

# 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.

Av. Assis Chateaubriand, nº 195 - Setor Oeste

Goiânia – Goiás

CEP.: 74.130/012

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

2020

I – Jurisprudência

## SUMÁRIO

Assunto	Página
Composição atual do Egrégio Tribunal de Justiça de Goiás .....	4
<b>JURISPRUDÊNCIA</b>	
Jurisprudência Cível .....	8
Jurisprudência Criminal .....	524
<b>ÍNDICES</b>	
Alfabético Cível .....	590
Alfabético Criminal .....	597
Numérico Cível .....	599
Numérico Criminal .....	601

## 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 Gutemberg 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)

# JURISPRUDÊNCIA CÍVEL



Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5486394-38.2017.8.09.0000

Comarca de Goiânia

Orgão Especial

Requerente: Procurador-Geral de Justiça do Estado de Goiás

Requeridos: Município de Goiânia e Outro

Relator: Des. Diác. Delintro Belo de Almeida Filho

**EMENTA:** AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. PERMISSÃO DE TRÍPLICE ACUMULAÇÃO DE CARGOS. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL VERIFICADA. MODULAÇÃO. NECESSIDADE.

**I** - Na forma como determinam o art. 92, inciso XVIII, alíneas “a”, “b” e “c”, da CE-GO e do art. 37, inciso XVI, alíneas “a”, “b” e “c”, da CF/88, não se admite a acumulação de cargos públicos, exceto dois de professor; um de professor e outro técnico ou científico; e dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas.

**II** - As exceções constitucionais à vedação da não-cumulatividade de cargos são taxativas, não admitindo ampliação legislativa para se admitir uma acumulação tríplice, nem mesmo sob exigência de afastamento, porquanto em tal hipótese, não resta rompida a vinculação do servidor.

**III** - Evidenciada a incompatibilidade material do art. 44 da Lei Complementar nº 276/2015 do Município de Goiânia-GO e também da norma a ser repristinada, qual seja, art. 144 da Lei Complementar nº 11/1992 do Município de Goiânia-GO, que admitem uma tríplice acumulação de cargos, a declaração de sua inconstitucionalidade é medida que se impõe.

**IV** - Evitando-se a violação da segurança jurídica, impõe-se modular temporalmente os efeitos da declaração de inconstitucionalidade para resguardar, até a data de publicação do acórdão, os direitos dos servidores que, de boa-fé, acumularam funções de acordo com a legislação ora declarada inconstitucional. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE. EFEITOS PROSPECTIVOS.

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5486394-38.2017.8.09.0000 da Comarca de Goiânia, em que figura como requerente o Procurador-Geral de Justiça do Estado de Goiás e como requeridos o Município de Goiânia e a Câmara Municipal de Goiânia.

Acorda o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, pelos integrantes do Órgão Especial, à unanimidade de votos, em julgar procedente a ação direta de inconstitucionalidade, tudo nos termos do voto do Relator.

Presidiu a sessão de julgamento, o Excelentíssimo Senhor Desembargador Walter Carlos Lemes.

Presente o(a) ilustre representante da Procuradoria-Geral de Justiça.

Goiânia,

Documento datado e assinado eletronicamente.

Des. Diác. Delintro Belo de Almeida Filho - Relator

## VOTO

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de Goiás, com fulcro no art. 129, IV, da CF/88; art. 29, I, da Lei Federal nº 8.625/93; art. 60, V e 117, IV, primeira parte, ambos da CE/GO; e art. 52, II, da LC Estadual nº 25/98, tendo por objeto o parágrafo único do art. 44 da Lei Complementar nº 276/2015 do Município de Goiânia, que autorizou a acumulação remunerada de cargos públicos, figurando como Requeridos os órgãos responsáveis pela edição do ato Município de Goiânia e Câmara Municipal de Goiânia.

Em sua petição inicial, o Requerente alega que o dispositivo impugnado viola a regra constitucional que proíbe, ressalvadas algumas exceções, a acumulação remunerada de cargos públicos, evidenciando flagrante afronta ao disposto no art. 92, inciso XVIII, alíneas “a”, “b” e “c”, da CE/GO, que têm sua matriz no art. 37, inciso XVI, alíneas “a”, “b” e “c”, da CF/88.

Ressalta que “a regra constitucional não foi observada pelo legislador goianiense ao editar o parágrafo único, do art. 44, da Lei Complementar nº 276/2015, uma vez que tal norma autorizou a acumulação remunerada de cargos públicos fora das hipóteses constitucionalmente previstas”.

Pontua que mencionado dispositivo legal consentiu que os servidores públicos do Município de Goiânia que acumulam dois cargos efetivos na forma autorizada pelo art. 37, inciso XVI, da CF/88, acumulem também - em havendo compatibilidade de local e horário e desde que se afaste de um dos cargos efetivos, mas sem perder o vínculo com a Administração -, mais um cargo de provimento em comissão de dirigente máximo, superintendente, diretor, gerente, chefe ou titular das unidades básicas e complementares dos órgãos e das entidades da Administração Direta e Indireta do Poder Executivo Municipal, “prescrevendo, assim, verdadeira hipótese de acumulação tríplice de cargos públicos, o que, em nenhum momento, foi ressalvado pelo texto constitucional”.

Aduz que a inconstitucionalidade se encontra na tríplice vinculação (ainda que disfarçada pelo afastamento de um dos cargos efetivos), porquanto “o vínculo do servidor com a Administração, e não necessariamente o recebimento de remuneração ou mesmo o efetivo exercício do cargo, é a circunstância determinante na aferição da acumulação” vedada pelo texto constitucional.

Colaciona arestos para escorar suas teses.

Afirmando presentes os pressupostos legais, pugna pelo deferimento da medida liminar para que seja suspensa, com efeito **ex tunc**, a eficácia do dispositivo legal impugnado e, no mérito, seja esse declarado inconstitucional.

Em razão do pedido liminar, determinou-se a manifestação prévia do Prefeito do Município de Goiânia-GO, da Câmara Municipal de Palmelo e da Procuradoria-Geral de Justiça (mov. 04).

Nas movs. 8 e 19 o Município de Goiânia-GO e o seu Prefeito, respectivamente, defenderam a higidez do ato normativo impugnado, afirmando inexistir a inconstitucionalidade alegada, pugnando seja indeferida a medida cautelar.

Por sua vez, na mov. 9, a Câmara Municipal de Goiânia-GO pugnou seja indeferida a medida liminar, porquanto a presente demanda fora ajuizada 3 (três) anos após a vigência da lei, inexistindo portanto o **periculum in mora**.

Na mov. 38 o Procurador-Geral do Estado de Goiás, deixou de defender a norma impugnada, afirmando que as decisões do STF sobre a matéria retiram a sua presunção relativa de constitucionalidade.

Instada a manifestar-se, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou seja deferida a medida liminar requestada.

Medida cautelar deferida na mov. 57, suspendendo com efeito **ex nunc** o ato normativo impugnado.

A seguir, as partes foram intimadas para manifestar sobre o mérito da ação.

A Procuradoria-Geral do Estado na mov. 83 reiterou a manifestação anterior de ausência de presunção relativa de constitucionalidade da norma impugnada.

Na mov. 84 a Câmara Municipal de Goiânia defendeu a constitucionalidade do ato normativo vergastado que prevê a designação para cargo comissionado, sustentando que a proibição de acumulação é apenas para cargos efetivos.

Já o Município de Goiânia manifestou-se na mov. 85, pugnando que, caso seja declarada a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 44 da LCM nº 276/2015, é imprescindível que seja declarada, por arrastamento, a inconstitucionalidade da norma anterior a ser reprimada, qual seja, o art. 144 da LCM 011/92.

Na mov. 90, o órgão ministerial de cúpula postulou a emenda da petição inicial, requerendo a declaração de inconstitucionalidade do art. 144 da Lei Complementar Municipal nº 011/92 a ser reprimada, que restou deferida na mov. 95, sendo facultada nova manifestação das partes.

A Câmara Municipal de Goiânia-GO na mov. 100, o Município de Goiânia, na mov. 102 e a Procuradoria-Geral de Estado, na mov. 104 não se opuseram à declaração de inconstitucionalidade, por arrastamento, do art. 144 da LCM 11/92

Por fim, na mov. 109, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio de sua ilustre representante, Dr. Ana Cristina Ribeiro Peternella França, reiterou o seu parecer pela procedência da ação, declarando-se a “inconstitucionalidade do artigo 44, parágrafo único, da Lei Complementar nº 276/2015, de Goiânia, e da norma que será reprimada, qual seja, o artigo 144 da Lei Complementar nº 11/1992, de Goiânia”.

Inconstitucionalidade material da norma impugnada

O mérito da presente ação direta de inconstitucionalidade consiste no exame de validade do parágrafo único do art. 44 da Lei Complementar nº 276/2015 do Município de Goiânia, que autorizou a acumulação remunerada de cargos públicos, nos seguintes termos, **verbis**:

LCM nº 276/2015:

“Art. 44. Os cargos de provimento em comissão dos dirigentes máximos, superintendentes, diretores, gerentes e demais chefes ou titulares das unidades básicas e complementares dos órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta do Poder Executivo Municipal, todos de livre nomeação e exoneração do Prefeito e remunerados por subsídios, são os especificados no Anexo I desta lei, com os respectivos símbolos e quantitativos.

Parágrafo único. O servidor que acumular dois cargos efetivos, nos termos do art. 37, inciso XVI, da Constituição Federal, quando investido em cargo de provimento em comissão, deverá se afastar do exercício de um deles, salvo na hipótese de haver compatibilidade de horário e local, declarada pela autoridade máxima do órgão de lotação e ratificada pela Secretaria Municipal de Administração.

Tem a ação por objeto também a declaração de inconstitucionalidade do art. 144 da Lei Complementar nº 11/1992 do Município de Goiânia, abaixo transcrita, norma a ser repristinada em caso de declaração de inconstitucionalidade do art. 44 da LCM nº 276/2016, **litteris**:

LCM nº 11/1992:

“Art. 144. O servidor vinculado ao regime desta lei, que acumular licitamente dois cargos de carreira, quando investido em cargo de provimento em comissão, ficará afastado de ambos os cargos efetivos.”

A alegação de inconstitucionalidade de referidos dispositivos diz respeito à proibição de acumulação de cargos públicos, no que diz respeito aos vínculos do servidor e não apenas à remuneração, sendo parâmetro de controle o art. 92, inciso XVIII, alíneas “a”, “b” e “c”, da Constituição do Estado de Goiás e a sua matriz normativa, qual seja, o art. 37, inciso XVI, alíneas “a”, “b” e “c”, da Constituição da República, que possuem a seguinte redação, **verbis**:

Constituição do Estado de Goiás:

“Art. 92. (...)

XVIII. é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XII:

- a) a de dois cargos de professor;
- b) a de um cargo de professor com outro, técnico ou científico;
- c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas.”

Constituição Federal de 1988:

“Art. 37. (...)

XVI. é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

- a) a de dois cargos de professor;
- b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;
- c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas.”

Pois bem. Em detida análise das normas impugnadas, observo que a sua subsistência na ordem jurídica não se mostra possível, porquanto efetivamente preveem uma nova hipótese de acumulação de cargos públicos além daquelas taxativamente previstas no texto legal.

Conforme se verifica da simples leitura do art. 92, inciso XVIII, alíneas “a”, “b” e “c”, da CE-GO e do art. 37, inciso XVI, alíneas “a”, “b” e “c”, da CF/88, a regra matriz é a de proibição de acumulação de cargos públicos, porquanto tal prática contraria o princípio da eficiência e a própria indisponibilidade do interesse público.

Os parâmetros normativos somente admitem 3 (três) exceções à regra da impossibilidade de acumulação de cargos públicos, sendo: 1) de dois cargos de professor; 2) de um cargo de professor e outro técnico ou científico; e 3) dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas.

Tais exceções são taxativas, não admitindo, portanto, qualquer elastério interpretativo ou mesmo sua extensão, ainda que por meio de lei.

As normas objeto de controle claramente elegeram uma quarta exceção à regra de não cumulatividade, possibilitando o exercício de um cargo de provimento em comissão pelo servidor que já acumula dois cargos na forma prevista pelo parâmetro de controle magno.

Os atos normativos impugnados permitem ilegalmente o exercício de um cargo comissionado pelo servidor que já ocupa legalmente dois cargos efetivos, o que constitui hipótese de tripla acumulação, absolutamente vedada pelo texto constitucional.

Note-se que a ressalva legal no sentido de que o servidor deverá afastar-se de um dos cargos efetivos (art. 44 da LCM nº 276/2015) ou de ambos, no que se refere à norma a ser repristinada (art. 144 da Lei Complementar nº 11/1992) em nada mitiga a afronta à proibição constitucional, porquanto o afastamento não implica em quebra do vínculo funcional.

Neste contexto, ainda que o servidor se afaste do cargo público efetivo, em que pese não exerça a respectiva função, nem perceba a remuneração correspondente, manterá o vínculo estatutário com a Administração, em acumulação com os demais, o que é vedado pelo texto constitucional.

No escólio de José do Santos Carvalho Filho:

“Vale lembrar, afinal, que as hipóteses de permissibilidade cingem-se exclusivamente a duas fontes remuneratórias, como é o caso de dois cargos, dois empregos ou um cargo e um emprego. Tais hipóteses são de direito estrito e não podem ser estendidas a situações não previstas. Desse modo, é inadmissível a acumulação remunerada de três ou mais cargos e empregos, ainda que todos sejam passíveis de dupla acumulação” (in Manual de Direito Administrativo. 27ª Edição. São Paulo: Atlas, 2014, Pág. 672).

Em casos análogos, tanto o excelso Supremo Tribunal Federal quanto esta egrégia Corte de Justiça já declararam a inconstitucionalidade de normas municipais que instituíram novas exceções à regra constitucional de proibição de acumulação de cargos públicos. Veja-se:

“Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Servidora pública. Cumulação tríplice de proventos. Três cargos de professora. Impossibilidade. Precedentes. Agravo improvido. I – Consoante a jurisprudência desta Corte, é vedada a acumulação tríplice

de proventos, ante a impossibilidade do acúmulo de três cargos públicos na atividade. II – Agravo regimental improvido.” (STF. ARE 668478 AgR, Rel. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 14.08.2012, Acórdão eletrônico DJe-173 Divulg 31.08.2012 Public 03.09.2012)

“Agravo regimental em recurso extraordinário. Acumulação triíplice. Proventos e vencimentos. Impossibilidade. Precedentes. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a permissão constante do art. 11 da EC 20/1998 deve ser interpretada de forma restritiva. Ou seja, somente é possível a acumulação de dois cargos públicos, ainda que inacumuláveis, sendo vedada, em qualquer hipótese, a acumulação triíplice de remuneração, sejam proventos ou vencimentos. Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STF. RE 237535 AgR, Rel. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 07.04.2015, Acórdão Eletrônico DJe-075 Divulg 22.04.2015 Public 23.04.2015)

“Constitucional. Administrativo. Servidor público. Professor. Tripla acumulação de cargos. Inviabilidade. Transcurso de grande período de tempo. Irrelevância. Direito adquirido. Inexistência. 1. Esta Corte já afirmou ser inviável a tripla acumulação de cargos públicos. Precedentes: RE 141.376 e AI 419.426-AgR. 2. Sob a égide da Constituição anterior, o Plenário desta Corte, ao julgar o RE 101.126, assentou que "as fundações instituídas pelo Poder Público, que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime administrativo previsto, nos Estados-membros, por leis estaduais são fundações de direito público, e, portanto, pessoas jurídicas de direito público". Por isso, aplica-se a elas a proibição de acumulação indevida de cargos. 3. Esta Corte rejeita a chamada "teoria do fato consumado". Precedente: RE 120.893-AgR 4. Incidência da primeira parte da Súmula STF nº 473: "a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos". 5. O direito adquirido e o decurso de longo tempo não podem ser opostos quando se tratar de manifesta contrariedade à Constituição. 6. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 381204, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Ellen Gracie, 2<sup>a</sup> Turma do STF, DJ 11.11.2005).

“Mandado de segurança. Processo administrativo. Acumulação triíplice de proventos de aposentadoria. Cargos públicos. Magistério. Vedação constitucional. Tese fixada pelo supremo tribunal federal em sede de repercussão geral (ARE 848993 RG). Ausência de direito adquirido. Não convalidação do vício com o decurso do tempo. Possibilidade da administração pública rever o ato ilegal a qualquer momento. Segurança denegada.” (TJGO, Mandado de Segurança (CF; Lei 12016/2009) 5035062-29.2019.8.09.0000, Rel. Des. Gilberto Marques Filho, 3<sup>a</sup> Câmara Cível, julgado em 27.07.2020, DJe de 27.07.2020)

Encerrando a discussão sobre o tema, no julgamento do ARE 848.993-RG, da Relatoria do Min. Gilmar Mendes (Tema nº 921 da Repercussão Geral), o STF fixou a Tese de que “É vedada a cumulação triíplice de vencimentos e/ou proventos, ainda que a investidura nos cargos públicos tenha ocorrido anteriormente à EC 20/1998”.

No endosso da conclusão da inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, peço vênha para transcrever excertos do judicioso parecer do órgão ministerial de cúpula, **verbis**:

“(…) Extraí-se, assim, da redação transcrita acima, notadamente da parte final do artigo 44, parágrafo único, da Lei Complementar nº 276/2015, de Goiânia, que a norma questionada autorizou que os servidores públicos municipais que acumulam dois cargos de provimento efetivo, na forma autorizada pelo texto constitucional, possam acumular, também, um cargo de provimento em comissão, mantendo, assim, três vínculos com a Administração Pública municipal.

Sucedo, todavia, que o artigo 37, incisos XVI e XVII, da Constituição da República, assim como o artigo 92, incisos XVIII e XIX, da Constituição do Estado de Goiás, ao tratarem sobre a acumulação remunerada de cargos públicos, autorizou que tal hipótese se dê somente nos casos de dois cargos de professor, um cargo de professor com outro técnico ou científico ou de dois cargos ou empregos privativos de profissionais da saúde, estendendo a proibição, inclusive, aos empregos e funções do Poder Público.

(…)

Dessa forma, ao ampliar os casos acima mencionados para autorizar a acumulação, também, de dois cargos efetivos com um cargo de provimento em comissão de dirigente máximo, superintendente, diretor, gerente, chefe ou titular das unidades básicas e complementares dos órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta do Poder Executivo Municipal, o dispositivo legal impugnado instituiu verdadeira hipótese de acumulação tríplice de cargos públicos.

A norma previu, ainda, que, não havendo compatibilidade de local e horário, o servidor poderá se afastar do exercício de um dos cargos efetivos para exercer o cargo em comissão, sem perder o vínculo com a Administração, hipótese na qual se constata o desvirtuamento da autorização constitucional para o exercício cumulado de cargos públicos, já que a acumulação, nesse caso, não se dará nas hipóteses taxativas e exclusivas previstas no artigo 92, inciso XVIII, alíneas "a", "h" e "c", da Constituição do Estado de Goiás.

(…)

Portanto, a norma disposta no artigo 44, parágrafo único, da Lei Complementar nº 276/2015, de Goiânia, distancia-se, ao máximo, das disposições constitucionais acerca da vedação ao acúmulo de cargos públicos, seja pela previsão de hipótese direta de acumulação tríplice de cargos, seja pela hipótese de acumulação tríplice disfarçada pelo afastamento de um dos cargos efetivos, quando, em todos os casos, se manterão três vínculos com o Poder Público.

O dispositivo impugnado é claro ao determinar a natureza de tríplice acumulação de cargos, não se cogitando, portanto, como sustenta a Câmara Municipal de Goiânia, de regulamentação sobre a designação de ocupantes de cargos efetivos para o desempenho de funções de chefia e direção. As funções de confiança, a serem exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, não se confundem com os cargos públicos - que podem ser efetivos ou em comissão — estando a distinção expressa em dispositivo constitucional federal (art. 37, inciso V) e estadual (artigo 92, VI).”

Sendo assim, inafastável se mostra a conclusão de que art. 44 da Lei Complementar nº 276/2015 do Município de Goiânia e também o art. 144 da Lei Complementar nº 11/1992 do Município

de Goiânia, que seria repristinado, encontram a sua incompatibilidade material com o ordenamento constitucional pátrio (art. 92, inciso XVIII, alíneas “a”, “b” e “c”, da CE-GO e do art. 37, inciso XVI, alíneas “a”, “b” e “c”, da CF/88).

No caso, com fundamento no art. 27 da Lei nº 9.868/99, reputo necessário modular os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, conferindo-lhe efeitos prospectivos, em prestígio ao primado da segurança jurídica, porquanto não se pode atribuir a prática de má-fé aos servidores que foram beneficiados com a acumulação indevida de cargos, em decorrência de equivocada disposição legal. Nesse sentido:

“Embargos de declaração em ação direta de inconstitucionalidade. Omissão. Modulação dos efeitos de declaração de inconstitucionalidade. Art. 27 da Lei nº 9.868/1999. Lei complementar nº 1.260/15 do Estado de São Paulo. Transformação e extinção do cargo de agente administrativo judiciário em escrevente técnico judiciário. Provimento derivado. Inconstitucionalidade. Ofensa ao art. 37, II, da Constituição Federal – necessidade de observância da exigência de concurso público. Violação do princípio da igualdade. Tutela da segurança jurídica dos atos praticados e da confiança legítima dos jurisdicionados. Precedentes judiciais. Embargos de declaração conhecidos e acolhidos. 1. Verificadas razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, nos termos do que prescreve o art. 27 da Lei nº 9.868/1999, cumpre ao Supremo Tribunal Federal harmonizar o princípio da nulidade da norma inconstitucional com a exigência de preservação, considerado o aspecto temporal, histórico e irreversível da realidade, de outros preceitos constitucionais, como a segurança jurídica, a confiança legítima e a boa-fé objetiva. O atribuir eficácia retroativa ou plena à decisão implicaria danos irreversíveis a tais valores constitucionais. 2. A confiança justificada e a segurança jurídica dos atos praticados pelos servidores do Poder Judiciário do Estado de São Paulo impõem a incidência do art. 27 da Lei nº 9.868/1999 para restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, de modo a assegurar a perfectibilidade dos atos praticados até a data da publicação do acórdão embargado, dia 12.5.2020. Precedentes judiciais formados pelo Plenário desse Supremo Tribunal Federal. 3. Embargos de declaração acolhidos para fins de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.” (STF. ADI 5817 ED-segundos, Rel<sup>a</sup>. Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 29.06.2020, Processo Eletrônico DJe-201 Divulg 12.08.2020 Public 13.08.2020).

Impõe-se, por conseguinte, no caso, a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, conferindo-lhes o caráter prospectivo.

Do dispositivo

Ao teor do exposto, julgo procedentes os pedidos iniciais, para declarar a inconstitucionalidade do art. 44 da Lei Complementar nº 276/2015 do Município de Goiânia-GO e também da norma repristinada, qual seja, art. 144 da Lei Complementar nº 11/1992 do Município de Goiânia-GO, com efeito a partir da publicação do presente acórdão (**ex nunc**), por manifesta incompatibilidade material ao art. 92, inciso XVIII, alíneas “a”, “b” e “c”, da CE-GO e do art. 37, inciso XVI, alíneas “a”, “b” e “c”, da CF/88.

É como voto.



Goiânia,

Documento datado e assinado eletronicamente.

Des. Diác. Delintro Belo de Almeida Filho - Relator em substituição

Ação Rescisória nº 5385798.12.2018.8.09.0000

Comarca de Goiânia

2ª Seção Cível

Autor: Dijomar Pereira Damasceno

Réu: Espólio de Mauro Borges Teixeira e Outros

Relatora: Desª. Beatriz Figueiredo Franco

## VOTO

Antes de adentrar ao exame das matérias preliminares e de mérito desta Ação Rescisória, necessário esclarecer que os dispositivos processuais indicados pelo autor como supostamente violados (artigo 966, V, CPC/2015) são os do Código de Processo Civil de 1973, eis que a sentença (16.12.2013), a decisão monocrática (15.12.2014) e os acórdãos prolatados em sede de agravo interno (27.01.2015) e de embargos de declaração (24.02.2015) remontam à sua vigência, embora o trânsito em julgado tenha ocorrido em 18 de agosto de 2016, quando vigente o atual Código de Processo Civil, dada a interposição de recursos para as instâncias superiores (não conhecidos). Assim, até porque inconcebível premonição a respeito de alterações processuais futuras, é de se ter como pretensamente violados dispositivos do diploma revogado. A propósito, o julgado:

Ação rescisória com fundamento no art. 966, inciso II, do CPC. Decisão rescindenda proferida na vigência do CPC/73. Aplicação do regime processual revogado. 1. Por força do princípio **tempus regit actum**, que assegura a irretroatividade das leis de cunho processual, tendo sido publicada a decisão rescindenda sob a égide do CPC/73, a hipótese de rescindibilidade prevista no art. 966, inciso II, do NCPC, deve ser analisada à luz das causas de impedimento do juiz tipificadas no art. 134 da revogada legislação, não sendo aplicáveis, neste caso, as alterações normativas posteriormente introduzidas no ordenamento jurídico.

(...)

(TJGO, 2ª Seção, Ação Rescisória nº 5145576-20.2017.8.09.0000, Rel. Juiz Sérgio Mendonça de Araújo, DJe de 19.12.2018)

Lado outro, incidentes as disposições do novo CPC às hipóteses de cabimento e em caso de eventual rejuízo, considerando que o trânsito em julgado deu-se após sua vigência.

Como relatado, seguro no artigo 966, incisos V e VIII, Código de Processo Civil, o autor busca desconstituir acórdão deste tribunal que confirmou a sentença proferida na ação de cobrança de

honorários de corretagem nº 0002190-50.2012.8.09.0175 (201290021902), ajuizada em desproveito de Mauro Borges Teixeira, falecido no curso do processo de origem, que julgou improcedente o pedido inicial.

Os requeridos invocam, como prejudicial do mérito, decadência do direito à rescisão (artigo 975, CPC1), sob a alegativa de que o trânsito em julgado do provimento judicial teria ocorrido em 18 de agosto de 2016, razão pela qual o termo **a quo** do biênio fatal seria o dia anterior (17 de agosto de 2016), daí resultando a decadência da rescisória protocolizada em 20 de agosto de 2018. A premissa mostra-se equivocada, pois o dies **a quo** da contagem do prazo fatal coincide com a do trânsito em julgado, no caso 18 de agosto de 2016, findando-se em 18 de agosto de 2018 (sábado). Logo, se o término do biênio ocorreu em dia não útil, prorrogou-se para o primeiro dia útil seguinte, 20 de agosto de 2018, data em que aforada a ação. Neste sentido, orientação do Superior Tribunal de Justiça firmada em precedente qualificado (Tema nº 552):

Recurso especial representativo da controvérsia. Art. 543-C do CPC. Processual civil. Ação rescisória. Termo "**a quo**". Data do trânsito em julgado da decisão rescindenda. Termo final em dia não útil prorrogação. Possibilidade. Recurso provido.

1. O termo "**a quo**" para o ajuizamento da ação rescisória coincide com a data do trânsito em julgado da decisão rescindenda. O trânsito em julgado, por sua vez, se dá no dia imediatamente subsequente ao último dia do prazo para o recurso em tese cabível.

2. O termo final do prazo para o ajuizamento da ação rescisória, embora decadencial, prorroga-se para o primeiro dia útil subsequente, se recair em dia de não funcionamento da secretaria do Juízo competente. Precedentes.

3. "Em se tratando de prazos, o intérprete, sempre que possível, deve orientar-se pela exegese mais liberal, atento às tendências do processo civil contemporâneo - calcado nos princípios da efetividade e da instrumentalidade – e à advertência da doutrina de que as sutilezas da lei nunca devem servir para impedir o exercício de um direito" (REsp 11.834/PB, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 17.12.1991, DJ 30.03.1992).

4. Recurso especial provido, para determinar ao Tribunal de origem que, ultrapassada a questão referente à tempestividade da ação rescisória, prossiga no julgamento do feito, como entender de direito. Observância do disposto no art. 543-C, § 7º, do Código de Processo Civil, C.C. os arts. 5º, inciso II, e 6º, da Resolução 08/2008.

(STJ, Corte Especial, REsp nº 1.112.864/MG, Relª. Minª. Laurita Vaz, DJe de 17.12.2014)

Insubsistente, pois, a tese de decadência do direito à rescisão.

Não procede a preliminar de ausência de interesse processual, porque pretensa violação ao artigo 728 do Código Civil diz respeito ao mérito do juízo rescindendo (**judicium rescindens**) e, no mesmo norte, pedido de rejuízo da causa, ainda que diverso daquele formulado na ação de cobrança originária, prendesse a eventual juízo rescisório (**judicium rescissorium**).

Também não ostenta juridicidade a tese de imprecisão quanto ao valor da causa, certo que atribuído na peça de ingresso o valor de R\$ 282.000,00 (duzentos e oitenta e dois mil reais), ratificado expressamente na emenda da inicial (evento nº 35).

Logo, a ação reúne condições gerais e específicas, bem assim atende aos pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, merecendo resolução de mérito.

Avançando sobre o mérito, o pleito rescisório lastreia-se em suposta violação manifesta dos artigos 725 e 728 do Código Civil e 130, 332, 333, 342 e 440 do Código de Processo Civil de 1973 (correlatos aos artigos 369, 370, 373, 385 e 442 do Código de Processo Civil de 2015) e em erro de fato.

O inciso VIII do artigo 966 do Código de Processo Civil dispõe ser rescindível a decisão de mérito transitada em julgado fundada em erro de fato. O § 1º do mesmo dispositivo define o erro de fato, identificando-o “quando a decisão rescindenda admitir fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado”.

Extraí-se dessa leitura que a hipótese de rescindibilidade vista no aludido inciso VIII limita-se a fato equivocadamente admitido ou não admitido pelo juiz e, além disso, que seja imediatamente verificável do exame do processo de origem e, por fim, que não tenha sido objeto de controvérsia anterior. Não por acaso, o legislador de 2015 qualificou o erro de fato com a expressão “verificável do exame dos autos”. Segundo Fredie Didier Júnior, “o erro de fato constitui um erro de percepção, e não de um critério interpretativo do juiz” (Curso de Direito Processual Civil. Vol. 3. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 506). A diretriz jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e deste tribunal acompanha a conclusão, como traduzem os seguintes arestos:

Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação rescisória em face de acórdão que reconheceu a prestação de serviços advocatícios e arbitrou a verba honorária correspondente. Negativa de prestação jurisdicional não acolhida. Violação literal de disposição de lei e erro de fato não caracterizados. (...) 4. De acordo com a jurisprudência desta Corte, "para que haja plausibilidade jurídica ao pleito de rescisão do julgado com base na alegação de erro de fato (art. 485, inciso IX, do Código de Processo Civil), é indispensável, em síntese: i) que o erro de fato seja relevante para o julgamento da questão, ou seja, que sem ele a conclusão do julgamento necessariamente houvesse de ser diferente; ii) que seja apurável mediante simples exame das provas já constantes dos autos da ação matriz, sendo inadmissível a produção, na rescisória, de novas provas para demonstrá-lo; e iii) que não tenha havido controvérsia nem pronunciamento judicial sobre o fato" (AR 1.421/PB, Rel. Min. Massami Uyeda, Segunda Seção, DJe de 08.10.2010). Hipótese em que a existência de pacto verbal e de prestação de serviços advocatícios foi exaustivamente discutida no acórdão rescindendo, não se prestando a ação rescisória ao reexame da matéria fático-probatória. (...) (STJ, Quarta Turma, AgInt no AREsp nº 870245/MT, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Dje de 23.03.2018)

Ação rescisória. Ação de indenização. (...) III - Erro de fato. Não configuração. Para a configuração do erro de fato a que se refere o CPC, é necessário que o órgão judicial que proferiu o julgado rescindendo tenha admitido como verdadeiro fato inexistente, ou considerado inexistente fato efetivamente ocorrido, além de, em ambos os casos, não ter havido controvérsia nem pronunciamento judicial sobre o fato. No caso em apreço, não restou

caracterizado o alegado erro de fato, pois verifica-se que a questão de ser o contrato de representação comercial entabulado entre as partes verbal foi apreciada na decisão atacada, ao contrário do que se pretende fazer crer a autora. (...)

(TJGO, 1ª Seção Cível, Ação Rescisória nº 5133294- 47.2017.8.09.0000, Rel. Des. Carlos Alberto França, DJe de 11.12.2017)

Neste cenário, não há falar em erro de fato. A magistrada sentenciante não deixou de considerar fato existente no processo ou relevou fato inexistente. Tão pouco a 2ª Câmara Cível, que confirmou o ato sentencial. Os provimentos judiciais apenas ponderaram tratar-se de matéria unicamente de direito, a dispensar produção de provas em audiência, e de contratação para a venda direta do imóvel rural, não para desapropriação judicial. Em outros dizeres, a alegativa do autor, no sentido de que a existência de procuração que lhe outorgou poderes para agir e que seu trabalho “somente cessou depois de depositados os valores” decorrentes da desapropriação, não constitui fato equivocado ou desconsiderado, não é verificável do simples exame das provas e foi amplamente discutida nos autos (inclusive com menção expressa à tese aqui advogada), tudo a evidenciar a inocorrência de erro de fato.

A ação rescisória capitulada no artigo 966, V, Código de Processo Civil, serve à invalidação de decisão de mérito transitada em julgado manifestamente violadora de norma jurídica, sob o parâmetro da própria Constituição (artigos 525, § 15, e 535, § 8º, Código de Processo Civil), de leis, de princípios ou de precedentes qualificados no artigo 927 do mesmo diploma processual. Trata-se de instrumento voltado à correção da não aplicação ou da incorreta aplicação da norma jurídica.

Em outras palavras, nesta hipótese, a ação rescisória serve à correção de questões de direito, e não de questões de fato, por isso foi incluído nessa causa de pedir, para caracterizar a violação da norma jurídica, o advérbio manifestamente. Para Luiz Rodrigues Wambier, “nessa hipótese de rescisória, não pode haver reexame de provas nem redefinição dos fatos que se consideram ocorridos. Cabe verificar se, à luz dos fatos, exatamente tal como pressupostos pela decisão, as normas jurídicas foram corretamente aplicadas” (Curso Avançado de Processo Civil. Vol. 2. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 860). É iterativa a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e deste tribunal, colhida dos seguintes arestos:

Processual civil. Ação rescisória. Concurso público. Exame psicotécnico. Carreira militar. Erro de fato. Reexame de provas. Descabimento. Súmula 7/STJ. Dissídio jurisprudencial. Análise prejudicada. 1. Cuida-se, na origem, de Ação Rescisória ajuizada por Bruno Malagoli, com base no art. 966, V, VII e VIII, do CPC/2015, visando desconstituir acórdão de mérito proferido nos autos de Ação Ordinária 024.10.117.076-9, que julgou improcedente o pedido de declaração de nulidade do ato que contraindicou o autor no exame psicotécnico para ingresso na carreira militar - Curso Técnico em Segurança Pública, do ano de 2010. 2. A jurisprudência do STJ possui o entendimento de que a Ação Rescisória não é o meio adequado para a correção de suposta injustiça da Sentença, apreciação de má interpretação dos fatos ou de reexame de provas produzidas, tampouco para complementá-la. Para justificar a procedência da demanda rescisória, a violação à lei deve ser de tal modo evidente que afronte o dispositivo legal em sua literalidade. (...)

