de admissibilidade, dele conheço.

Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público do Estado de Goiás, em desprestígio da sentença que absolveu Tiago Gomes de Campos das sanções do artigo 217-A, **caput**, do Código Penal, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Irresignada, a representante do Ministério Público interpôs recurso apelatório (fls.121), em cujas razões (fls. 126/136) requer seja o recorrido condenado, tudo nos termos da exordial.

A materialidade do crime previsto no artigo 217-A, **caput**, do Código Penal ficou comprovada por meio do laudo de exame médico de conjunção carnal (fls. 39/45), bem como pelo conjunto de provas orais judiciais, especialmente o depoimento da vítima, de sua genitora e pela confissão do próprio acusado (mídia digital fls. 89).

No que tange à autoria, também não pairam dúvidas. Em proêmio, verifica-se que o denunciado, em juízo, confessou a prática da conjunção carnal com a ofendida. Disse, ainda, que era amigo da mãe da vítima e que fora alertado por ela de que Rayane contava com apenas 12 anos de idade na época dos fatos. Verberou que, tendo sido procurado pela ofendida, não resistiu e, mesmo diante dos alertas recebidos, manteve relação sexual com menor de 14 anos (mídia digital às fls. 89).

No mesmo sentido, tem-se os depoimentos prestados pela vítima e sua genitora perante a autoridade judicial, corroborando os fatos conforme descritos na denúncia (mídia digital às fls. 89).

De fato, não há dúvidas de que vítima e acusado mantiveram relações sexuais, tanto porque o próprio sentenciado confessou a prática, quanto porque o laudo de exame de conjunção carnal assim atestou (fls. 39/43). Diante disso, observo que não há dissenso quanto à comprovação da materialidade e autoria do delito de estupro de vulnerável no caso em apreço, tanto que o magistrado **a quo** as reconheceu na sentença de fls. 107/113.

O ponto de discordância cinge-se à existência ou não da vulnerabilidade da infante apta a autorizar a adequada subsunção da conduta do apelado ao tipo penal de estupro de vulnerável.

É cediço que a vulnerabilidade de menor de 14 anos desperta discussões, tanto que duas posições se estabeleceram. A primeira, considera que a presunção de violência, agora transformada em vulnerabilidade, não é absoluta, podendo ser relativizada em casos excepcionais. Pugna essa doutrina que a vulnerabilidade pode ser relativizada, quando as circunstâncias do caso concreto indicarem que não houve violação (ou ameaça de lesão) ao bem jurídico tutelado – a dignidade sexual da vítima, aplicando-se, portanto, o princípio da ofensividade e da lesividade.

Para essa corrente¹, adotada pelo magistrado sentenciante (fls. 107/113), circunstâncias como a maturidade da vítima, seu consentimento, sua experiência sexual anterior ou mesmo sua promiscuidade ou prostituição poderiam relativizar a vulnerabilidade. Como também poderia relativizar a vulnerabilidade a prática de relações sexuais ou atos libidinosos decorrentes de relacionamentos amorosos entre o agente e a vítima, aqui se valendo do princípio da adequação social, pois no mundo atual os jovens iniciam seus relacionamentos de forma cada vez mais precoce.

Para uma outra corrente exegética², todavia, o que a lei sempre trouxe ao presumir a violência – e agora com muito mais rigor ao trazer o conceito de vulnerabilidade – foi um dever geral, objetivo e absoluto de abstenção de relações sexuais com menores de 14 anos, visando evitar a precoce iniciação sexual de crianças e adolescentes. Em outras palavras, a

vulnerabilidade não admite relativizações, não importando o consentimento da vítima (que no caso não é válido), a experiência sexual anterior ou o relacionamento amoroso entre autor e vítima.

A segunda corrente foi a encampada pelo Superior Tribunal que, hodiernamente, possui consolidada jurisprudência no sentido de ser impossível a relativização da vulnerabilidade de crianças e adolescentes menores de 14 anos de idade:

“Processamento sob o rito do art. 543-C do CPC. Recurso representativo da controvérsia. Estupro de vulnerável. Vítima menor de 14 anos. Fato posterior à vigência da Lei 12.015/09. Consentimento da vítima. Irrelevância. Adequação social. Rejeição. Proteção legal e constitucional da criança e do adolescente. Recurso especial provido.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que, sob a normativa anterior à Lei nº 12.015/09, era absoluta a presunção de violência no estupro e no atentado violento ao pudor (referida na antiga redação do art. 224, "a", do CPB), quando a vítima não fosse maior de 14 anos de idade, ainda que esta anuísse voluntariamente ao ato sexual (EREsp 762.044/SP, Relator Ministro Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª Seção, DJe 14.04.2010).

2. No caso sob exame, já sob a vigência da mencionada lei, o recorrido manteve inúmeras relações sexuais com a ofendida, quando esta ainda era uma criança com 11 anos de idade, sendo certo, ainda, que mantinham um namoro, com troca de beijos e abraços, desde quando a ofendida contava 8 anos.

3. Os fundamentos empregados no acórdão impugnado para absolver o recorrido seguiram um padrão de comportamento tipicamente patriarcal e sexista, amiúde observado em processos por crimes dessa natureza, nos quais o julgamento recai inicialmente sobre a vítima da ação delitativa, para, somente a partir daí, julgar-se o réu.

4. A vítima foi etiquetada pelo "seu grau de discernimento", como segura e informada sobre os assuntos da sexualidade, que "nunca manteve relação sexual com o acusado sem a sua vontade". Justificou-se, enfim, a conduta do réu pelo "discernimento da vítima acerca dos fatos e o seu consentimento", não se atribuindo qualquer relevo, no acórdão vergastado, sobre o comportamento do réu, um homem de idade, então, superior a 25 anos e que iniciou o namoro - "beijos e abraços" - com a ofendida quando esta ainda era uma criança de 8 anos.

5. O exame da história das ideias penais - e, em particular, das opções de política criminal que deram ensejo às sucessivas normatizações do Direito Penal brasileiro - demonstra que não mais se tolera a provocada e precoce iniciação sexual de crianças e adolescentes por adultos que se valem da imaturidade da pessoa ainda em formação física e psíquica para satisfazer seus desejos sexuais.

6. De um Estado ausente e de um Direito Penal indiferente à proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes, evoluímos, paulatinamente, para uma Política Social e Criminal de redobrada preocupação com o saudável crescimento, físico, mental e emocional do componente infanto-juvenil de nossa população, preocupação que passou a ser, por comando do constituinte (art. 226 da C.R.), compartilhada entre o Estado, a sociedade e a família,

com inúmeros reflexos na dogmática penal. 7. A modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação não podem ser vistos como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos segmentos da população física, biológica, social ou psicologicamente fragilizados. No caso de crianças e adolescentes com idade inferior a 14 anos, o reconhecimento de que são pessoas ainda imaturas - em menor ou maior grau - legitima a proteção penal contra todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce a que sejam submetidas por um adulto, dados os riscos imprevisíveis sobre o desenvolvimento futuro de sua personalidade e a impossibilidade de dimensionar as cicatrizes físicas e psíquicas decorrentes de uma decisão que um adolescente ou uma criança de tenra idade ainda não é capaz de livremente tomar. 8. Não afasta a responsabilização penal de autores de crimes a aclamada aceitação social da conduta imputada ao réu por moradores de sua pequena cidade natal, ou mesmo pelos familiares da ofendida, sob pena de permitir-se a sujeição do poder punitivo estatal às regionalidades e diferenças socioculturais existentes em um país com dimensões continentais e de tornar irrita a proteção legal e constitucional outorgada a específicos segmentos da população. 9. Recurso especial provido, para restabelecer a sentença proferida nos autos da Ação Penal nº 0001476-20.2010.8.0043, em tramitação na Comarca de Buriti dos Lopes/PI, por considerar que o acórdão recorrido contrariou o art. 217-A do Código Penal, assentando-se, sob o rito do Recurso Especial Repetitivo (art. 543-C do CPC), a seguinte tese: Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, **caput**, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime.” (STJ. REsp 1480881/PI, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 26.08.2015, DJe 10.09.2015).

Do julgado colacionado alhures, bem como de reiteradas decisões no mesmo sentido, o STJ sumulou, no ano de 2017, o entendimento acerca da impossibilidade de relativização da vulnerabilidade, que restou ementado nos seguintes termos: “O crime de estupro de vulnerável configura-se com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente³”.

Na mesma esteira do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, alinho-me à segunda corrente doutrinária, por ser aquela que mais se coaduna com a Constituição Federal.

O art. 217-A do CP deve ser lido com as lentes voltadas à Constituição Federal, ante o princípio da proteção integral (art. 227 §§ 1º e 3º e art. 229 da CF) e da proteção suficiente (art. 5º LIV da CF). Não se pode interpretar a legislação infraconstitucional de outro modo. Ante a superioridade das normas constitucionais, bem como o papel da Constituição de norma central do sistema, toda a legislação infraconstitucional deve ser obrigatoriamente interpretada à luz da Constituição, e não o contrário.

Dito isso, a criança e adolescente tem merecido especial proteção do Estado brasileiro, máxime a partir da nova ordem constitucional. Não é sem motivo que o art. 227 da Constituição Federal estabelece como dever não só da família e da sociedade, mas do Estado, “assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-la a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. E, logo adiante, no parágrafo 4º do mesmo dispositivo constitucional, reforça-se o comando de que “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”.

Dessarte, como princípio norteador dos direitos das crianças e adolescentes, especial ênfase deve ser dado ao princípio da proteção integral, que baseia-se na ideia de que as crianças e adolescentes não são objeto de proteção, mas sim sujeitos de direito, merecedores de uma proteção diferenciada, eis que pessoas em condição de desenvolvimento biopsíquico. Ademais, a proteção deve ser integral, assegurando às crianças e adolescentes todos os direitos fundamentais capazes de garantir a dignidade infantojuvenil, colocando-os a salvo de toda e qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Demais disso, não há falar na chamada “exceção de Romeu e Julieta”⁴, comumente adotada no direito comparado, desde que cumpridos seus requisitos. Isso pois, no caso em análise, acusado e vítima não mantinham um relacionamento amoroso e possuíam uma grande diferença de idades entre si (14 anos).

Com efeito, por tudo que fora exposto, condeno o acusado nas penas do artigo 217-A, **caput**, do Código Penal.

Passa-se, pois, à dosimetria da pena.

Na primeira fase, sopeso, pois, as circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal. No que tange à culpabilidade, nada há de concreto que justifique maior reprovabilidade ao apelado pela conduta praticada. Já em relação aos antecedentes, o apelado é tecnicamente primário (fls. 32/33). Não foram produzidos dados concretos que permitam aferir a personalidade e a conduta social. O motivo é o comum à espécie. Quanto às circunstâncias, nada há de concreto que desfavoreça o acusado. As consequências são inerentes ao tipo. Não há evidências de que a vítima tenha contribuído para a ocorrência do furto.

Assim, todas as circunstâncias judiciais devem ser consideradas neutras em relação ao apelado. Diante disso, fixo a pena-base em 8 anos de reclusão.

Na segunda etapa, reconheço a atenuante da confissão espontânea. Todavia, deixo de minorar a pena, visto que já se encontra no mínimo legal (Súmula 231, STJ). Mantenho, portanto, a pena provisória em 8 anos de reclusão.

Na terceira etapa, ante a ausência de causas de aumento e de diminuição, fixo a pena definitiva em 8 anos de reclusão.

Fixo o regime inicial de cumprimento de pena no semiaberto, nos termos do artigo 33, § 2º, 'b', do Código Penal.

Ao teor do exposto, acolhido o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, conheço do

apelo e dou-lhe provimento para condenar Tiago Gomes de Campos nas penas do artigo 217-A, **caput**, do Código Penal, nos termos acima explicitados.

É como voto.

Goiânia, 26 de junho de 2018.

Des. Itaney Francisco Campos – Relator

¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, 4: parte especial, 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 100. Da mesma forma, Guilherme de Souza NUCCI, todavia, admitindo a relativização tão somente quando a vítima menor de 14 anos for adolescente (12 ou 13 anos).

² GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, v. III, Parte Especial, 9. ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 532-534; MASSON, Cleber. Direito Penal Esquemático. Parte Especial. Vol. 3. 5ª ed. Método. p. 53

³ Súmula 593 do STJ.

⁴ Na clássica obra do inglês W. Shakespeare, Julieta tinha apenas 13 anos quando manteve relação amorosa com Romeu, fato esse que a enquadraria – na legislação ora vigente no Brasil – no conceito de vulnerável. A ideia da teoria é de que havendo consentimento e uma diferença pequena da idade entre os parceiros (há quem indique margem de até 5 anos), não seria razoável considerar o ato sexual como um estupro (imaginemos um caso de namorados de 13 e 18 anos). (In: <https://blog.ebeji.com.br/estupro-de-vulneravel-e-a-excecao-de-romeu-e-julieta/>).