(STJ, 2ª Turma, REsp nº 1.725.409/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 13.11.2018)

Ação rescisória. Direito real de habitação. Violação manifesta de norma jurídica. Inocorrência. Sucedâneo recursal. Impossibilidade. Inexistência de vícios de rescindibilidade. 1. O cabimento da ação rescisória com amparo na hipótese de violação manifesta de norma jurídica impõe a demonstração de que a decisão impugnada conferiu uma interpretação manifestamente descabida aos preceitos normativos indicados pela parte autora, contrariando-os em sua literalidade. Não sendo essa a situação, o título judicial transitado em julgado deve ser mantido. 2. É pacífica a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a ação rescisória não é o meio adequado para a correção de suposta injustiça da sentença, decorrente da má interpretação dos fatos ou de reexame de provas produzidas. Precedentes do STJ e do TJGO. 3. Pedido rescindente julgado improcedente e prejudicado o pedido rescisório.

(TJGO, 2ª Seção Cível, Ação Rescisória nº 5116392-19.2017.8.09.0000, Relª. Desª. Elizabeth Maria da Silva, DJe de 22.06.2018)

Na espécie, estes os textos dos dispositivos legais pretensamente violados:

Código Civil

Art. 725. A remuneração é devida ao corretor uma vez que tenha conseguido o resultado previsto no contrato de mediação, ou ainda que este não se efetive em virtude de arrendimento das partes.

Art. 728. Se o negócio se concluir com a intermediação de mais de um corretor, a remuneração será paga a todos em partes iguais, salvo ajuste em contrário.

Código de Processo Civil de 1973

Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Art. 342. O juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa.

Art. 440. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa.

De pronto, verifica-se que a alegada violação manifesta ao artigo 728 do Código Civil constitui evidente inovação do pedido formulado na ação de cobrança de honorários de corretagem, dirigido à “condenação do réu a pagar ao autor, devidamente corrigida pelos índices legais, a importância de R\$ 282.965,43 (duzentos e oitenta e dois mil e novecentos e sessenta e cinco reais e quarenta e três centavos) que é a quantia equivalente a 3,0% (três por cento) contratualmente pactuada, calculada sobre R\$ 9.432.181,25 (nove milhões e quatrocentos e trinta e dois mil e cento e oitenta e um reais e vinte e cinco centavos) pagos pelo INCRA pela aquisição do imóvel”. É dizer: na ação de cobrança o autor buscava o recebimento do percentual pactuado no contrato firmado com o falecido réu Mauro Borges Teixeira, sendo que outro corretor que posteriormente cuidou de seus interesses junto ao INCRA recebeu a importância de R\$ 233.000,00 (duzentos e trinta e três mil reais); na rescisória, busca o autor o recebimento da metade desse valor (R\$ 165.500,00), nos moldes do artigo 728, Código Civil. A inusitada pretensão inaugura nova lide e, por isso mesmo, a tese de violação ao citado dispositivo não se presta a embasar o pleito desconstitutivo, além de implicar em patente malferimento de direito de terceiro não integrante da demanda originária.

Quanto ao artigo 725 do Código Civil, a magistrada de entrada e o tribunal, lastreados na vasta documentação apresentada nos autos, consideraram que a compra e venda do imóvel rural foi objeto de contrato de corretagem firmado entre autor e réu por prazo determinado (findo em dezembro de 2006) e que o autor não desempenhou protagonismo no procedimento administrativo que tramitou perante o INCRA e redundou no aforamento, em julho de 2011, de ação de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária. Logo, não há falar em violação à norma jurídica em questão, mas em conclusão dissonante da pretensão do autor, descortinando o intento recursal.

Tocante aos dispositivos processuais, quando não contrários às proposições defendidas pelo requerente, a exemplo dos artigos 130 e 342, dirigem-se a sustentar a necessidade de produção de provas outras que não as existentes nos autos, matéria exaustivamente examinada na sentença e no acórdão que pretende o autor desconstituir, a revelar a vedada utilização da ação rescisória como sucedâneo recursal. Nessa direção, arestos do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte:

Processual civil. Ação rescisória. Ex-combatente. Art. 485, V, do CPC. Violação a literal disposição de lei. (...) uso da ação desconstitutiva como sucedâneo recursal. Precedente. Ação rescisória improcedente.

(...)

3. Desse modo, objetiva a autora, em verdade, o uso da via desconstitutiva como sucedâneo recursal, a fim de reabrir e perpetuar a discussão acerca da condição do de cujus de ex-combatente, sanando a omissão do acórdão rescindendo acerca da valoração dessa certidão emitida nos idos de 2007, o que é inviável na via excepcional da ação rescisória, sob pena de tornar-se a via desconstitutiva em um mero "recurso" com prazo de interposição de dois anos, impondo-se, assim, a rejeição da pretensão desconstitutiva.

(...)

(STJ, Primeira Seção, AR nº 5.674/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 30.08.2017)

Ação rescisória. Ação de reintegração de posse. Alegação de violação literal a dispositivo de lei inócua. Inadequação da via eleita. (...) 2. Pretendendo o autor rediscutir matérias já amplamente avaliadas em recursos interpostos em todas as instâncias recursais, descabido é o acolhimento do pleito rescisório, o qual não pode ser utilizado como sucedâneo recursal. (...)

(TJGO, 2ª Seção Cível, Ação Rescisória nº 5327542-13.2017.8.09.0000, Rel. Des. Carlos Hipólito Escher, DJe de 06.09.2019)

Registre-se, outrossim, que ao reconhecimento de violação manifesta de norma jurídica, impositivo que o julgado a tenha afrontado claramente, aplicando-a de forma contrária ao estabelecido pelo legislador. Na espécie, simples transcrição de trechos extraídos do acórdão prolatado ao ensejo do julgamento do agravo interno interposto pelo autor, que, por sua vez, reprisa pontos da decisão monocrática, revelam realidade diversa. Confira-se:

(...)

Em proêmio, suscita o recursante a ocorrência de cerceamento do direito de defesa, por ter sido dele tolhida a oportunidade de produzir as provas necessárias à comprovação de suas alegações de mérito. Neste particular, convém ressaltar que a peça inaugural estampa requerimento pela concessão do ‘...direito de produzir todas as provas permitidas, dentre elas a ouvida de testemunhas, o depoimento pessoal do réu, sob pena de confesso, a juntada de novos documentos, a ouvida de pessoas referidas, e quaisquer outras que se fizerem necessárias, as quais serão indicadas no momento oportuno’. (f. 18).

No aditamento que se seguiu (f. 232/235), o autor/apelante apenas reiterou ‘...os pedidos contidos na petição inicial...’ (f. 235).

Apresentada a contestação de f. 244/274, seus termos foram impugnados pelo aqui recorrente a f. 299/320, oportunidade em que reiterou, **ipsis litteris**, aquele pedido genérico de f. 18.

Após a tréplica (f. 325/330), retornou ao feito o autor/recursante, apenas reiterando os pedidos exordiais.

Por fim, a f. 359, requereu a regularização do polo passivo da demanda, à vista do falecimento do requerido, seguindo-se o atendimento correspondente (f. 361/362).

O contexto aqui narrado denota claramente que em momento algum o autor/apelante formulou pedido específico de prova a ser produzido, não havendo qualquer indicativo de sua necessidade ou mesmo utilidade, mesmo agora, em sede recursal, pois novamente adota postura genérica, dizendo que ‘...ao apelante foi negada justiça, pois que era de fundamental importância que a ele fosse oportunizada a produção de outras provas, as quais foram requeridas antecipadamente.’ (f. 385).

Ora, basta a leitura das manifestações retromencionadas para se inferir que a única pretensão probatória explícita foi ‘...o depoimento pessoal do réu...’ (f. 18), mas com seu âmbito, por óbvio, restou impossibilitado o deferimento.

Logicamente, não socorre à pretensão anulatória do julgado a isolada alegação de ocorrência de cerceamento do direito de defesa, principalmente quando não individualizada a prova cuja produção era pretendida.

A respeito, segue a didática jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

(...)

Sem prejuízo dessas ponderações, é pertinente complementar que '(...) Em respeito ao princípio da instrumentalidade das formas, somente se reconhece eventual nulidade de atos processuais caso haja a demonstração efetiva de prejuízo pela parte interessada. Incidência da Súmula nº 83/STJ. (...)'

(STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp nº 1402089/GO, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 24.11.2014).

**In casu**, todavia, desse **munus** não se desincumbiu o apelante, que sequer cogitou dos prejuízos advindos da falta de produção de provas de seu interesse, até porque, como antecipado, em momento algum, mesmo agora, preocupou-se em especificá-las, seja na forma, na espécie ou mesmo no resultado esperado. Com efeito, resta inexistente a alegação preliminar, afinal, '(...) Não se decreta a nulidade processual sem que configurado prejuízo concreto à parte que alega, em face da máxima *pas de nullité sans grief*. No caso dos autos, a matéria exigia apenas provas documentais, sendo dispensável a oitiva de testemunhas. (...)'

(TJGO, 1ª Câmara Cível, AgRg na AC nº 5974-19.2012.8.09.0051, Rel. Des. Orloff Neves Rocha, DJE 1.659, de 30.10.2014).

(...)

Oportuno realçar, o autor reconhece que a tese de cerceio do direito de defesa foi aventada nas razões da apelação e examinada na decisão monocrática que a ela negou seguimento, e no acórdão prolatado no agravo interno (improvido), mantido na íntegra em sede de embargos declaratórios (desacolhidos).

Em suma, resta patente a utilização da ação rescisória como sucedâneo recursal, sob o pretexto de violação manifesta de normas jurídicas e de existência de erro de fato.

Em razão de todo o exposto, por não verificar violação manifesta à ordem jurídica nem, tampouco, erro de fato (artigo 966, V e VIII, Código de Processo Civil), julgo improcedente a presente ação rescisória.

De consequência, condeno o autor ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios devidos ao patrono da parte adversa, que fixo à ordem de 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa (artigo 85, § 2º, CPC), restando suspensa a exigibilidade das obrigações em razão da assistência judiciária deferida (artigo 98, § 3º, CPC).

Documento datado e assinado por meio digital.

---

<sup>1</sup> Art. 975. O direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.



Ação Rescisória nº 5485465.34.2019.8.09.0000

Comarca de Mineiros

Autor: Álvaro Machado Resende

Requeridos: Ministério Público do Estado de Goiás e Município de Mineiros

Relator: Des. Amaral Wilson de Oliveira

**EMENTA:** AÇÃO RESCISÓRIA. INEXIBILIDADE DE TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESTITUIÇÃO DE VALORES RECEBIDOS (13º SALÁRIO). DECISÃO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL – TEMA 484. DIREITO INTERTEMPORAL. REGRA DE TRANSIÇÃO EXPRESSA NO ARTIGO 1.057 DO CPC/15. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 525, §§ 12 e 15, DA NOVEL LEGISLAÇÃO PROCESSUAL. DECADÊNCIA. EXTINÇÃO DO FEITO COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.

I - O Código de Processo Civil de 2015 inovou ao prever expressamente que, se a decisão do Supremo Tribunal Federal pela inconstitucionalidade for superveniente ao trânsito em julgado da sentença exequenda (que adotou posição diversa), caberá ação rescisória, com prazo decadencial contado a partir do trânsito em julgado do julgamento proferido pelo STF (§ 15, do art. 525).

II - Todavia, o mesmo CPC/15 também trouxe regra de direito intertemporal explícita sobre o tema, insculpida no artigo 1.057, segundo a qual o prazo especial para propositura de ação rescisória previsto no citado § 15, do artigo 525, do CPC/15, somente será aplicável quando se tratar de decisões exequendas transitadas em julgado após a entrada em vigor do novo Códex Processual.

Portanto, para todas as decisões transitadas em julgado antes da vigência do novo CPC (16.03.2016), o prazo para a ação rescisória é peremptório: 2 anos, contados da data do trânsito em julgado da respectiva decisão. O que se aplica ao caso destes autos.

III - Nesse contexto, evidenciado que a propositura da ação rescisória, visando alcançar a inexigibilidade do **decisum** exequendo por infringência ao precedente qualificado do STF, deu-se após decorrido o prazo legal de 02 (dois) anos, contado do trânsito em julgado do decisório rescindendo, impõe-se reconhecer a decadência do manejo da rescisória, com a consequente extinção do processo, nos termos do 487, inciso II, do Código de Processo Civil/15.

AÇÃO RESCISÓRIA EXTINTA, COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. DECADÊNCIA DECLARADA.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Ação Rescisória nº 5485465.34.2019.8.09.0000, Comarca de Goiânia, sendo autor Álvaro Machado Resende e requeridos Ministério Público do Estado de Goiás e Município de Mineiros.

Acordam os componentes da Primeira Seção Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, à unanimidade, em declarar a decadência e julgar a Ação Rescisória extinta, com resolução de mérito, nos termos do voto do Relator.

Votaram, com o Relator, os Desembargadores Maria das Graças Carneiro Requi, Orloff Neves Rocha, Gerson Santana Cintra, Itamar de Lima, Carlos Roberto Fávaro, Leobino Valente Chaves, Gilberto Marques Filho, Zacarias Neves Coelho, Amélia Martins de Araújo e os Juízes Sebastião Luiz Fleury (em substituição ao Des. Ney Teles de Paula), Reinaldo Alves Ferreira (em substituição ao Des. Luiz Eduardo de Sousa) e Fábio Cristóvão de Campos Faria (Juiz respondente na vaga de Desembargador).

Ausente Momentâneo: Desembargador José Carlos de Oliveira.

Impedido: Desembargador Carlos Alberto França.

Presidiu o julgamento o Desembargador Leobino Valente Chaves.

Presente o Dr. Abraão Júnior Miranda, Procurador de Justiça.

Goiânia, 05 de agosto de 2020.

Des. Amaral Wilson de Oliveira - Relator

## RELATÓRIO

Trata-se de Ação Rescisória, com pedido de tutela de urgência, proposta por Álvaro Machado Resende, qualificado e representado, com amparo no inciso V, do artigo 966, c/c artigo 525, §§ 12 e 15 do Código de Processo Civil/15, visando a desconstituição do Acórdão proferido pela 4ª Câmara Cível (processo nº 98822-91.2011.8.09.0105), que confirmou a sentença do Juízo da Comarca de Mineiros que julgou procedente a ação civil pública promovida em seu desfavor pelo Ministério Público do Estado de Goiás.

Na petição inicial, o autor defende, de início, o cabimento da ação rescisória ao argumento de que o Acórdão rescindendo culminou em afronta aos preceitos do artigo 39, § 4º, da CF/88. Alegou, pois, que a pretensão exordial se embasa no citado artigo 966, inciso V, e nos parágrafos 12 e 15, do artigo 525 do CPC, respaldado em controle difuso de constitucionalidade proferido pelo STF em sede do Recurso

Extraordinário de nº 650.898/RS, com repercussão geral reconhecida.

Explicitou que “o acórdão que se pretende desconstituir violou manifestamente o disposto no §4º do art. 39 da CF, cuja compatibilidade com o recebimento de férias e 13º salário por agentes políticos foi firmada pela Suprema Corte, nos termos do julgamento acima mencionado, no qual se definiu a seguinte tese jurídica: “O art. 39, § 4º, da Constituição Federal não é incompatível com o pagamento de terço de férias e décimo terceiro salário.”

Aduziu que o acórdão rescindendo encontra-se em fase de cumprimento, pois transitou em julgado em 27.05.2015, ao passo que o aludido julgamento do STF transitou em julgado na data de 17.10.2017, conforme certidão em anexo. Portanto, afirmou que a presente ação está sendo promovida dentro do prazo decadencial de dois anos, “contado na forma prevista no §15 do art. 525 do CPC”.

Discorreu sobre a matéria versada, pontuando que “não há dúvidas do cabimento da presente ação rescisória, uma vez que a situação aqui retratada refere-se justamente ao fato de o acórdão proferido por esta corte de justiça, em julgamento de agravo regimental interposto de decisão que havia negado seguimento ao recurso de apelação interposto face a sentença proferida pelo magistrado de primeiro grau, ter reconhecido que o recebimento de 13º salário pelo requerente teria afrontado o §4º do art. 39 da Constituição Federal, manifestando assim, entendimento contrário ao deflagrado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 650.898/RS.”

Alegou, ainda, que na ação originária fora condenado à devolução dos valores recebidos a título de 13º salário durante o período que exerceu o mandato de vice-prefeito do município de Mineiros, referente aos anos 2001, 2003 e 2004, totalizando a quantia de R\$ 12.732,00 (doze mil e setecentos e trinta e dois reais), seguindo-se o início da fase de cumprimento do julgado, em cujo procedimento o Juízo de origem indeferiu o pedido de suspensão do feito, consignando ser cabível somente em ação rescisória.

Asseverou ser admissível o deferimento da tutela de evidência, nos termos do inc. II, do art. 311 c/c art. 969, parte final, também do CPC, destacando a presença dos requisitos legais pertinentes e citando decisões proferidas por este Tribunal em casos semelhantes. Outrossim, caso não concedida a tutela de evidência, que seja deferida a tutela de urgência, conforme prevê o artigo 969 c/c o artigo 300, ambos do CPC, em face da configuração de elementos que evidenciam a probabilidade do direito alegado e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Requereu, ao concluir, com amparo nos dispositivos legais acima referenciados, a suspensão do procedimento de cumprimento do julgado rescindendo - Processo 98822-91.2011.809.0105 (201100988224), obstando-se a realização de “quaisquer atos de constrição patrimonial sobre os bens do requerente”, até o julgamento da presente ação. Ao final, pugnou pela procedência da pretensão rescisória, com “a rescisão acórdão proferido no julgamento do Agravo Regimental na Apelação Cível nº 98822-91.2011.8.09.0105 (201190988224 a fim de reconhecer a improcedência do pedido formulado na Ação Civil Pública, bem como reconhecer a inexigibilidade da obrigação constante do título executivo e de consequência, extinguir o processo de execução sem resolução de mérito”, e a condenação nos encargos sucumbenciais, nos termos postulados.

Instruiu a inicial com documentos (eventos 01 e 03).

Em decisão proferida por este Relator, o pedido de suspensão de cumprimento do Acórdão impugnado foi deferido, ao tempo em que foi determinada a citação das partes requeridas para responderem aos termos da presente ação rescisória, no prazo de 15 (quinze) dias, consoante os preceitos dos artigos 491 do CPC e 287 do RITJGO (evento 11).

Na sequência, o Ministério Público apresentou contestação, pontuando que “a procedência do pedido da exordial somente poderia ser acolhida caso houvesse demonstração da existência, na ocasião do percebimento da verba, de norma infraconstitucional do Município de Mineiros regulamentado a matéria, o que não veio a lume nestes autos”. Ao concluir requereu, “que seja julgada improcedente esta ação rescisória, mantendo-se incólume o teor da decisão rescindenda.” (evento 22).

Seguiu-se a contestação apresentada pelo Município de Mineiros pugnando, de igual sorte, pela improcedência da presente ação.

Alegou a inobservância da regra prevista no artigo 1.057 do CPC/15, verberando não ser cabível a rescisória com base no §15 do art. 525 do CPC, referindo-se a julgado deste Tribunal sobre o tema e rebateu todas as teses exordiais. Concluiu afirmando que deve ser mantida “inalterada a sentença fustigada, ainda que o STF tenha se posicionado, através do RE650.898/RS, pois além de não se aplicar ao presente caso, pois a sentença rescindenda já havia transitado em julgado, é imprescindível previsão expressa em lei”. Requereu, outrossim, que a parte autora seja condenada ao pagamento dos honorários sucumbenciais (evento 24).

Intimada, a parte autora impugnou aos termos das contestações apresentadas, ratificando a pretensão exordial (evento 28).

Na sequência, foram apresentadas as razões finais pela parte autora e pelo Município de Mineiros (eventos 39 e 40, respectivamente).

Instada a se pronunciar, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por sua representante a Subprocuradora-Geral Ana Cristina Ribeiro Peternella França, enfatizou que “a procedência do pedido da exordial somente deve ser acolhida caso houvesse demonstração da existência, na ocasião do percebimento, da norma infraconstitucional do Município de Mineiros regulamentado a matéria, o que não veio a lume nesses autos”, Pronunciou-se, assim, pela improcedência da presente ação rescisória (evento 43).

É o sintético relatório.

Peço dia para julgamento.

Goiânia, 02 de julho de 2.020.

Des. Amaral Wilson de Oliveira – Relator

## VOTO

Consoante relatado, Álvaro Machado Resende, qualificado e representado, propôs Ação Rescisória, com fulcro no inciso V, do artigo 966, c/c artigo 525, §§ 12 e 15 do Código de Processo Civil/15, visando a desconstituição do Acórdão proferido pela 4ª Câmara Cível (processo nº 98822-91.2011.8.09.0105), que confirmou a sentença do Juízo da Comarca de Mineiros pela procedência da ação civil pública promovida em seu desfavor pelo Ministério Público do Estado de Goiás.

Observo, de início, que o requerente colacionou aos autos a certidão de trânsito em julgado do Acórdão rescindendo, tal como exigem os artigos 966 do CPC/15 e 286 do RITJGO, ainda, o comprovante de recolhimento das custas iniciais (evento 01) e do depósito prévio (evento 03).

Pois bem. Segundo consta, o autor pretende a rescisão de acórdão que confirmou a sentença na qual fora determinada a restituição ao erário dos valores referentes ao décimo terceiro salário dos anos de 2001, 2003 e 2004, percebidos pelo requerente no período em que exercera o cargo de vice-prefeito do Município de Mineiros, cujo título executivo judicial se encontra em fase de cumprimento perante o Juízo da Vara de Infância, Juventude e 1º Cível da Comarca de Mineiros.

O Acórdão rescindendo recebeu a seguinte Ementa:

“Agravo regimental em apelação cível. Ação civil pública. Vice-prefeito. Agente político detentor de mandato eletivo. Recebimento de gratificação natalina (13º salário). Ressarcimento ao erário. Jurisprudência dominante. Julgamento monocrático. Cabimento. Prequestionamento. Ausência de fato ou argumento novo convincente. 1- Não se verificando fato ou argumento novo convincente capaz de justificar a modificação do entendimento prévio do relator, bem como estando a decisão monocrática de acordo com a jurisprudência dominante deste Tribunal e dos Tribunais Superiores, tendo sido corretamente aplicada a norma contida no art. 557 do CPC, o improvimento do Agravo Interno é medida que se impõe. 2- Para prequestionar as matérias aventadas, basta que a decisão exponha fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia. Recurso improvido. (TJGO, apelação cível 98822-91.2011.8.09.0105, Rel. Dr. Roberto Horácio de Rezende, 4ª Câmara Cível, julgado em 15.01.2015, DJe 1712 de 22.01.2015).

O requerente alega infringência aos preceitos do artigo 39, § 4º, da CF/88, respaldado em controle difuso de constitucionalidade proferido pelo STF em sede do Recurso Extraordinário de nº 650.898/RS, com repercussão geral reconhecida – Tema 484 (Tese: “O art. 39, § 4º, da Constituição Federal não é incompatível com o pagamento de terço de férias e décimo terceiro salário”).

Portanto, o pleito rescisório ampara-se nos preceitos dos artigos 966, inciso V, e nos parágrafos 12 e 15, do artigo 525 do CPC/15.

De fato, o Código de Processo Civil de 2015 inovou ao prever expressamente que, se a decisão do Supremo Tribunal Federal pela inconstitucionalidade for superveniente ao trânsito em julgado da sentença exequenda (que adotou posição diversa), caberá ação rescisória, com prazo decadencial contado a partir do trânsito em julgado do **decisum** proferido pelo Supremo. Confira-se:

“Art. 525 (...)

§ 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

§ 15. Se a decisão referida no § 12 for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.”

Contudo, a despeito dos argumentos expostos pelo Autor, sobreleva a constatação de que o novo prazo para a propositura da ação rescisória previsto no citado § 15, do artigo 525 do CPC, não

se aplica ao caso sub examine, conforme alegou o Município de Mineiros, segundo requerido, na contestação e nas razões finais apresentadas nestes autos.

Isto porque o Código de Processo Civil também trouxe regra de direito intertemporal explícita sobre o tema, insculpida no artigo 1.057, segundo a qual o prazo especial para propositura da ação rescisória somente será aplicável quando se tratar de decisões transitadas em julgado após a entrada em vigor do novo CPC. Portanto, para todas as decisões transitadas em julgado até 16 de março de 2016, o prazo para a ação rescisória é peremptório: 2 anos, contados da data do trânsito em julgado da respectiva decisão.

Vale dizer, o artigo 1.057 do CPC/15 dispõe expressamente que o novo **dies a quo** para o manejo da rescisória só é aplicável para os processos nos quais se verificou o trânsito em julgado após o advento da novel Codificação Processual Civil. Ei-lo:

“Art. 1.057. O disposto no art. 525, §§ 14 e 15, e no art. 535, §§ 7º e 8º, aplica-se às decisões transitadas em julgado após a entrada em vigor deste Código, e, às decisões transitadas em julgado anteriormente, aplicasse o disposto no art. 475-L, § 1º, e no art. 741, parágrafo único, da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.”

Da exegese literal do citado dispositivo emerge de forma cristalina a conclusão de que não se aplica, à presente rescisória, o termo inicial especial, contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, como pretendido pelo requerente. Portanto, o prazo decadencial, **in casu**, conta-se do trânsito em julgado da decisão a ser rescindida.

Ora, pelo que os autos estão a revelar, o título judicial exequendo transitou em julgado em 27 de maio de 2015 (evento 1, arquivo 26). A presente ação rescisória fora protocolizada no dia 15 de agosto de 2019. Assim sendo, diante da regra expressa de direito intertemporal aplicável ao caso (art. 1057), evidencia-se a decadência do direito à propositura da ação, porquanto, à data da protocolização da presente rescisória, já havia escoado significativamente o prazo de dois anos do trânsito em julgado da decisão exequenda.

A corroborar o entendimento ora adotado, colaciono as seguintes Decisões deste Tribunal de Justiça sobre o tema, confirmam-se:

“Agravo interno na ação rescisória. Pretensão de declaração de inexigibilidade de título executivo judicial formado em ação de improbidade administrativa. Decisão do STF superveniente à vigência do CPC/2015. Inaplicabilidade do artigo 525, §15 da novel legislação processual. Decadência operada. Extinção do feito com resolução do mérito. 1. Nos termos do artigo 1.057 do CPC/2015, inaplicável o disposto no seu artigo 525, § 15 quando a decisão rescindenda tiver transitado em julgado na vigência do CPC revogado. 2. Considerando que o ato judicial questionado transitou em julgado em 2011, bem como inexistindo no CPC de 1973 a possibilidade de ação rescisória para declarar a inexigibilidade de título executivo judicial em razão de decisão do STF que reconhece a (in)constitucionalidade de lei que fundamenta a condenação, é incontroversa a decadência do direito de ação do Agravante, porquanto ultrapassado o prazo de 2 (dois) anos, devendo ser mantida a extinção do feito, com resolução do mérito. 3. Recurso de agravo interno conhecido

e desprovido.”(TJGO, Ação Rescisória 5599380- 61.2019.8.09.0000, Rel. Guilherme Gutemberg Isac Pinto, 2ª Seção Cível, julgado em 20.02.2020, DJe de 20.02.2020).

“Ementa: Ação rescisória. Ação civil pública. Ajuizamento após o transcurso do prazo de 02 (dois) anos. Vigência do CPC/73. Decadência.

I - Conforme os artigos 525, §15 c/c 1.057, ambos do Código de Processo Civil, nos casos em que a sentença rescindenda transitou em julgado na vigência do Codex anterior, deve ser reconhecida a aplicação do prazo bienal de decadência, contado da data do trânsito em julgado. II – Na espécie, observo que a presente ação rescisória foi proposta somente em data muito posterior ao referido prazo, razão pela qual impõe-se o reconhecimento da decadência. Ação rescisória extinta com resolução de mérito.”(2ª Seção Cível – Ação Rescisória nº 5094684.39.2019.8.09.0000, Decisão Monocrática, J. 09.09.2019, Rel. Juiz Substituto em 2º Grau Roberto Horácio Rezende).

Portanto, a rescisória fora manejada após o prazo decadencial previsto na legislação processual aplicável ao caso tratado.

Ante o exposto, desacolhendo o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, com amparo nos preceitos conjugados dos artigos 487, inciso II, e 1.057, todos do Código de Processo Civil, declaro a decadência da ação e julgo extinto o processo, com resolução de mérito, nos termos explicitados, restando sem efeito a decisão liminar que suspendeu o cumprimento do acórdão exequendo (evento 11).

De consequência, condeno o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, com fulcro no art. 85, § 2º, do CPC/15, revertendo-se, em favor das partes requeridas, o depósito prévio (CPC, art. 968, inc. II, e parágrafo único do art. 974).

É o voto.

Des. Amaral Wilson de Oliveira – Relator

Agravo de Instrumento nº 5452458-17.2020.8.09.0000

Comarca de Goiânia

Agravante: Wanda Auxiliadora Mendes

Agravado: Karla Fernanda Evelin de Paula Carvalho

Relator: Des. Jeová Sardinha de Moraes

Redator: Des. Norival Santomé

**EMENTA:** AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. CONTRATO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ASSINATURA DE DUAS TESTEMUNHAS. PRESCINDIBILIDADE.

OBRIGAÇÃO COM APLICAÇÃO DE PERCENTUAL SOBRE VALOR BRUTO DE IMÓVEIS A SER DECLARADO EM OUTRA AÇÃO. OBRIGAÇÃO A SER DEFINIDA PELA VIA COGNITIVA. AUSÊNCIA DE LIQUIDEZ A DETERMINAR A CARÊNCIA DE AÇÃO, POR INADEQUAÇÃO. DECISÃO REFORMADA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE ACOLHIDA.

**I** - É cabível a exceção de pré-executividade para veicular a iliquidez, a incerteza e a inexigibilidade do título executivo, desde que devidamente instruída e desnecessária a dilação probatória, sendo tais vícios objetivos, portanto, aferíveis de plano. Precedentes do STJ.

**II** - A prevalência da legislação especial (Lei nº 8.906/1994) confere ao contrato de prestação de serviços advocatícios a qualidade de título de crédito executivo extrajudicial, independentemente de constar em seu teor a assinatura de duas testemunhas.

**III** - Se o valor da obrigação não pode ser determinado com os elementos do próprio título, há falta de liquidez, desautorizando a exequibilidade.

**IV** - Demonstrada a ausência de liquidez e exigibilidade do título executado, deve o feito ser julgado extinto, sem resolução do mérito, pela ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, em decorrência do efeito translativo do agravo de instrumento. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PROVIDO.

### **VOTO PREVALECENTE**

Examina-se nestes autos o recurso de Agravo de Instrumento interposto por Wanda Auxiliadora Mendes para pedir a reforma de decisão da lavra do MM.<sup>o</sup> Juiz de Direito em auxílio na 29<sup>a</sup> Vara Cível da comarca de Goiânia, Dr. Liciomar Fernandes da Silva, proferida quando da análise da Exceção de Pré-Executividade oposta em desfavor de Karla Fernanda Evelin de Paula Carvalho.

O eminente relator pronunciou-se no sentido de conhecer e desprover o agravo de instrumento.

Dele divergindo, porém, proferi voto que, ao final, prevaleceu, por votação majoritária dos componentes da Sexta Câmara Cível, nos termos aqui contidos, no sentido de conhecer e dar provimento ao recurso interposto por Wanda Auxiliadora Mendes, razão por que fui designado redator do acórdão, conforme se vê do extrato da ata carreado aos presentes autos digitais, conforme movimentação de nº 18.

Por meio da exceção de pré-executividade, a agravante pretende questionar a liquidez, certeza e exigibilidade do Contrato de Honorários Advocatícios que ampara ação executiva proposta em seu desfavor, mas o magistrado presidente do feito rejeitou o incidente, sob o fundamento de que ele “somente é admitido nas situações em que não se faz necessária dilação probatória ou naquelas em que as questões possam ser conhecidas de ofício pelo magistrado, como os pressupostos



processuais, a decadência e a prescrição, o que não se vislumbra na espécie.” (evento nº 62 dos autos de origem nº 5167393-50.2018.8.09.0051).

Para pedir a reforma da decisão singular, Wanda Auxiliadora Mendes sustenta que o Contrato de Honorários Advocatícios firmado com a parte adversa não possui força de título executivo extrajudicial, por não gozar de certeza, liquidez e exigibilidade, por isso que, para cobrá-lo, a exequente deveria ajuizar ação de cobrança ou ação monitória.

Verbera que a exequente/excepta/agravada, ao ajuizar ação de execução em seu desfavor, deixou de apresentar memória de cálculo com demonstrativo de débito atualizado, com previsão do índice de correção monetária e taxas de juros aplicadas até a data da propositura da ação, “inviabilizando o julgamento da lide e a defesa do executado.”

A seu ver, ainda, o Contrato de Prestação de Serviços de Honorários Advocatícios firmado não pode ser considerado título executivo para amparar o feito executivo, por faltar a assinatura de 02 (duas) testemunhas, razão por que o magistrado singular deveria julgar inepta a inicial, por faltar-lhe título executivo válido.

Para a solução da cizânia, aqui, importa lembrar que a exceção de pré-executividade é um instrumento processual admitido pela jurisprudência e acolhido pela doutrina, que tem por finalidade permitir ao devedor, quando em meio ao trâmite de um processo executivo, apontar vícios relacionados à admissibilidade da execução, passíveis de serem conhecidos de ofício e com prova pré-constituída.

Nesse cenário, depreende-se que toda matéria que o magistrado possa conhecer de ofício pode ser anunciada por este instrumento processual, inexistindo, na hipótese, preclusão quanto à faculdade de a parte executada fazê-lo, afinal, os temas que ela pode abordar por esta via de defesa englobam matérias de ordem pública. E a existência de vício formal do título, como a sua inexigibilidade ou iliquidez, desde que dispense atividade probatória, é uma delas, conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça.

A propósito, mostram-se relevantes à discussão sobre o cabimento da exceção de pré-executividade, em casos do jaez, os ensinamentos de Alexandre Freitas Câmara:

“Através da ‘exceção de pré-executividade’ poderá o executado alegar qualquer matéria de ordem pública, ligada à admissibilidade da execução, e que poderia – em razão desta sua natureza – ser conhecida de ofício pelo juízo da execução. Assim, por exemplo, é possível a alegação através da ‘exceção de pré-executividade’ da falta de alguma das ‘condições da ação’ (incumbindo-se, aqui, as questões ligadas à teoria do título executivo, como a falta de liquidez da obrigação ou a inadequação do meio escolhido para obtenção da tutela jurisdicional executiva)” (in Lições de Direito Processual Civil, 14ª edição, volume II, Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 453).

A jurisprudência do Tribunal da Cidadania também não deixa dúvidas quanto ao cabimento da exceção de pré-executividade em casos como o da espécie:

“(…) A exceção de pré-executividade é cabível para discutir questões de ordem pública, quais sejam, os pressupostos processuais, as condições da ação, os vícios objetivos do título executivo atinentes à certeza, liquidez e exigibilidade, desde que não demandem dilação probatória” (STJ, AgInt no REsp nº 1.416.119/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 13.10.2017, sem grifo no original).

“(…). 2. O entendimento desta Corte firmou-se no sentido de que é cabível a exceção de pré-executividade para discutir a liquidez do título exequendo, desde que não demande dilação probatória. (…). 4. Agravo interno a que se nega provimento.” (STJ, AgInt no AREsp 1340103/DF, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 25.03.2019, DJe 28.03.2019)

Destarte, diante dos fatos elencados pela excipiente/agravante e tendo em vista que a liquidez, certeza e exigibilidade do título executivo são elementos essenciais para a propositura da ação de execução, sob pena de nulidade, conforme dispõe o artigo 803, inciso I, do Código de Processo Civil, tem-se que tais requisitos encontram-se dentro do rol das matérias que devem ser conhecidas de ofício pelo juiz.

Por conseguinte, por acarretar a nulidade do processo de execução, as matérias suscitadas pela excipiente/agravante ensejam a admissibilidade da exceção de pré-executividade apresentada.

Ultrapassada a questão sobre a manifesta admissibilidade do incidente na hipótese em comento, deve-se gizar que o artigo 24 do Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94) e o artigo 784, inciso XII, do Código de Processo Civil, catalogam o contrato de honorários entre os títulos executivos extrajudiciais.

O artigo 24 da Lei nº 8.906/94 estatui que “A decisão judicial que fixar ou arbitrar honorários e o contrato escrito que os estipular são títulos executivos e constituem crédito privilegiado na falência, concordata, concurso de credores, insolvência civil e liquidação extrajudicial”.

O artigo 784, inciso XII, do Código de Processo Civil, a seu turno, prescreve que “São títulos executivos extrajudiciais todos os demais títulos aos quais, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva”.

Como todo documento com eficácia executiva reconhecida por lei, torna-se necessário que o crédito do advogado, estampado no título extrajudicial (contrato de honorários), seja líquido, certo e exigível. Desse modo, o contrato de prestação de serviço, apto a aparelhar a respectiva ação de execução, deve prever o escopo do trabalho contratado, o valor certo da remuneração a ser paga e, ainda, o tempo do pagamento. Reunidos, assim, os pressupostos intrínsecos de exequibilidade: liquidez, certeza e exigibilidade.

A certeza diz respeito à existência incontroversa do título executivo; a liquidez, por sua vez, significa a determinação precisa da importância devida; a exigibilidade, finalmente, ocorre quando o pagamento da quantia executada não depende de termo, condição ou qualquer outra limitação.

No caso, é de se afastar, de pronto, a alegação de que a falta de assinatura de duas testemunhas no contrato torná-lo-ia nulo.

É que o Superior Tribunal de Justiça, a respeito, é uníssono em reconhecer “a prevalência da legislação especial (Lei nº 8.906/1994), que confere ao contrato de prestação de serviços advocatícios a qualidade de título de crédito executivo extrajudicial, independentemente de constar em seu teor a assinatura de duas testemunhas” (STJ, AgInt no AREsp 1443050/BA, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 21.10.2019, DJe 28.10.2019).

Portanto, não há cogitar da ausência de certeza do título que fundamenta a execução, pois, como visto, não há formalidade exigida pela lei para a contratação dos honorários advocatícios,

sendo suficiente que sejam estipulados por escrito, mediante instrumento ou por meio de correspondência física ou eletrônica, independentemente da assinatura de testemunhas.

Na hipótese dos autos, a excepta/agravada diz ser credora da importância líquida, certa e exigível de R\$ 456.363,45 (quatrocentos e cinquenta e seis mil, trezentos e sessenta e três reais e quarenta e cinco centavos, já atualizados, advindos de prestação de serviços advocatícios à recorrente.

Brada que, consoante previsão da Cláusula Segunda do Contrato de Honorários Profissionais que aparelha a execução, o valor a ser pago pelo serviço advocatício seria de R\$ 1.000,00 (mil reais) no ato de assinatura do contrato, mais 20% (vinte por cento) sobre o valor bruto dos imóveis em litígio após proferida sentença.

Os parágrafos 1º e 2º da Cláusula Segunda, a seu turno, estabelecem a cobrança de juros de mora em caso de atraso no pagamento, além de multa convencional de 30% (trinta por cento) ao contratante que der causa à rescisão do contrato (cf. evento nº 1, arquivo 10 dos presentes autos).

De fato, do cotejo dos autos do processo híbrido 0300933-93.2014.8.09.0029 (201403009338), no qual a agravada funcionou como causídica da excipiente/agravante, extrai-se a informação de que o feito encontra-se em fase de cumprimento da sentença que determinou a transferência dos imóveis em seu nome.

Nada obstante, a Cláusula Segunda do contrato de honorários advocatícios, como dito em linhas volvidas, prevê que o valor a ser pago pelo serviço advocatício seria de R\$ 1.000,00 (mil reais) no ato de assinatura do contrato, mais 20% (vinte por cento) sobre o valor bruto dos imóveis em litígio, após proferida sentença.

A excepta/agravada, em sua peça madrugadora, ao fazer menção à planilha de cálculos então colacionada, proclama que “os imóveis objetos do contrato ora executado são os imóveis situados na Rua América do Sul, nº 18, Bairro Santa Genoveva, Goiânia – Goiás (Lotes 01 a 22 situados na Quadra 110), cujo valor bruto encontra-se avaliado em R\$ 6.000.000,00 (Seis milhões de reais), conforme avaliação feita por avaliador judicial”.

Complementa, entretantes, que, “de acordo com o entabulado, a ré deveria pagar o valor de R\$ 1.200.000,00 (Um milhão e duzentos reais) de honorários advocatícios à exequente após prolação de sentença judicial determinando a transferência dos referidos imóveis para a executada”.

Entretanto, referidos cálculos não podem ser extraídos do título executivo, pois, como visto, o contrato de honorários advocatícios vincula o pagamento da verba a um percentual sobre o valor bruto dos imóveis, por critérios de avaliação que não nos são revelados em nenhum momento, nem sequer por prova produzida unilateralmente pela parte exequente.

Dessarte, tenho que a falta de liquidez do título executivo se apresenta inequívoca, por não ser possível, mediante o simples exame do conteúdo das cláusulas, estabelecer exatamente a base de cálculo sobre o qual incidirá o percentual convencional. O montante, sem dúvidas, depende da apuração de outros elementos de prova inexistentes nos autos da execução, fazendo necessário o exercício de uma atividade cognitiva que se mostra inadmissível neste âmbito, até porque inviável é a liquidação de título extrajudicial.

É incisiva a lição de Cândido Rangel Dinamarco sobre a liquidez do título executivo:

“Liquidez é o conhecimento da quantidade de bens devidos ao credor. Uma obrigação líquida (a) quando já se encontra perfeitamente determinada a quantidade dos bens que lhe constituem o objeto ou (b) quando essa quantidade é determinável mediante a realização de meros cálculos aritméticos, sempre sem a necessidade de buscar elementos ou provas necessários ao conhecimento do **quantum**.” (in Instituições de Direito Processual Civil, v. 4, nº 1.452, Malheiros, grifei).

De sua vez, com relação ao tema, Fredie Didier Júnior leciona:

“Diz-se líquido o crédito quando, além de claro e manifesto, dispensa qualquer elemento extrínseco para se aferir seu valor ou para se determinar seu objeto. (in Curso de Direito Processual Civil: execução, Ed, Juspodivm, 7ª edição, p. 263)

No mesmo sentido, leciona Rodrigo Mazzei que a liquidez está presente quando “Há possibilidade de se alcançar os seus contornos através de elementos que constem internamente no instrumento em que foi fixada a obrigação” (Mazzei, Rodrigo et al. Reforma do CPC 2. São Paulo, RT, 2007, p. 93).

Acerca dos requisitos do título que ampara a ação de execução de título extrajudicial, Humberto Theodoro Júnior, citando Calamandrei, ensina que:

“(...) ocorre a certeza em torno de um crédito quando, em face do título, não há controvérsia sobre a sua existência (**an**); a liquidez, quando é determinada a importância da prestação (**quantum**); e a exigibilidade, quando o seu pagamento não depende de termo ou condição, nem está sujeito a outras limitações.” (cf. in Theodoro Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 157).

Como se vê, não há como admitir o processamento da execução, pois os honorários advocatícios, cujo percentual é de 20% (vinte por cento) sobre o valor bruto dos imóveis em litígio, só podem ser determinados mediante a apuração do valor dos bens, o que depende de atividade cognitiva em ação própria.

Nessa esteira de entendimento são os seguintes julgados desta egrégia Corte de Justiça e demais tribunais pátrios:

“Agravo de instrumento. Ação de execução. Exceção de pré-executividade. Contrato de honorários advocatícios. Título ilíquido. Efeito translativo do recurso. Processo extinto sem resolução de mérito. 1. O título executivo extrajudicial deve ser dotado de certeza, liquidez e exigibilidade, ausentes quaisquer destes requisitos, a execução é nula. 2. O contrato de honorários advocatícios que prevê porcentagem sobre valor de bens a ser declarado em outra ação, revela-se ilíquido, uma vez que o valor do patrimônio ainda é incerto. 3. Demonstrada a ausência de liquidez e exigibilidade do título executado, deve o feito ser julgado extinto, sem resolução do mérito, pela ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, em decorrência do efeito translativo do agravo de instrumento. 4. Recurso conhecido e provido.” (TJGO, Agravo de Instrumento (CPC) 5159833-79.2019.8.09.0000, Rel. Gerson Santana Cintra, 3ª Câmara Cível, julgado em 09.08.2019, DJe de 09.08.2019)

“Apelação cível. Execução de título extrajudicial. Contrato de honorários advocatícios. Percentual sobre resultado. Exceção de pré-executividade. Cabimento. Iliquidez do título. Sentença mantida. A exceção de pré-executividade consiste em via excepcional de defesa cabível no intuito de arguir matérias de ordem pública cuja resolução independe de dilação probatória. O contrato de prestação de serviços advocatícios que prevê os honorários em percentual sobre resultado não é título extrajudicial hábil a embasar a execução por ser ilíquido.” (TJMG, Apelação: 10637130096414002 MG, Rel. Amauri Pinto Ferreira, Data de Julgamento: 09.08.2018, Data de Publicação: 21.08.2018, g.)

“Execução. Título extrajudicial. Contrato de honorários advocatícios. Obrigação com aplicação de percentual sobre a vantagem decorrente da atuação profissional. Obrigação a ser definida pela via cognitiva. Ausência de liquidez a determinar a carência de ação, por inadequação. Exceção de pré-executividade acolhida. Agravo provido. Se o valor da obrigação não pode ser determinado com os elementos do próprio título, há falta de liquidez, desautorizando a exequibilidade.” (TJSP, Agravo de Instrumento 01466945520118260000 SP 0146694-55.2011.8.26.0000, Rel. Antonio Rigolin, Data de Julgamento: 06.09.2011, 31ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 06.09.2011, g.)

Não bastasse, a própria exequente/recorrida, em sua petição inicial, confirma que a revogação do mandato outorgado pela agravante se deu antes do término da prestação de serviço (“após dois anos de trabalho”), razão por que não se pode descartar eventual discussão judicial sobre a legalidade da cláusula que prevê o pagamento integral da verba honorária, mesmo após a rescisão do contrato.

Nesse sentido é o escólio do Superior Tribunal de Justiça:

“Ainda que a revogação do mandato tenha decorrido do exercício de direito potestativo dos recorridos, sem qualquer causa atribuída aos recorrentes, não se pode ignorar que não houve a efetiva e integral prestação do serviço contratado. Desse modo, a pretensão de se obter o pagamento integral de honorários contratuais, fixados a partir do critério de moderação e razoabilidade em relação ao serviço total, traduz evidente desproporção, com a qual não pode pactuar o Poder Judiciário.

Ademais, a inexistência de previsão de critérios passíveis de utilização para a readequação do valor na hipótese de seu cumprimento integral do serviço contratado – a exemplo de valor por peça, por momento processual, mesmo pelo decurso do tempo de vinculação ao contrato, etc. – caracteriza omissão de contratação de honorários na hipótese dos autos. Isso porque, nos termos do acórdão do TJ/PR, fora contratado honorários advocatícios em valor global, a ser pago ao final do processo, ainda que de forma independente do êxito das demandas.” (STJ, REsp 1290109/PR, Relª. Minª. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 16.04.2013, DJe 15.05.2013)

Dessarte, ilíquido o título executivo extrajudicial, a execução se torna nula, nos termos do artigo 803, inciso I, do Código de Processo Civil, **in verbis**:

Art. 803. É nula a execução se:

I – o título executivo extrajudicial não corresponder a obrigação certa, líquida e exigível;  
(...).

Parágrafo Único. A nulidade de que cuida este artigo será pronunciada pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte, independentemente de embargos à execução”.

Logo, dispondo do efeito translativo dos recursos, em razão de sua nulidade, irremediável se apresenta a extinção da execução.

Por fim, não menos importante, é necessário consignar que não se está a discutir o direito da excepta/agravada de ser remunerada pelos serviços que efetivamente prestou, mas sim a excecutoriedade do título, situação que determina, na ausência dos requisitos exigidos pelos artigos 783 e 803, inciso I, do Código de Processo Civil, a extinção da execução.

Na confluência do exposto, voto pelo conhecimento e provimento do agravo de instrumento interposto por Wanda Auxiliadora Mendes para, reformando a decisão vergastada, acolher o incidente de exceção de pré-executividade e, de consequência, extinguir a ação de execução, nos termos do artigo 485, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Ainda, nos termos do artigo 85, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil, condeno a excepta/agravada ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, observando-se, no entanto, o que dispõe o art. 98, § 3º, do CPC, por litigar sob o pálio da justiça gratuita.

É como voto.

Des. Norival Santomé - Redator

Datado e Assinado digitalmente conforme arts. 10 e 24 da Resolução nº 59/2016 do TJGO

Agravo de Instrumento nº 5476824.57.2019.8.09.0000

Comarca de Goiânia

Agravante: Unimed Goiânia Cooperativa de Trabalho Médico

Agravada: Ianne Magalhães Souza

Relator: Des. Fausto Moreira Diniz

**EMENTA:** AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. APLICAÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR. MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO. BENEFICIÁRIO DO PLANO DE SAÚDE SEM CONDIÇÕES FINANCEIRAS. DEFERIMENTO EXCLUSIVO PARA TRATAMENTO AMBULATORIAL DE ANTINEOPLÁSICOS. INEXISTÊNCIA DO DEVER DAS OPERADORES DE SAÚDE EM CASOS DIVERSOS. OBRIGAÇÃO AFASTADA. DECISÃO REFORMADA.

I - O agravo de instrumento é um recurso norteado pelo **secundum eventum litis** e, portanto, deve limitar-se ao exame estrito do ato judicial

prolatado pelo togado de origem, não devendo proceder esta instância revisora em apreciação acerca de temática estranha ao ato judicial fustigado, sob pena de incorrer em supressão do grau inicial de jurisdição.

II - Sabe-se que o fornecimento de medicamentos para tratamento médico patrocinado pela operadora de plano de saúde só poderá ser exigido na hipótese de terapia antineoplásica, conforme expressa disposição legal (artigo 12, inciso I, "c" da Lei 9.656/98), o que não é o caso, posto tratar-se de doença Púrpura Trombocitopênica Idiopática (CID D69.3) sendo contra ela prescrito por médico o uso de Nplate, cujo princípio ativo é o Romiplostim, o qual portanto, o plano não é obrigado a custear.

III - Não pode o Judiciário, a pretexto da falta de condições financeiras do beneficiário, transformar uma entidade privada atuante no fornecimento de serviço de saúde num patrocinador de medicamentos prescritos em atendimentos ambulatoriais de forma irrestrita, sob pena de incluir as operadoras de plano de saúde no rol do artigo 196 da Constituição Federal, e artigo 153, inciso IX, da Constituição Estadual, estendendo a elas uma injustificada responsabilidade do ente público no tocante à saúde em todos as esferas. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Agravo de Instrumento nº 5476824.57.2019.9.09.0000, Comarca de Goiânia, sendo agravante Unimed Goiânia Cooperativa de Trabalho Médico e agravado Ianne Magalhães Souza.

Acordam os integrantes da Segunda Turma Julgadora da Sexta Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, à unanimidade de votos, em conhecer e prover o agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator. Custas de lei.

Votaram, além do Relator, Desembargador Fausto Moreira Diniz, o Doutor Sival Guerra Pires, em substituição ao Desembargador Norival Santomé, e Desembargadora Sandra Regina Teodoro Reis. Presidiu a sessão o Desembargador Jeová Sardinha de Moraes.

Presente a ilustre Procuradora de Justiça, Doutora Ana Maria Rodrigues da Cunha.

Goiânia, 30 de julho de 2020.

Des. Fausto Moreira Diniz - Relator

### **VOTO**

Conforme relatado, trata-se de agravo de instrumento, com pedido liminar, interposto por Unimed Goiânia Cooperativa de Trabalho Médico contra decisão proferida pela MMª. 2ª Juíza de Direito da 31ª Vara Cível comarca de Goiânia, Drª. Flávia Lançoni Costa Pinheiro, (evento 08, autos

nº 5310666.53.2019.8.09.0051), na ação de obrigação de fazer com pedido de antecipação de tutela ajuizada por Ianne Magalhães Souza, ora agravada.

Presentes os pressupostos de admissibilidade do impulso, dele conheço.

Primeiramente, destaca-se que o agravo de instrumento é um recurso norteado pelo **secundum eventum litis** e, portanto, deve limitar-se ao exame estrito do ato judicial prolatado pelo togado de origem, não devendo proceder esta instância revisora em apreciação acerca de temática estranha ao ato judicial fustigado, sob pena de incorrer em supressão do grau inicial de jurisdição.

Mirando nesse entendimento, recorda-se que cuida-se de ação de obrigação de fazer com pedido de antecipação de tutela, onde a autora, ora agravada, visa liminarmente "(...) A Concessão do Romiplostim (Nplate) na dose de 1Mcg/KG semanal, devendo ser aumentada semanalmente até plaquetas acima de 50.000 cel/mm<sup>3</sup> da tutela de urgência antecipada, fundada no art. 300 do Código de Processo Civil, sob pena de pagamento de multa no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) por dia de descumprimento, citando-se e intimando-se os requeridos, inclusive sob pena de desobediência." (fl. 07, evento 01, processo de origem).

O juízo de origem deferiu "(...) a *antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional pleiteada, para determinar que a ré Unimed Goiânia forneça o medicamento, Romiplostim (Nplate) da dose de 1 Mc/kg semanal, devendo ser aumentada semanalmente até plaquetas acima de 50.000 cel/mm<sup>3</sup>, sob pena de incidir em multa diária que fixo em R\$ 1.000,00 (mil reais). Deverá a ré fornecê-lo enquanto perpetuar prescrição médica nesse sentido ou até que seja julgado o mérito desta causa ou até que esta liminar seja revogada.*" (sic, **decisum a quo**).

Em sede recursal, por seu turno, a Unimed Goiânia Cooperativa de Trabalho Médico, busca o conhecimento e provimento do recurso para reformar a decisão afastando a cobertura do remédio em debate sob o argumento de que: i) a guia de solicitação do medicamento receitado não traz evidência de urgência e/ou emergência não havendo essa tipificação nos termos do artigo 35-C, incisos I e II, da Lei 9.656/98 e enunciado 62 da II Jornada de Direito da Saúde promovida pelo Conselho Nacional de Justiça; e ii) que o fármaco não atende as exigências legais mínimas do artigo 12 da Lei 9.656/98, que estabelece a cobertura para tratamentos antineoplásicos e de uso oral, duas características que não se vê no caso, já que o Nplate (Romiplostim) é injetável e não é da classe de antineoplásicos.

Tratando-se de discutir o acerto de pleito liminar, deve este juízo, portanto, limitar a este momento processual, sendo, assim, estes os limites de decidir.

No caso em testilha, é incontroverso que Ianne Magalhães Souza, beneficiária do plano de saúde ofertado pela ré/agravante, sofre de doença Púrpura Trombocitopênica Idiopática (CID D69.3) sendo a ela prescrito por médico o uso do medicamento Nplate, cujo princípio ativo é o Romiplostim, deferido pelo juízo de origem.

Ademais, na inicial vê-se relatório médico descrevendo haver anterior tentativa do uso de Prednisolona, 60 mg/dia, como tratamento, porém, após o terceiro mês a paciente não apresentou resposta adequada, desencadeando diversos efeitos colaterais, razão pela qual busca essa nova via medicamentosa.

Verifica-se ainda descrito na exordial o orçamento da autora aponta que o medicamento tem um custo mensal médio de R\$ 3.000,00 (três mil reais) e anual de R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil



reais), o que é facilmente confirmado em pesquisa na internet, revelando ser um gasto que foge às possibilidades da insurgente, vez que é universitária, cursando instituição de ensino particular, contando, junto ao seu irmão (adolescente), com o patrocínio de sua genitora, professora municipal de Correntina, Estado da Bahia, que não pode arcar com o custeio do tratamento sem prejudicar o próprio sustento.

Recorda-se que aplica-se à relação jurídica firmada entre as partes pelo contrato, o direito do consumidor em vista da súmula 608 da Corte Cidadã (não pela Súmula 469 como verberou a magistrada de origem, vez que cancelada por aquela) o que garante uma interpretação contratual e legal (Lei 9.656/98) à luz do microsistema consumeril.

Não obstante o fármaco em questão ter registro na AVISA (nº 102440003) e estar no relatório de abril de 2018 de Recomendação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologia do SUS – CONITEC, para a patologia apresentada pela recorrida, sabe-se que o fornecimento de medicamentos para tratamento médico patrocinado pela operadora de plano de saúde só poderá ser exigido na hipótese de terapia antineoplásica, conforme expressa disposição legal (artigo 12, inciso I, “c” da Lei 9.656/98), o que não é o caso, posto tratar-se de doença Púrpura Trombocitopênica Idiopática (CID D69.3) sendo contra ela prescrito por médico o uso de Nplate (princípio ativo Romiplostim), o qual, portanto, o plano não é obrigado a custear.

Em última análise, não pode o Judiciário, a pretexto da falta de condições financeiras do beneficiário, transformar uma entidade privada atuante no fornecimento de serviço de saúde num patrocinador de medicamentos prescritos em atendimentos ambulatoriais de forma irrestrita, sob pena de incluir as operadoras de plano de saúde no rol do artigo 196 da Constituição Federal, e artigo 153, inciso IX, da Constituição Estadual, estendendo a elas uma injustificada responsabilidade do ente público no tocante à saúde em todas as esferas.

Portanto, a modificação da decisão é medida que se impõe.

Ante o exposto, já conhecido o agravo de instrumento, dou-lhe provimento para reformar o ato decisório, retirando da recorrente o ônus de custear o medicamento prescrito.

É o voto.

Goiânia, datado e assinado eletronicamente.

Des. Fausto Moreira Diniz – Relator

Agravo em Execução Penal nº 5699644.86.2019.8.09.0000

Comarca de Goiânia

Agravante: Ministério Público

Agravado: Helder David Abdalla

Relator: Des. Leandro Crispim

**EMENTA:** AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE POR PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. AFRONTA À COISA JULGADA. APLICAÇÃO DE DUAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS IDÊNTICAS. OFENSA AO ART. 44, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. Conforme o disposto no art. 148 da LEP, o Juiz da Execução pode tão somente alterar a forma de cumprimento das sanções restritivas de direitos, ajustando-as às condições pessoais do sentenciado e às características do estabelecimento penal, não lhe sendo autorizado, contudo, substituir a pena aplicada pelo juízo de conhecimento por outra modalidade de pena restritiva de direitos, sob pena de ofensa à coisa julgada. O art. 44, § 2º, segunda parte, do Código Penal veda substituir a pena privativa de liberdade superior a um ano, por duas restritivas de direitos idênticas, já que, do contrário, aplicaria ao condenado uma única pena restritiva de direitos, fato que não atenderia as finalidades preventiva e retributiva da pena.

AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO.

### ACORDÃO

Vistos, oralmente relatados e discutidos os presentes autos de Agravo em Execução Penal nº 5699644.86.2019.8.09.0000.

Acordam os integrantes da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, por votação uniforme, acolhendo o parecer Ministerial, em conhecer do agravo e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator, exarado na assentada do julgamento que a este se incorpora. Sem Custas.

Votaram, acompanhando o Relator, o Desembargador Luiz Cláudio Veiga Braga e a Desembargadora Carmecy Rosa Maria Alves de Oliveira.

Presidiu a sessão o Desembargador Luiz Cláudio Veiga Braga.

Presente à sessão o Doutor Pedro Alexandre Rocha Coelho, ilustre Procurador de Justiça.

Goiânia, 20 de fevereiro de 2020.

Des. Leandro Crispim – Relator

## RELATÓRIO

Trata-se de Agravo em Execução Penal interposto pelo Ministério Público, em face da decisão de evento 01, arquivo 05, fs. 106/108, que deferiu o pedido de Helder David Abdalla, de substituição da pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade por prestação pecuniária.

Em razões, o agravante argumenta que, o ora agravado, foi condenado à pena privativa de liberdade de 02 anos de reclusão, a qual foi substituída por duas penas restritivas de direitos, consistentes, em prestação de serviço à comunidade e prestação pecuniária.

Narra que:

“A pena de prestação pecuniária foi cumprida integralmente. Entretanto, prestadas 337 das 730 horas de serviços comunitários fixadas, o agravado, através de advogado constituído, requereu a alteração do restante desta em outra de prestação pecuniária.

Instado a se manifestar, o Ministério Público pugnou pelo indeferimento do pedido.

Por decisão exarada em 08.11.2019, o juízo da execução deferiu o pedido formulado pelo sentenciado, substituindo o restante da pena de prestação de serviços comunitários por outra de prestação pecuniária” (evento 1, arquivo 1, f. 07).

Alega que não houve comprovação de que Helder é impossibilitado de cumprir a pena de prestação de serviço à comunidade.

Pede, ao final, o conhecimento e o provimento ao agravo em execução e, por conseguinte, a reforma da decisão vergastada, que alterou a pena de prestação de serviço à comunidade por outra prestação pecuniária (evento 01, arquivo 01, fs. 06/14).

Em contrarrazões, a defesa constituída do agravado refuta a tese apresentada e pede o desprovimento do agravo (evento 01, arquivo 01, fs. 16/19).

Em sede de juízo de retratação, o juiz singular manteve a decisão atacada (evento 01, arquivo 01, f. 20).

Nesta instância recursal, a douta Procuradoria de Justiça, representada pelo Dr. Pedro Tavares Filho, manifestou-se pelo provimento do agravo (evento 08, fs. 136/138).

Resumidamente relatado.

## PASSO AO VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade do Agravo em Execução Penal, dele conheço.

Consoante relatado, o agravante insurge-se contra a decisão que deferiu o pedido de substituição da prestação de serviços comunitários por prestação pecuniária.

Alega que não houve comprovação de que Helder é impossibilitado de cumprir a pena de prestação de serviço à comunidade.

Pois bem.

De plano, verifico que a irresignabilidade do agravante merece prosperar.

Isso porque, a modificação realizada pelo juízo, além de não encontrar respaldo na Lei de Execução Penal, ofende a coisa julgada. Explico.

A atividade jurisdicional de execução da pena está submetida ao princípio da legalidade, razão pela qual não pode o Juiz da Execução afastar-se do decidido pelo magistrado da fase de conhecimento, no momento em que este fixa os termos da condenação na sentença penal transitada em julgado.

Compete ao Juiz da Execução tão somente executar a sentença, não podendo alterá-la, senão, dentro dos limites legais.

Daí decorre a impossibilidade de o Juiz da Execução substituir uma espécie de pena restritiva de direitos por outra, sob pena de infringir a estabilidade do julgado, a coisa julgada.

O magistrado, na fase de execução das penas, pode tão somente alterar a forma de cumprimento das sanções restritivas de direitos já impostas, ajustando-as às condições pessoais do sentenciado e às características do estabelecimento penal, da entidade ou do programa comunitário ou estatal, nos termos dispostos no artigo 148 da Lei de Execução Penal.

Não lhe é autorizado, contudo, substituir a pena aplicada pelo juízo de conhecimento por outra modalidade de pena restritiva de direitos.

Sobre o assunto, leciona Guilherme de Souza Nucci:

“Alteração da Forma de cumprimento: Imposta a pena alternativa na sentença condenatória, a alteração mencionada no art. 148 diz respeito à forma de cumprimento, mas não à modificação da pena em si, trocando uma por outra, pois tal medida seria ofensiva à coisa julgada material, sem que haja autorização legal para tanto.” (in Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 9ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2016, p. 342).

Nesse sentido:

“Agravo em execução penal. Substituição da pena restritiva de direitos na modalidade prestação de serviços à comunidade por pena de prestação pecuniária. Desprovido. Nos termos do artigo 148 da LEP, o juízo da execução poderá alterar a forma de cumprimento da pena de prestação de serviços à comunidade, contudo, não há possibilidade de substituir a restritiva de direitos fixada no decreto condenatório, sob pena de ofensa à coisa julgada. Agravo conhecido e desprovido.” (TJGO, Agravo em Execução Penal 152357-69.2018.8.09.0175, Rel. Dr. Aureliano Albuquerque Amorim, 1ª Câmara Criminal, Julgado Em 08.08.2019, Dje 2827 De 11.09.2019).

“Agravo em execução penal. Substituição pelo juízo da execução penal da pena pecuniária por prestação de serviços à comunidade. Impossibilidade. Aplicada pelo Magistrado processante a pena pecuniária ao sentenciado/agravante, é vedado ao Juízo da Execução Penal, após o trânsito em julgado do édito condenatório, alterar a forma de cumprimento, substituindo-a por outra restritiva de direitos, sob pena de ofensa à coisa julgada material (Exegese dos artigos 66, inciso V; e 148, da Lei nº 7.210/1984). Agravo conhecido e desprovido.” (TJGO, Agravo Em Execução Penal 29335-14.2018.8.09.0000, Rel. Des. Joao Waldeck Felix de Sousa, 2ª Câmara Criminal, Julgado Em 25.09.2018, Dje 2606 De 10.10.2018).

No presente caso, uma vez que transitado em julgado o Decreto condenatório do sentenciado Helder David Abdalla, que estabeleceu as penas restritivas de direitos de prestação de serviço a comunidade e prestação pecuniária, registro que as penas restritivas de direitos, embora possuam característica de pena alternativa à privativa de liberdade, têm natureza de sanção penal. Exige, portanto, esforço do sentenciado para o seu cumprimento.

Ao aplicar as penas restritivas de direitos, o magistrado analisa o caso concreto, a fim de que a sanção seja suficiente não somente à reparação do delito praticado, mas também para que atenda à finalidade de prevenção da prática de novos delitos. Não cabe ao sentenciado buscar adequar a pena a ele imposta aos seus interesses.

Por essa razão, a dificuldade no cumprimento da pena aplicada, em razão de seu trabalho, não autoriza por si só a alteração da modalidade da sanção restritiva.

Não bastasse isso, em que pese a comprovação do trabalho, como bem disse o representante ministerial em Segundo Grau: “Ora, ainda que a declaração da empregadora mencione carga horária das 8h às 19h, de segunda a sextas-feiras, aos sábados das 07h às 13h e “... que dois finais de semana ao mês o mesmo me acompanha até a minha propriedade rural localizada na cidade de Indiara/GO” (mov. 1, arq. 7), por si só, não impede o cumprimento da prestação de serviços à comunidade, a qual, inclusive, está sendo cumprida regularmente, consoante informa a Central Integrada de Alternativas Penais (processo nº 0053604.77.2018.8.09.0175, mov. 6 e 9)” (evento 08).

Destarte, impositiva a reforma da decisão atacada, para que seja afastada a substituição operada.

Ante o exposto, acolho o parecer Ministerial de Cúpula, conheço do agravo e dou-lhe provimento, para afastar a substituição da pena restritiva de direitos de prestação de serviço à comunidade por prestação pecuniária.

Sem custas.

É como voto.

Goiânia, 20 de fevereiro de 2020.

Des. Leandro Crispim - Relator

Apelação Cível nº 5459626.61.2019.8.09.0176

Comarca de Nova Crixás

Apelante: Mariozan Lopes de Oliveira

Apelada: Renato Perboni

Relator: Des. Marcus da Costa Ferreira

**EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. AGRAVO INTERNO. EMBARGOS DE TERCEIRO. AÇÃO POSSESSÓRIA. IMÓVEL RURAL. VALORAÇÃO DA

PROVA ORAL PELO JULGADOR DE ORIGEM. PRESTIGIADA. CONTRATO DE ARRENDAMENTO RURAL. MELHOR POSSE EM FAVOR DO EMBARGADO. SENTENÇA **ULTRA PETITA**. RECONHECIDO.

I - Dúvidas não há de que o Julgador de origem, como presidente do feito, tem melhores condições de avaliar as provas colhidas, principalmente, aquelas produzidas em audiência, trabalho esse que deve ser valorado e prestigiado.

II - Partindo dessa premissa, veja-se que o d. Magistrado fez uma análise acurada e pormenorizada acerca dos depoimentos testemunhais prestados nos autos, vindo, inclusive, a transcrever uma extensa parte deles, de forma a demonstrar a existência de posse do imóvel por parte do embargado; e, de outro lado, apontado incongruências naqueles prestados em favor do embargante.

III - Como se não bastasse, verifica-se que o embargado juntou aos autos uma série de documentos (contratos de arrendamento rural havidos anteriormente entre o proprietário e terceiros), os quais demonstram, não se pode negar, o exercício da posse contínua pelo seu legítimo dono até a celebração do presente, firmado com o embargado.

IV - Diante disso, ante à fragilidade da prova apresentada pelo embargante acerca de sua posse anterior àquela exercida pelo embargado, desde o ano de 2017, sobre o imóvel em discussão, mediante contrato de arrendamento rural firmado com o legítimo proprietário, bem como assim evidenciado nos depoimentos testemunhais apresentados, impõe-se prestigiar, **in casu**, a melhor posse, consoante assim permite a jurisprudência. 5. Por fim, em relação ao questionamento da ocorrência de sentença **ultra petita**, pelo fato de o Julgador ter declarado que todo o gado ali existente pertence ao embargado, há de se reconhecer que tal não foi objeto de questionamento, o que, contudo, não implica em nulidade do **decisum** objurgado, razão por que possível decotar essa parte da sentença, até porque as partes provavelmente têm ciência de quem pertence as reses ali existentes, não sendo necessária qualquer prestação jurisdicional neste aspecto. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO E APELAÇÃO CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA.

## 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 Quinta Câmara Cível, por maioria de votos, em conhecer do apelo e lhe dar parcial provimento, e julgar

prejudicado o agravo interno, nos termos do voto do Des. Alan Sebastião de Sena Conceição, designado redator do acórdão.

Ficou vencido o relator Desembargador Marcus da Costa Ferreira.

O Desembargador Olavo Junqueira de Andrade juntará declaração de voto.

Votaram com o redator, que também presidiu a sessão, os Desembargadores Francisco Vildon José Valente e Guilherme Gutemberg Isac Pinto.

Representou a Procuradoria-Geral de Justiça a ilustre Doutora Estrela de Freitas Rezende.

Goiânia, 27 de agosto de 2020.

Des. Alan Sebastião de Sena Conceição - Redator

### **VOTO PREVALECENTE**

Trata-se de agravo interno e Apelação Cível interpostos da sentença (evento nº. 50) proferida em sede de embargos de terceiros, opostos por Mariozan Lopes de Oliveira, ora apelante, contra Renato Perboni, aqui apelado - originário de constrição judicial (mandado de manutenção de posse) havida em sede de ação possessória, oriunda de contrato de arrendamento rural firmado por este último junto ao proprietário do imóvel, visando a exploração de cria, recria e engorda de bovinos.