Apelação Criminal nº 353625.41.2011.8.09.0040 (201193536251)

Comarca de Edéia

Apelante: Ataildes Batista Cândido

Apelado: Ministério Público

Relator: Des. Itaney Francisco Campos

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME AMBIENTAL. USO DE PETRECHO DE PESCA PROIBIDO. CONDOTA QUE NÃO PRESSUPÕS MÍNIMA OFENSIVIDADE AO BEM JURÍDICO TUTELADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDOTA.

I - É de se reconhecer a atipicidade material da conduta de uso de petrecho de pesca proibido se resta evidente a completa ausência de ofensividade, ao menos em tese, ao bem jurídico tutelado pela norma penal, qual seja, a preservação da fauna aquática.

II - Para incidir a norma penal incriminadora, é indispensável que a pesca com equipamentos proibidos possa, efetivamente, causar risco às espécies ou ao ecossistema.

III - “Evidente a atipicidade material da conduta, pela desnecessidade de movimentar a máquina estatal, com todas as implicações conhecidas, para apurar conduta desimportante para o Direito Penal, por não representar ofensa a qualquer bem jurídico tutelado pela Lei

Ambiental" (STJ, HC 200801728860). APELO CONHECIDO E PROVIDO, COM EFEITO EXTENSIVO AO CORRÉU NÃO RECORRENTE.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Criminal nº 353625-41.2011 (201193536251), da Comarca de Edéia, em que é Apelante Ataildes Batista Cândido e Apelado o Ministério Público.

Acordam os integrantes da Primeira Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, por unanimidade de votos, acolhido o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, em conhecer do apelo e dar-lhe provimento, para absolver o apelante pelo princípio da insignificância e, de ofício, estender os efeitos ao corréu Sinésio Gervásio Cintra, nos termos do voto do Relator.

Votaram, além do Relator, os Desembargadores Ivo Favaro, que presidiu o julgamento, e J. Paganucci Jr.

Presente o ilustre Procurador de Justiça, Doutor Paulo César Torres.

Goiânia, 21 de agosto de 2018.

Des. Itaney Francisco Campos - Relator

RELATÓRIO

A representante do Ministério Público do Estado de Goiás, em exercício perante o Juízo da Vara Criminal da Comarca de Edéia/GO, ofertou denúncia em desfavor de Sinésio Gervásio Cintra, imputando-lhe a consecução dos crimes tipificados no artigo 34, inciso II, da Lei nº 9.605/98 c/c artigo 10, inciso V, alínea "b", da Lei Estadual nº 13.025/97 c/c artigo 14, da Lei nº 10.826/2003 c/c artigo 69 do Código Penal Brasileiro; e, em face de Ataildes Batista Candido, dando-o como incurso nas sanções do artigo 34, inciso II, da Lei nº 9.605/98 c/c artigo 10, inciso V, alínea "b", da Lei Estadual nº 13.025/97.

Consta da exordial acusatória que no dia 16.08.2011, por volta das 17h50min, na Avenida 21, próximo a Coletoria Municipal de Edealina-GO, os acusados Sinésio Gervásio Cintra e Ataildes Batista Cândido foram presos em flagrante delito por realizarem pesca predatória utilizando petrechos não permitidos, contrariando as normais legais e regulamentares pertinentes, incorrendo, em tese, nas sanções do artigo 34, inciso II, da Lei nº 9.065/98 c/c artigo 10, alínea "b" da Lei Estadual nº 13.025/97.

Demais disso, extrai-se que o denunciado Sinésio Gervásio Cintra portava, sem autorização e em desacordo com determinação legal, uma arma de fogo, tipo "Flaubert", calibre 22, bem como 15 (quinze) munições intactas do mesmo calibre.

A denúncia foi recebida em 18 de outubro de 2011 (fls. 49). Os acusados foram citados e apresentaram respostas à acusação às fls. 53/57 e 58/62.

No curso da instrução processual colheu-se o depoimento de 1 (uma) testemunha arrolada pela acusação (fls. 96) e procedeu-se aos interrogatórios dos acusados (fls. 97/100 e 101/104).

Em sede de alegações finais, o Ministério Público requereu a condenação dos acusados nos termos da exordial acusatória (fls. 117/121).

A defesa do acusado Ataildes Batista Cândido, por sua vez, requereu a absolvição das acusações que lhe foram dirigidas, por insuficiência probatória (fls. 139/141).

Na mesma senda, a defesa do réu Sinésio Gervásio Cintra pugnou pela absolvição, alegando não possuir prova suficiente para a condenação (fls. 157/159).

Na sequência, na sentença de fls. 160/175, o magistrado **a quo** julgou procedente o pedido formulado na denúncia, condenando Sinésio Gervásio Cintra, como incurso nas sanções impostas pelo artigo 34, inciso II, da Lei nº 9.605/98 c/c artigo 10, inciso V, alínea "b", da Lei Estadual nº 13.025/97 c/c artigo 14, da Lei nº 10.826/2003 c/c artigo 69 do Código Penal Brasileiro, bem como Ataildes Batista Candido como incurso nas penalidades instituídas pelo artigo 34, inciso II, da Lei nº 9.605/98 c/c artigo 10, inciso V, alínea "b", da Lei Estadual nº 13.025/97.

A pena corpórea do sentenciado Sinésio foi arbitrada em de 2 anos e 6 meses de reclusão pelo delito previsto no art. 14 da Lei 10.826/03; e em 1 ano e 3 meses de detenção pelo delito constante do art. 34, inciso II, da Lei 9.605/98.

Já a pena corpórea do sentenciado Ataildes foi arbitrada em 1 ano e 6 meses de detenção pelo delito constante do art. 34, inciso II, da Lei 9.605/98.

Inconformado, apenas o acusado Ataildes interpôs recurso apelatório (fls. 181).

Em suas razões recursais, o sentenciado pugna por sua absolvição, ante a ausência de provas aptas a sustentar um decreto condenatório. Alternativamente, pleiteia pelo redimensionamento de sua reprimenda, bem como pela substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Por derradeiro, pugna pelo afastamento da pena de multa (fls. 246/271).

Em contrarrazões (fls. 275/281), a representante ministerial pugna pelo conhecimento e desprovimento da apelação.

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, da lavra de seu representante, Dr. Leonidas Bueno Brito, opina pela absolvição do apelante, com fulcro no princípio da insignificância (fls. 285/290).

É o relatório, que submeto à douta Revisão.

Goiânia, 27 de novembro de 2017.

Des. Itaney Francisco Campos - Relator

VOTO

Presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

Trata-se de apelação criminal interposta pela defesa do réu Ataildes Batista Cândido, contra sentença que o condenou nas sanções do art. 34, parágrafo único, inciso II, da Lei 9.605/98, a uma pena corpórea de 1 ano e 6 meses de detenção.

Em suas razões recursais, o sentenciado pugna por sua absolvição, ante a ausência de provas aptas a sustentar um decreto condenatório. Alternativamente, pleiteia pelo redimensionamento de sua reprimenda, bem como pela substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Por derradeiro, pugna pelo afastamento da pena de multa (fls. 246/271).

O pleito inaugural das razões recursais, refere-se à absolvição do apelante, ante a insuficiência probatória apta a sustentar um decreto condenatório.

Na esteira do parecer ministerial de cúpula, entendo imperiosa a absolvição do recorrente, não pela existência de arcabouço probatório deficiente, mas sim, pela aplicação, ao caso, do princípio da insignificância.

Sabe-se que o princípio da insignificância estabelece que o Direito Penal, pela adequação típica do fato à norma incriminadora, somente intervenha nos casos de lesão de certa gravidade, atestando a atipicidade penal nas hipóteses de delitos de lesão mínima, que ensejam resultado insignificante.

Nessa perspectiva, cumpre trazer à reflexão o argumento de Claus Roxin - jurista responsável pela sistematização jurídica do funcionalismo penal -, segundo o qual é missão deste ramo do Direito a proteção de bens jurídicos relevantes, de forma subsidiária e fragmentária.

Assim, o direito penal só se presta à tutela dos bens jurídicos mais relevantes, quando os demais ramos do Direito se mostram incapazes de tutelar eficazmente esses bens (subsidiariedade). E, só incumbe ao direito penal a tutela às lesões mais graves a estes bens jurídicos mais relevantes (fragmentariedade).

Visto assim, pode-se consignar que o direito penal é a **ultima ratio** do mecanismo de controle social das condutas humanas, que interferem na esfera jurídica estatal ou de particulares.

Destarte, entendo ser possível a aplicação do princípio da insignificância no tocante à conduta descrita no artigo 34, parágrafo único, inciso II, da Lei nº 9.605/98, pois para incidir a norma penal incriminadora é necessário que a pesca com petrechos proibidos possa de fato resultar em dano ao bem jurídico protegido pela norma penal incriminadora, o que não se deu no caso em apreço.

Não restou comprovado nos autos relevante/gravosa lesão ao bem jurídico tutelado (equilíbrio ecológico¹), pois, embora os acusados se utilizassem de oito redes de pesca, instrumento proibido para a pesca amadora consoante artigo 10, inciso V, alínea 'b', da Lei Estadual 13.025/1997, não houve efetivo risco ao meio ambiente, sendo certo que os réus retiraram quantidade ínfima de peixes da represa (5kg de 'papa-terra' – fls. 32).

Não se ignora aqui as discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre a possibilidade de aplicação da insignificância aos crimes ambientais, visto que, para alguns, os princípios

ambientais da prevenção e da precaução se sobreporiam, inclusive, aos princípios penais de garantia do cidadão (v.g. Intervenção mínima).

Todavia, filio-me à corrente que afasta a tipicidade material da conduta mesmo nos delitos ambientais, quando o bem jurídico tutelado não é atingido de maneira relevante pelo agente.

Nucci² entende que a aplicação do referido princípio é “perfeitamente aplicável no contexto dos delitos contra o meio ambiente”. Nessa lógica, utiliza como exemplo o crime do art. 29, da Lei nº 9605/98, com o entendimento de que matar, perseguir caçar, apanhar, utilizar qualquer animal de mínima importância para o ecossistema, como “uma borboleta ou um filhote de pássaro que caiu do ninho”, pode se enquadrar na conjectura da aplicação do princípio da insignificância.

Ainda nessa perspectiva, colaciona-se valiosa lição de Luiz Regis Prado³, considerando a tipificação dos delitos contra o meio ambiente como de perigo abstrato:

“Em decorrência da possibilidade de uma certa volatilização da ilicitude material, nos delitos de perigo abstrato, a moderna ciência penal tem entendido como causa de atipicidade de conduta, quando se comprove a absoluta incoerência (ou ausência) do perigo no caso concreto para o bem jurídico. Em favor dessa postura, convém observar que não tem qualquer sentido punir uma conduta cuja relevância penal provém da perigosidade que nela se pressupõe presente, quando tal perigosidade aparece como inexistente desde o começo. Afirma-se, ainda, que nos delitos de perigo abstrato dá-se uma presunção **iuris tantum** e não **iuris et de iure** da existência de perigo.”

Não outro é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, aduzindo ser aplicável o princípio da insignificância perante a conduta descrita no artigo 34, parágrafo único, inciso II, da Lei nº 9.605/98:

"Habeas corpus preventivo. Crime contra o meio ambiente. Pesca mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos (Art. 34, par. único, II da lei 9.605/98). Pesca de, aproximadamente, 2 quilogramas de peixes. Possibilidade de aplicação, na espécie, do princípio da insignificância. Pequena quantidade de pescado apreendida. Suposto crime que consistiu na utilização de uma rede superior em apenas 50 centímetros ao limite estabelecido na legislação específica. Inexistência de dano efetivo ao meio ambiente. Parecer do MPF pela concessão da ordem. Ordem concedida, para trancar a ação penal movida contra os pacientes, por suposta infração ao art. 34, par. único, II da Lei 9.605/98. 1. O princípio da insignificância, que está diretamente ligado aos postulados da fragmentariedade e intervenção mínima do Estado em matéria penal, tem sido acolhido pelo magistério doutrinário e jurisprudencial tanto desta Corte, quanto do colendo Supremo Tribunal Federal, como causa supralegal de tipicidade. Vale dizer, uma conduta que se subsuma perfeitamente ao modelo abstrato previsto na legislação penal pode vir a ser considerada atípica por força deste postulado. 2. Entretanto, é imprescindível que a aplicação do referido princípio se dê de forma prudente e criteriosa, razão pela qual é necessária a presença de certos elementos, tais como (I) a mínima

ofensividade da conduta do agente; (II) a ausência total de periculosidade social da ação; (III) o ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento e (IV) a inexpressividade da lesão jurídica ocasionada, consoante já assentado pelo colendo Pretório Excelso (HC 84.412/SP, Relator Ministro Celso De Mello, DJU 19.04.04). 3. Para incidir a norma penal incriminadora, é indispensável que a pesca com equipamentos proibidos possa, efetivamente, causar risco às espécies ou ao ecossistema; nada disso, todavia, se verifica no caso concreto, em que dois pescadores, utilizando-se de somente uma rede - rede esta considerada ilegal porque superior em 50 centímetros ao limite legalmente estabelecido, como registrado no aresto -, tinham retirado da represa apenas 2 quilogramas de peixes, de espécie diversas. 4. Evidente a atipicidade material da conduta, pela desnecessidade de movimentar a máquina estatal, com todas as implicações conhecidas, para apurar conduta desimportante para o Direito Penal, por não representar ofensa a qualquer bem jurídico tutelado pela Lei Ambiental. 5. Parecer do MPF pela concessão da ordem. 6. Ordem concedida para trancar a Ação Penal movida contra os pacientes, por suposta infração ao art. 34, par. único, II da Lei 9.605/98." (HC 200801728860, Napoleão Nunes Maia Filho, STJ, Quinta Turma, DJe data em 03.05.2010).