Na sentença objurgada, o dirigente processual julgou improcedente a pretensão exordial, condenando o autor ao ônus de sucumbência, razão por que ele interpôs este recurso de apelação cível.

Na sessão de julgamento realizada no dia 02.07.2020, o digno Relator posicionou-se pelo provimento do recurso de apelação cível, e por prejudicado o agravo interno; oportunidade em que pedi vista dos autos para melhor apreciar a contenda.

Antes de adentrar ao estudo do recurso de apelação cível propriamente dito, faço breve relato do processado, a fim de melhor apreciá-lo.

Infere-se da peça inaugural que o embargante alega que é terceiro de boa-fé e legítimo possuidor da área de 1.908,5946 ha, denominada fazenda Volta Grande, objeto de constrição judicial via ação possessória em apenso, que é inclusive alvo de usucapião por parte dele nos autos de nº 5031499.81.2019.8.09.0176, cuja posse exerceria desde o ano de 2003.

Diante disso, aponta simulação por parte do embargado, que ajuizou a ação possessória em face de terceiros, as quais, como afirma, "... nunca estiveram no local e não tem qualquer vínculo com o imóvel sub judice", com vista a ter a proteção judicial e retirá-lo do imóvel em referência, o qual seria proveniente de uma área maior, a saber de 12.000 ha, registrada perante o Cartório de Registro de Imóveis de Mundo Novo/GO sob a matrícula nº 1.525.

E, ainda, que o suposto contrato de arrendamento rural não delimita qual seja a área arrendada, além de não ter sido devidamente assinado pela esposa do arrendante, o que, a seu ver, revela se tratar de simulação entre eles realizada.

Nesses termos, vem requerer a procedência dos embargos de terceiros, a fim de obter a retomada da área em discussão.

O embargado, por sua vez, sustenta que se encontra na posse do imóvel desde o dia 20.01.2017, tendo adquirido 130 alqueires do proprietário Sr. João Ribas e arrendado dele uma gleba de terras de 2.274.8 ha, sendo que esta englobaria a área em disputa, exercendo suas benfeitorias desde 01.05.2017; e que o embargante nunca residiu no mesmo. E, ainda, que o mencionado proprietário teria alienado quinhões outros ao longo dos anos, restando somente essa gleba como sendo de sua propriedade, a qual foi anteriormente arrendada para outras pessoas, mediante contratos de arrendamento e parceria, consoante documentos juntados aos autos.

Após a instrução do feito, com a realização da audiência de instrução e julgamento, o dirigente processual proferiu a sua sentença, em que, após procedida uma análise dos elementos probatórios contidos nos autos, julgou improcedente o pedido inaugural, sob o seguinte fundamento:

“Denota-se, portanto, que o embargante apenas se encontrava no bem por atos de mera tolerância/permissão do proprietário registral, Sr. João Ribas, os quais por sua vez, não induzem à posse (art. 1.208 do Código Civil).”

Assim, considerou em razão de uma certidão acostada aos autos, extraída de outro processo, em que o aqui embargante se qualificou como responsável pelo imóvel; tendo, na sequência, transcrito o teor da mesma, que ora reproduzo:

“Certifico que, em cumprimento ao mandado no 180782318, extraído dos autos nº 272, do Processo 205657-11.2016.8.09.0176, em que é exequente Pedro José Lopes e executado o Sr. João Ribas Filho, diligenciei no dia 20 de agosto de 2018 às 07 horas e 28 minutos, até o imóvel e ali estando encontrei a porteira fechada. No dia 11 de outubro ao diligenciar pelo distrito de Mundo Novo, localizei o senhor Mauriozam, um senhor que fica responsável pela fazenda, o qual informou que a fazenda se encontra alugada para terceiros e que o senhor João Ribas, reside no estado de São Paulo, sendo assim deixo de proceder a intimação da parte executada (...)” (grifo nosso).

Também, pontuou que:

“Desta forma, percebe-se que o embargante não se desincumbiu do encargo que lhe cabia, deixando de provar o fato constitutivo de seu direito, a teor do art. 373, I, do CPC.

Ao revés, a parte embargada comprovou nos autos o arrendamento realizado junto ao legítimo proprietário da terra, assim como daqueles que o precederam, além da posse exercida sob o terreno desde então.”

Irresignado com a decisão retro, o embargante interpôs o presente recurso, alegando, em suma: 1º) ausência de fundamentos, porque não teria o Julgador de Origem apreciado todas as questões por ele apresentadas; 2º) qualidade de informante do depoente Sr. Antônio Veloso Pires e de Gervane Gonçalves de Oliveira; 3º) comprovação de sua posse e a ilegitimidade passiva das pessoas que compõe a relação processual da ação possessória; 4º) ausência de definição dos limites geográficos da área objeto de arrendamento rural e da assinatura da esposa do arrendante; 5º) atos por ele praticados de formação e limpeza de pastagens, construção e reforma de currais, entre outros; 6º) distinção entre posse **ad usucapionem** e a posse **interdicta**; 7º) sentença **ultra petita**, pelo fato de o Julgador declarar que todo o gado pertence ao embargado, devendo ser determinada tão somente a devolução das rezes que tiverem a sua marca.



O apelado, por sua vez, refuta os termos recursais e pede pela condenação do apelante em litigância de má-fé.

Por fim, foi concedido o efeito suspensivo ao recurso, que foi objeto de agravo interno.

O digno relator, ao proferir o seu voto, entendeu por prejudicado o agravo interno ante o julgamento do apelo; tendo, ainda, afastado a preliminar aventada, de ausência de fundamentação, e acolhido o pedido para se reconhecer o depoimento do Sr. Antônio Veloso Pires apenas na qualidade de informante.

No mérito, acolheu a súplica do apelante, pelas seguintes razões:

“Compulsando os autos, observo que a prova documental e testemunhal, produzidas pela parte embargante/apelante, condizem com a certidão do oficial de justiça do evento 16 dos autos principais e demonstram a posse da terra no momento do cumprimento do ato originário da ação principal e que atingiu o terceiro ora embargante, que não é parte no processo principal e possui ação de usucapião da respectiva área em andamento.

(...)

Mostra-se, portanto, incongruência nas argumentações do magistrado a quo que reconheceu que o embargante residiu no imóvel em diferentes períodos e se apresentava como proprietário fosse e depois entende que os atos por ele praticados corresponderiam a função de preposto, embora afirme que no presente feito não caiba discussão sobre os direitos que o embargante possa ter sobre a coisa.

Aliás, o embargante apresentou documentação de energia elétrica, imposto rural, entre outros que se encontram em seu nome, o poderia trazer dúvidas à tese de que este era preposto do proprietário registral.

Logo não restam dúvidas que o embargante, na qualidade de terceiro, estava na posse da coisa. A que título é essa posse e quais os efeitos advindos dela, não pode ser objeto da presente demanda, mas sim em ação própria.

Aliás, caso a parte embargada quisesse discutir a posse exercida pela parte embargante, a qual já estava usufruindo da área no momento do ajuizamento da ação principal, inclusive com a ação de usucapião já proposta (24.01.2019) e com sua existência averbada na matrícula do imóvel (evento 21 dos autos da usucapião), teria incluindo-a no polo passivo da ação possessória, o que de fato não o fez.

(...)

Por tais razões, entendo que não agiu com acerto o magistrado a quo, impondo-se a reforma da sentença para reconhecer o direito do embargante de ter sua área excluída dos efeitos da liminar concedida na ação possessória, tão somente.”

Pois bem, frente a todo esse contexto fático/processual, acompanho o nobre Relator no que se refere as preliminares por ele decididas; e, já atento à questão de fundo, entendo que, ao contrário do posicionamento por ele exposto, deve ser confirmada a sentença de primeiro grau. Explico.

Antes de mais nada, impende ressaltar que o Julgador de Origem formou seu convencimento à luz dos elementos de convicção produzidos nos autos, assim o fazendo com base em

argumentação racional, em cumprimento, pois, com o disposto no artigo 371 do Código de Processo Civil:

“art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação do seu convencimento.”

Aliás, dúvidas não há de que ele, como presidente do feito, tem melhores condições de avaliar as provas colhidas, principalmente, aquelas produzidas em audiência, trabalho esse que deve ser valorado e prestigiado. Ademais, não é por demais dizer que, nesse aspecto, ele leva vantagem sobre os julgadores de Segunda Instância, eis que, no contato direto com as testemunhas, tem condições de observar as suas reações e sentimentos, o que lhe permite chegar bem mais próximo da verdade.

A título de ilustração, segue-se:

“... III - depoimentos testemunhais. Ausência de credibilidade. Avaliação pelo juiz processante. O juiz processante, pelo simples fato de presidir a instrução, tem melhores condições de avaliar os depoimentos colhidos pelas testemunhas de ambas as partes, ante ao contato direto que mantém com as partes e testemunhas, dando-lhe a credibilidade peculiar, situação que é impossível de se promover em segundo grau de jurisdição. Apelo conhecido e improvido”. (TJGO - DJ nº 152 de 13.08.2008 – Rel. Dr. Fabiano A. de Aragão Fernandes - Apelação Cível 123720-1/188). (grifo nosso).

“Ação de indenização. Acidente de trânsito. Animal na pista. Propriedade. Não comprovação. Livre convencimento do julgador. 1. Sentença atacada por falta de fundamentação, ante sua apresentação de modo enxuto, não há nulidade, desde que a assertiva lançada é suficiente para demonstrar a convicção do Julgador; 2. Propriedade do animal não comprovada. Depoimentos das testemunhas contraditórios, bem como a impossibilidade de se aferir o desenho marcado no animal, pois o couro do animal causador do evento danoso foi cortado, afastada a responsabilização do apelado; 3. O juiz decide livremente, dando a cada prova o valor que entender adequado. O juiz de primeiro grau que presidiu a instrução, possui melhores condições de apreciar as provas dos autos e os depoimentos prestados, face o contato direto com os envolvidos na demanda, situação impossível no segundo grau; Apelo conhecido e improvido. Sentença mantida.” (TJGO - DJ nº 1.359 de 07.08.2013 – Rel. Dr. José Carlos de Oliveira - Apelação Cível 348434-59.2010.8.09.0166). (grifo nosso).

Partindo dessa premissa, veja-se que o d. Magistrado fez uma análise acurada e pormenorizada acerca dos depoimentos testemunhais prestados nos autos, vindo, inclusive, a transcrever uma extensa parte deles, de forma a demonstrar a existência de posse do imóvel por parte do embargado; e, de outro lado, apontado incongruências naqueles prestados em favor do embargante.

Também considerou inexistirem provas suficientes que atestem o início da posse exercida pelo embargante no ano de 2003, em razão da ausência de indicação de datas nos documentos por ele apresentados, o que, já adiante em dizer, de fato se observa; ou mesmo comprovação de que ele detinha, anteriormente, posse sobre o bem com “**animus domini**”, pois, ao que tudo indica, consoante certidão do meirinho alhures mencionada na parte de fundamentação da sentença, ele

estava na condição de preposto do legítimo proprietário, situação que não contempla a proteção possessória, ao teor do art. 1.208 do Código Civil, a seguir transcrito:

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

A propósito:

“... 2. Os Embargos de Terceiro consubstanciam a via processual adequada àquele que, não sendo parte no processo, tenha por propósito afastar a constrição judicial que recaia sobre o bem do qual seja titular, ou que exerça a correlata posse, nos termos do artigo 674 do Código de Processo Civil/15. 3. A figura de detentora, ou fâmulos de posse, não pode ser confundida com a de possuidora. Os atos de mera permissão, ou tolerância, oriundos da situação de subordinação familiar em que se encontra a Embargante/Apelante não a transforma em possuidora do bem imóvel em discussão. Assim não há falar-se em aquisição de direitos inerentes à propriedade, ou efeitos possessórios, caso contrário, nas ações possessórias, obrigaria-se a citação de todos os integrantes da família. Apelação cível conhecida e desprovida.” (TJGO - DJ de 14.04.2020 – Rel. Dr. Eudécio Machado Fagundes - Apelação 5049515-70.2019.8.09.0051). (grifo nosso).

Como se não bastasse, verifica-se que o embargado juntou aos autos uma série de documentos (contratos de arrendamento rural havidos anteriormente entre o proprietário e terceiros), os quais demonstram, não se pode negar, o exercício da posse contínua pelo seu legítimo dono até a celebração do presente, firmado com o embargado.

Diante disso, ante à fragilidade da prova apresentada pelo embargante acerca de sua posse anterior àquela exercida, desde o ano de 2017, pelo embargado sobre o imóvel em discussão, muito embora reconheça que aquele tem promovido recentemente, mais precisamente, no ano de 2018, atos como se proprietário fosse, como se vê do recibo de inscrição do imóvel rural no CAR - Cadastro Ambiental Rural (evento nº 04 - arquivo nº 12), ou mesmo do ajuizamento da ação de usucapião no início de 2019, porém, atos estes posteriores à posse do embargado; e, por outro lado, a demonstração pelo embargado do exercício da posse mediante contrato de arrendamento rural firmado com o legítimo proprietário, bem como assim evidenciado nos depoimentos testemunhais apresentados, impõe-se prestigiar, **in casu**, a meu ver, a “melhor posse”, que deve ser atribuída ao embargado, consoante assim permite a jurisprudência, senão vejamos:

“... 7. Titularizar o domínio, de qualquer sorte, não induz necessariamente êxito na demanda possessória. Art. 1.210, parágrafo 2º, do CC/2002. A tutela possessória deverá ser deferida a quem ostente melhor posse, que poderá ser não o proprietário, mas o cessionário, arrendatário, locatário, depositário, etc. ...” (STJ - EREsp. nº 1.134.446 / MT - Rel. Min. Benedito Gonçalves - DJe 04.04.2018). (grifo nosso).

“Apelação cível. Embargos de terceiros. ... 1. É cediço ser ônus da parte autora a comprovação dos requisitos legais para alcançar, após regular processamento do feito, o reconhecimento do direito alegado, nos termos do artigo 373, inciso I, do CPC/15. 2. A solução passa necessariamente pelo exame de quem exterioriza a melhor posse, devendo

ser prestigiada a relação fática com o bem, e não a questão meramente jurídica. 3 - Nesse contexto, impõe-se a confirmação da sentença que, embasada no contexto probatório dos autos e peculiaridades da situação fática posta, concluiu, fundamentadamente, que os embargantes não se desincumbiram de seu **ônus probandi**, conquanto insuficientes as provas documentais apresentadas para comprovação dos argumentos declinados. Apelação conhecida e desprovida.” (TJGO - DJ de 14.12.2018 – Rel. Dr. José Carlos de Oliveira - Apelação 0189892-84.2016.8.09.0051). (grifo nosso).

Em prosseguindo, vejo que as questões afetas à suposta ilegitimidade passiva daqueles que compõe o feito possessório ou mesmo da inexistência de definição dos limites geográficos da área objeto de arrendamento rural ou ausência de assinatura da esposa do arrendante no contrato em referência não resguardam ou favorecem juridicamente o embargante, no sentido de ver garantido o seu alegado direito de posse, pois não revelam a existência da mesma em momento anterior à posse do embargado, pelas razões já expostas.

Por fim, em relação ao questionamento da ocorrência de sentença **ultra petita**, pelo fato de o Julgador ter declarado que todo o gado ali existente pertence ao embargado, reconheço que tal não foi objeto de questionamento, o que, contudo, não implica em nulidade do **decisum** objurgado, razão por que, entendo por bem, decotar essa parte da sentença, até porque as partes provavelmente têm ciência de quem pertence as reses ali existentes, não sendo necessária qualquer prestação jurisdicional neste aspecto.

A propósito:

“... 3. No caso concreto, o decreto judicial atacado é **ultra petita**, pois excede os limites do pedido da autora concedendo-lhe direito não postulado, competindo ao Tribunal decotar o excesso, não implicando na anulação da sentença.” ... 6. Apelação cível conhecida e parcialmente provida.” (TJGO - DJ de 01.06.2020 - Rel<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup>. Elizabeth Maria da Silva - Apelação 5347288-68.2018.8.09.0051).

Resta dizer que deixo de condenar o embargante/apelante em litigância de má-fé, vez que ele está exercendo o seu lícito direito de recorrer, além do que se sagrou vencedor em parte do pleito recursal, como visto.

Ao teor do exposto, conheço do recurso de apelação cível e lhe dou parcial provimento, a fim de tão somente decotar da sentença a parte que declara que todo gado existente na área objeto de discussão pertence ao embargado. No mais, mantenho a sentença por estes e seus próprios fundamentos.

É o voto.

Goiânia, 27 de agosto de 2020.

Des. Alan Sebastião de Sena Conceição - Redator

Apelação Cível nº 0407162.62.2016.8.09.0176

Comarca de Iporá

Apelante: Raquel Ribeiro Ikemiyashiro

Apelados: Abelard Paiva Junior e Outros

Relator: Des. Alan Sebastião de Sena Conceição

**EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE POST MORTEM COM PEDIDO DE HERANÇA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. LIVRE VALORAÇÃO DA PROVA. EXAME GENÉTICO COM FILHOS BIOLÓGICOS DO SUPOSTO PAI INVESTIGADO. RESULTADOS CONCLUSIVOS. AUSÊNCIA DE LIAME BIOLÓGICO. EXUMAÇÃO DO CADÁVER DO FALECIDO. EXCEPCIONALIDADE NÃO JUSTIFICADA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA RATIFICADA. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. MAJORAÇÃO.

**I** - O juiz, na condição de destinatário da prova, deve indeferir o pedido de produção de provas inúteis ou desnecessárias, conforme estabelece o artigo 370 do Código de Processo Civil.

**II** - No caso vertente, o laudo de exame de DNA feito com materiais genéticos da autora e dos filhos do suposto pai investigado é conclusivo e aponta de maneira assertiva para um resultado específico (da inexistência da alegada paternidade biológica), o que, por si só, já é suficiente para dispensar a realização do procedimento excepcional da exumação de corpo.

**III** - O descontentamento de quaisquer das partes com a conclusão do laudo não tem o condão de derruir a prova já produzida.

**IV** - A manifestação dos litigantes a respeito de laudo pericial deve acontecer no prazo comum de 15 (quinze) dias, nos moldes do artigo 477, § 1º, do Código de Processo Civil, sob pena de preclusão. 5. Em virtude da sucumbência da autora/apelante também em sede recursal, deve a verba honorária ser majorada, nos moldes do artigo 85, § 11, do CPC. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E DESPROVIDA.

### 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 do recurso e lhe negar provimento, nos termos do voto do relator.

Votaram com o relator, que também presidiu a sessão, os Desembargadores Francisco Vildon José Valente e Olavo Junqueira de Andrade.

Representou a Procuradoria-Geral de Justiça a ilustre Doutora Estela de Freitas Rezende.

Goiânia, 26 de novembro de 2020.

Des. Alan Sebastião de Sena Conceição – Relator

## VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do apelo.

Conforme relatado, trata-se de Apelação Cível interposta por Raquel Ribeiro Ikemiyashiro em face da sentença prolatada na “ação de investigação de paternidade post mortem c/c pedido de herança e tutela de urgência” por ela ajuizada em desprestígio de Abelard Paiva Junior, Elis Regina de Paiva Bucar Mosquera e Paulo César Falcão de Paiva, herdeiros do espólio de Abelard Evangelista de Paiva, ora apelados.

O magistrado **a quo**, na sentença recorrida (movimentação nº 22), julgou “Improcedente o pedido inicial, nos termos do inciso I, art. 487, do Código de Processo Civil, encerrando o mérito desta lide” e condenando “a requerente ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 3.000,00 (três mil reais), nos termos do § 8º do artigo 85 do Código de Processo Civil, ficando suspenso o pagamento nos termos do artigo 98, § 3º do mesmo Diploma Processual, eis que é beneficiária de assistência judiciária”.

Nas razões recursais (movimentação nº 31), a apelante argumenta: 1) a ocorrência de **error in** procedendo por cerceamento de defesa, dada a impossibilidade de julgamento antecipado do mérito, tal como realizado, diante da “ausência de elementos técnicos incombateíveis capazes de exaurir a fase instrutória”; 2) a inconclusividade do laudo, dada a ausência de definitiva “exclusão de paternidade, a qual dependerá da produção das provas requeridas, e, em especial, o exame de DNA com o material genético do pai investigado, que será obtido com a exumação do corpo”; e 3) a necessidade de “declaração de nulidade da sentença” e conseqüente “retorno dos autos ao juízo **a quo**” para que seja efetuada “a exumação do corpo do pai investigado” ou, sucessivamente, realizado “novo exame de DNA, em laboratório diverso, e com as mesmas partes”.

Pois bem. Passo a decidir.

Primeiramente, no que concerne à alegação de cerceamento de defesa, importa lembrar que o juiz, na condição de destinatário da prova, deve indeferir o pedido de produção de provas inúteis ou desnecessárias, conforme estabelece o artigo 370 do Código de Processo Civil, que segue transcrito:

“Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.”

A propósito do assunto, elucida a doutrina mais atualizada e abalizada que “o simples requerimento para produção de determinada prova e a sua eventual não realização não é, por si só, motivo que configure cerceamento de defesa - é preciso que a não produção da prova requerida tenha comprometido a defesa da parte” (ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda. “Comentários ao Código de Processo Civil”. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos

Tribunais, 2012, p. 358).

Ainda a respeito da temática em comento, assim foi editada a Súmula 28 do TJGO, pacificando a questão em debate na esfera do Judiciário goiano:

“Súmula 28: Afasta-se a preliminar de cerceamento de defesa, suscitada em razão do julgamento antecipado da lide, quando existem nos autos provas suficientes à formação do convencimento do juiz e a parte interessada não se desincumbe do ônus de demonstrar o seu prejuízo, sem o qual não há que se falar em nulidade.” (Data da aprovação: Sessão da Corte Especial de 19.09.2016).

Dito isso, é fundamental levar em consideração que “o exame de DNA, via tardia exumação, não é imprescindível para a comprovação da paternidade, a qual pode ser caracterizada por outros meios de prova, inclusive testemunhal” (TJGO – Apelação Cível nº 438909-71.2010.8.09.0001 – Rel. Doutor Marcus da Costa Ferreira - 6ª Câmara Cível – DJe nº 1.836 de 29.07.2015).

Some-se a isso o fato de que a jurisprudência nacional já firmou o entendimento segundo o qual, “possuindo o método indireto de realização de exame de DNA capacidade de aferir a paternidade, além de ser mais simples, célere, menos burocrático e custoso às partes, impõe-se, pois, conferir preferência de sua realização em relação à exumação, a qual deve ser realizada excepcionalmente, quando comprovadamente restar inviável ou inconclusivo o estudo genético com parentes vivos, pairando eventuais dúvidas” (cf. TJDFT - Agravo de Instrumento nº 0707980-24.2019.8.07.0000 - Relª. Desª. Ana Cantarino, 8ª Turma Cível, DJe 02.08.2019).

No caso vertente, assim foi redigido o desfecho do laudo de exame pericial de material genético efetivado no feito (movimentação nº 16):

“(…) Considerando o Estudo do Cromossomo X e a não coincidência dos locos: D13S317; D16S539; TOPX e D18S853 em pelo menos um alelo entre os parentes do Suposto Pai e o(a) Filho(a) Investigante, concluímos que Raquel Ribeiro Ikemiyashiro não possui vínculo genético compatível para: irmão(a) biológico(a) paterno(a) de: Elis Regina de Paiva Bucar Mosquera; Abelardo Paiva Junior e de Paulo Cesar Falcão de Paiva. (...)” (original sem grifos).

Verifica-se, com isso, que o laudo é conclusivo e aponta de maneira assertiva e objetiva para um resultado específico - o que, por si só, já é suficiente para dispensar a realização do procedimento excepcional da exumação de corpo. Assim, escorreita a postura do magistrado de primeira instância ao embasar seu entendimento pela improcedência da pretensão autoral no sobredito laudo, inexistindo **error in** procedendo por cerceamento de defesa, já que, contrariamente ao alegado pela apelante, existem sim nos autos “elementos técnicos incombateis capazes de exaurir a fase instrutória”.

Para além disso, há também que se acrescentar a preclusão temporal da oportunidade da requerente/apelante para requisição de esclarecimentos acerca da prova pericial ou mesmo para postulação da efetivação de nova perícia, conforme passo a explanar.

Após a juntada do laudo pericial ao feito (movimentação nº 16), foram as partes intimadas para manifestação, conforme movimentações nº 17 e 18, sobrevindo publicação na Seção III do Diário de Justiça de 13 de março de 2020.

Como se sabe, a manifestação dos litigantes a respeito de laudo pericial deve acontecer no prazo comum de 15 (quinze) dias, nos moldes do artigo 477, § 1º, do Código de Processo Civil. No caso em exame, o prazo em comento se iniciou no dia 16 de março de 2020 e findou no dia 3 de abril de 2020.

No entanto, a autora/recorrente somente jungiu ao feito sua impugnação ao laudo pericial e pedido de esclarecimentos adicionais no dia 5 de maio de 2020 (movimentação nº 20), mais de um mês após o fim do prazo legal reservado para tanto, de modo que seus requerimentos não poderiam mais ser analisados, visto que não fora aproveitada a chance de apresentá-los atempadamente, de acordo com o que determina a legislação processual civil.

Assim, é evidente a desnecessidade de se estender a fase instrutória com base na divergência ostentada pela demandante em relação aos resultados da prova pericial lavrada no feito, visto que preclusa a oportunidade para tanto. O mesmo raciocínio é válido para os questionamentos suscitados nas razões de apelação como sendo “pontos obscuros” do laudo: tais tópicos não podem ser examinados nesta instância recursal, visto que encampados pelo manto da preclusão acima aludida.

Ademais, do conjunto da instrução probatória, nota-se que a apelante muito acusa a hipotética inconclusividade do laudo pericial, mas na realidade, sua irresignação é motivada tão somente por sua dissonância da livre valoração da prova promovida pelo julgador singular, sendo certo que, após a efetuação da perícia em tela, não mais persistiu a dúvida em torno do “**thema probandum**”. Neste ponto, vale frisar que o descontentamento de quaisquer das partes com a conclusão do laudo não tem o condão de derruir a prova já produzida.

Grife-se ainda que o juiz **a quo**, na sentença objurgada, cuidou de apreciar zelosamente a petição da movimentação nº 16, elucidando as razões pelas quais “a diligência deve ser indeferida por inútil ao processo”, e assim o fez por mera liberalidade, já que, como dito, já havia escoado o lapso temporal que o Código de Processo Civil reserva para este mister.

Portanto, dada a inexistência de sequer provas indiciárias que corroborem a tese autoral de paternidade biológica entre o suposto pai investigado (Abelard Evangelista de Paiva) e a proponente do litígio, observa-se que a sentença objurgada não comporta alteração.

Neste mesmo trilhar, confirmam-se os precedentes:

“Apelação cível. Ação anulatória de registro civil. Exclusão de paternidade demonstrada em exame de DNA. Cerceamento de defesa incorrente. Exumação do cadáver do falecido para realização de exame genético. Desnecessidade. Exame de DNA com os filhos biológicos que se mostra conclusivo. Coisa julgada. Relativização. Direito à personalidade. Entendimento STF. 1. Tendo sido apresentada, na exordial, exame de DNA realizado ainda em vida e produzido, no curso da ação, exame pericial hematológico, pelo método do DNA, com os filhos do de cujus e excluída em ambos a possibilidade de existência de liame biológico, não há que se falar em cerceamento de defesa. 2. A exumação de cadáver para realização de perícia médica pelo método do DNA é medida excepcional e se justifica em face da inexistência de outros meios robustos de prova. 3. Para a realização do exame genético de pessoa já falecida não se faz necessária a exumação. Impressão digital genética do DNA



pode ser reconstruída a partir de amostras dos filhos biológicos do falecido, com a mesma confiabilidade como se o investigado vivo fosse. 4. É possível a relativização da coisa julgada para autorizar a propositura de investigação de paternidade, viabilizando a produção de prova pericial, através do exame de DNA não realizado nos autos da Investigação de Paternidade post mortem, em prestígio à dignidade da pessoa humana. Recurso conhecido e desprovido. Sentença mantida.” (TJGO - Apelação Cível nº 0134349-55.2014.8.09.0152, Rel. Dr. Fábio Cristóvão de Campos Faria, 3ª Câmara Cível, DJe de 01.04.2019).

“Apelação cível. Ação de investigação de paternidade **post mortem**. 1. Direito processual civil. Indeferimento de realização de prova. Preclusão não verificada. Preliminar rejeitada. Considerando que o indeferimento de pedido de realização de provas não está elencado no rol de admissibilidade do recurso de agravo de instrumento, disposto no art. 1.015 do CPC, não se verifica a preclusão da questão, que pode ser reexaminada em sede de apelação. 2. Verificação do liame biológico. Ônus da prova. Exame de DNA mediante exumação. Medida excepcional. Precedentes. Sentença de improcedência ratificada. A realização de exame genético mediante exumação, em ação de investigação de paternidade, é medida excepcional, somente admitida quando verificada a impossibilidade de comprovação da paternidade por outros meios de prova, cujo ônus incumbe a quem pleiteia o reconhecimento do parentesco biológico. (...) Considerando que o exame de DNA realizado com o material genético da autora e de dois irmãos do investigado apresenta probabilidade de paternidade inferior a 1%, e que a autora não produziu nenhuma prova da existência de relacionamento entre sua genitora e o investigado, não se mostra plausível ou razoável a pretensão de realização de exame genético mediante exumação. A sentença de improcedência deve ser ratificada. Preliminar de preclusão rejeitada. Apelo desprovido.” (TJRS - Apelação Cível nº 70082533704, Relª. Desª. Sandra Brisolara Medeiros, 7ª Câmara Cível, Data de Publicação: 01.11.2019).

Com isso, diante do necessário improvimento do presente apelo, passo a estudar a possibilidade de majoração da verba honorária em sede recursal.

Nos moldes do artigo 85, § 11, do CPC1, bem como do debate empreendido e pacificado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do EREsp. nº 1.573.573/RJ (Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 04.04.2017, DJe 08.05.2017), há condições para a majoração da verba sucumbencial em grau recursal, sendo elas as seguintes: a) o não conhecimento integral ou o improvimento do recurso; b) a fixação da verba honorária desde a instância primeva; c) que o recurso dê causa à abertura de determinada instância recursal, d) e que ainda não tenham sido atingidos, na origem, os limites previstos nos § 2º e 3º do art. 85, em cada fase do processo (conhecimento ou cumprimento de sentença ou execução).

No caso em testilha, todos os pressupostos acima foram preenchidos, de modo que o aumento do montante arbitrado na qualidade de verba sucumbencial é medida que se impõe. Não obstante, como a autora é beneficiária da gratuidade da justiça, sujeitam-se os honorários sucumbenciais à suspensão da exigibilidade prevista no artigo 98, § 3º, do CPC.

Nesta senda, tendo em mira que, **in casu**, o juízo **a quo** fixou os honorários sucumbenciais em R\$ 3.000,00 (três mil reais), entendo ser prudente majorá-los para o patamar de R\$ 3.200,00 (três mil e duzentos reais), em obediência ao artigo 85, §§ 8º e 11, do Código de Processo Civil; contudo, tal montante é alcançado pela suspensão de exigibilidade imposta pela justiça gratuita.

Diante de todo o exposto, conheço da presente apelação cível e lhe nego provimento, mantendo a sentença recorrida na íntegra, por estes e por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Por isso, aumento para o total de R\$ 3.200,00 (três mil e duzentos reais) os honorários sucumbenciais fixados na origem em favor dos advogados dos réus/apelados, em obediência ao artigo 85, §§ 8º e 11, do Código de Processo Civil; verba esta cuja exigibilidade é suspensa nos termos do artigo 98, § 3º, do CPC.

É como voto.

Goiânia, 26 de novembro de 2020.

Des. Alan Sebastião de Sena Conceição - Relator

Apelação Cível nº 0229577.28.2012.8.09.0152

Comarca de Uruaçu

Apelante: Júnior da Silva Ribeiro

Apelado: Ministério Público do Estado de Goiás

Relator: Des. Amaral Wilson de Oliveira

**EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEGRADAÇÃO AMBIENTAL. EXTRAÇÃO ILEGAL DE AREIA E CASCALHO. DEVER DE REPARAÇÃO. SENTENÇA CONFIRMADA.

I - Previstos no art. 225, § 3º, Constituição Federal, os princípios da restauração, recuperação e reparação do meio ambiente, expressamente mencionada a obrigação de reparar os danos causados.

II – Estabelece o artigo 14, § 1º, da Lei nº 6.938/1981, a responsabilidade objetiva, obrigando o poluidor, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros afetados por sua atividade. Ademais, aplicável o princípio *in dubio pro natura*, a prever que, na dúvida, seja protegido o ambiente e o homem, sua saúde, sua segurança e sua vida.

III - No caso em questão, não há dúvidas de que a atividade desenvolvida pelo apelante de extração de areia e cascalho na Fazenda Mieis, da forma como foi realizada, sem observância dos preceitos legais, provocou danos ambientais, com degradação de área de preservação permanente, além de

mudança do leito do rio, pelo que deve ser o apelante responsabilizado pelo dano causado.

APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 0229577.28.2012.8.09.0152, da Comarca de Uruaçu em que figura como apelante Júnior da Silva Ribeiro e como apelado Ministério Público do Estado de Goiás.

Acordam os componentes da Quinta Turma Julgadora da 2ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, à unanimidade, em conhecer e prover o recurso, nos termos do voto do Relator.

Votaram, com o Relator, os Desembargadores Ney Teles de Paula e Leobino Valente Chaves.

Presidiu o julgamento o Desembargador Amaral Wilson de Oliveira.

Presente o Dr. Waldir Lara Cardoso, Procurador de Justiça.

Goiânia, 2019.

Des. Amaral Wilson de Oliveira - Relator

### RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Apelação Cível interposto por Júnior da Silva Ribeiro em face de sentença (evento nº 3 - item 43) proferida pelo Juiz de Direito, Dr. Leonardo Naciff Bezerra, nos autos da ação civil pública ambiental com pedido liminar de obrigação de fazer, de obrigação de não fazer e cominatório, proposta pelo Ministério Público do Estado de Goiás em desfavor do apelante, cuja sentença julgou procedente o pedido inicial, condenando Júnior da Silva Ribeiro em abster-se de realizar exploração de areia e cascalho na Fazenda Mieis, naquele Município, bem como na obrigação de fazer consistente recomposição da área de preservação permanente, no prazo de 12 (doze) meses, providenciando, para tanto, no prazo razoável de 90 (noventa) dias, Plano de Recuperação de Área Degradada (PRAD) devidamente aprovado pelo IBAMA ou pela SEMARH.

Inconformado com sentença, Júnior da Silva Ribeiro interpôs o presente recurso de apelação (evento nº 44), asseverando que houve cerceamento do seu direito de defesa, sobretudo porque a sentença julgou contra as provas dos autos, inclusive a prova testemunhal. Entende que o magistrado cometeu **error in iudicando**, devendo a sentença ser reformada/cassada por este Tribunal.

Sustenta o apelante que não tem relação com eventuais explorações irregulares apontados na inicial. Conforme restou demonstrado, o leito e as margens do Riacho Mieis sofreram diversas alterações entre os anos 80 e 90, isto pela atividade de garimpo para exploração de ouro, de modo que a extração de areia que era realizada ali, visava extrair a areia e o cascalho depositados pelas enchentes através dos anos.

O apelante discorre acerca da falta de perícia ambiental, ainda que lhe fora oportunizado pagar as custas do perito para elaboração de laudo técnico, mas, a época, não possuía recursos para custear vultuoso valor pedido pelo perito, aduzindo que o ônus da prova cabe ao apelado; - da ilegitimidade passiva para responder a presente causa; -do princípio da segurança jurídica; - da defesa indireta; - do ato jurídico perfeito, da validade e eficácia do negócio jurídico; - da transferência de direitos minerários; - da suposta supressão da área de preservação permanente; da extração regular; - do fustigado Boletim de Ocorrência; e, ao final, requer o provimento do apelo para reformar e/ou cassar a sentença, a fim de que a instrução processual prossiga com observância do contraditório e ampla defesa.

Contrarrazões apresentadas pelo Ministério Público, assinalando que “a ocorrência da extração irregular de areia e cascalho na Fazenda Miéis teve como base a licença ambiental, objeto do documento de fls. 15/16, sendo demonstrada através do relatório e boletim de ocorrência formalizado pelo Batalhão Ambiental, consoante documentação anexada às fls. 19/25, constando que a área de preservação ambiental estava degradada, tendo sido também detectada a mudança do leito do rio e sinais claros de escavação com patola ou similar no leito e nas margens do curso d'água, isto em razão da atividade do apelante.” Pugna pela confirmação da sentença (evento nº 3 - item 45).

Instada a manifestar, a Procuradoria-Geral de Justiça assegura que “existem nos autos, principalmente se considerada a expedição em nome do apelante de licenças ambientais, indícios suficientes de que ele detinha de fato a posse da área, bem como que era responsável, ainda que indiretamente, pela atividade extrativista nela desenvolvida, motivo pelo qual a sentença encontra-se imune a reparos.” Destarte, opina pelo conhecimento e desprovimento do apelo (evento 14).

É o relatório.

Peço dia para o julgamento.

Goiânia, 05 de maio de 2020.

Des. Amaral Wilson de Oliveira - Relator

## VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

Conforme delineado no relatório, trata-se de Apelação Cível interposta por Júnior da Silva Ribeiro em face de sentença proferida pelo Juiz de Direito, Dr. Leonardo Naciff Bezerra, nos autos da ação civil pública ambiental com pedido liminar de obrigação de fazer, de obrigação de não fazer e cominatório, proposta pelo Ministério Público do Estado de Goiás em desfavor do apelante, cuja sentença julgou procedente o pedido inicial, condenando Júnior da Silva Ribeiro em abster-se de realizar exploração de areia e cascalho na Fazenda Mieis, naquele Município, bem como na obrigação de fazer consistente recomposição da área de preservação permanente, no prazo de 12 (doze) meses, providenciando, para tanto, no prazo razoável de 90 (noventa) dias, Plano de Recuperação de Área Degradada (PRAD) devidamente aprovado pelo IBAMA ou pela SEMARH.

Consta da inicial que, em meados de outubro de 2012, foi registrado Boletim de Ocorrência nº 10113, informando que o requerido Júnior da Silva Ribeiro mantinha uma instalação com operação de atividade de extração de areia e cascalho na Fazenda Mieis, executando os trabalhos em desacordo com as exigências e condições estabelecidas pela licença que possuía em seu nome.

Inicialmente cabe esclarecer que a finalidade da ação civil pública é a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens de valores artísticos, estéticos, turísticos e paisagístico, à ordem econômica, urbanística, a economia popular ou ainda, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo (art. 1º da Lei nº 7.347/85).

Pois bem. Preliminarmente, sustenta o apelante a ocorrência de cerceamento do direito de defesa, pelo fato de não ter sido realizada perícia ambiental, ainda que lhe fora oportunizado pagar as custas do perito para elaboração de laudo técnico, afirma que, à época, não possuía recursos para custear vultoso valor pedido pelo perito. Alega, também, ilegitimidade passiva para figurar no polo passivo da demanda.

Pertinente à alegação de cerceamento de defesa, quanto a não realização de perícia, vislumbra-se que a pretensão não merece acolhimento. Constatou-se que apesar de ter sido deferido tal pedido, inclusive com nomeação de perito judicial, o apelante, embora intimado em duas ocasiões, permaneceu inerte. A alegação de dificuldade financeira não se justifica, pois, conforme se verifica não houve manifestação nesse sentido pelo recorrente, oportunidade em que poderia ter impugnado o valor pleiteado a título de honorários periciais, requerer o parcelamento ou, ainda, formular pedido de assistência judiciária, contudo, permaneceu ele silente durante o curso processual.

Quanto a alegação de ilegitimidade passiva, de igual modo não prospera. A propósito, essa questão já fora objeto de apreciação por este Relator na primeira apelação, por reconhecer que o apelante é o titular da Licença Ambiental Municipal de Instalação e Operação, porquanto foi concedida em seu nome, conforme se verifica às fls. 14/18, legitimando-o, portanto, para a polaridade passiva da lide.

Mediante análise do contexto probatório dos autos, observa-se que foram carreados documentos, fotografias e depoimentos testemunhais suficientes a demonstrar a ocorrência de degradação ambiental, bem como a responsabilidade do recorrente pela referida área, considerada a licença ambiental, repito, expedida em seu nome pelo Município de Uruaçu.

Ademais, em razão do entendimento jurisprudencial de que em ações que versem sobre degradação ambiental inverte-se o ônus da prova, conforme o disposto na Súmula 618 do Superior Tribunal de Justiça, cujo verbete se lê: “A inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental”.

A propósito, relativamente ao dano ambiental, o ordenamento jurídico brasileiro adotou a Responsabilidade Civil Objetiva, pautada na teoria do Risco Integral, conforme art. 225, § 3º, da Constituição da República de 1988, confira-se:

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§1º- Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

(...)

VII - Proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (Regulamento).

§2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§3º- As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Nota-se, assim, que a Constituição Federal recepcionou o art. 14, §1º, da Lei 6.938, de 31.08.1981, que “dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências”:

“Art. 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

(...)

§1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

No caso em questão, não há dúvidas de que a atividade desenvolvida pela parte apelante de extração de areia e cascalho na Fazenda Mieis, da forma como foi realizada, sem observância dos preceitos legais, provocou danos ambientais, com degradação de área de preservação permanente, mudança do leito do rio, conforme relatado pelo Comandante da Polícia Militar Ambiental, Tenente Divino Célio Soares da Silva em vistoria realizada no local. Pelo que deve ser o apelante responsabilizado pelo dano causado.

Sobre o assunto, eis o julgado deste Tribunal:

Apelação cível. Ação civil pública. Degradação ambiental. Extração ilegal de areia. I - Manifestações do Ministério Público. Prazo em dobro. Consoante o art. 183 do Código de Processo Civil, o Ministério Público gozará de prazo em dobro para manifestar-se nos autos, do que decorre a tempestividade das contrarrazões apresentadas dentro do prazo de 30 (trinta) dias úteis. II - Danos ambientais. Dever de reparação. Previstos no art. 225, § 3º, Constituição Federal, os princípios da restauração, recuperação e reparação do meio ambiente, expressamente mencionada a obrigação de reparar os danos causados. Já o artigo 14, § 1º, da Lei nº 6.938/1981, estabelece a responsabilidade objetiva, obrigando o poluidor, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros afetados por sua atividade. Ademais, aplicável o princípio **in**

**dubio pro natura**, a prever que, na dúvida, seja protegido o ambiente e o homem, sua saúde, sua segurança e sua vida. III - Extração de areia. Licença vencida. Resolução 237 do CONAMA. Acerca da renovação de licença, incide o art. 18, §4º, da Res. 237/97 do CONAMA, portanto, tendo sido requerida a renovação da licença pelo apelante/requerido somente dez dias antes do vencimento da licença, deveria este ter aguardado a regularização da situação, interrompendo a extração de areia até a conclusão do processo administrativo, configurando ilegalidade qualquer extração de areia antes da efetiva concessão da licença. IV - Indenização pelos danos ambientais. Irrazoabilidade do quantum fixado. Minoração. A fixação do valor da indenização deve imprimir uma trílice finalidade: satisfazer a vítima, dissuadir o ofensor e exemplar a sociedade. Considerando a pequena extensão da área afetada pelos danos ambientais, bem como a condição financeira do infrator, impõe-se a minoração do quantum arbitrado em sentença para R\$50.000,00 (cinquenta mil reais). Apelação cível conhecida e parcialmente provida. (Apelação 0031028-08.2015.8.09.0010, Rel. Carlos Alberto França, 2ª Câmara Cível, julgado em 01.07.2019, DJe de 01.07.2019).

Por conseguinte, resta inconteste que o recorrente violou a legislação ambiental, impondo-se a manutenção da sentença.

Ao teor do exposto, já conhecido do apelo, nego-lhe provimento, mantendo-se na íntegra a sentença recorrida por estes e seus próprios fundamentos.

É o voto.

Des. Amaral Wilson de Oliveira - Relator

Apelação Cível nº 5287854.54.2017.8.09.0029

Comarca de Catalão

1ª Câmara Cível

Apelada: Copacabana II Empreendimentos e Participações Ltda

Apelante: Município de Catalão

Relatora: Desª. Amélia Martins

**EMENTA:** DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E APELAÇÃO CÍVEL. ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO. INTERESSE DE AGIR. CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. INAPLICÁVEL. BANCO DE LOTES. MUNICÍPIO DE CATALÃO. LEI COMPLEMENTAR Nº 2.212/2004 REVOGADA. CONTINUIDADE NORMATIVA. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA. CORTE ESPECIAL. MODULAÇÃO DE EFEITOS. IMPOSSIBILIDADE.

I - Há interesse de agir quando o autor visa discutir, em controle difuso, os

efeitos concretos decorrente da lei revogada que reputa inconstitucional.

**II** - Constitui exceção à cláusula de reserva de plenário, o pronunciamento anterior pelo Órgão Especial acerca da inconstitucionalidade da Lei Municipal de Catalão (Lei nº 3.440/2016) que condicionava a aprovação de loteamentos à doação de lotes.

**III** - Considerando que a Lei nº 3.440/2016, que revogou a Lei nº 2.212/2004, deu continuidade normativa no chamado banco de lotes, impõe-se reconhecer a inconstitucionalidade, nessa parte.

**IV** - Em consequência, impõe-se a anulação dos atos administrativos que resultaram na “doação” de 43 lotes ao Município de Catalão.

**V** - No caso, não se há como cogitar a aplicação de efeitos prospectivos à decisão, porque apenas se verificou a consolidação de entendimento anteriormente firmado pela Corte Especial, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5130137- 66.2017.8.09.0000, no qual não foi pronunciada a modulação de efeitos, o que afasta as razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. REEXAME NECESSÁRIO E RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDOS E IMPROVIDOS.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Duplo Grau de Jurisdição nº 5287854.54.2017.8.09.0029 - Apelação Cível, da comarca de Catalão, em que figura como autora/apelada Copacabana II Empreendimentos e Participações Ltda e como réu/apelante Município de Catalão.

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 do Reexame Necessário e da Apelação Cível e negar-lhes 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 Laura Maria Ferreira Bueno.

Presidiu a sessão de julgamento o Desembargador Orloff Neves Rocha.

Goiânia, 20 de outubro de 2020.

Des. Amélia Martins de Araújo - Relatora

Assinado digitalmente conforme Resolução nº 59/2016



## VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade da remessa necessária e do recurso de apelação cível, deles conheço.

Conforme relatado, trata-se de Duplo Grau de Jurisdição e recurso de Apelação Cível interposta pelo Município de Catalão, para reexame da sentença que julgou procedentes os pedidos iniciais, para reconhecer e declarar inconstitucional a alínea “d” do inciso I, art. 5º da Lei Municipal nº 2.212/04, bem como a nulidade dos atos administrativos consubstanciados na exigência de: a) transferência de quarenta e três lotes ao promovido cuja titularidade deverá restituir à promovente, mediante alteração no registro imobiliário e ressarcimento das respectivas taxas; e b) edificações das unidades habitacionais em terrenos da promovente, ora apelada.

Outrossim, condenou o requerido, ora apelante, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, esses fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, §2º e §4º, III, do CPC.

Em suas razões, o Município de Catalão argumenta, preliminarmente, a ausência de interesse de agir, porque a demanda visa a nulidade de ato administrativo emanado de lei revogada, o que impossibilita discutir também a sua constitucionalidade. No mérito, registrou a ausência de efeito repristinatório da Lei nº 2.212/04; a possibilidade de modulação de efeitos em processos subjetivos, ante o relevante interesse social envolvido, já que os imóveis foram doados às famílias carentes que neles construíram suas casas; a necessidade de readequação do loteamento, frente a nova legislação, caso seja declarado nulo o ato que o autorizou.

### 1. Da alegada ausência de interesse de agir

Em proêmio urge consignar que embora a proponente/apelada tenha mencionado na preambular a Lei Complementar Municipal nº 3.440/2016, por ocasião da aprovação do empreendimento Residencial Copacabana II, vigorava à época a Lei Complementar Municipal nº 2.212/2004, consoante, aliás, consta no Decreto de aprovação sob nº 2.324 de 15 de julho/2015.

Superado isso, conforme relatado, o Município de Catalão sustenta que a Lei nº 2.212/2004, a qual fundamentou o ato administrativo que autorizou o loteamento (Decreto nº 2.324/2015), foi revogada pela Lei nº 3.440/2016 e, por isso, inexistente interesse de agir em declará-la inconstitucional, o que enseja a extinção do feito sem o exame do mérito.

Em que pese a arguição da municipalidade, tal premissa não possui aplicação ao caso em comento.

Isso porque, esse entendimento possui pertinência somente aos processos objetivos de controle de constitucionalidade, porquanto a lei revogada já não pertence mais ao ordenamento jurídico.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal não admite ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo revogado ou que a eficácia já tenha exaurido, entendendo que nesses casos, deve ocorrer a extinção do feito, sem resolução do mérito, por falta de interesse processual ou mesmo a sua perda superveniente quando, após o ajuizamento da demanda, sobrevém a revogação da norma inquinada de inconstitucional.

Processo constitucional. Agravo regimental em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Art. 51, inc. IV, alínea "c" e §1º, Resolução 23.376/2012 do TSE. Norma de natureza transitória, cuja vigência se exauriu antes da propositura da ação. Extinção do feito. 1. Não é cabível ação direta de inconstitucionalidade contra Lei revogada ou contra norma temporária cuja vigência tenha se exaurido, ainda que remanesçam efeitos concretos dela decorrentes. Precedentes: ADI 4620, Rel. Min. Dias Toffoli; ADI 1442, Rel. Min. Celso de Mello; ADI 612, Rel. Min. Celso de Mello. 2. Desprovemento do agravo. (ADI 5571 AgR, Rel. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 19.06.2017, Processo Eletrônico DJe-168 Divulg 31.07.2017 Public 01.08.2017. Negritei).

Esse mesmo posicionamento foi aplicado pela Corte Especial, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5055417.31.2017.8.09.0000 movida pela Federação do Comércio do Estado de Goiás – FECOMÉRCIO, cujo objeto era a Lei Municipal nº 2.212/2004, de Catalão, a mesma discutida na presente lide:

Ação direta de inconstitucionalidade. "banco de lotes" para aprovação de loteamento. § 9º e alínea "D" do inciso I do art. 5º da Lei Municipal nº 2.212, de 05.08.2004, de Catalão. ABROGAÇÃO pela Lei Complementar Municipal nº 3.440, de 08.12.2016. Perda Superveniente do objeto. I - Revogada a Lei Municipal, objeto da ação direta de inconstitucionalidade, fica prejudicado o pedido formulado na inicial, impondo-se a extinção do feito, sem apreciação do mérito, pela ausência de interesse processual, nos termos do artigo 485, inciso VI, do novo Código de Processo Civil, c/c o artigo 195 do Regimento Interno do TJGO. II- Não há falar em efeito repristinatório da Lei Municipal nº 2.212/2004, no caso de procedência da ação direta de inconstitucionalidade em que impugnado o §3º e as alíneas "d" e "e" do inciso I do art. 8º da Lei Complementar Municipal nº 3.440, de 08.12.2016, de Catalão, relacionado também ao chamado banco de lotes, porquanto o artigo 45 desta, que revogou expressamente aquela lei, não é objeto do controle abstrato de constitucionalidade, restando mantida a ab-rogação da Lei Municipal nº 2.212/2004, de Catalão. Ação julgada prejudicada. Processo extinto, sem resolução do mérito. (TJGO, Ação Direta de Inconstitucionalidade 5055417-31.2017.8.09.0000, Rel. Nelma Branco Ferreira Perilo, Órgão Especial, julgado em 28.02.2019, DJe de 28.02.2019. Negritei).

No entanto, enquanto o controle abstrato tem por escopo resguardar a ordem constitucional objetiva, o controle difuso visa uma situação jurídica subjetiva, daí porque eventuais efeitos concretos inconstitucionais da lei revogada devem, portanto, serem analisados pelo Poder Judiciário.

Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Constitucional. Administrativo. Viúva de servidor. CF/69. Recebimento de pensão integral. Lei autorizadora. Revogação. Controle difuso de constitucionalidade. 1. Parágrafo 2º do art. 117 da Lei 6.745/85 do Estado de Santa Catarina, instituído por emenda parlamentar, que permitia o pagamento de pensão integral a dependentes de servidor falecido por causa de doença grave. Aumento de despesa. Vício de iniciativa. Inconstitucionalidade formal. Precedentes: RE 134.278 e Rp 890. 2. Superada a controvérsia em torno da constitucionalidade da norma discutida, torna-se prejudicada a questão da existência de direito adquirido ao recebimento de pensão integral em face de lei posterior que a revogou. 3.

Esta Suprema Corte entende que é inviável o controle concentrado de constitucionalidade de norma já revogada. Se tal norma, porém, gerou efeitos residuais concretos, o Poder Judiciário deve se manifestar sobre as relações jurídicas dela decorrentes, por meio do controle difuso. Precedente: ADI 1.436. 4. Art. 40, § 7º, da CF/88. Inaplicabilidade. Discussão referente a proventos recebidos antes da promulgação da atual Constituição. 5. Agravo regimental improvido. (RE 397354 AgR, Relª. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 18.10.2005, DJ 18.11.2005 PP- 00021 Ement Vol-02214-03 PP-00552)

Direito Processual do Trabalho. Agravo regimental em reclamação. Aplicação do IPCA como índice de correção monetária aos débitos trabalhistas. Alegação de ofensa às decisões proferidas nas ADIs 4.357 e 4.425 e na Rcl 22.012. 1. O resultado do julgamento das ADIs 4.357 e 4.425 diz respeito apenas aos débitos da Fazenda Pública inscritos em precatório, não alcançando o art. 39, **caput**, da Lei nº 8.177/1991, que se aplica prioritariamente a pessoas jurídicas de direito privado.

Assim, não há a necessária relação de aderência estrita entre a decisão reclamada e o paradigma, o que torna inviável o prosseguimento da reclamação. No entanto, o fato de o Supremo Tribunal Federal não ter apreciado em abstrato a constitucionalidade do **caput** do art. 39 da Lei nº 8.177/1991 não obsta que sobre ele incida o controle difuso de constitucionalidade. 2. Esta Corte firmou entendimento no sentido de que, no caso de pronunciamento proferido em processo subjetivo, somente é legitimado para a propositura de reclamação aquele que figurou como parte no processo apontado como paradigma. Assim, quanto à Rcl 22.012, Rel. Min. Dias Toffoli, inexistente situação que configure hipótese de cabimento da reclamação constitucional. Além do mais, a liminar anteriormente deferida pelo Ministro Relator Dias Toffoli foi revogada em 05.12.2017, ocasião na qual a Segunda Turma julgou improcedente a reclamação, de modo que o parâmetro não mais subsiste. 3. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015. (Rcl 27249 AgR, Rel. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 04.06.2018, Processo Eletrônico DJe-116 Divulg 12.06.2018 Public 13.06.2018. Negritei).

Nessa senda, tratando-se de direitos subjetivos, cabe aos lesados buscarem a reparação em via própria, cuja declaração de inconstitucionalidade se dará **incidenter tantum**, conforme ocorre com o caso concreto:

Seguindo essa ilação, a Suprema Corte:

Embargos de declaração na ação direta de inconstitucionalidade. Lei 9.495/1997 do Estado de São Paulo. Abrangência do atendimento dos planos de saúde. Competência da união. Art. 22, I, da CF/88. Revogação do texto normativo estadual por lei federal posterior. Pedido prejudicado. Precedentes. Existência de efeitos residuais concretos. Contradição inexistente. Embargos de declaração desprovidos. 1. Posterior revogação da norma impugnada, independentemente da existência ou não de efeitos residuais e concretos, prejudica o andamento da ação direta. Precedentes. 2. Normas que perderam a sua vigência. Revogação ou exaurimento. Eventuais lesados em seus direitos subjetivos devem buscar a reparação em ação própria. As ações do controle concentrado não tem por escopo a satisfação de direito subjetivo individual. Precedentes. 3. Embargos de declaração desprovidos. (ADI 1589 ED,

Rel. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 16.10.2017, Acórdão Eletrônico DJe-247 Divulg 26.10.2017 Public 27.10.2017. Negritei).

Sendo assim, rejeito a preliminar arguida.

2. Da não violação da Cláusula de Reserva de Plenário

É cediço que a Constituição Federal, no seu artigo 97, estabelece a cláusula de reserva de plenário, nos seguintes termos:

Art. 97 Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Sem maiores delongas, a cláusula full bench não admite que qualquer órgão do tribunal, em sede de controle difuso, declare a invalidade de uma lei ou ato normativo, reservando tal atribuição apenas ao plenário ou ao órgão especial.

Não bastasse, o Supremo Tribunal, visando contornar possíveis burlas, editou a Súmula Vinculante nº 10, com o seguinte enunciado:

Súmula 10. Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, 97), a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

De outra banda, visando alcançar maior celeridade e economia processual, o Código de Processo Civil prevê expressamente outra hipótese de exceção, ao disciplinar no artigo 949, parágrafo único o seguinte:

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal sobre a questão.

**In casu**, o objeto da demanda é a declaração de nulidade de todos os atos administrativos, notadamente na parte que exigiram a doação de lotes para o programa habitacional do Município de Catalão, ensejando na aprovação do loteamento Copacabana II Empreendimentos e Participações Ltda, por intermédio do Decreto nº 2.324/2015, tendo como causa de pedir a inconstitucionalidade da lei que o amparou.

Com efeito, conforme já esclarecido linhas acima, a Lei que fundamentou o ato administrativo é a Lei nº 2.212, de 05.08.2004, de Catalão. Referida lei, que criou o “banco de lotes”, foi revogada pela Lei nº 3.440/2016, conforme consta do seu artigo 45:

Art. 45. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário, em especial a Lei Municipal nº 2.212/2004.

De seu turno, a lei revogadora, ao estabelecer condição para aprovação do loteamento a doação de parte do imóvel, prevista na alínea “e”, do inciso I, do § 3º, do artigo 8º, pronunciou a continuidade normativa do chamado “banco de lotes” da lei revogada. Veja-se:

Art. 8º – Nos loteamentos devem ser observados os requisitos previstos nos artigos 3º, 4º e 5º desta Lei, e as seguintes condições necessárias para a aprovação:

I - transferência de áreas ao Município destinadas a sistemas de circulação, a implantação de equipamento urbano e comunitário, bem como a espaços livres de uso público, sendo:

(...)

d) 5% (cinco por cento) da área parcelável, no mínimo, para atender a programas habitacionais de interesse social, quando o loteamento for classificado como padrão, devendo este percentual ser revertido em lotes.

e) 10% (dez por cento) da área parcelável, no mínimo, para atender a programas habitacionais de interesse social, quando o loteamento for classificado como popular, devendo este percentual ser revertido em lotes.

(...)

§3º. A transferência de área descrita na alínea “d” e “e” do inciso I, deste artigo, poderá ser parcial ou integralmente convertida em obras de construção de moradias populares, a encargo do loteador, desde que haja interesse público manifesto durante a concepção do projeto urbanístico, sendo que, neste caso, o valor da obra deverá representar o valor correspondente ao quantitativo de terreno (em metro quadrado) da área a ser convertida, tendo por base o valor venal de área de lote projetado para a região, considerando a infraestrutura básica, cuja apuração do valor ficará a cargo de comissão de avaliação constituída por 03 (três) servidores públicos efetivos.

Embora a referida lei também já tenha sido revogada pela Lei nº 3.612/2018, a Corte Especial deste Tribunal já havia se manifestado sobre a matéria (banco de lotes), no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5130137-66.2017.8.09.0000, promovida pela Federação do Comércio do Estado de Goiás – FECOMÉRCIO.

Tal circunstância, a meu ver, afasta a necessidade de submissão dos dispositivos inquinados inconstitucionais, da Lei Complementar Municipal nº 2.212/2004, à cláusula de reserva de plenário, com fulcro no artigo 949, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

3. Da inconstitucionalidade do artigo 5º, I, “d”, § 9º, da Lei nº 2.212/04

A Lei Complementar Municipal nº 2.212/04, criou o “banco de lotes”, ao condicionar aprovação dos loteamentos, nos seguintes termos:

Art. 5º - Os loteamentos em Catalão deverão atender aos seguintes requisitos básicos:

I - ter áreas de domínio público, conforme dispõe a Lei Federal 6.766/79 e suas alterações, perfazendo um mínimo de 40% (quarenta por cento) da área total da gleba a ser loteada, compreendendo:

(...)

d) 5% (cinco por cento), no mínimo, para atender a programas habitacionais de interesse social, conforme definidos no PDUA;

(...)

§ 9º Para as hipóteses em que se requeira para o empreendimento, o reconhecimento como loteamento popular ou destinado a programa de habitação de interesse social, o percentual de área de domínio público de que trata o inciso I do **caput**, será acrescido em 5% pp (pontos percentuais), os quais já deverão estar desmembrados em lotes na proposta urbanística.

Infere-se da leitura dos enunciados normativos que o Município de Catalão condicionou a autorização de uso do parcelamento do solo urbano para a implantação de loteamento, mediante a

doação de 5% (cinco por cento) das áreas vendáveis, no caso de lotes padrões, e 10% para o caso de lotes sociais, destinando-os, em ambos os casos, a programas habitacionais de interesse social.

Mencionados dispositivos restaram revogados, mas permaneceu presente a continuidade normativa, com a edição da Lei revogadora nº 3.440/2016:

Art. 8º – Nos loteamentos devem ser observados os requisitos previstos nos artigos 3º, 4º e 5º desta Lei, e as seguintes condições necessárias para a aprovação:

I - transferência de áreas ao Município destinadas a sistemas de circulação, a implantação de equipamento urbano e comunitário, bem como a espaços livres de uso público, sendo:

(...)

d) 5% (cinco por cento) da área parcelável, no mínimo, para atender a programas habitacionais de interesse social, quando o loteamento for classificado como padrão, devendo este percentual ser revertido em lotes.

e) 10% (dez por cento) da área parcelável, no mínimo, para atender a programas habitacionais de interesse social, quando o loteamento for classificado como popular, devendo este percentual ser revertido em lotes.

(...)

§3º. A transferência de área descrita na alínea “d” e “e” do inciso I, deste artigo, poderá ser parcial ou integralmente convertida em obras de construção de moradias populares, a encargo do loteador, desde que haja interesse público manifesto durante a concepção do projeto urbanístico, sendo que, neste caso, o valor da obra deverá representar o valor correspondente ao quantitativo de terreno (em metro quadrado) da área a ser convertida, tendo por base o valor venal de área de lote projetado para a região, considerando a infraestrutura básica, cuja apuração do valor ficará a cargo de comissão de avaliação constituída por 03 (três) servidores públicos efetivos.

Conforme mencionado linhas pretéritas, embora também revogada, esta Corte de Justiça já se manifestou sobre a inconstitucionalidade do §3º e das alíneas “d” e “e” do inciso I do art. 8º da Lei Municipal nº 3.440, de 08.12.2016, de Catalão, por afronta aos artigos 2º, § 2º, 62, 63, inciso II, alínea “a”, 64, inciso I, todos da Constituição do Estado de Goiás, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5130137-66.2017.8.09.0000:

Ação direta de inconstitucionalidade. Ilegitimidade ativa. Ausência de pertinência temática. Preliminares afastadas. Impugnação ao §3º e alíneas “d” e “e” do inciso I do art. 8º da Lei Complementar Municipal nº 3.440/2016, de Catalão GO. Exigência de “banco de lotes” para aprovação de loteamento. Inconstitucionalidade manifesta. I - Havendo pertinência temática entre os objetivos estatutários da requerente e o conteúdo do dispositivo legal impugnado, é de se reconhecer a essa legitimidade ativa para a deflagração do processo de controle concentrado de constitucionalidade. II - Atua além de sua competência tributária o Município que, sob a alcunha de doação e tendo por subterfúgio a normatização do uso e ocupação do solo urbano, usurpa a competência tributária da União e cria um novo imposto, cujo alto valor implica confisco, por conseguinte, desapropriação oblíqua da propriedade imobiliária do contribuinte. III - Declarada a inconstitucionalidade do §3º e das alíneas “d” e “e” do inciso I

do art. 8º da Lei Complementar Municipal nº 3.440, de 08.12.2016, de Catalão, por afronta aos artigos 2º, § 2º, 62, 63, inciso II, alínea "a", 64, inciso I, todos da Constituição do Estado de Goiás. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (TJGO, Ação Direta de Inconstitucionalidade 5130137-66.2017.8.09.0000, Rel. Nelma Branco Ferreira Perilo, Órgão Especial, julgado em 19.02.2019, DJe de 19.02.2019. Negritei).

Sendo assim, como houve a declaração de inconstitucionalidade do art. 8º, inciso I, alíneas "d" e "e", §3º, da Lei Complementar Municipal nº 3.440, de 08.12.2016, de Catalão, por esta Corte Estadual, por afronta aos artigos 2º, § 2º, 62, 63, inciso II, alínea "a", 64, inciso I, todos da Constituição do Estado de Goiás, deve ser reconhecida, **incidenter tantum**, a inconstitucionalidade do artigo 5º, I, "d", § 9º, da Lei nº 2.212/04, ante a continuidade normativa do chamado "banco de lotes".

#### 4. Da nulidade dos atos administrativos

De acordo com o Decreto nº 2.324/2015, que aprovou o empreendimento Copacabana II, 43 (quarenta e três) lotes foram "doados" ao Município de Catalão:

Art. 1º - Fica aprovado o Loteamento denominado "Copacabana II", representado pela empresa Copacabana II Empreendimentos e Participações Ltda, sociedade empresarial limitada com sede e foro na cidade de Catalão, inscrita no CNPJ nº 21.854.239.239/0001-07, constituído sobre uma área total de 215.000 m² (duzentos e quinze mil metros quadrados), originária de um terreno situado na antiga Fazenda Ribeirão, no perímetro urbano desta cidade e matriculado sob o nº 47.118, ficha 01, do Livro 2 de Registro Geral, do Cartório de Registro de Imóveis Locais, contendo três áreas destinadas a equipamentos comunitárias, seis áreas verdes, três áreas de uso público e 17 (dezesete) quadras, divididas em 470 (quatrocentos e setenta) lotes, assim especificados:

§1º - Os lotes públicos são destinados ao município para atendimento de seu programa habitacional de interesse social (43 lotes), integrando o patrimônio público na categoria de bens disponíveis.

Com efeito, uma vez reconhecida a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei Municipal que condicionaram na exigência de transferir 43 (quarenta e três) lotes ao Município de Catalão, impõe-se a nulidade do ato administrativo nessa parte, resultando a situação ao **status quo ante**, ou seja, com a restituição do patrimônio da parte promovente, mediante alteração do domínio das matrículas e das edificações das unidades habitacionais em terrenos da autora/apelada.

#### 5. Da impossibilidade de modulação dos efeitos

Como visto, o Município de Catalão defende a necessidade de reconhecimento de efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade.

Sobre o tema, reza o artigo 27, da Lei nº 9.868/99, a modulação de efeitos pode ser reconhecida, por maioria qualificada dos membros do Supremo Tribunal Federal, quando fundada em razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social:

Art. 27 Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por

maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

De seu turno, apenas em casos excepcionais, a Suprema Corte permite a modulação de efeitos em sede de controle difuso de inconstitucionalidade:

Ementa: tributário. TCLLP - Taxa de Coleta de Lixo e de Limpeza Pública. Município do Rio de Janeiro. Controle difuso de constitucionalidade. Modulação Temporal da declaração incidental de inconstitucionalidade. A orientação do Supremo Tribunal Federal admite, em situações extremas, o reconhecimento de efeitos meramente prospectivos à declaração incidental de inconstitucionalidade. Requisitos ausentes na hipótese. Precedentes da Segunda Turma. Agravo regimental conhecido, mas ao qual se nega provimento. (RE 516296 AgR, Rel. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJe-047 Divulg 28.06.2007 Public 29.06.2007 DJ 29.06.2007 PP-00129 Ement Vol-02282-15 PP-02952. Negritei).

Esta Corte de Justiça, seguindo essa ilação, aplicando por analogia o artigo 27, da Lei nº 9.869/99, admite a modulação temporal dos efeitos apenas em circunstâncias excepcionais, desde que demonstradas razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

A propósito:

Embargos declaratórios na arguição de inconstitucionalidade no mandado de segurança. Artigo 6º, § 2º da Lei Estadual nº 8.033/75 com a redação dada pela Lei Estadual nº 19.122/75. Modulação dos efeitos. Omissão. Ausência. 1. A modulação de efeitos é medida excepcional e condicionada a razões extraordinárias de segurança jurídica e/ou interesse social, situações não configuradas no caso. 2. A não aplicação no caso da modulação dos efeitos não configura omissão passível de suprimento pela via estreita do recurso aclaratório. 3. Não ocorrendo as hipóteses previstas no artigo 1.022 do Código de Processo Civil, a rejeição dos embargos de declaração opostos é medida imperativa. Embargos declaratórios rejeitados. (TJGO, Mandado de Segurança (CF, Lei 12016/2009) 0176982-81.2016.8.09.0000, Rel. Jeova Sardinha de Moraes, Órgão Especial, julgado em 01.07.2019, DJe de 01.07.2019)

Embargos de declaração. Arguição de inconstitucionalidade de Lei **Incidenter Tantum**. Apelação cível. Ação civil pública. Exclusão de crédito tributário por decreto do governador do estado. Omissão. Modulação dos efeitos. 1. Não merecem acolhida os embargos de declaração no ponto em que impugnam o acórdão tão somente pelo fato de ter adotado posicionamento contrário aos interesses do embargante (reconhecimento de inconstitucionalidade de ato infralegal que importa renúncia de receita pela Administração Pública), fato que, deveras, não o torna omissis, contraditório ou obscuro. Inteligência do art. 535, do CPC, que não atribui efeito devolutivo aos aclaratórios. 2. Verificada a existência de omissão no acórdão embargado, decorrente da ausência de manifestação acerca de pretensão externada pelas partes no bojo de seus recursos, acolhe-se, quanto ao ponto omissis, a pretensão declaratória, para regular esclarecimento da questão. 3. A modulação temporal dos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade de lei ou ato



normativo, mesmo em controle difuso, é circunstância excepcional, dependente da demonstração de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social (por aplicação analógica do art. 27, da Lei 9868/99), o que, deveras, não está configurado na espécie, notadamente em se considerando a repercussão limitada da inconstitucionalidade declarada - que se restringirá às partes do processo e a alguns créditos tributários - e os interesses em conflito, no caso, o interesse individual das embargantes e o interesse coletivo pertinente à arrecadação estatal, em que este deve prevalecer sobre aquele, à vista dos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público, corolários do regime jurídico-administrativo. Prevalência da teoria da nulidade. (TJGO, Arguição de inconstitucionalidade de Lei 275894-50.2015.8.09.0000, Rel. Des. Zacarias Neves Coelho, Corte Especial, julgado em 09.03.2016, DJe 1999 de 01.04.2016. Negritei).