Por derradeiro, transcrevo precedente do Supremo Tribunal Federal sobre o tema:

"Ação penal. Crime ambiental. Pescador flagrado com doze camarões e rede de pesca, em desacordo com a Portaria 84/02, do IBAMA. Art. 34, parágrafo único, II, da Lei nº 9.605/98. **Rei furtivae** de valor insignificante. Periculosidade não considerável do agente. Crime de bagatela. Caracterização. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Absolvição decretada. HC concedido para esse fim. Voto vencido. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, à luz das suas circunstâncias, deve o réu, em recurso ou habeas corpus, ser absolvido por atipicidade do comportamento." (HC 112563, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Relator p/ Acórdão Ministro Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 21.08.2012, Processo Eletrônico DJe-241 Divulg 07.12.2012 Public 10.12.2012).

Desta forma, é de rigor seja o apelante absolvido pela suposta prática do crime previsto no artigo 34, parágrafo único, inciso II, da Lei nº 9.605/98, ante a atipicidade material de sua conduta.

Ao teor do exposto, acolho o parecer ministerial de cúpula, conheço do recurso e dou-lhe provimento para absolver o apelante Ataídes Batista Cândido, pelo princípio da insignificância, nos termos acima alinhavados.

De ofício, devem ser estendidos os efeitos do presente **decisum** ao coacusado Sinésio Gervásio Cintra, absolvendo-o do crime previsto no artigo 34, inciso II, da Lei nº 9.605/98, com a devida readequação da reprimenda.

É como voto.

Goiânia, 21 de agosto de 2018.

Des. Itaney Francisco Campos - Relator

¹ In: Crimes contra a natureza. Vladimir Passos de Freitas e Gilberto Passos de Freitas. Editora RT. 9ª edição. Pág. 125.

² NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

³ In: Direito Penal Ambiental, Editora Revista dos Tribunais. 1992. pág. 77.

Apelação Criminal nº 501058.93.2011.8.09.0090 (201195010583)

Comarca de Jandaia

1ª Apelante: Mariana Fonseca de Souza

2ª Apelante: Patrícia Gonçalves Ferreira

Apelado: Ministério Público

Relator: Des. Ivo Favaro

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. DEVASSA DE DADOS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DESCARACTERIZAÇÃO. Sem provas lícitas da materialidade do crime de tráfico, a absolvição é medida imperiosa. Apelos providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, pela 2ª Turma Julgadora de sua Primeira Câmara Criminal, à unanimidade, acolhendo em parte o parecer ministerial, conhecer dos recursos e dar-lhes provimento para absolver as apelantes nos termos do art. 386, II, do CPP, nos termos do voto do Relator e da Ata de Julgamentos.

Participaram do julgamento, votando com o Relator, que o presidiu, os Desembargadores J. Paganucci Jr. e Avelirdes Almeida Pinheiro de Lemos. Presente, representando o órgão de cúpula do Ministério Público, o Doutor Aguinaldo Bezerra Lino Tocantins.

Goiânia, 19 de junho de 2018.

Des. Ivo Favaro - Relator

RELATÓRIO

Mariana Fonseca de Souza e Patrícia Gonçalves Ferreira foram denunciadas nos artigos 33 e 35 da Lei 11.343, pois se associaram para o tráfico de drogas e, no dia 14.12.2011, por volta das 14h30, em Jandaia, a primeira, mantinha em depósito 7,3g (sete gramas e três miligramas) de “maconha” e 34,7g (trinta e quatro gramas e sete miligramas) de “crack” para difusão ilícita.

Consta que a polícia recebeu notícia indicando o endereço de Patrícia como ponto de

venda de drogas e, após, realizar busca no interior da residência localizaram as porções de drogas e dinheiro.

Durante a diligência, Patrícia recebeu mensagens de Mariana, que ao ser localizada confirmou a venda dos entorpecentes adquiridos daquela.

Sentença julgou parcialmente procedente, absolveu-as do artigo 35 e, por sua vez, condenou-as nas sanções do 33 da 11.343 a 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, regime inicial semiaberto, e 80 (oitenta) dias-multa, à razão mínima (fls. 322/328).

Apelaram (fls. 364 e 400). Postulam absolvição por insuficiência probatória.

Alternativamente, Mariana requer desclassificação para a do artigo 28 da 11.343 ou redução das penas, aplicação da causa especial de diminuição (art. 33, § 4º, LAD), substituição por restritivas e restituição do dinheiro apreendido (fls. 366/396 e 401/405).

O Ministério Público manifesta-se pelo não provimento dos recursos (fls. 407/421).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento dos apelos, desprovimento do primeiro e parcial provimento do segundo para reduzir a pena e substituir por restritivas (fls. 427/436).

É o relatório.

À Revisão.

Goiânia, 8 de março de 2018.

Des. Ivo Favaro – Relator

VOTO

Presentes os pressupostos, conheço (fls. 343 e 366; fls. 353 e 364).

Trata-se de apelação de Mariana Fonseca De Souza e Patrícia Gonçalves Ferreira da sentença que as condenou nas sanções do artigo 33 da Lei 11.343 a 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, regime inicial semiaberto, e 80 (oitenta) dias-multa, à razão mínima. Postulam absolvição por insuficiência probatória.

Com razão!

É certo que as substâncias apreendidas são drogas, conforme laudo definitivo de fls. 178/180 (5,839 g de maconha e 31,912 g de cocaína).

Contudo, observa-se que o órgão ministerial não se incumbiu de comprovar a prática descrita na inicial. As testemunhas ouvidas em juízo não conferem certeza da ocorrência do tráfico.

Analisando detidamente os autos, extrai-se que a prova da materialidade do delito decorreu, exclusivamente, de lesão a norma constitucional de inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI, CF) e devassa do aparelho celular.

Infere-se dos autos que a polícia recebeu notícia indicando o endereço de Patrícia como ponto de venda de drogas; os policiais avistaram a mulher no quintal da residência em atitude suspeita, entraram e localizaram porções de maconha e cocaína e R\$ 155,00 (cento e cinquenta e cinco reais) em espécie. Através das mensagens de texto extraídas do celular de Patrícia eles

verificaram indicativos da prática de tráfico e associação para o tráfico com auxílio de Mariana e as prenderam em flagrante.

Na delegacia, os policiais responsáveis pela prisão flagrancial asseveraram que receberam informações anônimas de tráfico em uma residência no Setor São Simão; no endereço, avistaram uma mulher no quintal; ao notar a presença deles ela entrou correndo para o interior da casa; entraram e indagaram-na sobre drogas no imóvel; após buscas, localizaram maconha e crack; durante a diligência, verificaram que as mensagens de texto enviadas por Mariana a Patrícia indicavam que elas conviviam e comercializavam tóxicos no imóvel (fls. 05/06, 07/08 e 09/10).

Em juízo, mudaram a versão.

O condutor do flagrante, Cleidiomar Ferreira da Silva, afirmou que nunca ouviu notícia anterior de venda de drogas pelas acusadas; ninguém chegou à casa de Patrícia, durante a diligência para adquirir entorpecentes; Mariana foi detida na casa da mãe dela e não portava droga; conhece-as de vista (fls. 212).

O policial Alex Aurélio Oliveira asseverou haver informações de que as acusadas vendiam entorpecentes na cidade, porém desconhece alguém que adquiriu delas; não se recorda se indicaram o nome do fornecedor das drogas; leram as mensagens e apreenderam o celular; o crack estava na parte externa do imóvel e a maconha no guarda-roupa; Mariana afirmou que vendeu cerca de quinze pedras de “crack” e gastou parte do dinheiro, sobrando apenas R\$ 20,00; (fls. 215).

No caso, somente Adriano afirmou em juízo a relação delas com as drogas, sem contudo esclarecer o comércio de drogas; contou que se deslocaram para o endereço de Patrícia após acionados pelo agente Danilo; no local, a acusada percebeu a presença da polícia e entrou na residência; acompanharam-na; entraram no quarto e viram uma sacola branca com um pedaço de maconha; o crack estava sob o tanque; as mensagens enviadas por Mariana no celular de Patrícia indicavam atos de mercancia ilícita; determinou a Patrícia responder os textos da corrê; as apelantes disseram que adquiriram droga de Danilo; na casa dele também foram encontrados entorpecentes e dinheiro; Danilo também foi conduzido à delegacia e instaurado TCO; Mariana não portava substância ilícita; ela falou que já tinha vendido a “pedra” adquirida na praça (fls. 213/214).

As acusadas negaram ser traficantes e a propriedade do material tóxico apreendido.

Patrícia na delegacia disse que a pedido de Mariana guardou a droga em sua residência (fls. 11/12). Porém, em juízo retratou-se.

Explicou que não é usuária de drogas; sua casa é aberta; existem muros somente na lateral e no fundo; não tinha conhecimento da droga apreendida; não é de Mariana tampouco guardou a pedido dela; a corrê passou uns dias em sua casa e não sabe se é dependente química; os policiais entraram e pegaram seu celular; não leu as mensagens recebidas; somente o policial Adriano (fls. 218/221).

Mariana na fase investigativa ficou em silêncio (fls. 13/14). Sob o crivo do contraditório esclareceu que reside com os pais e às vezes pernoita na casa de Patrícia; não levou produto

tóxico nem pediu para Patrícia guardá-lo; tampouco encaminhou ou recebeu mensagens com pedido de droga; depois da prisão ficou sabendo que os textos não foram encaminhados por Patrícia (fls. 222/225).

Inobstante as declarações dos policiais devam ser levadas em consideração, as diferentes versões contadas sobre o mesmo fato não oferecem a certeza necessária da mercancia pelas acusadas.

A propósito, as testemunhas disseram que a suspeita inaugural veio de informações anônimas e conversas via celular reveladoras da comercialização de entorpecentes.

Contudo, sob o crivo do contraditório, limitaram-se a reiterar os depoimentos prestados na fase investigatória sem pormenorizar as circunstâncias em que entraram na residência e participação de cada ré no caso em apreço.

Consoante posicionamento do Pleno do Supremo Tribunal Federal, sob Repercussão Geral, o ingresso forçado na residência, sem determinação judicial, só será válido se amparado em justa causa, ou seja, se houver elementos mínimos a caracterizar fundadas razões para o ato. Frise-se, eventual flagrante de delito permanente dentro da moradia não legitima a medida.

Confira:

“Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo (...) A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas (...)” (RE 603.616/RO; Relator Ministro Gilmar Mendes; DJe 10.05.2016).

No mesmo sentido:

“**Habeas corpus**. Atos infracionais análogos aos crimes de tráfico de drogas e de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito. Flagrante. Domicílio como expressão do direito à intimidade. Asilo inviolável. Exceções constitucionais. Interpretação restritiva. Invasão de domicílio pela polícia. Necessidade de justa causa. Nulidade das provas obtidas. Teoria dos frutos da árvore envenenada. Absolvição do adolescente. Ordem concedida (...) 2. Embora o Tribunal de origem haja concluído pela licitude das provas obtidas, em nenhum momento explicitou, com dados objetivos do caso, em que consistiria a suposta atitude

suspeita na qual estaria o adolescente, externalizada em atos concretos, tampouco fez menção a eventual movimentação de pessoas típica de comercialização de drogas. Não há referência a prévia investigação, monitoramento ou campanhas no local. Também não se tratava de averiguação de denúncia robusta e atual acerca da ocorrência de tráfico naquele local. Há apenas a descrição de que, quando o adolescente avistou os policiais militares, correu para dentro de sua residência, onde foi abordado. Aliás, a própria concentração fático-temporal dos acontecimentos - tudo se passou muito próximo e muito rápido - torna inclusive duvidosa eventual caracterização de “fuga”. 3. Uma vez que não há nem sequer como inferir, de fatores outros que não a mera fuga ante a iminente abordagem policial, que o paciente estivesse praticando atos infracionais análogos aos delitos de tráfico de drogas, de posse ou porte ilegal de arma de fogo com numeração suprimida, ou mesmo outro ato de caráter permanente, no interior da residência onde se homiziou, não há razão séria para a mitigação da inviolabilidade do domicílio, ainda que tenha havido posterior descoberta e apreensão, na residência do acusado, de drogas e de arma de fogo com numeração suprimida, sob pena de esvaziarse essa franquia constitucional da mais alta importância. 4. No caso, houve mera intuição acerca de eventual traficância praticada pelo paciente, o que, embora pudesse autorizar abordagem policial, em via pública, para averiguação, não configurou, por si só, “fundadas razões” a autorizar o ingresso em seu domicílio, sem o seu consentimento e sem determinação judicial (...)” (STJ, HC 404124/SP, Sexta Turma, Relator para acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz, DJe 28.11.2017).