No caso, entendo que a excepcionalidade não está configurada.

Isso porque, o reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 5º, I, “d”, § 9º, da Lei nº 2.212/04, deu-se em razão da continuidade normativa do chamado “banco de lotes”, com a edição do artigo 8º, inciso I, alíneas “d” e “e”, §3º, da Lei Complementar Municipal nº 3.440, de 08.12.2016, de Catalão, que por sua vez foi julgada pela Corte Especial desta Egrégia Corte.

Nessa senda, vislumbro que não se há como cogitar a aplicação de efeitos prospectivos à decisão, porque no presente julgamento apenas se verificou a consolidação de entendimento anteriormente firmado pela Corte Especial, a qual caberia, por assim dizer, modular efeitos caso entendesse que fosse pertinente.

Tal circunstância afasta, a meu ver, as razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, porquanto, como dito, a questão já restou sedimentada nesta Corte de Justiça, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5130137-66.2017.8.09.0000.

Por todo o exposto, agiu com acerto o magistrado sentenciante, devendo a sentença ser mantida por esses e seus próprios fundamentos.

Na confluência do exposto, conheço da remessa obrigatória e da apelação cível mas negos- lhes provimento.

Como resultado do improvimento do recurso, majoro os honorários decorrentes da fase recursal em 15% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, parágrafo 11º, do Código de Processo Civil.

É o voto.

Goiânia, 20 de outubro de 2020.

Desª. Amélia Martins de Araújo - Relatora

Datado e assinado digitalmente conforme Resolução 59/2016

Apelação Cível nº 0312346.85.2016.8.09.0174

Comarca de Senador Canedo

1ª Câmara Cível

1º Apelante: Wanderson Pilengui da Silva

2ª Apelante: JJ Empreendimentos Imobiliários Ltda

1ª Apelada: JJ Empreendimentos Imobiliários Ltda

2º Apelado: Wanderson Pilengui da Silva

Apelante: Município de Catalão

Relatora: Desª. Amélia Martins

**EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA NÃO VERIFICADO. NULIDADE DO PROCESSO POR SENTENÇA **ULTRA PETITA** OCORRÊNCIA. PERDA DO OBJETO NÃO COMPROVADA. LOTEAMENTO. OBRAS DE INFRAESTRUTURA. OBRAS DE PAVIMENTAÇÃO, MEIO-FIO E REDE DE ESGOTO. PREVISÃO NA LEGISLAÇÃO MUNICIPAL OU NO CONTRATO. RESPONSABILIDADE DO LOTEADOR. PROPAGANDA ENGANOSA. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS. DESCUMPRIMENTO. EXCLUSÃO DE ILICITUDE E CULPA EXCLUSIVA DE TERCEIRO AFASTADAS. DANO MORAL NÃO COMPROVADO.

**I** – Nos termos da Súmula 28, deste Tribunal, afasta-se a preliminar de cerceamento de direito de defesa, suscitada em razão do julgamento antecipado da lide, quando existem nos autos provas suficientes à formação do convencimento do juiz e a parte interessada não se desincumbe do ônus de demonstrar o seu prejuízo, sem o qual não há que se falar em nulidade.

**II** – É **ultra petita** a sentença que defere pretensão além do pedido vindicado nos autos, devendo ser, inclusive, decotada, para limitar a condenação de obrigação de fazer obras de infraestrutura não realizadas (rede de esgoto, pavimentação e meio-fio) à Rua BE-04.

**III** - Ausente a perda do objeto da ação, quando inexistem nos autos provas suficientes que a requerida/segunda apelante tenha realizado todas as obras de infraestrutura que lhe caberia.

**IV** – O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), autos nº 5520939-03.2018.8.09.0000, decidiu que não se pode imputar ao loteador encargos de infraestrutura básica não previstos em Lei municipal ou no contrato de compra e venda. No caso em voga, ante a previsão na Lei Municipal nº 1.337/08 e no Decreto nº 2.046/2012, quanto à instalação de infraestrutura de rede de esgoto, pavimentação e meio-fio, deve-se imputar

ao loteador o cumprimento da obrigação.

**V** – Ademais, a propaganda veiculada pelo loteador, capaz de induzir o consumidor a erro, violando a legislação consumerista, enseja a obrigação de entrega da infraestrutura prometida, em razão do princípio da boa-fé objetiva.

**VI** - Não constando do contrato obrigação referente às obras de infraestrutura, improcedente o pedido de condenação na cláusula penal, pois, de acordo com a redação dos termos contratuais, a sua incidência limita-se à infringência de 'quaisquer de suas cláusulas', e no caso, a responsabilidade advém das obrigações intrínsecas ao negócio.

**VII** – O fato de a requerida firmar ajustes administrativos com Município de Senador Canedo não afasta a sua responsabilidade com o cumprimento da obrigação pactuada entre as partes. Logo, não há que se falar em excludente de ilicitude e responsabilidade de terceiro.

**VIII** - O simples inadimplemento contratual, consubstanciado no atraso na entrega da infraestrutura do empreendimento em questão, não é capaz por si só de gerar dano extrapatrimonial indenizável, devendo haver, no caso concreto, consequências fáticas que repercutam na esfera de dignidade da vítima, o que não ocorreu no caso em voga, logo, nesta parte, também merece reforma a sentença singular.

RECURSOS CONHECIDOS. PRIMEIRO IMPROVIDO E SEGUNDO PARCIALMENTE PROVIDO.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 0312346-85.2016.8.09.0174, da comarca de Senador Canedo, em que figuram como primeiro apelante/segundo apelado Wanderson Pilengui da Silva e como primeira segunda apelante/primeira apelada JJ Empreendimentos Imobiliários 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 das Apelações, negar provimento à primeira e dar parcial provimento à segunda, 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 o Procurador José Carlos Mendonça.

Presidiu a sessão de julgamento o Desembargador Orloff Neves Rocha.

Goiânia, 10 de novembro de 2020.

Desª. Amélia Martins de Araújo - Relatora

Assinado digitalmente conforme Resolução nº 59/2016

## VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos.

Consoante relatado, trata-se de Recursos de Apelação Cível, contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Senador Canedo, Dr. Marcus Vinícius Alves de Oliveira, nos autos da Ação de Obrigação de Fazer c/c Reparação de Danos, proposta por Wanderson Pilengui da Silva, em desfavor da JJ Empreendimentos Imobiliários Ltda.

A sentença singular julgou parcialmente procedentes os pedidos elencados na inicial, condenando a requerida/segunda apelante na obrigação de fazer consistente na realização das obras de pavimentação, meio-fio e rede de esgoto, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, sob pena de multa, bem como no pagamento ao autor de indenização por danos morais, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

O autor, primeiro apelante, alega que a sentença objurgada merece parcial reforma, no que se refere a multa prevista no contrato, ante o descumprimento da obrigação pela parte adversa, bem como para majorar o valor arbitrado a título de danos morais.

Por sua vez, a requerida, aqui segunda apelante, suscitou as preliminares de nulidade do processo, por sentença **extra petita**, já que não observou os limites do pedido; cerceamento do direito de defesa, ante o julgamento antecipado da lide; além de perda do objeto da ação, uma vez que cumpriu o os ajustes administrativos e obrigação contratual.

Alegou ainda inexistência de mora, por ausência do decurso do prazo de 04 (quatro) anos, para concretizar as obras de infraestruturas; excludente de ilicitude por culpa exclusiva de terceiro, Município de Senador Canedo, haja vista os ajustes administrativos celebrados por eles; ausência de ato ilícito a ensejar responsabilidade civil e não configuração do dano moral.

Das preliminares cerceamento do direito de defesa

Com relação, a alegativa de nulidade do processo por cerceamento do direito de defesa, ante o julgamento antecipado da lide, suscitada pela requerida/segunda apelante, sob a alegação de ausência de instrução e a demanda dependia de manifestação do órgão público SEINFRA, não merece acolhimento a irresignação.

Ora, o julgamento antecipado da lide é uma possibilidade processual que tem como objetivo evitar o prolongamento desnecessário da lide. Ademais, o juiz é o destinatário final da prova e a ele compete produzir as provas que entender necessárias, indeferindo aquelas que lhe parecerem inúteis ao deslinde da causa.

Assim, se o Juiz concluir que a lide está madura para proferir sentença, cabe-lhe conhecer diretamente do pedido, julgando antecipadamente a lide, nos termos do artigo 355, inciso I, do CPC, **in verbis**:

Art. 355. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando: I - não houver necessidade de produção de outras provas;

Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal, veja-se:

(...). Cerceamento de defesa. (...). 2. É firme a jurisprudência deste Tribunal Superior no sentido de que "o magistrado é o destinatário da prova, competindo às instâncias ordinárias

exercer juízo acerca da suficiência das que foram produzidas, nos termos do art. 130 do CPC. A avaliação tanto da suficiência dos elementos probatórios, que justificaram o julgamento antecipado da lide (art. 330, I, do CPC), quanto da necessidade de produção de outras provas demandaria a incursão em aspectos fático probatórios dos autos, inviável, portanto, em recurso especial (Súmula 7/STJ)" (...) (2ª Turma, AgRg no REsp nº 1454472/RS, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 23.09.2015) Grifei.

Apelação cível. Ação de rescisão contratual. Nulidade da sentença. (...) Julgamento antecipado da lide. (...) 3. A lide em tela – ação de rescisão contratual -versa sobre questão exclusiva de direito e dispensa dilação probatória, pois os documentos contidos nos autos constituem prova suficiente para a entrega da prestação jurisdicional com justiça. Assim, resta permitido o julgamento antecipado da lide, nos moldes do art. 355 do CPC. (...) (TJGO, Apelação 0129018.05.2016.8.09.0029, Rel. Des. Itamar de Lima, julgado em 01.08.2017). Grifei

Ademais, a dilação probatória não acarretaria mudança no direito que rege a matéria, posto que as provas dos autos são suficientes para solucionar a controvérsia, possibilitando, assim, o julgamento antecipado da lide.

Assim, não restam dúvidas de que o julgamento da lide ocorreu mediante aferição do conjunto probatório à disposição do magistrado condutor do feito, considerando, ainda, que ambas as partes tiveram oportunidade de apresentar e contraditar as provas documentais, as quais foram suficientes a formar o convencimento do julgador.

De igual forma é a intelecção do enunciado da Súmula nº 28 deste egrégio Tribunal, **in verbis**:

Súmula 28 - Afasta-se a preliminar de cerceamento de defesa, suscitada em razão do julgamento antecipado da lide, quando existem nos autos provas suficientes à formação do convencimento do juiz e a parte interessada não se desincumbe do ônus de demonstrar o seu prejuízo, sem o qual não há que se falar em nulidade.

Com efeito, não há falar em cerceamento de direito de defesa, por ter o julgador singular, que é o destinatário das provas, se convencido da desnecessidade de produção de outras provas, ao julgar o feito de forma antecipada.

Nulidade diante da sentença **ultra petita**

A parte requerida/segunda apelante alega que a sentença recorrida é **extra petita**, asseverando que o juiz singular extrapolou os limites da lide, violando o princípio da congruência, tendo em vista que o condenou na obrigação de fazer obras de infraestrutura em forma ampla em relação empreendimento, não especificando o endereço da realização da obrigação.

É de trivial sabença que as decisões judiciais devem ater-se aos pedidos iniciais, obedecendo ao princípio da vinculação do juiz, sob pena de nulidade absoluta.

O princípio da adstrição ou da congruência objetiva, previsto nos artigos 141 e 492 do Código de Processo Civil, impõe ao juiz o dever de decidir a lide dentro dos limites invocados pelas partes, sendo-lhe defeso proferir sentença de forma **extra, ultra ou citra petita, in verbis**..

Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Artigo 492. É vedado ao juiz proferir decisão diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Vale salientar que o vício de congruência entre o pedido e a decisão judicial dá ensejo ao julgamento **extra petita**, **ultra petita** ou **citra petita**, acarretando a nulidade do decisório, podendo tais vícios, inclusive, ser conhecidos de ofício pelo julgador.

No caso vertente, a despeito da requerida/segunda apelante imputar a sentença singular de **extra petita**, aquela que trata de matéria diversa da pretensão deduzida nos autos, denota-se que, na verdade, é **ultra petita**, vez que excedeu os limites do pedido deduzido na pretensão vindicada na peça de ingresso, fato que conduz a sua decotação, inclusive de ofício.

**In casu**, ao proceder uma análise das razões expostas e dos pleitos constantes na peça vestibular da aludida ação, denota-se que objetiva a condenação da requerida/segunda apelante na realização de obras de infraestrutura que não foram concluídas (rede de esgoto, pavimentação e meio-fio) na Rua JJ-04, do empreendimento em voga, **in verbis**:

d) Seja, **inaudita altera pars**, concedida a tutela provisória antecipada, para determinar que a empresa JJ Empreendimentos Ltda., inicie no prazo de 30 (trinta) dias as obras de infraestrutura ainda não realizadas (rede de esgoto, pavimentação e meio fio) da Rua JJ-04, e após ter iniciado, que conclua a obra no prazo não superior a 60 (sessenta) dias, uma vez que o prazo legal findou-se em 21 de novembro de 2014, observadas as penas diárias que também requerem que sejam arbitradas, no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais) a título de astreintes, por dia de descumprimento, a ser revertido em favor do Autor;

e) Sejam os pedidos da presente Ação julgados totalmente procedentes, com a confirmação da liminar pleiteada, e concedida, ordenando em definitivo que a empresa JJ Empreendimentos Ltda., conclua todas as obras de infraestrutura da Rua JJ-04, do Residencial Jardim do Lago, conforme prazos requeridos/fixados conforme requerido no pedido de letra "d"; (...)

Desta feita, a despeito de o pedido deduzido nos autos ser certo e determinado para condenar a requerida/segunda apelante na realização de obras de infraestrutura da Rua JJ-04, do Residencial Jardim do Lago, a sentença singular condenou aquela, na obrigação de fazer consistente na realização das obras de pavimentação, meio-fio e rede de esgoto, no prazo máximo de 90 (noventa) dias (...).

Com efeito, verifica-se que, de fato, a sentença objurgada ao condenar a requerida/segunda apelante na obrigação de fazer as obras de infraestruturas em voga, não limitando o seu alcance à Rua JJ-04, nesta parte, incorreu em vício, eis que **ultra petita**.

Sobre a matéria importante salientar que a sentença **ultra petita** não é passível de anulação, porém, quando pertinente sua adequação, ocasião em que a instância superior deverá ajustá-la aos contornos do pedido formulado na demanda.

Nesse sentido, deve ser decotada a sentença para que a condenação da requerida/segunda apelante restrinja-se a condenação da realização de obras de infraestrutura que não foram concluídas (rede de esgoto, pavimentação e meio-fio) à Rua JJ-04, do aludido empreendimento.

Veja-se a jurisprudência.

Apelação cível. Ação revisional de cláusulas contratuais. Inversão do ônus sucumbencial. Ausência de interesse recursal. Afastamento da TAC, TEC e tarifas bancárias. Sentença **ultra petita. Pacta sunt servanda**. Incidência do CDC. Revisão de cláusulas. Possibilidade. Capitalização mensal. Expressamente contratada. Cobrança permitida. 1. O apelante não possui interesse recursal quanto ao pedido de inversão do ônus sucumbencial, porquanto este recaiu sobre a parte autora/apelada. 2. A autora/apelada não pleiteou o afastamento das taxas TAC e TEC e das tarifas bancárias pactuadas, sendo o julgamento ultra petita quanto a tais pontos. Registra-se, por oportuno, que nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas contratuais (Súmula 381/STJ). 3. A incidência do Código de Defesa do Consumidor (CDC) possibilita a relativização do princípio do pacta sunt servanda, permitindo o afastamento ou modificação de cláusulas eventualmente abusivas. 4. A capitalização de juros com periodicidade inferior a anual foi expressamente avençada, sendo, portanto, permitida (Súmula 539/STJ). Apelação cível parcialmente conhecida e, nesta parte, provida. Sentença decotada, de ofício. (TJGO, Apelação (CPC) 5421343-28.2017.8.09.0082, Rel. Alan Sebastião de Sena Conceição, 5ª Câmara Cível, julgado em 30.03.2020, DJe de 30.03.2020) Grifei.

“Agravado de instrumento. Ação revisional c/c consignatória. Tutela antecipada. Comissão de permanência afastada. Emissão de boletos valor incontroverso. Multa diária. Decisão ultra petita. Reforma da decisão. 1. Caracteriza-se ultra petita a decisão que concede antecipação de tutela não postulada pela parte autora, devendo ser suprimida a parte excedente referente a comissão de permanência. 2. Afastada a imposição contida no decisum liminar, resta prejudicada a determinação de emissão de novos boletos, bem como a imposição de multa diária imposta ao recorrente/requerido, para o caso de descumprimento da obrigação. Agravo de instrumento conhecido e provido. (TJGO, Agravo de Instrumento ( CPC ) 5527647-35.2019.8.09.0000, Rel. Carlos Roberto Favaro, 1ª Câmara Cível, julgado em 31.03.2020, DJe de 31.03.2020) grifei.

Com efeito, por ser a sentença objurgada **ultra petita**, decoto a parte da condenação na obrigação de fazer obras de infraestrutura, remanescendo tal obrigação apenas à Rua JJ-04, do empreendimento em questão.

Da perda do objeto da ação

Quanto a preliminar de perda do objeto, hei por bem afastá-la, porquanto não há comprovação do cumprimento das obrigações assumidas pela 2ª apelante, nos termos e prazos contratados pelas partes.

De mais a mais, ainda que tenham sido realizados diversos Ajustes Administrativos entre a JJ Empreendimentos Imobiliários Ltda e o Município de Senador Canedo, bem como Termo de

Ajustamento de Conduta com o Ministério Público do Estado de Goiás, estes acordos não contaram com a participação do primeiro apelante.

Assim sendo, é incogitável a perda do objeto da presente ação, sob qualquer argumento, pois a segunda apelante não entregou a totalidade da infraestrutura relacionada ao empreendimento atempadamente.

A propósito, sobre a perda de objeto suscitada em casos análogos envolvendo o mesmo empreendimento, esta Corte de Justiça decidiu:

Apelação cível. Julgamento **extra petita**. Sentença prematura. Perda superveniente do objeto. Prejudiciais não configuradas. Ação de conhecimento. Obrigação de fazer e indenizatória. Contrato de compra e venda de imóvel residencial. Relação de consumo. Incidência do código de defesa do consumidor. Demora injustificada na conclusão das obras de infraestrutura do empreendimento. Ato ilícito configurado. Abalo moral não reconhecido. Sentença parcialmente reformada. 1. Não é extra petita a sentença proferida em estrita observância ao pedido deduzido na exordial, nos seus aspectos formais e materiais. 2. O julgador tem ampla liberdade para analisar a conveniência e a necessidade da produção de provas, podendo perfeitamente indeferir provas periciais, documentais, testemunhais e/ou proceder ao julgamento antecipado da lide se considerar que há elementos nos autos suficientes para a formação da sua convicção quanto às questões de fato ou de direito vertidas no processo, sem que isso implique qualquer ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 3. Não há falar em perda superveniente do objeto da demanda sob a justificativa de conclusão das obras de infraestrutura do empreendimento no curso do processo se tal fato era existente ao tempo da propositura da ação e autoriza o atendimento da pretensão manifestada pelos autores, de ver rescindido o contrato e exigidas perdas e danos. (...). (TJGO, Apelação (CPC) 0141100-21.2016.8.09.0174, Rel. Des. Zacarias Neves Coelho, 2ª Câmara Cível, julgado em 05.11.2020, DJe de 05.11.2020).

Dupla apelação cível. Ação de obrigação de fazer c/c reparação de danos. Sentença extra petita. Cerceamento do direito de defesa. Perda do objeto. Ilegitimidade passiva. Litisconsórcio passivo necessário. Preliminares afastadas. Loteamento urbano. Obras de infraestrutura. Obrigações contratuais descumpridas. Cláusula penal. Multa contratual devida – propaganda enganosa. Culpa exclusiva de terceiro – não verificada. Indenização por danos morais. **Quantum** fixado. Manutenção. 1. Não ocorre julgamento extra petita quando o magistrado, atendo-se aos fatos narrados e às provas colacionadas aos autos, interpretados lógica e sistematicamente a partir de toda a exordial, reconhece o direito vindicado pela parte, como ocorreu na hipótese. 2. Não há que se falar em cerceamento do direito de defesa quando existem nos autos provas suficientes à formação do convencimento do juiz e a parte interessada não se desincumbe do ônus de demonstrar seu prejuízo, sem o qual inexistente nulidade. 3. Não merece amparo a alegação de perda do objeto quando não há provas suficientes nos autos de que a requerida, efetivamente, realizou todas as obras de infraestrutura que lhe cabem. 4. Quanto às teses de ilegitimidade passiva e necessidade de



denúncia da lide ao município (litisconsorte passivo necessário), estas também não merecem guarida, tendo em vista que o compromisso de compra e venda foi celebrado com a empresa ré e não com o ente público, de modo que a discussão dos termos estipulados deve ocorrer somente entre os respectivos contratantes, exsurto-se daí a pertinência subjetiva para compor o polo passivo. 5. Evidenciado o descumprimento contratual pela empresa requerida, cabível a aplicação da cláusula penal, tendo em vista que a propaganda anunciada gerou uma obrigação pré-contratual. 6. **In casu**, as propagandas veiculadas pelo empreendimento projetavam a construção de asfalto, meio-fio e rede de esgoto, de modo a induzir incautos consumidores a criar justa expectativa quanto à infraestrutura existente no loteamento. 7. Não há que se falar em ausência de responsabilidade civil por culpa exclusiva de terceiro, vez que, conforme a legislação municipal, a responsabilidade pela execução das obras de infraestrutura é do vendedor. 8. A mera celebração de termo de cooperação com o ente público não exonera a demandada pela entrega da infraestrutura do local, principalmente por figurar como vendedora no compromisso de compra e venda celebrado com o requerente, continuando vinculada a todas as obrigações descritas no pacto. 9. Considerando que o valor da reparação por danos morais atendeu aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, além das peculiaridades do caso concreto, mister a sua manutenção. Primeira apelação cível conhecida e parcialmente provida. Segunda apelação cível conhecida, porém desprovida. (TJGO Apelação (CPC) 0052895-16.2016.8.09.0174, Rel. Des. Doraci Lamar Rosa da Silva Andrade, 6ª Câmara Cível, julgado em 23.10.2020, DJe de 23.10.2020).

Dupla Apelação Cível. Ação de obrigação de fazer c/c reparação de danos e pedido de tutela antecipada. I. Julgamento extra petita. Inocorrência. Não há falar em julgamento extra petita quando o juiz sentenciante aplicou o direito à espécie e decidiu as questões controversas dentro das balizas contidas na inicial. II. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. A necessidade da produção de provas sujeita-se ao crivo do magistrado que, na condição de destinatário final da prova, poderá indeferir dilações probatórias descabidas, desnecessárias ou procrastinatórias e inclusive julgar antecipadamente o feito. No caso, mostra-se evidente a impertinência da produção da prova apontada pela parte requerida, porquanto nos autos há prova documental suficiente para o deslinde da questão de mérito. III. Perda superveniente do objeto. Afastamento. Não há se falar em perda do objeto da presente ação, pois a obrigação de fazer postulada na exordial não foi realizada em sua totalidade. IV. (...). Primeira Apelação Cível conhecida e parcialmente provida. Segunda Apelação Cível conhecida e desprovida. (TJGO, Apelação (CPC) 0021475-90.2016.8.09.0174, Rel. Des. Carlos Alberto França, 2ª Câmara Cível, julgado em 08.09.2020, DJe de 08.09.2020)

Embargos de declaração em apelação cível. Ação de obrigação de fazer c/c reparação de danos. Loteamento urbano. Obras de infraestrutura. Obrigações contratuais. Descumpridas. Multa contratual. Propaganda enganosa. Perda do objeto. Sentença **extra petita**. Ausência de omissão, contradição, obscuridade ou erro material. 1. Evidenciado o descumprimento contratual pela empresa embargante, cabível a aplicação da cláusula penal, tendo em vista

que a propaganda anunciada gerou uma obrigação pré-contratual. 2. **In casu**, as propagandas veiculadas pelo empreendimento projetavam a construção de asfalto, meio fio e rede de esgoto, de modo a induzir incautos consumidores a criar justa expectativa quanto à infraestrutura existente no loteamento. 3. O órgão judicial, para expressar a sua convicção, não está obrigado a tecer comentários sobre todos os argumentos levantados pelas partes, quando sua motivação

sobre o tema tratado mostrar-se suficiente para a fundamentação e adequada compreensão da decisão. 4. Não há se falar em perda do objeto, quando não há provas suficientes nos autos que a requerida já realizou todas as obras de infraestrutura que lhe caberia. 5. Não incorre em julgamento extra petita, quando o magistrado, atendo-se aos fatos narrados e às provas colacionadas aos autos, interpretados lógica e sistematicamente a partir de toda a exordial, reconhece o direito vindicado pela parte, como ocorreu na hipótese. 6. Ante a ausência de omissão, obscuridade, contradição ou erro material os presentes embargos de declaração devem ser conhecidos e desprovidos. 7. Recurso Conhecido e Desprovido. (TJGO, Apelação (CPC) 0117367-26.2016.8.09.0174, Rel. Guilherme Gutemberg Isac Pinto, 5ª Câmara Cível, julgado em 29.11.2019, DJe de 29.11.2019)

Destarte, a minguada de prova conclusiva que a empresa requerida/segunda apelante realizou todas as obras de infraestrutura, deve-se afastar o pedido de perda do objeto da ação.

Afastadas as preliminares, passo ao exame do mérito recursal.

Da obrigação de fazer

A controvérsia cinge-se à obrigação da requerida/segunda apelante em concluir obras de infraestrutura, quais sejam asfalto, meio-fio e rede de esgoto no Residencial Jardim do Lago, especificamente à Rua JJ-04.

Sobre o tema, importante ressaltar o entendimento emanado do recente julgado do Órgão Especial, deste Tribunal, no IRDR nº 5520939-03, onde restou estabelecido que se a Lei Municipal ou Decreto Municipal não atribuir este dever, não há que se impor isto à empresa loteadora, devendo, ainda eventual propaganda enganosa ser analisada em cada caso concreto.

A propósito, eis o julgado:

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR). Obras de infraestrutura do loteamento residencial monte pascoal. teses jurídicas a serem aplicadas (Art. 985 do CPC): a) Não se pode imputar ao loteador encargos de infraestrutura básica não previstos no Decreto municipal nº 1.776/2002, na Lei municipal nº 7.222/93, na Lei federal nº 6.799/79 e no contrato de compra e venda, tal como o asfaltamento. b) A propaganda veiculada pelo loteador, desde que capaz de induzir o consumidor a erro, violando a legislação consumerista, pode ensejar a obrigação de entrega da infraestrutura prometida, em razão do princípio da boa-fé objetiva, questão esta, porém, que deve ser analisado em cada caso concreto, por se tratar de matéria fática.

c) Muito embora a legislação federal exija o esgotamento sanitário como requisito de infraestrutura básica dos parcelamentos (artigo 2º, § 5º, da Lei federal nº 6.766/79), a Lei municipal nº 7.222/93 não atribuiu essa responsabilidade ao loteador, de forma que, se o

Decreto municipal aprovar o loteamento também sem atribuir tal obrigação à empresa loteadora, não há a obrigação de construção de rede de esgoto, notadamente quando não há a possibilidade de a empresa de saneamento coletar tal esgoto para dar-lhe a destinação adequada, competindo ao loteador encontrar alternativa (fossa séptica) aceita pela Secretaria Municipal do Meio Ambiente. Julgamento da causa-piloto (AC nº 5127745.97.2017.8.09.0051) ação de obrigação de fazer e indenização por danos morais. Prescrição. Litisconsórcio. Cumprimento de cláusula contratual . Loteamento . Obras de infraestrutura. Propaganda enganosa não configurada. Dano moral inadmissibilidade. Litigância de má-fé. Afastada.

1. Não se há falar em decurso de prazo prescricional quando o requerente postula o cumprimento de cláusula contratual não realizada até a propositura da demanda.

2. É dispensável a citação do Município no processo na qualidade de litisconsorte passivo necessário, mormente porque a demanda discute a obrigação do loteador quanto à conclusão de obras de infraestrutura previstas em Lei Federal e outras decorrentes de eventuais propagandas enganosas do empreendimento, daí porque, a exequibilidade da sentença, caso seja reformada, não atinge diretamente a esfera jurídica do Município de Goiânia.

3. Não se pode imputar ao loteador encargos não previstos no Decreto municipal nº 1.776/2002, na Lei municipal nº 7.222/93, na Lei federal nº 6.799/79 e no contrato de compra e venda, tal como o asfaltamento do empreendimento e a construção de rede de esgoto.

4. A propaganda veiculada pelo loteador, apesar de apresentar uma via asfaltada, não configura, por si só, violação à legislação consumerista, uma vez que, de fato, a via principal é asfaltada, muito embora não houvesse a obrigação de asfaltamento pela legislação de regência, o que afasta, também, a pretensão reparatória.

5. Deve ser mantida a improcedência dos pedidos iniciais, tal como firmada na sentença recorrida.

6. A condenação da recorrente nas penas de litigância de má-fé, deve ser afastada, uma vez que não verificada a deliberada má-fé em seu pedido inicial, inclusive, porque a questão não estava até então definida na jurisprudência desta Corte.

IRDR parcialmente procedente. Apelação conhecida e desprovida. (TJGO, Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 5520939-03.2018.8.09.0000, Rel. José Carlos de Oliveira, Órgão Especial, julgado em 08.07.2020, DJe de 08.07.2020)

Seguindo esta linha de entendimento, denota-se que o Decreto Municipal nº 2.046, de 10.12.2012, que aprovou o parcelamento denominado Residencial Jardim do Lago, estabeleceu no seu art. 6º, **in verbis**:

“Art. 6º Conforme escritura pública de caução, constante s nos autos, o interessado deverá implantar no prazo máximo de 02 (dois) anos, a contar da data de aprovação do loteamento:

- a. rede de energia elétrica conforme padrão prefeitura municipal;
- b. rede de distribuição e abastecimentos de água potável, poço e reservação, conforme projeto;
- c. abertura de vias de circulação, pavimentação asfáltica (CBUQ), meio-fio e sarjeta;

d. demarcação dos cantos de quadra e áreas públicas com maço de concreto em todos os vértices e pontos notáveis (PC e PT) e demarcação dos lotes com piquete de madeira de lei;  
e. obras de escoamento de águas pluviais, através de galerias, PV's, bueiros saídas de águas, meio fio, sarjeta e etc;

f. rede de esgoto sanitário e sua destinação” Cumpre acrescentar que a disposição em comento encontra-se em conformidade com a regra prevista no art. 27, I, da Lei Municipal nº 1.377/08, que o loteador possui prazo de 02 (dois) anos para o loteador executar, às próprias custas, a abertura das vias públicas e praças, efetuando, no mínimo, as obras de:

a) guias e sarjetas;

b) rede de escoamento de águas pluviais;

c) rede de abastecimento de água;

d) rede de abastecimento de energia elétrica e iluminação pública;

e) rede de esgotos sanitários e sua destinação;

f) arborização;

g) pavimentação do tipo CBUQ (concreto betuminoso usinado a quente).

Ademais, o art. 28 da mesma Lei municipal estabelece que o interessado deverá oferecer fiança ou caução correspondente aos custos dos serviços a serem realizados no interregno de dois anos, cuja respectiva liberação somente ocorrerá em caso de execução de todas as obras compromissadas (art. 28, § 2º, da Lei 1.377/08).

Feitas essas considerações, denota-se que as obras de infraestrutura objeto da demanda, quais sejam asfalto, meio-fio e rede de esgoto no Residencial Jardim do Lago, especificamente à Rua JJ-04, são encargos do loteador, previstos no Decreto municipal nº 2046, de 10.12.2012, bem como, na Lei municipal nº 1.377/08.

Ademais, o não cumprimento da obrigação é matéria incontroversa nos autos, tanto que a parte ré, segunda apelante, limitou-se a atribuir a responsabilidade pela realização das referidas obras ao ente público, sob o argumento de existir compromisso firmado junto ao Ministério Público e termo de acordo de cooperação técnica.

Daí, ante a obrigação do loteador com relação à implantação de rede de esgoto, asfalto e meio-fio, é de rigor a manutenção da sentença, porquanto aplicou ao caso a legislação correlata.

Por oportuno, transcrevo os seguintes julgados em casos semelhantes:

Dupla apelação cível. Ação de obrigação de fazer c/c reparação de danos. Primeiro apelo. Multa por inadimplência. Aplicabilidade. Segundo apelo. Julgamento extra petita. Inocorrência. Cerceamento de defesa. Não verificado. Perda superveniente do objeto. Afastada. Excludentes de ilicitude. Culpa exclusiva de terceiros. Reconhecimento da conclusão das obras de infraestrutura. Inovação recursal. Supressão de instância. Atraso na entrega das obras. Verificado. Indenização. Mantida. Recurso desprovido. Majoração honorários recursais. 1. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer a cumpri-la, sendo certo que, o não cumprimento das obrigações assumidas dentro do prazo estabelecido, caracteriza,

indiscutivelmente, inadimplemento contratual, devendo ser aplicada a multa prevista para tanto. 2. Não há que se falar em julgamento extra petita quando o juiz sentenciante aplica o direito à espécie e decide as questões controversas dentro das balizas contidas na inicial. 3. A necessidade da produção de provas sujeita-se ao crivo do magistrado que, na condição de destinatário final da prova, poderá indeferir dilações probatórias descabidas, desnecessárias ou procrastinatórias e inclusive julgar antecipadamente o feito. 4. Não há que se falar em perda do objeto da presente ação, quando a obrigação de fazer postulada na exordial não foi realizada em sua totalidade. 5. É incabível o enfrentamento por esta Corte de Justiça, das matérias não debatidas e decididas no 1º grau de jurisdição, sob pena de supressão de instância, 6. Verificada a existência de previsão legal e contratual de instalação de infraestrutura de rede de esgoto, pavimentação e meio-fio, deve-se imputar ao loteador o cumprimento de tais obrigações. 7. O atraso na entrega das obras de infraestrutura do loteamento na data contratada supera o mero dissabor, sendo devida a indenização por danos morais quando a demora frustra a expectativa do comprador em usufruir do imóvel. 8. Com fulcro no artigo 85, § 11, do CPC/15, deve ser majorada a verba honorária, uma vez que a construtora foi sucumbente desde a origem do feito. Primeiro recurso conhecido e provido. Segundo recurso parcialmente conhecido e, nesta extensão desprovido. Sentença reformada. (TJGO, Apelação (CPC) 0057982-50.2016.8.09.0174, Rel. Itamar de Lima, 3ª Câmara Cível, julgado em 22.07.2020, DJe de 22.07.2020) Grifei.