“Apelação criminal. Crimes de tráfico de drogas, posse de apetrechos destinados ao tráfico e de munições. Sentença absolutória. Provas ilícitas e insuficiente. I- Resta maculada a higidez da busca e apreensão domiciliar, desprovida de ordem judicial, quando efetivada sem fato antecedente que indique efetiva ocorrência de crime no interior da residência, não sendo suficiente para justificar a medida brusca, informações anônimas e fora do contexto, violando a garantia da inviolabilidade do domicílio, prevista pelo art. 5º, inciso XI, da Magna Carta, com conseqüente nulidade das provas produzidas no flagrante e as dele derivadas (...) Apelo desprovido” (TJGO, 2ª Câmara Criminal, AC 251362-53.2015.8.09.0051, Relator Dr. Sival Guerra Pires, DJ 2320 de 02.08.2017).

No caso, a prática de crime pelas apelantes é mera ilação, tendo em vista que não foi confirmada, sequer na fase inquisitiva.

Os policiais não demonstraram a existência de justa causa para a invasão, não bastando a mera alegação de informações apócrifas.

Nota-se que não foram efetivadas diligências, ainda que pequenas, seja na fase investigativa ou judicial, para buscar a comprovação do envolvimento das recorridas no caso em apreço.

Não bastasse, importante destacar que são ilícitos os dados extraídos do celular do agente sem prévia autorização judicial, obtidos diretamente pela polícia, ainda que o aparelho tenha sido apreendido na ocasião do flagrante. Nesse sentido:

“Recurso especial. Direito penal. Legislação extravagante. Tráfico de entorpecentes. Doutrina dos frutos da árvore envenenada. Lei nº 11.343/2006. Dispositivo telefônico móvel. Ausência de autorização judicial para acesso aos arquivos e dados contidos no aparelho celular. Prova ilícita. Ocorrência (...) 1. As instâncias ordinárias contrariaram a jurisprudência deste Superior Tribunal, porquanto é ilícita a devassa de dados, bem como das conversas de whatsapp, obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido no flagrante, sem prévia autorização judicial. Recurso em habeas corpus parcialmente provido para declarar a nulidade das provas obtidas no celular do paciente sem autorização judicial, cujo produto deve ser desentranhado dos autos (RHC nº 76.510/RR, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 17.04.2017). 2. O art. 7º, III, da Lei nº 12.965/2014, resguarda os dados pessoais produzidos a partir da utilização da internet, os quais evidentemente incluem aqueles armazenados no aparelho celular (...)” (STJ, REsp 1675501/MG, Sexta Turma, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 27.10.2017).

Não havia motivo para a devassa do aparelho celular. Logo, os registros daí obtidos não podem ser admitidos como prova de autoria ou materialidade do delito (art. 157 do CPP).

Por isso, a negativa da ré é coerente e deve prevalecer diante da fragilidade do acervo probatório.

A entrada dos agentes de polícia na casa de Patrícia e a devassa das conversas constante no celular apreendido violaram o direito constitucionalmente assegurado. Por conseguinte, impõe-se a absolvição das apelantes (art. 386, II, do CPP), impondo-se a restituição dos celulares e valor apreendidos (fls. 20).

Ante o exposto, acolhido parcialmente parecer ministerial, conheço dos recursos e dou-lhes provimento para absolver Mariana Fonseca de Souza e Patrícia Gonçalves Ferreira nos termos do artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal.

É como voto.

Des. Ivo Favaro - Relator

SINOPSE

Fato: Mariana Fonseca de Souza e Patrícia Gonçalves Ferreira foram denunciadas nos artigos 33 e 35 da Lei 11.343, pois se associaram para o tráfico de drogas e, no dia 14.12.2011, por volta das 14h30, em Jandaia, a primeira, mantinha em depósito 7,3g (sete gramas e três miligramas) de “maconha” e 34,7g (trinta e quatro gramas e sete miligramas) de “crack” para difusão ilícita.

Consta que a polícia recebeu notícia indicando o endereço de Patrícia como ponto de venda de drogas e, após, realizar busca no interior da residência localizaram as porções de drogas e dinheiro.

Durante a diligência, Patrícia recebeu mensagens de Mariana, que ao ser localizada confirmou a venda dos entorpecentes adquiridos daquela.

Obs.: Ordem de **habeas corpus** concedida a Patrícia (HC 69811-07.2012.8.09.0000, Relator Desembargador Ivo Favaro, 1ª CC, DJe 04.09.2012, fls. 124);

Ordem de **habeas corpus** concedida a Mariana (HC 87864-36.2012.8.09.0000, Relator Desembargador Ivo Favaro, 1ª CC, DJe 17.07.2012, fls. 240).

Sentença: Julgou parcialmente procedente, absolveu-as do 35 e, por sua vez, condenou-as nas sanções do 33 da 11.343 (fls. 322/328):

Mariana:

Pena-base: 5 anos de reclusão;

Sem agravantes ou atenuantes;

Causa de diminuição (art. 33, § 4º): reduziu 1/6;

Pena definitiva: 4 anos e 2 meses de reclusão, regime inicial semiaberto, e 80 dias-multa, à razão mínima.

Patrícia:

Pena-base: 5 anos de reclusão;

Sem agravantes ou atenuantes;

Causa de diminuição (art. 33, § 4º): reduziu 1/6;

Pena definitiva: 4 anos e 2 meses de reclusão, regime inicial semiaberto, e 80 dias-multa, à razão mínima.

Obs.: Nota-se que o sentenciante não deliberou sobre a possibilidade do recurso em liberdade. Mas, as réas se encontram soltas por força da concessão de ordem de **habeas corpus** desde 2012.

Apelação: Postulam absolvição por insuficiência probatória. Alternativamente, Mariana requer desclassificação para a do artigo 28 da 11.343 ou redução das penas, aplicação da causa especial de diminuição (art. 33, § 4º, LAD), substituição por restritivas e restituição do dinheiro apreendido (fls. 366/396 e 401/405).

Contrarrazões: Pelo não provimento dos recursos (fls. 407/421).

PGJ: Opina pelo conhecimento dos apelos, desprovimento do primeiro e parcial provimento do segundo para reduzir a pena e substituir por restritivas (fls. 427/436).

Voto: I – Absolvição por falta de provas: É certo que as substâncias apreendidas são drogas, conforme laudo definitivo de fls. 178/180 (5,839g de “maconha” e 31,912g de “cocaína”).

Contudo, observa-se que o órgão ministerial não se incumbiu de comprovar as práticas descritas na inicial. As testemunhas ouvidas em juízo não conferem certeza da ocorrência do tráfico.

Analisando detidamente os autos, extrai-se que a prova da materialidade do delito decorreu, exclusivamente, de lesão à norma constitucional de inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI, CF) e devassa do aparelho celular.

Infere-se dos autos que a polícia recebeu notícia indicando o endereço de Patrícia como ponto de venda de drogas. Os policiais avistaram a mulher no quintal de sua residência em atitude suspeita, entraram e localizaram porções de “maconha” e cocaína e R\$ 155,00 (cento e cinquenta e cinco reais) em espécie. Através das mensagens de texto extraídas do celular de

Patrícia os milicianos verificaram indicativos da prática de tráfico e associação para o tráfico com auxílio de Mariana e as prenderam em flagrante.

Na delegacia, os policiais responsáveis pela prisão flagrancial asseveraram que receberam informações anônimas de tráfico em uma residência no setor São Simão; no endereço, avistaram uma mulher no quintal; ao notar a presença dos milicianos ela entrou correndo para o interior da casa; entraram e indagaram-na sobre drogas no imóvel; após busca, localizaram a porção de “maconha” e outra de “crack”; durante a diligência, verificaram que as mensagens de texto enviadas por Mariana a Patrícia indicavam que elas conviviam e comercializavam substância tóxica no imóvel (fls. 05/06, 07/08 e 09/10).

Em juízo, mudaram a versão.

O condutor do flagrante, Cleidiomar Ferreira da Silva, afirmou que nunca ouviu notícia anterior de venda de drogas pelas acusadas; ninguém chegou na casa de Patrícia, durante a diligência, para adquirir entorpecentes; Mariana foi detida na casa da mãe dela e não portava substância ilícita; conhece as apelantes de vista (fls. 212).

O policial Alex Aurélio Oliveira asseverou havia informações de que as acusadas vendiam entorpecentes na cidade, porém desconhece alguém que adquiriu delas; não se recorda se indicaram o nome do fornecedor das drogas; leram as mensagens e apreenderam o celular; o “crack” estava na parte externa do imóvel e a “maconha” no guarda-roupa; Mariana afirmou que vendeu cerca de quinze pedras de “crack” e gastou parte do dinheiro, restando apenas R\$ 20,00; (fls. 215).

No caso, somente o miliciano Adriano Rodrigues de Souza afirmou sob o crivo do contraditório a relação das apelantes na presente hipótese, sem contudo esclarecer o envolvimento delas no comércio de drogas. Contou que se deslocaram para o endereço de Patrícia após acionados pelo agente Danilo; no local, a acusada percebeu a presença da polícia e entrou na residência; acompanharam-na; entraram no quarto e viram uma sacola branca com um pedaço de “maconha”; o “crack” estava sob o tanque; as mensagens enviadas por Mariana no celular de Patrícia indicavam atos de mercancia ilícita; determinou a Patrícia responder os textos da corrê; as apelantes disseram que adquiriram droga de Danilo; na casa dele também foram encontrados entorpecentes e dinheiro; Danilo também foi conduzido à delegacia e instaurado TCO; Mariana não portava substância ilícita; ela falou que já tinha vendido a “pedra” adquirida na praça (fls. 213/214).

As acusadas negaram ser traficantes e a propriedade do material tóxico constritado.

Patrícia na delegacia disse que a pedido de Mariana guardou a droga em sua residência (fls. 11/12). Porém, em juízo se retratou.

Explicou que não é usuária de drogas; sua casa é aberta; existem muros somente na lateral e no fundo; não tinha conhecimento da droga apreendida; não é de Mariana tampouco guardou a pedido dela; a corrê passou uns dias em sua casa e não sabe se é dependente química; os policiais entraram e pegaram seu celular; não leu as mensagens recebidas; somente o policial Adriano (fls. 218/221).

Mariana na fase investigativa ficou em silêncio (fls. 13/14). Sob o crivo do contraditório

esclareceu que reside com os pais e às vezes pernoita na casa de Patrícia; não levou produto tóxico nem pediu para Patrícia guardá-lo; tampouco encaminhou ou recebeu mensagens com pedido de droga; depois da prisão ficou sabendo que os textos não foram encaminhados por Patrícia (fls. 222/225).

Inobstante as declarações dos milicianos devam ser levadas em consideração, as diferentes versões contadas sobre o mesmo fato não oferecem a certeza necessária da mercancia pelas acusadas.

A propósito, as testemunhas disseram que a suspeita inaugural veio de denúncias anônimas e conversas via celular reveladoras da comercialização de entorpecentes.

Contudo, sob o crivo do contraditório, se limitaram a reiterar os depoimentos prestados na fase investigatória sem pormenorizar as circunstâncias em que entraram na residência e participação de cada ré no caso em apreço.

Consoante posicionamento do Pleno do Supremo Tribunal Federal, sob Repercussão Geral, o ingresso forçado na residência, sem determinação judicial, só será válido se amparado por justa causa, ou seja, se houver elementos mínimos a caracterizar fundadas razões para o ato. Frise-se, eventual flagrante de delito permanente dentro da moradia não legitima a medida.

Confira-se:

“Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo (...) A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas (...)” (RE 603.616/RO; Relator Ministro Gilmar Mendes; DJe 10.05.2016).

No mesmo sentido:

“**Habeas corpus**. Atos infracionais análogos aos crimes de tráfico de drogas e de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito. Flagrante. Domicílio como expressão do direito à intimidade. Asilo inviolável. Exceções constitucionais. Interpretação restritiva. Invasão de domicílio pela polícia. Necessidade de justa causa. Nulidade das provas obtidas. Teoria dos frutos da árvore envenenada. Absolvição do adolescente. Ordem concedida (...) 2. Embora o Tribunal de origem haja concluído pela licitude das provas obtidas, em nenhum

momento explicitou, com dados objetivos do caso, em que consistiria a suposta atitude suspeita na qual estaria o adolescente, externalizada em atos concretos, tampouco fez menção a eventual movimentação de pessoas típica de comercialização de drogas. Não há referência a prévia investigação, monitoramento ou campanhas no local. Também não se tratava de averiguação de denúncia robusta e atual acerca da ocorrência de tráfico naquele local. Há apenas a descrição de que, quando o adolescente avistou os policiais militares, correu para dentro de sua residência, onde foi abordado. Aliás, a própria concentração fático-temporal dos acontecimentos - tudo se passou muito próximo e muito rápido - torna inclusive duvidosa eventual caracterização de “fuga”. 3. Uma vez que não há nem sequer como inferir, de fatores outros que não a mera fuga ante a iminente abordagem policial, que o paciente estivesse praticando atos infracionais análogos aos delitos de tráfico de drogas, de posse ou porte ilegal de arma de fogo com numeração suprimida, ou mesmo outro ato de caráter permanente, no interior da residência onde se homiziou, não há razão séria para a mitigação da inviolabilidade do domicílio, ainda que tenha havido posterior descoberta e apreensão, na residência do acusado, de drogas e de arma de fogo com numeração suprimida, sob pena de esvaziar-se essa franquia constitucional da mais alta importância. 4. No caso, houve mera intuição acerca de eventual traficância praticada pelo paciente, o que, embora pudesse autorizar abordagem policial, em via pública, para averiguação, não configurou, por si só, “fundadas razões” a autorizar o ingresso em seu domicílio, sem o seu consentimento e sem determinação judicial (...)” (STJ, HC 404124/SP, Sexta Turma, Relator para acórdão Ministro Rogério Schietti Cruz, DJe 28.11.2017).

“Apelação criminal. Crimes de tráfico de drogas, posse de apetrechos destinados ao tráfico e de munições. Sentença absolutória. Provas ilícitas e insuficiente. I - Resta maculada a higidez da busca e apreensão domiciliar, desprovida de ordem judicial, quando efetivada sem fato antecedente que indique efetiva ocorrência de crime no interior da residência, não sendo suficiente para justificar a medida brusca, informações anônimas e fora do contexto, violando a garantia da inviolabilidade do domicílio, prevista pelo art. 5º, inciso XI, da Magna Carta, com conseqüente nulidade das provas produzidas no flagrante e as dele derivadas (...) Apelo desprovido” (TJGO, 2ª CC, AC 251362-53.2015.8.09.0051, Relator Dr. Sival Guerra Pires, DJ 2320 de 02.08.2017).

Na hipótese, a assertiva da prática de crime pelas apelantes não passou de mera ilação, tendo vista que nem ao menos foi confirmada, sequer na fase inquisitiva.

Os policiais não demonstraram a existência de justa causa para a invasão, não bastando a mera alegação de informações apócrifas.

Nota-se que não foram efetivadas diligências, ainda que pequenas, seja na fase investigativa ou judicial, para buscar a comprovação do envolvimento das recorridas no caso em apreço.

Não bastasse, importante destacar que são ilícitos os dados extraídos do celular do agente sem prévia autorização judicial, obtidos diretamente pela polícia, ainda que o aparelho

tenha sido apreendido na ocasião do flagrante. Nesse sentido:

“Recurso especial. Direito penal. Legislação extravagante. Tráfico de entorpecentes. Doutrina dos frutos da árvore envenenada. Lei nº 11.343/2006. Dispositivo telefônico móvel. Ausência de autorização judicial para acesso aos arquivos e dados contidos no aparelho celular. Prova ilícita. Ocorrência (...) 1. As instâncias ordinárias contrariaram a jurisprudência deste Superior Tribunal, porquanto é ilícita a devassa de dados, bem como das conversas de whatsapp, obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido no flagrante, sem prévia autorização judicial. Recurso em habeas corpus parcialmente provido para declarar a nulidade das provas obtidas no celular do paciente sem autorização judicial, cujo produto deve ser desentranhado dos autos (RHC n. 76.510/RR, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 17.04.2017). 2. O art. 7º, III, da Lei nº 12.965/2014, resguarda os dados pessoais produzidos a partir da utilização da internet, os quais evidentemente incluem aqueles armazenados no aparelho celular (...)” (STJ, REsp 1675501/MG, Sexta Turma, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 27.10.2017).

Não havia motivo para a devassa do aparelho celular. Logo, os registros daí obtidos não podem ser admitidos como prova de autoria ou materialidade do delito (art. 157 do CPP).

Por isso, a negativa das rés é coerente e deve prevalecer diante da fragilidade do acervo probatório.

A entrada dos agentes de polícia na casa de Patrícia e a devassa das conversas constante no celular apreendido violaram o direito constitucionalmente assegurado. Por conseguinte, impõe-se a absolvição das apelantes (art. 386, II, do CPP).

Por conseguinte, impõe-se a restituição dos celulares e valor apreendidos (fls. 20) ao seu legítimo proprietário.

Conclusão: Ante o exposto, acolhido parcialmente parecer ministerial, conheço dos recursos e dou-lhes provimento para absolver Mariana Fonseca de Souza e Patrícia Gonçalves Ferreira nos termos do artigo 386, II, do CPP.

Apelação Criminal nº 26977.70.2017.8.09.0175 (201790269776)

Comarca de Aparecida de Goiânia

Apelante: Denieverson Roberto Ferreira

Apelado: Ministério Público

Relator: Des. J. Paganucci Jr.

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO. EMPREGO DE ARMA. CONCURSO DE PESSOAS. ABSOLVIÇÃO.

INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO SIMPLES OU ROUBO SIMPLES. REDUÇÃO DA PENA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE.

I – Se o conjunto probatório carreado ao feito demonstra de forma satisfatória a materialidade e a autoria do delito de roubo majorado pelo emprego de arma e concurso de pessoas, não sobra espaço às soluções absolutória e desclassificatórias.

II – A análise equivocada de circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59, do Código Penal, torna necessário o redimensionamento da pena base.

III – A atenuante da confissão deve ser concebida com a mesma equivalência da agravante da reincidência.

IV – O agravante da pena na terceira fase deve ser embasado em motivação idônea, não sendo servível a simples menção do número de majorantes.

V – O quantitativo de pena superior a 04 (quatro) anos e a reincidência impõem a manutenção do regime inicial fechado e obstam a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

VI – A pena de multa deve guardar estrita proporcionalidade com a privativa de liberdade.

VII – Inviável a concessão do direito de recorrer em liberdade a reincidente condenado em regime fechado que permaneceu preso durante toda a instrução processual.

VIII – Recurso conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os presentes autos, acordam os componentes do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, pela Terceira Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal, por unanimidade de votos, desacolhido o parecer ministerial, em conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, a fim de readequar a pena, nos termos do voto do Relator, proferido na assentada do julgamento.

Votaram, além do Relator, a Desembargadora Avelirdes Almeida Pinheiro de Lemos e o Desembargador Itaney Francisco Campos que completou a turma.

Ausência momentânea do Doutor Jairo Ferreira Júnior, em substituição ao Desembargador Nicomedes Domingos Borges.

Presidiu a sessão o Desembargador Ivo Favaro.

Presente ao julgamento o Doutor Paulo César Torres, digno Procurador de Justiça.

Goiânia, 21 de agosto de 2018.

RELATÓRIO

O Ministério Público do Estado de Goiás, por intermédio de seu representante legal junto à 2ª Vara Criminal da Comarca de Aparecida de Goiânia, ofereceu denúncia em face de Denieverson Roberto Ferreira, devidamente qualificado, imputando-lhe a prática da conduta típica descrita no artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, com acusação de que no dia 1º.02.2017, por volta de 04h30min, na Avenida Independência, Setor Colina Azul, em Aparecida de Goiânia, em unidade de desígnios com terceiro não identificado, subtraíram para ambos, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, 01 (uma) motocicleta Honda/Titan, ano/modelo 2001/2001, cor vermelha, placa KEG-7334, chassi 9C2JC3010R125578 e 02 (dois) capacetes pertencentes a Cleiton Alves da Silva Ramos.

Recebida a denúncia aos 22.03.2017 (fl. 155), as demais fases judiciais foram devidamente efetivadas (fls. 166, 172/173, 209/210, 242/243, 246/249 e 254/263).

Sobreveio sentença cuja prolatora julgou procedente o pedido formulado na exordial acusatória para condenar Denieverson Roberto Ferreira por infringência ao artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, à pena definitiva de 07 (sete) anos, 02 (dois) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais 96 (noventa e seis) dias-multa, à razão mínima, além do pagamento, a título de reparação de danos, do valor de R\$80,00 (oitenta reais) à vítima (fls. 264/288).

Irresignada, a defesa interpôs recurso apelatório (fl. 310). Nas razões, pleiteia absolvição por insuficiência de provas para a condenação, subsidiariamente, pede desclassificação da conduta para furto simples ou roubo simples, redimensionamento da pena, substituição por restritivas de direitos e concessão do direito de recorrer em liberdade (fls. 311/318).

Em contrarrazões, o representante do *Parquet* manifesta pelo conhecimento e desprovimento recursal (fls. 321/325).

A Procuradoria-Geral de Justiça, no verbo do Dr. Pedro Alexandre da Rocha Coelho, opina pela manutenção integral da sentença atacada (fls. 336/345).

É o relatório que submeto à doura revisão.

Goiânia, 18 de julho de 2018.

Des. J. Paganucci Jr. – Relator

VOTO

I – Da admissibilidade – presentes os pressupostos processuais objetivos e subjetivos, admito o recurso, passando, a seguir, à sua delibação.

II – Das preliminares – inexistente na espécie qualquer nulidade, tampouco causa de extinção da punibilidade.

III – Do mérito – cuida-se de apelação interposta por Denieverson Roberto Ferreira contra a sentença que o condenou pela prática do crime previsto no artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, à pena definitiva de 07 (sete) anos, 02 (dois) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais 96 (noventa e seis) dias-multa, à razão mínima, além do pagamento, a título de reparação de danos, do valor de R\$ 80,00 (oitenta reais) à vítima.

Busca absolvição por insuficiência de provas para a condenação, subsidiariamente, pede desclassificação da conduta para furto simples ou roubo simples, redimensionamento da pena, substituição por restritivas de direitos e concessão do direito de recorrer em liberdade.

Dos pleitos absolutório e desclassificatórios.

Não obstante os argumentos prolatados, vislumbra-se a improcedência dos pedidos absolutório e desclassificatórios, porquanto os elementos de convicção aferidos nos autos apontam o processado como um dos autores do roubo majorado pelo emprego de arma e concurso de pessoas.

A materialidade e a autoria do crime ficaram demonstradas pelo auto de prisão em flagrante (fls. 02/02v), nota de culpa (fl. 13), auto de exibição e apreensão (fl. 22), registros de atendimento integrado (fls. 24/25 e 26/27), termo de entrega (fl. 46), apreensão da motocicleta e de um capacete na posse do processado, bem como pelas declarações da vítima, depoimentos de dois policiais militares e confissão parcial do sentenciado (mídias – fls. 210 e 243), colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, todos em harmonia e convergentes no detalhamento da ação criminosa.

Aparecido José da Silva, policial militar condutor da prisão, afirmou em juízo que recebeu a notícia de que o apelante estaria vendendo a motocicleta na região do Dergo pelo valor de R\$ 50,00 (cinquenta reais). Asseverou que o abordaram no cruzamento da Avenida Anhanguera com rua 13 após tentativa de evasão ao deitar na calçada e se passar por morador de rua, ocasião em que prenderam com o veículo, a respectiva chave e um capacete. Respondeu que não teve contato com a vítima (mídia – fl. 210).

O policial militar Rodrigo Ferreira Marques enunciou sob o crivo do contraditório e da ampla defesa que sua equipe prendeu o processado na posse de veículo roubado. Narrou ter sido informado, via 190, que o apelante estava comercializando a motocicleta por valor muito abaixo do de mercado. Procedidas buscas, lograram êxito em detê-lo logo após deixar o bem na calçada e tentar evadir. Contou que o sentenciado estava com a chave do veículo e um capacete. Mencionou que não teve contato com a vítima, porém soube através do COPOM que o roubo foi cometido com arma de fogo (mídia – fl. 210).