Dupla apelação cível. Ação de obrigação de fazer c/c reparação de danos. Primeiro apelo. Multa por inadimplência. Aplicabilidade. Segundo apelo. Julgamento **extra petita**. Inocorrência. Cerceamento de defesa. Não verificado. Perda superveniente do objeto. Afastada. Excludentes de ilicitude. Culpa exclusiva de terceiros. Reconhecimento da conclusão das obras de infraestrutura. Inovação recursal. Supressão de instância. Atraso na entrega das obras. Verificado. Indenização. Mantida. Recurso desprovido. Majoração honorários recursais. 1. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer a cumpri-la, sendo certo que, o não cumprimento das obrigações assumidas dentro do prazo estabelecido, caracteriza, indiscutivelmente, inadimplemento contratual, devendo ser aplicada a multa prevista para tanto. 2. Não há que se falar em julgamento extra petita quando o juiz sentenciante aplica o direito à espécie e decide as questões controversas dentro das balizas contidas na inicial. 3. A necessidade da produção de provas sujeita-se ao crivo do magistrado que, na condição de destinatário final da prova, poderá indeferir dilações probatórias descabidas, desnecessárias ou procrastinatórias e inclusive julgar antecipadamente o feito. 4. Não há que se falar em perda do objeto da presente ação, quando a obrigação de fazer postulada na exordial não foi realizada em sua totalidade. 5. É incabível o enfrentamento por esta Corte de Justiça, das matérias não debatidas e decididas no 1º grau de jurisdição, sob pena de supressão de instância, 6. Verificada a existência de previsão legal e contratual de instalação de infraestrutura de rede de esgoto, pavimentação e meio-fio, deve-se imputar ao loteador o

cumprimento de tais obrigações. 7. O atraso na entrega das obras de infraestrutura do loteamento na data contratada supera o mero dissabor, sendo devida a indenização por danos morais quando a demora frustra a expectativa do comprador em usufruir do imóvel. 8. Com fulcro no artigo 85, § 11, do CPC/15, deve ser majorada a verba honorária, uma vez que a construtora foi sucumbente desde a origem do feito. Primeiro recurso conhecido e provido. Segundo recurso parcialmente conhecido e, nesta extensão desprovido. Sentença reformada. (TJGO, Apelação (CPC) 0057982-50.2016.8.09.0174, Rel. Itamar de Lima, 3ª Câmara Cível, julgado em 22.07.2020, DJe de 22.07.2020) Grifei.

Desta forma, existindo previsão na legislação municipal e no Decreto municipal, deve ser mantida a sentença que julgou procedente o pedido quanto à instalação de pavimentação asfáltica, meio-fio e rede de esgoto.

Cumpra acrescentar, ainda, que ao apresentar publicidade indicando a existência de infraestrutura completa no loteamento, a requerida/recorrente por força do art. 30 do CDC, vincula-se à realização da propaganda efetivada, uma vez que esta exerce papel determinante na escolha dos consumidores, no momento de contratação ou aquisição de bens ou serviços, devendo ser interpretada como adendo ao próprio negócio jurídico celebrado, **in verbis**:

Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integrar o contrato que vier a ser celebrado. Neste contexto, frisa-se a oferta anunciada gera uma obrigação pré-contratual e obriga o seu cumprimento, ante ao princípio da oferta que vincula o fornecedor.

A propósito a jurisprudência deste Tribunal:

Dupla apelação cível. Ação de obrigação de fazer c/c reparação de danos. Sentença extra petita. Perda do objeto. Ilegitimidade passiva. Litisconsórcio passivo necessário. Preliminares afastadas. Loteamento urbano. Obras de infraestrutura. Obrigações contratuais. Descumpridas. Multa contratual. Propaganda enganosa. Culpa exclusiva de terceiro. Não verificada. Honorários recursais. 1. - 3. **Omissis**. 4. Evidenciado o descumprimento contratual pela empresa requerida, cabível a aplicação da cláusula penal, tendo em vista que a propaganda anunciada gerou uma obrigação pré-contratual. 5. In casu, as propagandas veiculadas pelo empreendimento projetavam a construção de asfalto, meio fio e rede de esgoto, de modo a induzir incautos consumidores a criar justa expectativa quanto à infraestrutura existente no loteamento. 6. - 7. **Omissis**. 8. 1ª Apelação cível conhecida e provida. 2ª Apelação cível conhecida e desprovida. (TJGO Apelação (CPC) 0117367-26.2016.8.09.0174, Rel. Guilherme Gutemberg Isac Pinto, 5ª Câmara Cível, julgado em 07.11.2019, DJe de 07.11.2019) Grifei.

Com efeito, os outdoor, panfletos e jornais promovendo o empreendimento imobiliário projetavam a realização de obras de infraestrutura, tais como: pavimentação de vias, construção de meio-fio e rede de esgoto, de modo a induzir incautos consumidores a criar justa expectativa quanto à infraestrutura existente no loteamento.

Em verdade, no direito contratual moderno, as balizas impostas às partes estão lastreadas pelos princípios da autonomia privada, boa-fé, justiça contratual e função social do contrato. A boa-fé dirige-se não só ao estado psicológico dos contratantes, desde a negociação até a execução do pacto, mas também na sua conduta, os quais deverão agir de forma cooperativa e com lealdade. Neste contexto, o magistrado deve buscar aferir se as condutas dos agentes estão alicerçadas no desiderato pretendido com o contrato.

Tenho, assim, que há obrigação de cumprir exatamente o que foi ofertado nas propagandas apresentadas, quanto à pavimentação de ruas, feitura de meio-fio e esgoto, na forma como decidiu o magistrado singular.

Por corolário, repito, evidenciado o descumprimento contratual pela empresa requerida/segunda apelante cabível a determinação de conclusão das obras, tal como decidido na sentença.

Do prazo para cumprir a obrigação

A requerida/segunda recorrente ainda afirma que não está em mora tendo em vista a aludida demanda foi proposta no início do ano de 2016 e não havia esgotado o prazo de 04 (quatro) anos para a realização das obras de infraestrutura urbanística no empreendimento.

Pois bem, consta dos autos que foi aprovado o parcelamento denominado “Residencial Jardim do Lago”, veiculado por meio do Decreto Municipal nº 2.046/12.

Neste contexto, considerando que a aprovação do loteamento ocorreu em novembro de 2012, bem como que a averbação na matrícula do imóvel foi efetivada em fevereiro de 2013, infere-se que o prazo máximo para término das obras de infraestrutura acima indicadas findou-se em fevereiro de 2015.

Logo, afasta-se a alegativa da requerida/segunda recorrente que tal prazo seria de 4 (quatro) anos, a teor do art. 29 da Lei Municipal nº 1.337/08, tendo em vista que, no caso vertente, deve prevalecer o Decreto de Aprovação do respectivo Empreendimento, nº 2.046/12, como fundamentou a sentença singular, veja-se:

(...) Atenta a leitura permite concluir que o prazo máximo seria de 4 (quatro) anos, de forma que, obrigando-se a parte ré a implementar a infraestrutura necessária para alienação dos lotes em tempo menor, conforme teor do decreto de aprovação, inequívoco que o prazo aplicável seria este último.

A bem da verdade, não cumprir as obrigações assumidas perante o ente público, deixando de proceder às devidas adequações no loteamento, reservando-se para, após acionado judicialmente, sustentar que o prazo para o adimplemento seria de quatro anos, constitui ação de manifesta má-fé, vez que contraditória com aquela legitimamente esperada pelos consumidores. Grifei.

Neste contexto, não há que se falar que em cumprimento da mencionada obrigação no prazo legal.

Da responsabilidade de terceiro – excludente de ilicitude

A requerida/segunda apelante invoca, ainda, excludente de ilicitude ante a culpa exclusiva de terceiro, o Município de Senador Canedo, tendo em vista os ajustes administrativos celebrados entre eles.

Analisando os autos, denota-se que não tem sustentação jurídica tal irresignação, haja vista que o contrato de compra e venda, objeto da aludida ação, foi celebrado entre o autor/primeiro apelante e a requerida/segunda recorrente, assim eventual tratativa realizada entre aquela e o Município de Senador Canedo deve ser alegada em via própria.

Ora, a transferência de obrigações contratuais sem a concordância ou aquiescência da outra parte contratante não implica na perda da responsabilidade desta quanto à sua execução.

Nesse toar, de nada importa que a requerida/segunda apelante tenha transferido seu ônus contratual ao Município de Senador Canedo, posto que continua vinculada aos seus adquirentes via cláusula contratual.

A propósito, a jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

Apelação cível. Ação de obrigação de fazer c/c reparação de danos. Contrato de compra e venda. Pavimentação asfáltica. Construção de meio-fio. Obrigação contratual. Cláusula de compromisso arbitral. Requisitos exigidos pela lei de arbitragem para eficácia da cláusula compromissória. Não verificados. Competência do poder judiciário. Para que a cláusula com o compromisso arbitral tenha eficácia e prevalência sob a jurisdição na solução das controvérsias decorrentes do contrato, é necessário revestir-se da forma determinada no § 2º, do art. 4º, da Lei nº 9.307/96, que regulamenta a arbitragem, sob pena de tornar-se ineficaz e, por conseguinte, inexigível. 2. Causa madura. Julgamento imediato. Estando o processo em condições de imediato julgamento, deve ser analisado o pedido inicial pela instância revisora, nos termos do art. 1013 do NCPC. 3. Preliminares. Inadequação via eleita. Existência cláusula arbitragem. Desnecessidade de apreciação. A preliminar arguida pelo contestante confunde-se com o pedido de nulidade da cláusula contratual formulado pelo autor/ apelante, o qual foi acolhido por esta Instância Recursal, pelo que deixo de analisá-lo. 4. Denúnciação da lide. Impossibilidade. De acordo com precedentes do STJ e desta Corte, nos termos do art. 88 do Código de Defesa do Consumidor, é vedada a denúnciação da lide quando restar caracterizada a relação de consumo, hipótese em que a lei resguarda o direito ao ajuizamento da ação de regresso. 5. Legitimidade passiva do réu. Deve a ré figurar no polo passivo da ação, tendo em vista que não importa que esta tenha transferido seu ônus contratual ao município, posto que continua vinculada aos seus adquirentes via cláusula contratual. 6. Interesse de agir configurado. Responsabilidade do município de Goiânia afastada. Não há falar em ausência de interesse de agir, vez que a parte ré realizou com os requerentes um contrato, no qual a transferência das obrigações para outrem sem a concordância da parte contrária não implica na ausência da responsabilidade desta quanto à execução contratual. 7. Inépcia inicial não configurada. Ausência quantificação dos danos morais. Desnecessidade. A fixação do **quantum** indenizatório por dano moral é conferida ao julgador que, diante do caso concreto, estabelece dentro da razoabilidade e proporcionalidade, o valor de uma indenização justa, pelo que os alegados danos morais não



necessitam de valores específicos para o conhecimento e fixação. Ademais, a falta de indicação do valor a ser arbitrado a título de danos morais, não fere o artigo 319, IV do NCP (artigo 282, IV, do CPC/73), uma vez que ao julgador, após apreciar o conjunto probatório dos autos, compete fixar o **quantum** exato. 8. Prejudicial de mérito. Prescrição. Inocorrência. Levando-se em consideração que até a propositura da demanda a empresa requerida ainda não tinha iniciado a obra objeto do contrato, incabível falar em prescrição do direito autoral. 9. Mérito. Convênio com a prefeitura. Não descaracteriza a responsabilidade da construtora. Obrigação de entrega das obras de infraestrutura contratadas configurada. Atraso evidenciado. Não pode prosperar a alegação da parte ré quanto à realização de convênio com a Prefeitura de Goiânia, por meio do qual aquela municipalidade assumiu o compromisso de pavimentar as ruas e construir os meios-fios do loteamento, haja vista que a parte demandada continua responsável pela entrega da infraestrutura por ter firmado contrato de instrumento particular de compra e venda de imóvel com a parte adversa. Assim, configurada responsabilidade da ré pela entrega da invocada infraestrutura. 10. Multa cominatória. Descumprimento da obrigação de fazer. De ofício. Possibilidade. Matéria de ordem pública. Expiração do prazo de finalização da obra. Imposição para entrega da infraestrutura do loteamento. Necessidade. Fixação. As astreintes são inerentes ao procedimento da ação de obrigação de dar e de fazer, por ser um mecanismo de coerção para o cumprimento da ordem judicial pretendida, bem como tem a função de desencorajar a renovação da prática do ato coibido. 11. A matéria referente à fixação da multa diária é de ordem pública, podendo ser apreciada de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição. 12. O atraso na entrega da pavimentação e meio-fio do loteamento aliada a ausência de perspectiva da requerida em promover a sua entrega a quem de direito, contrariando o compromisso assumido com o adquirente, exige a incidência do disposto no artigo 497 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015, pois é ela que dará força obrigatória à obrigação de fazer estabelecida no contrato. 13. Matérias prejudicadas. Diante do reconhecimento da responsabilidade da requerida para o cumprimento da obrigação de fazer postulada, resta prejudicada a análise do argumento de demora para entrega das mencionadas infraestruturas em razão de atraso decorrente das execuções dos serviços públicos que são próprios das empresas concessionárias, tendo em vista ser responsabilidade da parte requerente a pavimentação e construção de meio-fio. Obrigação essa que, em respeito ao contratado com os requerentes, poderia ser realizada sem a intervenção de empresas concessionárias. 14. Multa contratual. Incidência. Cláusula oitava parágrafo primeiro. Em interpretação aos dispositivos contratuais previstos na cláusula oitava e seu parágrafo primeiro é de se concluir que embora exista previsão de prazo de tolerância para imissão na posse, essa imissão é contratualmente vinculada à finalização das obras de infraestrutura, sendo, portanto, devida a incidência da multa contratual em discussão, diante do evidenciado descumprimento contratual. 15. Responsabilidade civil. Ônus da prova. Fato constitutivo do direito dos autores caracterizado. Ônus do réu. Não comprovação. Nexo de causalidade. Conduta ilícita. Danos morais. Caracterizados. A parte autora colacionou aos autos documentos imprescindíveis à

comprovação do seu alegado direito, por ter demonstrado que, após a celebração do contrato em comento, deixou a requerida de cumprir com sua obrigação assumida na cláusula oitava, ou seja, não entrega da pavimentação asfáltica e construção de meios-fios até a data aprazada na cláusula acima mencionada, restando comprovado o requisito descrito no artigo 373, I do NCCP. 16. A requerida não cumpriu a determinação do art. 373, II, do CPC, de se desincumbir do ônus de produção de prova fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito dos autores, por não ter acostado aos autos a comprovação de que seus atos omissivos não são atos ilícitos capazes de caracterizar os danos morais suportados pelos requerentes. 17. A conduta ilícita da Ré está consubstanciada por não ter cumprido o contrato pactuado entre as partes, deixando de pavimentar a rua e instalar/construir meio-fio, restando, pois, evidente o nexo de causalidade entre a conduta ilícita da Ré e o dano suportado pelos autores, pelo que fazem jus a reparação por danos morais. 18. Reparação moral. Fixação. Razoabilidade e proporcionalidade. Atendendo as diretrizes desta Corte Recursal, em casos semelhantes, condeno a parte ré ao pagamento da quantia de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), posto que não extrapola os limites proporcionais dos patamares orientadores propostos pela Corte Superior de Justiça, eis que delineado levando-se em consideração os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade. 19. Indenização. Correção monetária. Juros de mora. A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento. Já os juros de mora incidirão a partir do evento danoso. 20. Horários advocatícios. Arbitramento. Os ônus sucumbenciais constituem exigência legal e devem observar o princípio da causalidade, bem como o critério objetivo da sucumbência. 21. Atento aos critérios estabelecidos pelo dispositivo supra, condeno a parte requerida, ora vencida, ao pagamento de honorários sucumbenciais, os quais fixo no importe de 10% sobre o valor da condenação. Apelação cível conhecida e provida. Sentença cassada. Causa madura apreciada com a procedência da pretensão inicial. (TJGO, Apelação (CPC) 0277450-31.2015.8.09.0051, Rel. Amaral Wilson de Oliveira, 2ª Câmara Cível, julgado em 05.04.2017, DJe de 05.04.2017) Grifei.

Neste contexto, afasta-se a alegativa de existência de excludente de ilicitude e, de conseguinte, de culpa exclusiva de terceiro, o Município de Senador de Canedo.

Da indenização por dano extrapatrimonial

A requerida/segunda apelante alega que no caso dos autos não restou configurado danos extrapatrimoniais, a ensejar reparação civil, o que merece prosperar.

Sobre a matéria, importante salientar que nos termos do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o mero inadimplemento contratual não é capaz de ensejar o dano extrapatrimonial, **in verbis**:

Recurso especial. Contrato de compra e venda de imóvel na planta. Entrega da obra. Atraso. Ação de indenização. **Mora ex re**. Inadimplemento contratual. Danos materiais. Multa contratual. Previsão. Caso fortuito. Força maior. Reexame de provas. Inviabilidade. Súmula nº 7/STJ. Danos morais. Não configuração. Correção monetária. Prequestionamento. Ausência. 1. (...) 5. A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que o simples inadimplemento contratual, consubstanciado no atraso na entrega do imóvel, não é capaz por

si só de gerar dano moral indenizável, devendo haver, no caso concreto, consequências fáticas que repercutam na esfera de dignidade da vítima. 6. (...) (REsp 1654843/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 27.02.2018, DJe 06.03.2018. Negritei).

Com efeito, o simples descumprimento do pacto, caracterizado pelo atraso na entrega de infraestrutura do empreendimento em voga, não gera, por si só, dano extrapatrimonial a ser indenizado, sendo necessária a presença no caso concreto de consequências à esfera de dignidade do comprador/segundo apelado, o que não restou evidenciado nos autos.

Assim, nesta parte, merece reforma a sentença singular, para afastar os danos extrapatrimoniais arbitrados.

Do primeiro recurso

O autor, ora primeiro apelante, diz que em razão do descumprimento contratual tem direito a multa, nos termos da cláusula décima sexta do instrumento de contrato firmado pelas partes. Sem razão o apelante.

No caso vertente, a cláusula décima sexta do compromisso de compra e venda em voga, prevê a condenação na multa por descumprimento contratual, porém, não há disposição no pacto referente a obrigação da JJ Empreendimentos Imobiliários Ltda em entregar as obras de infraestrutura registradas na peça inicial.

A multa estabelecida na cláusula 16ª do contratado entabulado entre as partes, a título de cláusula penal, não deve ser aplicada, pois de acordo com a redação dos termos contratuais, a sua incidência limita-se à infringência de quaisquer de suas cláusulas, e, no caso, a responsabilidade da ré advém das obrigações inerentes ao negócio, motivo pelo qual deve ser rejeitada.

No mesmo sentido é a jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

“Apelação cível. Ação de obrigação de fazer c/c reparação de danos. Julgamento extra petita. Não ocorrência. Loteamento urbano. Obras de infraestrutura básica. Prazo legal. Descumprimento. Divulgação publicitária do empreendimento. Responsabilização. Danos morais. Cláusula penal. Não incidência. Ausência de comprovação da conclusão. (...) 2. A obrigação da requerida em realizar as obras de infraestrutura básica decorre de previsão legal e consta expressamente no decreto municipal que instituiu o loteamento. Ademais, esse aspecto do empreendimento foi divulgado publicamente pela requerida como um atrativo para a aquisição do imóvel, sendo inerente ao negócio. 3. A não realização das obras correspondentes no prazo legal caracteriza o descumprimento dessa obrigação e quebra a expectativa de boa-fé do adquirente, além de gerar danos decorrentes da má infraestrutura do loteamento, ensejando a responsabilização da requerida. 4. Contudo, não enseja a aplicação da cláusula penal, pois, de acordo com a redação dos termos contratuais, a sua incidência limita-se à infringência de ‘quaisquer de suas cláusulas’, e no caso, a responsabilidade advém das obrigações intrínsecas ao negócio. (...)” (TJGO, Apelação (CPC) 0027044-72.2016.8.09.0174, Rel. Alan Sebastião de Sena Conceição, 5ª Câmara Cível, julgado em 22.07.2020, DJe de 22.07.2020).

Duplo apelo. Ação de obrigação de fazer c/c reparação de danos e pedido de tutela antecipada. Sentença citra/extra petita. Julgamento antecipado da lide. Perda do objeto. Intempestividade de contrarrazões. Loteamento urbano. Obras de infraestrutura básica. Prazo legal. Descumprimento. Divulgação publicitária do empreendimento. Responsabilização. Danos morais. Multa contratual. Ausência de comprovação da conclusão. Critério para fixação de honorários. Sentença parcialmente reformada. Honorários mantidos. I - VIII - Tendo em vista que, de acordo com o contrato tido como objeto da lide, a cláusula penal se limita à infringência de quaisquer de suas cláusulas, e, no caso, a responsabilidade advém das obrigações intrínsecas ao negócio, não há aplicar a referida penalidade **in casu**. IX - ... Apelações cíveis conhecidas e parcialmente providas.(TJGO, Apelação (CPC) 0174465-66.2016.8.09.0174, Rel. Des. Guilherme Gutemberg Isac Pinto, 5ª Câmara Cível, julgado em 15.10.2020, DJe de 15.10.2020).

Dupla apelação cível. Ação de obrigação de fazer c/c reparação de danos morais. Contrato de compra e venda. Loteamento. Código de defesa do consumidor. Atraso na conclusão das obras de infraestrutura. Julgamento extra petita e cerceamento do direito de defesa. Preliminares afastadas. Obrigação da empreendedora. Inadimplemento contratual verificado. Danos morais. Configurados. Minoração de seu valor. Sentença reformada, nesta parte. Multa contratual por inadimplemento. Não incidência. Desprovisionamento do 1º Apelo. (...) 8. Contudo, não enseja a aplicação da cláusula penal, pois, de acordo com a redação dos termos contratuais, a sua incidência se limita à infringência de quaisquer de suas cláusulas, e, no caso, a responsabilidade advém das obrigações intrínsecas ao negócio, razão pela qual, deve ser rejeitado o pedido do 1º Apelo, a este respeito. Apelações cíveis conhecidas. Primeiro apelo desprovido e segundo apelo provido em parte. (TJGO, Apelação (CPC) 0117280-70.2016.8.09.0174, Rel. Des. Francisco Vildon Jose Valente, 5ª Câmara Cível, julgado em 17.08.2020, DJe de 17.08.2020).

Agravo interno. Apelação cível. Ação de obrigação de fazer. Fase de execução de sentença. Impugnação julgada procedente. Quitação da dívida e cumprimento da obrigação. Realização de pavimento e meio-fio. Multa contratual por atraso na entrega da infraestrutura. Procedência. Cumprimento após o ajuizamento da ação. Pagamento das astreintes. Inadmissibilidade. Cumprimento tempestivo da obrigação. Sentença reformada em parte. 1. A tese a ser firmada no julgamento do Recurso Repetitivo Tema 971, é a seguinte: No contrato de adesão firmado entre o comprador e a construtora/incorporadora, havendo previsão de cláusula penal apenas para o inadimplemento do adquirente, deverá ela ser considerada para a fixação da indenização pelo inadimplemento do vendedor. As obrigações heterogêneas (obrigações de fazer e de dar) serão convertidas em dinheiro, por arbitramento judicial. 2. A cláusula penal tem caráter ressarcitório e coercitivo, visando impedir o descumprimento contratual, sendo devida pela incorporadora cuja desídia ensejou o atraso de 05 (cinco) anos da entrega das obras de infraestrutura no loteamento. 3. No que se refere à execução das astreintes, estas apresentam-se inexecutáveis, tendo em vista que a obrigação foi devidamente cumprida antes da sua incidência jurídica. 4. Não infirmados pelo agravante os

requisitos que embasaram a decisão recorrida, desmerece modificação o ato monocrático verberado. Agravo interno conhecido e desprovido. (TJGO, Apelação (CPC) 5056314-03.2017.8.09.0051, Rel<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup>. Sandra Regina Teodoro Reis, 6<sup>a</sup> Câmara Cível, julgado em 13.07.2020, DJe de 13.07.2020) Grifei.

Neste contexto, evidenciado que não houve inadimplemento contratual em relação à imobiliária, deve ser afastada a multa penal, como bem consignado na sentença de primeiro grau.

Da majoração do valor dos danos extrapatrimoniais

Com relação ao pleito de majoração do valor dos danos extrapatrimoniais, denota-se que restou prejudicado, tendo em vista o provimento do segundo recurso sob o fundamento que, no caso em análise, inexistem danos extrapatrimoniais.

Ao teor do exposto, conheço dos recursos, e nego provimento, ao primeiro, nos termos acima explicitados.

Quanto ao Segundo Recurso, dou-lhe parcial provimento, para afastar a indenização por danos extrapatrimoniais, e declarar nula a sentença na parte ultra petita, decotando-a da condenação, nos termos das explanações acima mencionadas.

Considerando a modificação da sentença, aplico a sucumbência recíproca na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada parte, nos termos do artigo 86 do Código de Processo Civil, e, por consequência, arbitro os honorários advocatícios em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais).

É o voto.

Goiânia, 10 de novembro de 2020.

Des<sup>a</sup>. Amélia Martins de Araújo - Relatora

Assinado digitalmente conforme Resolução nº 59/2016

Apelação Cível nº 0062129-72.2017.8.09.0049

Comarca de Goianésia

Apelante: Viação Cunha Ltda

Apelado: Deusiel de Freitas Machado

Relator: Des. Carlos Roberto Fávaro

**EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO EM RODOVIA. ATROPELAMENTO. ÔNIBUS. CICLISTA. ACOSTAMENTO. REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL. PREENCHIMENTO. **CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO.** DEVER DE CAUTELA NÃO OBSERVADO. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA NÃO EVIDENCIADA. CULPA CONCORRENTE NÃO CARACTERIZADA. VALOR DA INDENIZAÇÃO DO DANO MORAL.

PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. SENTENÇA MANTIDA.

**I** - Ao elencar as normas a serem observadas por todos os condutores na circulação de veículos, o Código de Trânsito Brasileiro determina que “os veículos de maior porte serão sempre responsáveis pela segurança dos menores, os motorizados pelos não motorizados e, juntos, pela incolumidade dos pedestres” (art. 29, § 2º, CTB).

**II** - A legislação de trânsito exige daquele que deseja realizar uma manobra que se certifique de que pode executá-la sem perigo para os demais usuários da via que o seguem, precedem ou vão cruzar com ele, considerando sua posição, direção e velocidade (art. 34, CTB).

**III** - No caso em apreço, o motorista do ônibus de propriedade da ré deve ser responsabilizado pelo evento danoso, pois não observou o dever de cautela ao deslocar o veículo para fora do limite da pista de rolamento e invadir o acostamento da rodovia onde transitava o autor, dando causa ao acidente.

**IV** - Na hipótese, agiu com acerto o ciclista ao desmontar-se da bicicleta para percorrer, com segurança, trecho do acostamento onde havia acentuado acive.

**V** - Não há que se falar em culpa exclusiva ou concorrente da vítima quando não há prova de que sua conduta tenha sido determinante ou contributiva para a ocorrência do evento danoso. 6. Na espécie, o valor arbitrado pela magistrada singular a título de compensação pelo dano moral (dez mil reais) não comporta alteração, haja vista que coaduna com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade (Súmula 32, TJGO). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0062129-72, acordam os componentes da quinta Turma Julgadora da Primeira Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, à unanimidade de votos, em conhecer do apelo, mas lhe negar provimento, nos termos do voto deste Relator.

Votaram, com o relator, Dr. Reinaldo Alves Ferreira em substituição ao Desembargador Luiz Eduardo de Sousa e a Desembargadora Amélia Martins de Araújo.

Presidiu a sessão o Desembargador Orloff Neves Rocha.

Fez-se presente, como representante da Procuradoria-Geral de Justiça, o Dr. José Carlos Mendonça.

Goiânia, 09 de novembro de 2020.

Des. Carlos Roberto Fávaro – Relator

## RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por Viação Cunha Ltda. contra a sentença proferida pela Juíza de Direito da 2ª Vara Cível, Fazenda Pública, Registros Públicos e Ambiental da Comarca de Goianésia, Dra. Ana Paula de Lima Castro, nos autos da ação de indenização por danos morais ajuizada por Deusiel de Freitas Machado em seu desfavor.

Na petição inicial, o autor relatou que, no dia 06 de abril de 2016, por volta das 07h00min, transitava de bicicleta no acostamento da rodovia GO-080, a caminho do trabalho, quando foi atingido por um ônibus de propriedade da sociedade empresária requerida.

Acrescentou que o acidente ocorreu em virtude de o motorista ter deslocado o ônibus para fora do limite da pista de circulação de veículos, invadindo o acostamento, sem observar seu dever de cautela.

Narrou que, após o acidente, foi socorrido pelo Corpo de Bombeiros, conduzido à Unidade de Pronto Atendimento do Município e, posteriormente, encaminhado ao Hospital de Urgências de Anápolis, em virtude da gravidade das lesões sofridas.

Defendeu o preenchimento dos requisitos da responsabilidade civil e, ao final, requereu a condenação da parte ré ao pagamento de indenização por danos morais e materiais.

Decorrida a regular marcha processual, a magistrada singular julgou parcialmente procedente a pretensão inicial, em sentença (mov. 3, doc. 20), cuja parte dispositiva restou assim redigida:

“(…). III – Dispositivo

Ante o exposto, com fulcro no artigo 487, 1, do CPC, julgo parcialmente procedente o pedido inicial, condenando a requerida a pagar para a parte autora:

- a) a título de dano material R\$ 120,00 (cento e vinte reais), com juros de mora de 1% e correção monetária pelo INPC, desde o evento danoso;
- b) A título de indenização por lucro cessante, a diferença do pagamento durante o período em que o autor deixou de auferir renda com seu trabalho, que coincide com o momento de gozo do auxílio-doença previdenciário, cujo valor será auferido em fase de liquidação de sentença;
- c) A título de indenização por danos morais, o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigido monetariamente pelo INPC desde o arbitramento, e juros moratórios de 1% ao mês a partir do evento danoso.

Considerando que o autor decaiu em parte mínima, condeno o réu ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como nos honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da condenação, nos termos do art. 85, §2º do CPC. Interposta apelação, intime-se a parte adversa para apresentar contrarrazões, encaminhando-se, em seguida, ao E. Tribunal de Justiça, com os nossos cumprimentos. Caso contrário, após o trânsito em julgado, arquivem-se os autos com as baixas necessárias.

P.R.I.”

Irresignada, a empresa Viação Cunha Ltda. interpôs a presente apelação cível (mov. 3, doc. 22).

Em suas razões, a recorrente defende que o acidente de trânsito narrado na peça exordial ocorreu por culpa exclusiva do apelado.

Aduz que, no momento dos fatos, o recorrido estava sob efeito de álcool e empurrava a bicicleta no sentido de deslocamento dos veículos, ocasião em que avançou a faixa de rolamento da rodovia, colidindo-se com a lateral direita do ônibus.

Ressalta que o bombeiro militar e o médico que atenderam a vítima logo após o acidente atestaram que a mesma afirmou ter ingerido bebida alcoólica naquela data, fato que, segundo aduz, não foi infirmado durante a instrução processual.

Assevera que, segundo inteligência extraída dos arts. 68, § 1º, e 254, ambos do Código de Trânsito Brasileiro, o ciclista desmontado empurrando a bicicleta equipara-se a pedestre, a quem é defeso permanecer ou andar nas pistas de rolamento, exceto para cruzá-las onde for permitido.

Destaca que o motorista que conduzia o ônibus é profissional habilitado e, quando ouvido em juízo, foi enfático ao afirmar que não perpetrou conduta temerária ou contrária ao regramento de trânsito.

Preconiza que, inexistindo prova da prática de ato ilícito e uma vez demonstrada a culpa exclusiva da vítima, o afastamento da responsabilidade civil é medida que se impõe.

Em argumentação subsidiária, entende que deve haver o reconhecimento de que houve culpa concorrente.

Ressalta que este Tribunal de Justiça já entendeu que cabe ao pedestre circular em sentido contrário ao deslocamento de veículos, de modo que, deixando de fazê-lo, concorre para o acidente.

Sob outro enfoque, defende a necessidade de redução da verba indenizatória do dano moral, em atenção aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Firme dessas considerações, requer o conhecimento e provimento do apelo, a fim de que, em reforma à sentença recorrida, sejam julgados improcedentes os pedidos iniciais. Subsidiariamente, postula a minoração do valor da condenação.

Comprova o recolhimento do preparo (mov. 3, doc. 22, p. 291/292).

Intimado, o recorrido apresentou contrarrazões ((mov., 2, doc. 24), em que refuta a presente objeção, ao tempo que roga pela manutenção do ato judicial impugnado.

A parte apelada manifestou desinteresse na realização de audiência de conciliação (mov. 12).  
É o relatório.

Peço dia para julgamento.

Goiânia, 20 de outubro de 2020.

Des. Carlos Roberto Fávaro – Relator

## VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Como visto, trata-se de Apelação Cível interposta por Viação Cunha Ltda. contra a sentença proferida pela Juíza de Direito da 2ª Vara Cível, Fazenda Pública, Registros Públicos e Ambiental da



Comarca de Goianésia, Dra. Ana Paula de Lima Castro, nos autos da ação de indenização por danos morais ajuizada por Deusiel de Freitas Machado em seu desfavor.

Na petição inicial, o autor relatou que, no dia 06 de abril de 2016, por volta das 07h00min, transitava de bicicleta no acostamento da rodovia GO-080, a caminho do trabalho, quando foi atingido por um ônibus de propriedade da sociedade empresária requerida.

Acrescentou que o acidente ocorreu em virtude de o motorista ter deslocado o ônibus para fora do limite da pista de circulação de veículos, invadindo o acostamento, sem observar seu dever de cautela.

Narrou que, após o acidente, foi socorrido pelo Corpo de Bombeiros, conduzido à Unidade de Pronto Atendimento do Município e, posteriormente, encaminhado ao Hospital de Urgências de Anápolis, em virtude da gravidade das lesões sofridas.

Defendeu o preenchimento dos requisitos da responsabilidade civil e, ao final, requereu a condenação da parte ré ao pagamento de indenização por danos morais e materiais.

Narrou que, após o acidente, foi socorrido pelo Corpo de Bombeiros, conduzido à Unidade de Pronto Atendimento do Município e, posteriormente, encaminhado ao Hospital de Urgências de Anápolis, em virtude da gravidade das lesões sofridas.

Defendeu o preenchimento dos requisitos da responsabilidade civil e, ao final, requereu a condenação da parte ré ao pagamento de indenização por danos morais e materiais.

Decorrida a regular marcha processual, a magistrada singular proferiu a sentença recorrida (mov. 3, doc. 20), em que julgou parcialmente procedente a pretensão inicial, para condenar a requerida a pagar à parte autora: i) indenização por dano material no valor de R\$ 120,00 (cento e vinte reais), com juros de mora de 1% e correção monetária pelo INPC, desde o evento danoso; ii) indenização por lucros cessantes no importe correspondente à diferença de pagamento durante o período em que o autor deixou de auferir renda com seu trabalho, a ser definido em fase de liquidação de sentença; e iii) indenização por danos morais no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigido monetariamente pelo INPC desde o arbitramento, e juros moratórios de 1% ao mês a partir do evento danoso.