Inquirida em juízo, a vítima, Cleiton Alvez da Silva Ramos, declarou que, no dia do fato, saiu da casa de sua tia sozinho, por volta de 04 (quatro) horas da manhã, subiu na moto e foi abordado por dois autores, os quais atravessaram a rua a pé e foram ao seu encontro. Falou que um deles empunhava arma de fogo. Narrou que lhe mandaram colocar a mão na cabeça, retirar o capacete e descer do veículo, o que atendeu de pronto. Mencionou que, na sequência, ambos evadiram na moto.

Respondeu ter sido informado da apreensão do veículo, comparecido ao distrito policial e reconhecido o apelante, por foto, como o autor do roubo que lhe apontou a arma, o qual estava vendendo o bem pelo valor de R\$ 50,00 (cinquenta reais). Disse que o comparsa do processado não foi localizado. Narrou que um dos dois capacetes, apreçado em R\$ 80,00 (oitenta reais), não foi recuperado (mídia – fl. 243).

Em seu interrogatório, Denieverson Roberto Ferreira confirmou parcialmente a acusação. Afirmou que praticou a subtração sem arma de fogo e sozinho. Disse que não ameaçou a vítima, a qual estava embriagada e deixou a chave na ignição. Negou que estivesse vendendo o bem. Falou que foi abordado pelos policiais quando dormia na calçada e que os dois capacetes e a chave estavam consigo (mídia – fl. 243).

Pela prova testemunhal produzida, constata-se que o apelante e um comparsa não identificado abordaram Cleiton Alves da Silva Ramos sobre a motocicleta, anunciaram assalto com arma em punho, exigiram que retirasse o capacete e descesse do veículo e nele evadiram, sendo que, posteriormente, Denieverson Roberto Ferreira foi preso na posse da moto e de um dos capacetes e reconhecido através de foto pela vítima na delegacia, cenário que demonstra elementares do tipo de roubo duplamente majorado.

Portanto, se o conjunto probatório carreado ao feito demonstra de forma satisfatória a materialidade e a autoria do delito de roubo majorado pelo emprego de arma e concurso de pessoas, consumado com a inversão da posse dos bens subtraídos – parcialmente restituídos através de intervenção policial – mormente pelo reconhecimento da vítima, depoimentos dos policiais militares, apreensão do veículo e de um capacete em poder do apelante e confissão parcial deste, não sobra espaço às soluções absolutória e desclassificatórias.

A matéria em tela inclusive é pacificada no Superior Tribunal de Justiça através do enunciado sumular nº 582:

“Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida à perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada.”

Tendo em vista a adequação da solução condenatória, passo ao procedimento dosimétrico.

Da pena.

O crime de roubo, previsto no artigo 157, do Código Penal, estabelece reprimenda de 04 (quatro) a 10 (dez) anos de reclusão e multa, passível de aumento de 1/3 (um terço) até ½ (metade) pela incidência das causas previstas em seu segundo parágrafo.

Compulsando a sentença condenatória atacada, checa-se que o juízo **a quo** fixou pena base de 05 (cinco) anos de reclusão, considerando desfavoráveis a culpabilidade e os motivos do crime.

No tocante à culpabilidade, motivou:

“A culpabilidade está evidente nos autos, tendo agido de forma livre e determinada sendo reprovável sua conduta.

Ademais, trata-se de agente imputável, em perfeitas condições de determinar-se de acordo com a plena consciência do caráter ilícito de sua conduta, exigindo-se, portanto, um comportamento diverso do que praticou, abstendo-se de subtrair bens de terceiros. Não vejo, pois, elemento algum que lhe impusesse o agir criminoso, razão pela qual atesto ser-lhe desfavorável esta circunstância judicial (Culpabilidade acentuada)” (fl. 283 – original grifado).

No caso, vejo que a sentenciante fundamentou o aludido vetor judicial como pressuposto de aplicação da pena (imputabilidade, potencial conhecimento da ilicitude e exigibilidade da conduta diversa), cujo afastamento tornaria inviável a prolação de sentença condenatória.

Conforme ensina Ricardo Augusto Schmitt¹, a culpabilidade em questão “é o grau de censura da ação ou omissão do acusado que deve ser valorada a partir da existência de um plus de reprovação social da sua conduta. Está ligada a intensidade do dolo ou o grau da culpa do agente, as quais devem ser graduadas no caso concreto, com vistas a melhor adequação da pena base”.

No caso em apreço, diante da argumentação inidônea, a referida circunstância judicial deve ser considerada neutra.

No que tange aos motivos, a condutora procedimental consignou que “não o favorecem, tratando-se de cupidez do agente, não encontrando qualquer guarida, haja vista que denunciado busca enriquecimento através da prática de condutas tidas como criminosas, lucro fácil em detrimento de efetivos prejuízos alheios, o que prejudica” (fl. 283 – original grifado).

Ocorre que enriquecimento ilícito e o lucro fácil são propulsores do intento criminoso do agente que se impõe sobre a vítima, já punidos pelo tipo penal, porque constituem critérios levados em conta pelo próprio legislador quando da fixação da pena em abstrato do delito, de acordo com a objetividade jurídica. Por isso, não acrescentam maior censura à conduta. Análise negativa afastada.

Portanto, havendo análise equivocada de circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59, do Código Penal, necessário o redimensionamento da pena base cominada na primeira instância em 05 (cinco) anos para 04 (quatro) anos de reclusão.

Na segunda fase do processo dosimétrico, concorrem a atenuante da confissão espontânea, prevista no artigo 65, inciso III, “d”, do Código Penal, e a agravante da reincidência (sentença condenatória transitada em 28.05.2012 nos autos nº 201200626243 – fl. 110).

Entretanto, a sentenciante preponderou a agravante, elevando a sanção em 02 (dois) meses, assim elaborando em equívoco, pois a atenuante deve ser concebida com a mesma equivalência da agravante, na esteira do entendimento desta Corte:

“Apelação criminal. Ministério Público. Roubo impróprio. Exclusão da compensação da atenuante da confissão com a agravante da reincidência. Inviabilidade. I – A atenuante da confissão e a agravante da reincidência, por serem relacionadas com a própria personalidade do agente, devem ser compensadas. II – Apelo conhecido e desprovido”. (TJGO. ACR 39114-50.2016.8.09.0036. Relatora Desembargadora Carmecy Rosa Maria A. de Oliveira. 2ª Câmara Criminal. DJe 2534 de 28.06.2018).

Na terceira fase, reconhecidas as causas de aumento de emprego de arma e concurso de pessoas, a magistrada aplicou a fração de 3/8 (três oitavos), tendo se limitado a reproduzi-las, o que constitui **bis in idem** (fl. 285).

De acordo com entendimento jurisprudencial pacificado e inclusive sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça no enunciado nº 443², o agravamento da pena na terceira fase deve ser embasado em motivação idônea, não sendo servível a simples menção do número de majorantes.

Assim, recuo a fração para a menor, de 1/3 (um terço), que faço incidir sobre a pena provisória de 04 (quatro) anos de reclusão, alçando-a para o patamar definitivo de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.

O quantitativo de pena superior a 04 (quatro) anos e a reincidência impõem a manutenção do regime inicial fechado e obstam a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a teor dos artigos 33 e 44, ambos do Código Penal.

Considerando que a multa deve guardar estrita proporcionalidade com a pena privativa de liberdade, reconduzo aquela de 96 (noventa e seis) para 13 (treze) dias-multa.

Do direito de recorrer em liberdade.

É inviável a concessão do direito de recorrer em liberdade a reincidente condenado em regime fechado que permaneceu preso durante toda a instrução processual. Nessa direção:

“Roubo circunstanciado pelo concurso de agentes e uso de arma. (...) 6. Pretensão de apelar em liberdade. Afastada. Inviável a concessão do direito de apelar em liberdade, se persiste a situação fática ensejadora da prisão cautelar, além de ter permanecido o agente encarcerado durante toda a instrução criminal, e, sendo ele reincidente, foi condenado a cumprir a pena corpórea inicialmente em regime fechado. Apelo conhecido e parcialmente provido”. (TJGO. ACR 160035-79.2017.8.09.0011. Relator Desembargador Leandro Crispim. 2ª Câmara Criminal. DJe 2516 de 04.06.2018).

Conclusão: desacolho o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, no verbo do Dr. Pedro Alexandre da Rocha Coelho, para conhecer e dar parcial provimento ao recurso a fim de readequar a pena.

É o voto.

Goiânia, 21 de agosto de 2018.

Des. J. Paganucci Jr. - Relator

¹ Sentença Penal Condenatória. 10ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 130.

² “O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes”.

Embargos de Declaração em Apelação Criminal nº 450430.81.2015.8.09.0051 (201594504300)
Comarca de Goiânia
Embargante: Haldeible Cristian dos Santos
Relator: Des. J. Paganucci Jr.

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AMBIGUIDADE. OBSCURIDADE. CONTRADIÇÃO. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 619, DO CPP.

I – Os embargos de declaração, mesmo para fins de prequestionamento, devem obediência ao artigo 619, do CPP, vale dizer, que somente são cabíveis para expungir do julgamento obscuridades, ambiguidades ou contradições, como também para suprir omissões. Logo, inexistindo qualquer destes vícios no acórdão combatido, impõe-se seu desprovemento, sobretudo quando a pretensão é reexaminar matéria já apreciada.

II – Embargos de Declaração desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os presentes autos, acordam os componentes do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, pela Terceira Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal, por unanimidade de votos, em conhecer e negar provimento aos embargos opostos, nos termos do voto do Relator, proferido na assentada do julgamento.

Votaram, além do Relator, que presidiu a sessão, a Desembargadora Avelirdes Almeida Pinheiro de Lemos e o Desembargador Nicomedes Domingos Borges.

Presente ao julgamento o Doutor Paulo César Torres, digno Procurador de Justiça.

Goiânia, 19 de abril de 2018.

Des. J. Paganucci Jr. – Relator

RELATÓRIO E VOTO

Trata-se de Embargos de Declaração, opostos por Haldeible Cristian dos Santos, qualificado, por intermédio de defensor constituído, ao acórdão tomado no julgamento do apelo defensivo, que lhe negou provimento, mantendo sua condenação pela prática do delito de latrocínio à pena de 21 (vinte e um) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime fechado.

O embargante aduz a ocorrência de ambiguidade e obscuridade no acórdão objurgado, aos argumentos de que adotou os mesmos fundamentos da sentença condenatória, invertendo o ônus da prova e violando o princípio da presunção de inocência, não apresentando justificativa clara e irrefutável de que seja o mandante do crime de latrocínio, mormente considerando que o entendimento perfilhado na decisão de que não é necessária sua presença no local do fato vai

de encontro à acusação ministerial de que comandou a execução do delito de dentro de seu veículo Fiat/Línea, além de o depoimento do corréu Pedro Henrique se encontrar isolado, não sendo respaldado por outras provas.

Sustenta haver contradição e omissão no pronunciamento colegiado, visto que“(…) encontrou insuficiência de provas para absolver Diego e a mesma insuficiência de provas (…)” (fl. 1.696) serviu para condená-lo, ademais, não analisou os pedidos de perícia requeridos como direito seu de produzir provas, adotando presunção de culpa e cerceando todas as garantias constitucionais que lhe são asseguradas, tais como ampla defesa e contraditório.

Por essas razões, requer que os presentes embargos sejam providos, a fim de sanar a ambiguidade, obscuridade, contradição e omissão apontadas, colocando-os em mesa para julgamento colegiado.

Relatório.

Passo ao Voto.

Tempestivos ditos embargos, ante o protocolo acostado à inicial (fl. 1.694), adequados, em tese, à luz do disposto no artigo 619, do Código de Processo Penal, a hipótese é de conhecimento.

Dispõe o artigo 619, do Código de Processo Penal, **in verbis**:

“Aos acórdãos proferidos pelos Tribunais de Apelação, câmaras ou turmas, poderão ser opostos embargos de declaração, no prazo de 2 (dois) dias contado da sua publicação, quando houver na sentença ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão”.

Na hipótese vertente, após uma leitura atenta das razões aventadas, em cotejo com o acórdão recorrido, constata-se que o embargante Haldeible Cristian dos Santos, sustentando que a deliberação desta Corte foi ambígua, obscura, contraditória e omissa, em verdade, almeja obter tão somente o reexame do mérito, visando provar sua inocência, o que não é possível pela via eleita.

É cediço que o Tribunal de Justiça, no acórdão deve, quando da apreciação dos recursos, dedicar atenção aos variados temas invocados pelas partes, assim atuando em resguardo à garantia constitucional das decisões judiciais fundamentadas, prevista no artigo 93, inciso IX, da Magna Carta.

No caso em análise, diferentemente do argumentado, a Corte apreciou todas as teses defensivas invocadas, dentre elas, a preliminar de nulidade processual por cerceamento de defesa, ante o indeferimento das perícias postuladas, bem como apontou todos os fundamentos para manutenção da condenação do embargante, com lastro em elementos de convicção suficientes e idôneos carreados aos autos, não havendo que se cogitar em qualquer vício no pronunciamento colegiado.

Veja a ementa do acórdão combatido:

“Apelação criminal dupla. Latrocínio. Preliminares. Cerceamento de defesa. Indeferimento de perícias. 1. O indeferimento fundamentado de pedido de produção de prova, como ato norteador da discricionariedade regrada do julgador, não caracteriza cerceamento de defesa, sendo-lhe facultado negar motivadamente a realização das

diligências que considerar desnecessárias ao esclarecimento dos fatos, ao reconhecer a suficiência das provas colhidas. Inteligência dos arts. 184 e 400, § 1º, do CPP. Nulidade do interrogatório extrajudicial sem advogado. 2. Resguardados os direitos fundamentais previstos no art. 5º, incisos, LXII, LXIII e LXIV, da CF, não há que se falar em nulidade do interrogatório policial realizado sem a presença de advogado, pois a defesa técnica nessa ocasião não é obrigatória, mesmo com a invocação legislativa promovida pela Lei nº 13.245/16, que apenas assegura tal direito no caso de o investigado apresentar ou apontar o defensor. 3. Preliminares rejeitadas. Mérito. Absolvição. Reconhecimento da cooperação dolosamente distinta ou participação de menor importância. Concessão da justiça gratuita. Revogação da prisão preventiva. 1. Restando demonstrado, pelos elementos de convicção apurados nos autos, a conduta ilícita pertinente ao crime de latrocínio, tipificado pelo artigo 157, § 3º, segunda parte, do CP, não sobra espaço aos pleitos absolutórios. 2. Não há que se falar em participação de menor importância, se o apelante contribuiu decisivamente para o sucesso da empreitada criminosa. 3. Constatando-se que um dos comparsas estava armado para o propósito premeditado de subtração de bem anteriormente eleito, a ocorrência de resultado mais grave (morte) torna todos os coautores responsáveis pelo crime, pouco importando se a atuação de um, durante a execução, foi menos intensa que a do outro, de modo a revelar inoportável o reconhecimento da cooperação dolosamente distinta (art. 29, § 2º, primeira parte, do CP). 4. Prejudicada a concessão dos benefícios da justiça gratuita, quando deferida por ocasião da sentença. 5. A prisão preventiva do acusado foi amplamente apreciada em sede de **Habeas Corpus**, anteriormente impetrado, denegado à unanimidade, não havendo nenhum fato novo apto a modificar este entendimento. 6. Apelos conhecidos e desprovidos.“

Vale dizer, durante o tramitar processual foram asseguradas ao embargante todas as garantias constitucionais processuais, bem como resguardados todos os seus direitos, inexistindo a invocada inversão do ônus da prova ou contrariedade à acusação, na medida em que explicou adequadamente os fundamentos reveladores do envolvimento dele como mandante do crime imputado, que, ao contrário do aduzido, não se basearam unicamente no interrogatório do corréu Pedro Henrique Nascimento Moreira, mas em vasto acervo probatório convincente.

Nesse sentido, o acórdão objurgado elucidou:

“(…) A defesa de Haldeible insiste em argumentar que este não se encontrava presente nas imediações do apartamento da vítima, engendrando esforços para a confecção de álibis que, a seu ver, demonstrariam que, no dia do fato, permaneceu em sua residência. Ocorre que, além de Haldeible ter sido o mandante do crime, consoante anteriormente assinalado, a defesa não conseguiu demonstrar que, de fato ele não se encontrou com Pedro Henrique nos períodos supramencionados (...).

Ao contrário do aduzido pelo defensor do processado Haldeible, a absolvição de Diego César Salerno não desconstrói a narrativa da denúncia ou mesmo a qualificação do delito imputado, pois o concurso de pessoas fica caracterizado com a participação de no

mínimo dois agentes, no caso, efetivamente comprovado em relação a Pedro Henrique e Haldeible, e os apelantes foram condenados no crime de latrocínio (art. 157, § 3º, segunda parte, do CP) e não no roubo circunstanciado pelo concurso de pessoas. O que ficou bem claro na sentença é que não foram carreadas provas suficientes do envolvimento de Diego na ação delitiva, como aquele responsável por contratar os dois executores do delito, portanto, em nada influenciando na participação dos processados, que permanece hígida, diante do vasto conjunto probatório colacionado.

Fortes nessas razões, a participação dos apelantes no evento criminoso está amparada em todos o arcabouço probatório colhido durante a instrução processual que confirma a versão apresentada pelo corréu Pedro Henrique na fase extrajudicial, vale dizer, sua delação sobre o mandante Haldeible, sendo coerente e harmônica com as demais provas, como na espécie, mostra-se apta a fundamentar a condenação proferida (...)" (fls. 1.675/1.676 e 1.678/1.679).

Assim, evidente que a prestação jurisdicional resultou completa, sendo certo que a Corte cumpriu o encargo processual de motivar o acórdão tomado em julgamento da apelação defensiva, invocando os elementos de convicção idôneos para tanto, compatibilizando a decisão ao exigido pelo artigo 93, inciso IX, da Carta da República.

Como é cediço, os embargos de declaração mesmo para fins de prequestionamento, devem obediência ao artigo 619, do Código de Processo Penal, vale dizer somente são cabíveis para expungir do julgamento obscuridades, ambiguidades ou contradições, como também para suprir omissões. Logo, inexistindo qualquer destes vícios no acórdão combatido, impõe-se o seu desprovemento.

Nesse sentido, colhe-se o seguinte julgado:

"Embargos de declaração na apelação criminal. Reexame e modificação do julgado. Impossibilidade. 1. Os embargos declaratórios têm a finalidade de dirimir contradição, omissão obscuridade ou ambiguidade do julgado, não se prestando ao reexame de matérias já discutidas no **decisum** embargado. Prequestionamento. Descabimento. 2. Ainda que a finalidade dos embargos seja o prequestionamento da matéria, com vistas a viabilizar a interposição de recursos para as instâncias superiores, devem ser observados os limites traçados no artigo 619, do CPP, revelando-se inoportável quando expuser propósito de reexame da causa. Embargos de declaração desprovidos." (TJGO, Apelação Criminal 172300-53.2016.8.09.0010, Relator Desembargador Avelirdes Almeida Pinheiro de Lemos, 1ª Câmara Criminal, julgado em 27.06.2017, DJe 2304 de 10.07.2017).

Conclusão: não vislumbrando qualquer ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão no acórdão embargado, nada havendo que ser sanado, conheço dos presentes Embargos de Declaração e desprovejo-os.

É o voto.

Goiânia, 19 de abril de 2018.

Des. J Paganucci Jr. - Relator

Recurso em Sentido Estrito nº 414292.97.2016.8.09.0175 (201694142922)

Comarca de Goiânia

Recorrente: Diego Araújo Souza

Recorrido: Ministério Público

Relator: Des. Ivo Favaro

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO. QUALIFICADORAS. EXCLUSÃO. PROVIMENTO.

I – O caderno informativo comprova materialidade e indícios suficientes da autoria, mantida a pronúncia (art. 413, CPP).

II – Devem ser excluídas as qualificadoras, ausente qualquer prova jurisdicionalizada de sua ocorrência.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, pela 2ª Turma Julgadora de sua Primeira Câmara Criminal, à unanimidade, acolhendo em parte o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator e da Ata de Julgamentos.

Participaram do julgamento, votando com o Relator, que o presidiu, o Doutor Fábio Cristóvão de Campos Faria, substituto do Desembargador J. Paganucci Jr., e a Desembargadora Avelídes Almeida Pinheiro de Lemos. Presente, representando o órgão de cúpula do Ministério Público, o Doutor Abrão Amisy Neto.

Goiânia, 02 de outubro de 2018.

Des. Ivo Favaro - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de recurso em sentido estrito (fl. 287) de Diego Araújo Souza da decisão que o pronunciou no artigo 121, § 2º, I e IV, do Código Penal (fls. 271/279).

Narra a inicial que em 11/12/2016, às 22h30, na Avenida do Povo, qd. 5, lt. 44, Setor Vila Mutirão I, Capital, Diego teria matado Reginaldo Alves Batista por motivo torpe e recurso que dificultou a defesa, a tiros.

A vítima, usuário de drogas, dormia em uma boca de fumo quando o acusado, de inopino, atirou nela, que acordou e tentou correr, mas foi alvejado. Consta que o réu praticou o fato por vingança, pois alguns anos antes teria sido esfaqueado pelo atirado.

O recorrente pede a exclusão das qualificadoras (fls. 337/343).
Contrarrazões pelo conhecimento e desprovemento (fls. 345/349).
Mantida a pronúncia (fl. 350).
A Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 355/357) é pela manutenção da sentença.
É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos, conheço.

A pronúncia encerra mero juízo de admissibilidade, os elementos informativos servem para o convencimento do julgador sobre o prosseguimento da ação, levando o caso ao júri, competente para a causa.

Nessa fase processual, basta a indicação da materialidade e indícios suficientes e seguros da autoria, não se exigindo prova plena (art. 413, CPP).

A materialidade está demonstrada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 2/6), registro de atendimento integrado (fls. 18/18-v e 27/29), laudos de exames cadavérico (fls. 70/71), caracterização de elementos de munição para arma de fogo (fls. 84/87) e local de morte violenta (fls. 112/134 e 173/194).

A atribuição de autoria tem algum esteio no interrogatório do réu e nos depoimentos das testemunhas.

Com efeito, o próprio réu admitiu os tiros em Reginaldo; a vítima o ameaçava e já atentou contra sua vida; esfaqueou-me, isso aconteceu alguns anos antes do fato; no dia, após sofrer novas ameaças, resolveu conversar com ela; estava armado por medo de morrer; assim que se encontraram, entraram em luta corporal; não sabe dizer se ela tinha arma (faca), não viu; atirou; a arma era emprestada; ninguém presenciou, estavam sozinhos no momento; não é verdade que disparou enquanto Reginaldo dormia (mídia de fl. 245).

O policial militar Valdemir Rodrigues Vieira também o apontou como o responsável: antes de falecer, a vítima contou que o autor era Diego; ele era conhecido na região; diligenciaram para localizar Diego; quando voltaram ao local do fato, Reginaldo estava morto; foi presa mais de uma pessoa por esse fato; o réu também foi detido; não sabe precisar como ele foi localizado e identificado (CD de fl. 245).

Ao seu turno, as testemunhas arroladas pela defesa, Adriana dos Santos Silva e Lúcia Helena de Andrade Mendanha, disseram que a vítima ameaçava o processado e já tentara matá-lo, isso tem muito tempo; ela usava drogas, não sabem se Diego tem envolvimento com entorpecentes; ele sempre foi trabalhador e nunca ouviram nada que o desabone (CD de fl. 245).

Nesse contexto, mantida a pronúncia.

Merece acolhimento a pretensão de exclusão das qualificadoras (artigo 121, § 2º, I e IV, CP), manifestamente improcedentes.

Não há nenhuma prova jurisdicionalizada de que o fato foi cometido por motivo torpe (vingança) ou mediante recurso que dificultou a defesa.

Como visto, as testemunhas ouvidas não contribuíram à elucidação, não demonstraram conhecimento sobre as suas circunstâncias (mídia de fl. 245). Além disso, o depoimento do recorrente é no sentido de que estava sendo ameaçado e que houve luta corporal (CD de fl. 245), incompatível com as qualificadoras. Portanto, ausente qualquer elemento concreto da ocorrência, devem ser afastadas de pronto.

Ante o exposto, acolhendo em parte o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, conheço do recurso e dou-lhe provimento para excluir as qualificadoras.

É como voto.

Des. Ivo Favaro - Relator

SINOPSE

Relatório: Trata-se de recurso em sentido estrito (fl. 287) interposto por Diego Araújo Souza da pronúncia do juízo da 3ª vara criminal da Capital.

Narra a inicial que em 11/12/2016, às 22h30, na Avenida do Povo, qd. 5, lt. 44, Setor Vila Mutirão I, Goiânia/GO, Diego teria matado Reginaldo Alves Batista, por motivo torpe e mediante recurso que dificultou sua defesa, desferindo disparos de arma de fogo.

Ressai que a vítima, usuário de drogas, dormia em uma boca de fumo quando o acusado, de inopino, atirou em sua direção. Reginaldo acordou e tentou correr, mas foi alvejado. Consta que o réu praticou o ilícito por vingança, pois alguns anos antes do fato foi esfaqueado pelo ofendido.

Pronúncia: Artigo 121, § 2º, I e IV, CP (fls. 271/279).

Res: Exclusão das qualificadoras (fls. 337/343).

Juízo de Retratação: Mantida a decisão (fl. 350).

PGJ: Pela manutenção da sentença (fls. 355/357).

Voto: Acolher em parte, conhecer e prover.

Presentes os pressupostos, conheço.

A pronúncia encerra mero juízo de admissibilidade, os elementos informativos servem para o convencimento do julgador sobre o prosseguimento da ação, levando o caso ao júri, competente para a causa.

Nessa fase processual, basta a indicação da materialidade e indícios suficientes e seguros da autoria, não se exigindo prova plena (art. 413, CPP).

A materialidade está demonstrada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 2/6); registro de atendimento integrado (fls. 18/18-v e 27/29); laudos de exames cadavérico (fls. 70/71), caracterização de elementos de munição para arma de fogo (fls. 84/87) e local de morte violenta (fls. 112/134 e 173/194).

A atribuição de autoria tem algum esteio no interrogatório do acusado e nos depoimentos das testemunhas.

Com efeito, o próprio réu admitiu os disparos em desfavor de Reginaldo Alves Batista: a vítima o ameaçava e já atentou contra sua vida, lhe deu uma facada, isso aconteceu alguns anos

antes do fato; no dia, após sofrer novas ameaças, resolveu conversar com ela; estava armado por medo de morrer; assim que se encontraram, entraram em luta corporal; não sabe dizer se ela tinha arma (faca), não viu; atirou; a arma era emprestada; ninguém presenciou, estavam sozinhos nesse momento; não é verdade que disparou enquanto Reginaldo dormia (mídia de fl. 245).

O policial militar Valdemir Rodrigues Vieira também o apontou como o responsável: antes de falecer, a vítima lhe contou que o autor do crime era Diego; ele era conhecido na região; diligenciaram para localizar Diego; quando voltaram ao local do crime, Reginaldo estava morto; foi presa mais de uma pessoa por este homicídio; o acusado também foi detido; não sabe precisar como ele foi localizado e identificado (CD de fl. 245).

Ao seu turno, as testemunhas de defesa, Adriana dos Santos Silva e Lúcia Helena de Andrade Mendanha, atestaram que: a vítima ameaçava o processado e já tentou matá-lo, isso tem muito tempo; ela usava drogas, não sabem se Diego tem envolvimento com entorpecentes; ele sempre foi trabalhador e nunca ouviram nada que desabone sua conduta (CD de fl. 245).

Nesse contexto, mantida a pronúncia.

Merece acolhimento a pretensão de exclusão das qualificadoras (artigo 121, § 2º, I e IV, CP), manifestamente improcedentes.

Não há nenhuma prova jurisdicionalizada de que o delito teria sido cometido por motivo torpe (vingança) ou mediante recurso que dificultou a defesa.

Como visto, as testemunhas ouvidas não contribuíram à elucidação do delito, não demonstraram conhecimento sobre as suas circunstâncias (mídia de fl. 245). Além disso, o discurso do recorrente é no sentido de que estaria sendo ameaçado e que houve luta corporal (CD de fl. 245), incompatível com as qualificadoras. Portanto, ausente qualquer elemento concreto da ocorrência, devem ser afastadas de pronto.

Conclusão: Ante o exposto, acolhendo em parte o parecer da PGJ, conheço do recurso e dou-lhe provimento para excluir as qualificadoras.

ÍNDICES

Índice Alfabético Cível

A

Agravo de Instrumento. Tríade de agravos de instrumento declarados conexos. Bloco decisório. Direito agrário e sucessório. Preferência do arrendatário na aquisição do imóvel rural arrendado em igualdade de condições com o adquirente. Inviabilidade de compensarem-se alegados créditos do arrendatário para efetivação da aquisição, pena de afastar-se a isonomia exigível com o adquirente. Eficácia plena da cessão de direitos hereditários da herdeira a quem sobreveio a maioridade. Ineficácia de cessão, anterior à partilha, cujo objeto recaia sobre bem singularizado. Irrelevância para aferição do interesse recursal de acordo que a julgadora de piso negou-se a homologar.....	11
Apelação cível. Ação de indenização por danos morais. Atendimento domiciliar (home care). Cerceamento de defesa. Inocorrência. Ausência de cobertura do plano de saúde. Cláusula restritiva. Danos morais. Improcedência. Ônus sucumbencial.....	27
Apelação cível. Ação de responsabilização civil com pedido de indenização por danos materiais, morais e estético. Acidente. Queda de motociclista em razão de buraco na via pública. Preliminar de ilegitimidade passiva. Afastada. Má conservação da pista de rolamento. Ausência de sinalização no local. Omissão. Responsabilidade do ente municipal. Dever de indenizar. Requisitos presentes.....	34
Apelação cível. Ação de indenização. Acidente de trânsito. Denúnciação à lide da seguradora. Ausência de interesse recursal. Danos morais. Previsto na apólice. Dano estético. Exclusão prevista apenas nas cláusulas gerais. Abatimento do seguro DPVAT. Possibilidade. Desnecessidade de comprovação do recebimento da quantia.....	40
Apelação cível. Ação indenizatória. Transporte de passageiros. Acidente. Responsabilidade objetiva. Dano moral e estético. Cumulação permitida – Súmula nº 387/STJ. Indenização arbitrada em observância aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Pensionamento mensal – art. 949, código civil. Súmula nº 326/STJ. Sucumbência recíproca não evidenciada. Desprovemento.....	50
Apelação cível. Ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais e lucros cessantes. Instalação imediata de rede de energia elétrica. Programa Luz para Todos. Necessidade de observância do calendário homologado pela ANEEL. Ingerência do Poder Judiciário. Dano moral e lucros cessantes. Ausência de ato ilícito.....	56
Apelação Cível. Ação de indenização por danos morais e materiais. Alegação de erro judiciário. Prisão preventiva e posterior sentença penal absolutória.....	63
Apelação cível. Ação declaratória de dependência econômica c/c pensão por morte. Genitora do segurado. Dependência econômica comprovada. Termo inicial do benefício. Data do óbito.....	74
Apelação Cível. Ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos materiais e morais. Pedido de entrega imediata do imóvel. Sentença que rescinde o contrato. Nulidade. Vício extra	

petita. Teoria da causa madura. Aplicabilidade. Loteamento. Atraso na entrega do bem. Preliminares. Ausência de notificação extrajudicial para rescisão do contrato e ausência de interesse de agir. Incidência da legislação consumerista. Cronograma de obras descumprido. Necessidade de comprovação do adimplemento por parte da incorporadora. Cláusula de tolerância ultrapassada. Teoria do adimplemento substancial.....	81
Apelação cível. Ação de indenização por danos morais c/c pensão por morte. Acidente de trânsito. Víctima fatal. Conversão abrupta do apelante à esquerda em via proibida. Víctima trafegava na faixa exclusiva para ônibus. Culpa concorrente. Imprudência de ambos os envolvidos no acidente. Inexistência de contradição entre o boletim de ocorrência de acidente de trânsito - BOAT e o laudo pericial. Repartição proporcional dos prejuízos sofridos. Danos morais <i>in re ipsa</i> . Morte do filho e do genitor da menor impúbere. Seguro obrigatório. DPVAT. Abatimento (Súmula 246, STJ). Recebimento não comprovado. Correção monetária. Data do arbitramento (Súmula nº 362 STJ). Sucumbência recíproca. Redistribuição do ônus.....	100
Apelação cível. Ação de indenização. Realização de ureterorenolitotripsia (retirada de cálculo do ureter). 1. Legitimidade passiva do instituto do rim. 2. Responsabilidade do médico e do hospital. Má prestação do serviço médico e hospitalar. Dever de indenizar. 3. Manutenção do quantum dos danos morais. 4. Afastamento da sucumbência recíproca. 5. Majoração dos honorários advocatícios.....	112
Apelação cível. Ação de indenização por danos morais e materiais. Acidente com motocicleta. 1. Conduta omissiva da ré. Ausência de sinalização de quebra-molas. 2. Ausência de habilitação para pilotar motocicleta. 3. Sucumbência recíproca.....	124
Apelação cível. Ação ordinária. Instituição de ensino superior. Curso de direito. Reprovação do aluno por excesso de faltas e por descumprimento da grade curricular. Aprovação no exame de ordem: irrelevância. Inexistência de direito à expedição de diploma.....	128
Apelação cível. Ação de indenização por danos morais. Responsabilidade civil objetiva. Mandado de prisão em aberto. Autor que foi algemado e conduzido à delegacia de polícia para averiguação. Ato ilícito, dano moral e nexo de causalidade demonstrados. Dever de indenizar. Redução do valor da indenização.....	131
Apelação cível em mandado de segurança. Cobrança de imposto sobre prestação de serviço de qualquer natureza (ISSQN). Obra particular realizada pelo proprietário. Ausência de prova pré-constituída. Necessidade de dilação probatória. Inviabilidade da via eleita.....	135

D

Duplo Grau de Jurisdição. Apelação cível. Ação de indenização. Intimação da sentença penal. Homônimo. Exercício regular de um direito. Excludente da responsabilidade civil. Ato ilícito não configurado. Dano moral afastado.....	144
---	-----

Índice Alfabético Criminal

A

- Apelação criminal.** Estupro de vulnerável e submissão de criança a constrangimento. Nulidades. Infringência ao disposto no art. 212 do CPP. Ausência de análise das teses levantadas nas alegações finais e condenação exclusivamente nas provas inquisitoriais. Inocorrência. Preliminares afastadas. Absolvição. Inviabilidade. Atipicidade. Não verificada. Desclassificação. Cabimento. Tentativa e redução da pena. Prejudicados.....152
- Apelação criminal.** Roubo que resulta em lesão corporal. Absolvição. Cabimento. Dúvida quanto à identidade física do autor do delito.....172
- Apelação criminal.** Estupro de vulnerável. Vítima menor de 14 anos. Consentimento da vítima. Irrelevância. Proteção legal e constitucional da criança e do adolescente. Presunção absoluta de vulnerabilidade.....176
- Apelação criminal.** Crime ambiental. Uso de petrecho de pesca proibido. Conduta que não pressupôs mínima ofensividade ao bem jurídico tutelado. Princípio da insignificância. Atipicidade material da conduta..... 182
- Apelação criminal.** Tráfico. Absolvição. Violação de domicílio. Devassa de dados. Associação para o tráfico. Descaracterização..... 188
- Apelação criminal.** Roubo majorado. Emprego de arma. Concurso de pessoas. Absolvição. Insuficiência de provas. Desclassificação para furto simples ou roubo simples. Redução da pena. Substituição por restritivas de direitos. Direito de recorrer em liberdade..... 198

E

- Embargos de declaração.** Ambiguidade. Obscuridade. Contradição. Omissão. Inocorrência. Ausência dos requisitos do artigo 619, do CPP.....205

R

- Recurso em sentido estrito.** Homicídio. Qualificadoras. Exclusão. Provimento.....209

Índice Numérico Cível

Agravo de Instrumento nº 5142659.28.2017.8.09.00000.....	11
Apelação Cível nº 0303852.97.2013.8.09.0091.....	27
Apelação Cível nº 0010138.11.2015.8.09.0087.....	34
Apelação Cível nº 0176338.29.2012.8.09.0017.....	40
Apelação Cível nº 0421071.86.2015.8.09.0051.....	50
Apelação Cível nº 0334683.79.2016.8.09.0041.....	56
Apelação Cível nº 0137977.64.2014.8.09.0051.....	63
Apelação Cível nº 0253933.70.2010.8.09.0051.....	74
Apelação Cível nº 5243275.21.2017.8.09.0029.....	81
Apelação Cível nº 0128420.24.2012.8.09.0051.....	100
Apelação Cível nº 0150508.60.2013.8.09.0006.....	112
Apelação Cível nº 0017018.20.2016.8.09.0140.....	124
Apelação Cível nº 249307.66.2014.8.09.0051.....	128
Apelação Cível nº 0058784.31.2011.8.09.0107.....	131
Apelação Cível em Mandado de Segurança nº 0156805.63.2016.8.09.0011.....	135
Duplo Grau de Jurisdição nº 0283765.17.2011.8.09.0051.....	144

Índice Numérico Criminal

Apelação Criminal nº 6819-38.2014.8.09.0065 (201490068198).....	152
Apelação Criminal nº 3769-09.2014.8.09.0128 (201490037691).....	172
Apelação Criminal nº 50612-95.2014.8.09.0107 (201490506128).....	176
Apelação Criminal nº 353625-41.2011.8.09.0040 (201193536251).....	182
Apelação Criminal nº 501058.93.2011.8.09.0090 (201195010583).....	188
Apelação Criminal nº 26977.70.2017.8.09.0175 (201790269776).....	198
Embargos de Declaração em Apelação Criminal nº 450430.81.2015.8.09.0051 (201594504300).....	205
Recurso em Sentido Estrito nº 414292-97.2016.8.09.0175 (201694142922).....	209