Em suas razões (mov. 3, doc. 22), a parte apelante pretende, em síntese, o afastamento do dever de indenizar, sob a premissa de que o episódio acidentário decorreu de **culpa exclusiva** da vítima. Subsidiariamente, postula o reconhecimento de que houve culpa concorrente e a redução da verba indenizatória do dano moral.

Feitas essas digressões, passo a analisar pormenorizadamente as alegações deduzidas.

#### 1. Da culpa exclusiva da vítima.

Considerando as provas constantes dos autos, tenho que a tentativa da parte ré/apelante em desconstituir os fatos narrados na peça exordial não merece prosperar.

Segundo dispõem os artigos 286 e 927, ambos do Código Civil, todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, violar direito e vier a causar dano a outrem, ficará obrigado a repará-lo.

A responsabilidade civil está adstrita ao preenchimento

de três requisitos básicos, quais sejam, comportamento culposo ou doloso, dano e nexo de causalidade entre a ação e a lesão.

Embora não haja uma hierarquia entre os referidos pressupostos, é certo que, em se tratando de responsabilidade civil subjetiva, a culpa ganha expressivo relevo para a responsabilização do agente.

No caso em apreço, a dinâmica do acidente é controversa.

O autor/apelado afirma que, na data e horários especificados na petição inicial, estava a caminho do trabalho conduzindo sua bicicleta no acostamento da rodovia no sentido de circulação dos veículos. Assevera que, após constatar a impossibilidade de trânsito seguro em razão de um acive existente em uma parte do trajeto, desmontou-se da bicicleta e passou a empurrá-la, momento em que foi atropelado pelo motorista do ônibus de propriedade da empresa ré/apelante, que saiu da pista de rolamento para desviar-se de um veículo que realizava manobra de ultrapassagem, dando causa à colisão.

De seu turno, a parte requerida/recorrente aduz que o evento danoso decorreu de culpa exclusiva do requerente/apelado, que, no momento dos fatos, estava embriagado e, após desequilibrar-se da bicicleta, invadiu a pista de rolamento pela qual seguia o ônibus, em desatenção às disposições previstas no Código de Trânsito Brasileiro, especialmente nos artigos 68, § 1º, e 254.

Com efeito, no Estado Constitucional e Democrático de Direito, a mera alegação em juízo de que um fato ocorreu, desacompanhada de provas, não suficiente para que seja ele aceito como verdadeiro, sob pena de se inviabilizar a solução dos conflitos e a própria pacificação social.

Para que se concilie justiça e segurança jurídica, o Código de Processo Civil prescreve, em seu artigo 373, incisos I e II, que o autor possui o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, enquanto ao réu compete a prova de fato modificativo, impeditivo ou extintivo de tal direito.

**In casu**, o Boletim de Ocorrência (mov. 3, doc. 2, p. 31/34) não detalha o episódio acidentário. Nota-se, ademais, que não foi elaborado estudo pericial, notadamente em razão da remoção do ônibus e da vítima do local do sinistro, de sorte que as circunstâncias fáticas do evento são extraídas da prova oral produzida em audiência de instrução e julgamento.

Quando ouvidos em juízo (mov. 4), o autor (Deusiel de Freitas Machado) e o motorista do ônibus de propriedade da empresa requerida (Pedro Reginaldo do Bonfim) corroboraram os fatos descritos na petição inicial e na contestação, conforme demonstram as declarações a seguir transcritas:

Deusiel de Freitas Machado:

“(…). Que, segundo se recorda, saiu de casa por volta das 06:15 da manhã para ir ao trabalho de bicicleta; que não conseguia passar de bicicleta em um acive existente na rodovia, razão pela qual dela desmontou-se, passando a empurrá-la; que andou aproximadamente de 20 a 30 metros, sendo esta sua última lembrança; (...) que, no momento do acidente, estava caminhando no sentido da via; que não ingeriu bebida alcoólica naquela data; que, após o ocorrido, foi encaminhado para a UPA e, após, para o Hospital de Urgências de Anápolis; (...) que foi atendido pelo SUS e teve gastos com medicamentos, cadeira de rodas, muleta e andador; que ficou cerca de quatro meses sem andar; que não sabe quem esteve no local e não teve contato com os bombeiros que prestaram os primeiros atendimentos (...)”

Pedro Reginaldo do Bonfim:

“(…) Que era o condutor do ônibus; que, pouco antes do acidente, havia uma caminhonete transitando no sentido contrário da pista, ocasião em que ‘entrou um carro’ entre o ônibus e a caminhonete; que, nesse momento, ‘firmou o volante’ e não saiu da pista de rolamento; que o Deusiel deve ter se assustado e ‘cambaleado’, entrando na via de circulação de veículos e chocando-se contra o ônibus; que a colisão ocorreu ‘na seta direita dianteira’ do ônibus; que não conversou com Deusiel após o acidente; que ouviu falar que Deusiel estava embriagado; que o acostamento da rodovia é estreito, asfaltado e não é rebaixado; que Deusiel estava empurrando a bicicleta; que não percebeu se Deusiel se desequilibrou; (…) que não sabe afirmar se, após o acidente, Deusiel estava conversando conscientemente ou se estava desorientado; que o ônibus estava em velocidade compatível com a via; que não chegou a realizar frenagem.”

No ato instrutório, houve a oitiva de apenas uma testemunha ocular, qual seja, Denerval de Passos, que afirmou ter presenciado o acidente, ocorrido após o ônibus da requerida deslocar-se para o acostamento da rodovia onde transitava o autor. A propósito:

Denerval de Passos:

“(…) Que não tem relação de parentesco ou de amizade próxima com Deusiel; que estava conduzindo sua motocicleta a caminho do trabalho e presenciou o acidente; que Deusiel empurrava uma bicicleta no acostamento da rodovia e viu o momento em que o motorista ‘jogou o ônibus assim’ para o lado do ciclista; (…) que ‘lá é muito complicado porque tem um barranco’; que tem conhecimento de que ocorrem muitos acidentes no local; que não sabe dizer se Deusiel estava embriagado”.

Impende observar que a narrativa exposta pelo autor foi confirmada pela testemunha ocular, ao passo que a versão da vítima é isolada e não foi corroborada ao longo da instrução processual.

Vale dizer, inexistente prova de que o autor tenha ultrapassado a faixa limite do acostamento e adentrado na pista de rolamento destinada ao tráfego de veículos, tampouco há elementos seguros que conduzam à conclusão de que ele estava embriagado no momento do acidente.

No boletim de ocorrência e em relatório médico, conquanto conste a informação de que, após o sinistro, a vítima relatou ter ingerido bebida alcoólica, também há a afirmação de que a mesma encontrava-se confusa (mov. 3, doc. 2, p. 33) e em estado de torpor (mov. 3, doc. 2, p. 30).

Sob outro vértice, foi ratificada a tese autoral de que o motorista da ré, ao desviar-se de um carro que estava realizando manobra de ultrapassagem, invadiu o acostamento, colidindo a parte dianteira direita do ônibus contra o autor.

Há que se ponderar, ainda, que o condutor do ônibus narrou que não acionou os freios, o que, sem dúvida, contribuiu para a magnitude das lesões suportadas pela vítima (contusão hemorrágica no cérebro – mov. 3, doc. 2, p. 36), sobretudo porque se encontrava em velocidade compatível com a via, como por ele afirmado em juízo.

Destaco, por oportuno, que inexistente razão para questionar a idoneidade do depoimento apresentado pela testemunha ocular, a qual não possui nenhuma relação de parentesco ou amizade

íntima com qualquer das partes e não demonstrou nenhuma dúvida ou contradição em suas afirmações prestadas em juízo.

À luz do conjunto probatório produzido, é de rigor concluir, em linha de desdobramento causal, que a empresa ré foi a única responsável pelo acidente narrado na petição inicial.

Sobre a norma jurídica aplicável ao caso, o Código de Trânsito Brasileiro, que dispõe sobre normas gerais e circulação e conduta, exige de todos os condutores, a todo momento, o “domínio de seu veículo, dirigindo-o com atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito” (art. 28).

Para a legislação de trânsito, portanto, cada condutor é responsável, não só por seu próprio veículo, como também por tudo que possa resultar de sua conduta ao volante.

Nessa toada, ao elencar as normas a serem observadas por todos os condutores na circulação de veículos, o art. 29 do CTB determina, em seu § 2º, que “os veículos de maior porte serão sempre responsáveis pela segurança dos menores, os motorizados pelos não motorizados e, juntos, pela incolumidade dos pedestres” (Grifei).

Tratando do tema, eis os julgados do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte Estadual:

“Civil. Código de trânsito brasileiro. Regime de preferências entre veículos. Cruzamento. Ausência de sinalização. Regra de experiência. Validade. Comportamento do condutor. Incremento de risco. Responsabilidade dos veículos de maior porte. Reconhecimento. 1. (...). 3. A regra geral do art. 29, §2º, do CTB é expressa em determinar a responsabilidade dos veículos maiores pela segurança dos veículos menores no trânsito, o que incrementa o dever de cuidado dos motoristas de veículos pesados. (...). 7. Recurso especial do réu parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. Recurso especial do autor não conhecido.” (STJ, REsp 1069446/PR, Relª. Minª. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20.10.2011, DJe 03.11.2011. Ementa parcial. Grifei).

“Apelação cível. Ação de indenização por danos morais decorrente de ato ilícito causado por acidente de trânsito. Ausência de provas das alegações da parte autora. Dano moral comprovado. Razoável e proporcional. **Quantum** indenizatório. Majoração. Desprovento. Honorários recursais. 1. (...). 2. Diante do conjunto probatório colacionado aos autos, não há como prosperar a irrisignação do direito do apelante, consistente no reconhecimento de culpa exclusiva da vítima, pois restou comprovado que sua atuação foi determinante para a ocorrência do acidente que levou o filho da Autora/2ª Apelante. 3. Conf. entendimento do c. STJ e do artigo 29, § 2º, da Código de Trânsito Brasileiro, que dispõe sobre normas gerais e circulação e conduta, orienta ‘Respeitadas as normas de circulação e conduta estabelecidas neste artigo, em ordem decrescente, os veículos de maior porte serão sempre responsáveis pela segurança dos menores, os motorizados pelos não motorizados e, juntos pela incolumidade dos pedestres’ e, por conseguinte, devido o pagamento de danos morais requestado na inicial. 4. (...).” 2ª Apelação cível conhecida e parcialmente provida. Sentença reformada em parte. Demais apelações desprovidas.” (TJGO, Apelação 0158360-98.2013.8.09.0180, Rel. Eudécio Machado Fagundes, 4ª Câmara Cível, julgado em 13.09.2019, DJe de 13.09.2019. Ementa parcial. Grifei).

“Apelação cível. Ação de reparação de danos. Acidente de trânsito. Manobra de empilhadeira. Ausência de cautela. Responsabilidade civil. Reparação por danos morais. Valor redefinido. **Quantum** exorbitante. Juros de mora e correção monetária. Responsabilidade extracontratual. Honorários advocatícios. Matéria de ordem pública. Redistribuição e redefinição da base de cálculo. Honorários recursais. 1. De acordo com o Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/1997), os veículos de maior porte são sempre responsáveis pelos menores. Ainda, nas hipóteses de conversão, o condutor deve certificar-se que pode executar a manobra com segurança, sem perigo para os demais usuários da via, considerando sua posição, direção e velocidade, bem como indicar o seu propósito de movimentação de forma clara e com antecedência, nos moldes do que dispõe o mesmo diploma legal em seus artigos 28; 29, incisos X e XI, e § 2º; e 31. 2. Constatada, mediante as provas coligidas nos autos, a culpa exclusiva da sociedade empresária demandada, ao adentrar à via de tráfego com máquina empilhadeira sem que adotadas as causas de praxe, correta a sentença que reconheceu sua imprudência, e, em consequência, julgou procedente o pedido inicial, condenando-a a compensar o autor pelos danos morais suportados em virtude do episódio. 3. (...). Apelo parcialmente provido.” (TJGO, Apelação 0098084-83.2016.8.09.0152, Rel. Carlos Hipólito Escher, 4ª Câmara Cível, julgado em 22.07.2019, DJe de 22.07.2019. Ementa parcial. Grifei).

É certo que a hierarquia a ser observada pelos condutores dos veículos que trafegam nas vias, da qual se extrai a regra, aplicável à espécie, não afasta o dever, tanto do motorista do veículo de grande porte quanto do motociclista, de observância das regras de circulação e conduta.

Para Arnaldo Rizzardo, “o que se requer dos condutores de maior porte é uma cautela superior, sempre em busca da segurança no trânsito.” (In Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 131).

Destarte, se o condutor do ônibus da parte ré/apelante desejasse realizar qualquer tipo de manobra, estava ele obrigado a, entre outras medidas de segurança, verificar a existência de outros veículos ou pedestres que pudessem ser atingidos pelo deslocamento. Se assim o tivesse feito, certamente constataria a presença do autor/recorrido à sua esquerda e evitaria o acidente.

Esse dever de cautela, embora esperado de todos os condutores, não pode, no particular, recair exclusivamente sobre o autor/apelado para afastar a responsabilidade do condutor do ônibus pelo evento danoso.

Nessa ordem de ideias, configurado o ato ilícito e a culpa exclusiva da parte ré/apelante, vislumbro a procedência da pretensão de reparabilidade do dano.

2. Da culpa concorrente.

**In casu**, deve ser afastada a tese de culpa concorrente/concausa, haja vista que não há prova de que a vítima tenha contribuído para produzir o resultado lesivo.

Segundo exegese extraída do artigo 58 Código de Trânsito Brasileiro, os ciclistas podem transitar em rodovias (via rural pavimentada), desde que: a) se trate de pista dupla e b) haja acostamento ou faixas de rolamento próprias, como é o caso do local onde ocorreu o acidente inicialmente narrado.

O mesmo diploma, em seu artigo 68, assegura ao pedestre a utilização dos acostamentos das vias rurais para circulação.

O anexo I do Código de Trânsito Brasileiro – que trata das definições da lei – prevê, no contexto de “acostamento”, a circulação de bicicletas e pedestres, quando não houver local apropriado para esse fim.

Confira-se:

“Acostamento – parte da via diferenciada da pista de rolamento destinada à parada ou estacionamento de veículos, em caso de emergência, e à circulação de pedestres e bicicletas, quando não houver local apropriado para esse fim.”

No caso em apreço, consta que o ciclista seguiu o regramento de trânsito, pois transitava na rodovia pelo acostamento, no mesmo sentido de circulação do trânsito, agindo com acerto ao desmontar-se da bicicleta para percorrer, com segurança, uma parte do trajeto em que havia acentuado aclive.

Não se desconhece que o § 1º do artigo 68 do CTB disciplina que “o ciclista desmontado empurrando a bicicleta equipara-se ao pedestre em direitos e deveres.”

Todavia, ao contrário do que pretende fazer crer a recorrente, o § 3º do mesmo artigo – que estipula que a circulação de pedestres deve ocorrer “em sentido contrário ao deslocamento de veículos” – diz respeito à hipótese em que a via rural não possui acostamento ou quando não for possível a utilização dele, situação não configurada na espécie.

Por oportuno, confira-se o teor dos dispositivos supramencionados:

“Art. 58. Nas vias urbanas e nas rurais de pista dupla, a circulação de bicicletas deverá ocorrer, quando não houver ciclovia, ciclofaixa, ou acostamento, ou quando não for possível a utilização destes, nos bordos da pista de rolamento, no mesmo sentido de circulação regulamentado para a via, com preferência sobre os veículos automotores.

(...).

Art. 68. É assegurada ao pedestre a utilização dos passeios ou passagens apropriadas das vias urbanas e dos acostamentos das vias rurais para circulação, podendo a autoridade competente permitir a utilização de parte da calçada para outros fins, desde que não seja prejudicial ao fluxo de pedestres.

§ 1º O ciclista desmontado empurrando a bicicleta equipara-se ao pedestre em direitos e deveres.

§ 2º Nas áreas urbanas, quando não houver passeios ou quando não for possível a utilização destes, a circulação de pedestres na pista de rolamento será feita com prioridade sobre os veículos, pelos bordos da pista, em fila única, exceto em locais proibidos pela sinalização e nas situações em que a segurança ficar comprometida.

§ 3º Nas vias rurais, quando não houver acostamento ou quando não for possível a utilização dele, a circulação de pedestres, na pista de rolamento, será feita com prioridade sobre os veículos, pelos bordos da pista, em fila única, em sentido contrário ao deslocamento de veículos, exceto em locais proibidos pela sinalização e nas situações em que a segurança ficar comprometida.” (Grifei).

Reitero a inexistência de prova de que o autor tenha saído do acostamento e adentrado na pista de rolamento, tampouco de que estava embriagado no momento do acidente.

Foi o que concluiu a magistrada singular, após valoração das provas, conforme demonstra o seguinte excerto da sentença recorrida (mov. 3, doc. 20), que ora adoto como razões de decidir:

“(…) Do contexto probatório e da condição do acostamento da rodovia no trecho do acidente, observo que a dinâmica dos fatos revelam que a narrativa do autor é a mais crível, explico.

Inicialmente, restou comprovado que o autor estava empurrando sua bicicleta no acostamento da rodovia, seguindo assim a norma do CTB disposta acima. Ademais, considerando que ao lado do acostamento tem uma vala e um barranco, restava ao autor circular somente na pequena extensão asfáltica do acostamento.

Neste ponto a testemunha Demeval de Passos relatou: (…) que estava atrás do ônibus; na beirada do asfalto tem o acostamento; ele (autor) tava na beirada do asfalto.; (…) lá é muito complicado, porque tem o barranco; o acostamento fica bem próximo da pista.

A ação decisiva para a ocorrência do acidente se deu pela atitude do motorista da requerida ao direcionar o ônibus para o acostamento, deixando de observar o dever de cautela com o veículo menor.

Neste ponto a mesma testemunha relatou: (…) que o cara jogou o ônibus assim; Jogou ao lado do ciclista.

Assim, ao entrar no acostamento da pista o motorista do ônibus esbarrou sua lateral direita na bicicleta do autor, causando o acidente.

Ainda quanto a dinâmica do acidente, observo que o depoimento da testemunha do requerido é inservível, uma vez que não estava presente no momento do acidente.

Lado outro, considerando a presunção relativa das informações posta nos boletins de ocorrência, apesar ter consignado que a vítima relatou que havia ingerido bebida alcoólica, tal informação não foi corroborada por outra prova.

Portanto, não havendo provas de que o autor ultrapassou a faixa limite do acostamento e adentrou na pista e, ainda existindo provas de que o motorista da requerida ao se desviar do carro que estava fazendo a ultrapassagem, invadiu o acostamento e causou o acidente, resta configurada sua culpa.” (Negritei).

Destarte, não evidenciada a concorrência de causas ou culpas, a empresa ré/apelante deve responder, por inteiro, pelo dano ocasionado.

Ultrapassado esse ponto, remanesce a análise da quantificação da lesão.

3. Do valor arbitrado a título de compensação do dano moral.

A recorrente assevera que a verba indenizatória, arbitrada em R\$ 10.000,00 (oitenta mil reais), é extremamente elevada e, portanto, deve ser reduzida. A irresignação não prospera.

Acerca do quantum indenizatório, cumpre esclarecer que é necessário ter sempre em mente que referida indenização deve alcançar montante que possa cumprir o caráter pedagógico a que se presta, sem, contudo, ser fonte de enriquecimento sem causa da parte que teve seu patrimônio subjetivo violado, servindo-lhe apenas como compensação pela dor sofrida.

A respeito, dispõe a Súmula 32 desta Corte:

Súmula 32. “A verba indenizatória do dano moral somente será modificada se não atendidos pela sentença os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na fixação do valor da condenação”.

Em que pese seja, por vezes, difícil dimensionar o sofrimento suportado, entendo que o valor arbitrado pela magistrada singular a título de compensação pelo dano moral (R\$ 10.000,00) não comporta alteração, haja vista que coaduna com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, considerando as particularidades do caso em testilha.

4. Parte dispositiva.

Nessa confluência, conheço do recurso de apelação e nego-lhe provimento, a fim de manter inalterada a sentença recorrida.

Nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, exaspero os honorários advocatícios sucumbenciais para 12% (doze por cento) sobre o valor atualizado da condenação.

É como voto.

Goiânia, 09 de novembro de 2020.

Des. Carlos Roberto Fávaro - Relator

Apelação Cível nº 5517689.41.2018.8.09.0006

Comarca de Anápolis

Apelante: Centro Universitário de Anápolis - UNIEVANGÉLICA

Apelada: Maria Helena de Aquino

Relator: Desembargador Zacarias Neves Coêlho

Redator: Desembargador Carlos Alberto França

**EMENTA:** Apelação cível. Ação de obrigação de fazer c/c tutela de urgência.

I – Preliminar suscitada em contrarrazões. Afronta ao princípio da dialeticidade. Inocorrência. Ao contrário do afirmado pela parte apelada em sua resposta recursal, a apelante atacou os fundamentos invocados no **decisum** hostilizado, não havendo falar em afronta ao princípio da dialeticidade.

II - Transferência entre universidades congêneres. Motivo de doença. Possibilidade. Embora não se desconheça os ditames do artigo 49, da Lei nº 9.394/96, afigura-se cabível a concessão de transferência compulsória entre instituições de educação superior, para cursos afins, em casos excepcionais, devidamente comprovadas as circunstâncias fáticas, levando em conta os princípios básicos garantidos pela Constituição Federal. Assim,



a ausência de previsão legal para a pretendida transferência não é suficiente, por si só, para acarretar o indeferimento da transferência da autora / apelada , sendo necessário valorar o caso concreto e m consonância com as garantias constitucionais do direito à saúde e à educação.

**III – Pedido em contrarrazões.** Condenação ao pagamento das verbas sucumbenciais. Sendo a autora/apelada beneficiária da gratuidade da justiça, não há custas ou despesas processuais a serem ressarcidas pela ré/apelante. Lado outro, não se afigura possível, em sede de contrarrazões, insurgir-se contra a sentença na parte em que, motivadamente, deixou de condenar a parte ré/apelante ao pagamento de honorários advocatícios, sendo necessária a utilização da via adequada para tanto, nos termos da Súmula nº 27, deste Tribunal de Justiça.

**IV - Pedido em contrarrazões .** Condenação da apelante e m litigância de má-fé. Não caracterização. Não há falar em litigância de má-fé praticada pela apelante, posto não comprovado o dolo específico em praticar quaisquer das conduta elencadas no art. 80 do CPC, sendo a atuação processual da parte consistente em tutela potencial de seus interesses. Apelação cível conhecida e desprovida.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos de Apelação Cível nº 5517689.41.2018.8.09.0006, da Comarca de Anápolis, figurando como apelante Centro Universitário de Anápolis - UNIEVANGÉLICA e como apelada Maria Helena de Aquino.

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

Votaram, com o Redator, os Desembargadores Amaral Wilson de Oliveira e José Carlos de Oliveira.

Restaram vencidos os votos do Relator, Desembargador Zacarias Neves Rocha, e do Doutor Maurício Porfírio Rosa, Juiz de Direito em 2º Grau, atuando em substituição ao Desembargador Leobino Valente Chaves.

Presidiu o julgamento o Desembargador Amaral Wilson de Oliveira.

Esteve presente à sessão a Doutora Lívia Augusta Gomes Machado, representando a Procuradoria-Geral de Justiça.

Fez sustentação oral a Doutora Adriana Barbosa de Andrade, representando a apelante.

Goiânia, 22 de setembro de 2020.

Des. Carlos Alberto França - Redator

## VOTO PREVALECENTE

Trata-se de recurso de Apelação Cível interposto por Centro Universitário de Anápolis - UNIEVANGÉLICA em face da sentença acostada ao evento nº 78, proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Anápolis, Dr. Eduardo Walmory Sanches, nos autos da ação de obrigação de fazer c/c tutela de urgência, ajuizada em seu desfavor por Maria Helena de Aquino.

A parte dispositiva da sentença apelada possui o seguinte teor: “Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado na petição inicial e determino a imediata transferência da autora para o curso de medicina administrado pela ré. Deixo de condenar a ré nas verbas de sucumbência por entender que a requerida pela legislação poderia vetar a transferência de alunos e, portanto, não pode ser penalizada em custas processuais por decisão judicial que reconhece a necessidade de salvaguarda da vida humana ao contrário da letra fria da lei.

P.R.I.C.”

Irresignada, a requerida maneja recurso de apelação (evento 82), pugnando, de início, pela distribuição do recurso por prevenção ao eminente Desembargador Zacarias Neves Coêlho.

Após defender a tempestividade da insurgência e discorrer sobre os fatos processuais, requer a atribuição de efeito suspensivo ao recurso, nos termos do artigo 1.021, **caput**, do Código de Processo Civil.

Aduz não merecer prevalecer a sentença vergastada, ao argumento de que a autora/apelada busca, com a ação de origem, burlar o princípio da isonomia, “contornando a disputa aberta a todos por meio de um artifício de argumentação, que não merece a acolhida judicial”.

Afirma que o indeferimento administrativo da transferência pretendida pela autora/apelada encontra respaldo no artigo 49 da Lei nº 9.394/96, que fixa as diretrizes e bases da educação, regendo o ensino no país.

Alega que, na espécie, “não foi sequer instaurado o necessário processo de seleção para transferência externa e que, em sua última seleção externa, a instituição de ensino só ofertou vagas para transferências para o 4º período do curso; e exclusivamente para alunos oriundos de instituições de origem que adotam ‘Metodologias Ativas de Aprendizagem’, ao passo que esta aluna não preencheu qualquer desses requisitos. Em especial porque pleiteia vaga para o 1º período, semestre em que as vagas são completamente ocupadas pelos aprovados no último vestibular”.

Reitera que a recusa da transferência da autora/apelante ocorreu com base na legislação de regência da matéria.

Requer, ao final, o conhecimento e provimento do apelo, para a cassação da sentença atacada e improcedência do pedido exordial.

Preparo satisfeito.

Intimada, oferta a autora/apelada contrarrazões no evento nº 85, suscitando, preliminarmente, a afronta ao princípio da dialeticidade, por não apresentar o recurso as razões de reforma da sentença. No mérito, rebate a tese recursal e pleiteia o desprovimento da insurgência.

Ainda, requer a condenação da ré/apelante ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios no percentual de 20%, bem como a condenação da insurgente em

litigância de má-fé, “por deduzir defesa contra fato incontroverso e interpor recurso manifestadamente protelatório, na forma do art. 80, I e VII do CPC”.

Iniciado o julgamento, na sessão realizada no dia 15.09.2020, o douto Relator, Desembargador Zacarias Neves Coêlho, proferiu voto no sentido de conhecer e prover o apelo, para julgar improcedente o pedido exordial, ocasião na qual pedi vista dos autos, conforme noticiado no extrato da ata acostado ao evento nº 100.

Em continuidade ao julgamento, na sessão realizada no dia 22.09.2020, proferi voto conhecendo e desprovendo o recurso, no que fui acompanhado pelo eminente Desembargador Amaral Wilson de Oliveira, tendo restado prevalecente em meu posicionamento.

É o relatório.

Passo a externar as razões de meu posicionamento.

Conforme relatado, trata-se de apelação cível interposta por Centro Universitário de Anápolis - UNIEVANGÉLICA em face da sentença acostada ao evento nº 78, proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Anápolis, Dr. Eduardo Walmory Sanches, nos autos da ação de obrigação de fazer c/c tutela de urgência, ajuizada em seu desfavor por Maria Helena de Aquino.

Desde já, rechaço a preliminar suscitada nas contrarrazões recursais, relativa à inobservância ao princípio da dialeticidade.

Ao contrário do afirmado pela parte recorrida em sua resposta recursal, a recorrente rebateu os fundamentos invocados no **decisum** hostilizado, não merecendo prosperar a alegada afronta ao princípio da dialeticidade.

Sobre o tema:

“Apelação cível. Ação de reparação de danos morais e materiais. I - preliminar. Violação ao princípio da dialeticidade. Não ocorrência. No recurso interposto, a parte apelante volta-se claramente contra a sentença atacada, apresentando, ademais, pedido de reforma do decisum, não havendo que se falar, portanto, em violação do princípio da dialeticidade. (...) Apelação cível conhecida e parcialmente provida.” (TJGO, Apelação (CPC) 0108613-76.2016.8.09.0051, de minha relatoria, 2ª Câmara Cível, DJe de 11.04.2018).

“Agravo interno em agravo de instrumento. alegação de impugnação específica afastada - requisitos de admissibilidade presentes em ambos os recursos. 1. Deve ser afastada a preliminar de não conhecimento do agravo interno se o agravante articulou argumentos suficientes para refutar os fundamentos da decisão recorrida. 2. Não há ofensa ao princípio da dialeticidade in casu, se o agravante expõe os fundamentos de fato e de direito do pretendido pedido de reforma, no caso, de que cálculos aritméticos não transitam em julgado, afastando, conseqüentemente, a preclusão e a coisa julgada, afastando a alegação de ausência de impugnação específica, já que explicitado os motivos da interposição do recurso. Recurso conhecido e desprovido.” (TJGO, Agravo de Instrumento (CPC) 5331266-25.2017.8.09.0000, Rel. Des. Orloff Neves Rocha, 1ª Câmara Cível, DJe de 23.03.2018).

“Apelação cível. Agravo retido. Ação revisional de cláusulas contratuais c/c consignação em pagamento. Contrato bancário. (...) princípio da dialeticidade satisfatoriamente obedecido. (...) 3. A obediência ao princípio da dialeticidade é suficiente atendida quando o apelante

expõe as razões de seu inconformismo com o decisum objurgado, permitindo o exercício do contraditório pela parte apelada, bem como a análise das argumentações pela instância recursal. (...) 10. Agravo retido não conhecido. Apelação cível conhecida e parcialmente provida.” (TJGO, Apelação (CPC) 0007614-57.2012.8.09.0051, Rel. Des. Sebastião Luiz Fleury, 4ª Câmara Cível, DJe de 21.03.2018).

Sem respaldo, portanto, a presente preliminar.

Passo à análise do recurso de apelação.

Cinge-se o cerne da insurgência na possibilidade de transferência da autora/apelada para o curso de medicina ministrado pela universidade ré/apelante.

Prevê o artigo 49, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96):

“Art. 49. As instituições de educação superior aceitarão a transferência de alunos regulares, para cursos afins, na hipótese de existência de vagas, e mediante processo seletivo.

Parágrafo único. As transferências **ex officio** dar-se-ão na forma da lei.”

Dispõe, ainda, a Lei nº 9.536/97, **in verbis**:

“Art. 1º A transferência **ex officio** a que se refere o parágrafo único do art. 49 da Lei nº 9.394, de dezembro de 1996, será efetivada, entre instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino, em qualquer época do ano e independente da existência de vaga, quando se tratar de servidor público federal civil ou militar estudante, ou seu dependente estudante, se requerida em razão de comprovada remoção ou transferência de ofício, que acarrete mudança de domicílio para o município onde se situe a instituição rebedora, ou para localidade mais próxima desta.

Parágrafo único. A regra do **caput** não se aplica quando o interessado na transferência se deslocar para assumir cargo efetivo em razão de concurso público, cargo comissionado ou função de confiança.”

Extraí-se dos dispositivos acima transcritos que a transferência compulsória deve dar-se entre instituições de natureza congênere – privada para privada, caso existente vaga, para cursos afins, mediante processo seletivo.

Entretanto, entendo que a hipótese dos autos deve ser analisada à luz dos princípios e garantias constitucionais, ponderando-se qual interesse deve ser protegido, fazendo-se uma contraposição entre o restabelecimento da saúde da autora/apelada e o resguardo do seu direito à educação superior e o direito da requerida/apelante de guardar estrita observância aos regramentos do Ministério da Educação – MEC.

**In casu**, não há controvérsia quanto às razões que justificam o pedido de transferência da autora/apelada para cursar medicina em Anápolis, próxima de sua família.

Com efeito, a documentação acostada ao caderno processual é apta para comprovar a gravidade da doença que acomete a autora/apelada, qual seja, transtorno do pânico (CID10 de F41.0), com a necessidade da presença de familiares (pai e mãe) durante o tratamento e no acompanhamento nas crises.

A propósito, colhe-se do relatório médico acostado ao evento 01 que a autora/apelada “encontra-se bastante ansiosa, chorosa, irritada, insone, inapetente, bastante emagrecida (P=42kg –

relata perda de 5kg nos últimos 3 meses, tendo como alteração laboratorial anemia aguda), astênica e ainda apresentando pensamentos de auto-extermínio e episódios de pânico isolados”, bem como que “faz-se altamente recomendável a companhia dos pais”, tendo sido sugerida a mudança para a cidade de Anápolis e de universidade.

Ressalte-se, por oportuno, que o fato de a autora/apelante ter “diagnóstico de transtorno de ansiedade generalizada” anterior ao seu ingresso na universidade não afasta o direito vindicado, por ter restado demonstrado que seu quadro agravou após sua mudança de cidade e afastamento dos seus genitores.

Diante desse quadro, deve-se reconhecer a real necessidade do retorno da autora/apelada ao convívio com a sua família, na cidade de Anápolis, de forma a permitir a prestação do indispensável auxílio e o acompanhamento do tratamento do transtorno do pânico, sendo certo que da proximidade dos seus entes queridos, aliado à frequência do curso escolhido – medicina –, certamente advirão benefícios para sua saúde, quiçá sua cura.

Destarte, à primeira vista, de acordo com a legislação aplicável ao tema, não haveria o direito de a autora/apelada obter judicialmente a transferência compulsória de Universidade, mesmo sendo o Centro Universitário de Goiatuba - UNICERRADO e o Centro Universitário de Anápolis - UNIEVANGÉLICA da mesma natureza, ou seja, ambas são particulares, pois somente se pode deferir este direito quando dentro das hipóteses legais, posto que o artigo 49 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, regulamentado pela Lei nº 9.536/96, acima transcritos, não preveem hipótese de transferência compulsória entre instituições de ensino em caso de problemas de saúde, ou qualquer outro caso que não seja alcançado pela norma.

Entretanto, deve admitir-se a concessão de transferência compulsória em casos excepcionais, notadamente em casos relacionados a problemas de saúde, porquanto necessária uma interpretação extensiva da legislação, com fulcro em outros princípios básicos garantidos pela Constituição Federal de 1988, como o direito à saúde, educação, à unidade familiar, etc. Em tais casos, deve-se sempre analisar as circunstâncias fáticas para se avaliar a real necessidade da concessão da tutela jurisdicional em sentido não previsto expressamente no texto da norma.

Assim, deve haver uma razão consistente e razoável a amparar a pretensão de transferência, para que esse pedido seja deferido fora das hipóteses acima citadas.

Esta forte razão deve estar fundada em argumentos que digam respeito a direitos fundamentais ou a outros direitos garantidos pela Carta Magna, ou ainda pela própria legislação ordinária.

Na espécie, o pedido da autora/apelada está fundado, dentre outros, no seu direito à saúde e à proteção à família. Veja-se a norma dos arts. 196 e 226, **caput** e § 8º, ambos da Constituição Federal:

“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

(...)

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 8º. O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”

Uma interpretação extensiva desta norma, combinando-a com a referente à transferência compulsória de instituição de ensino, indicaria que seria constitucional a transferência, mesmo se fosse o caso de inexistência de vaga, de uma universidade para outra, quando necessária em face das condições de saúde da estudante. Esta possibilidade de transferência por motivos de saúde deveria, pois, ser garantida pelo estado que, com tais providências, reduziria os riscos de doença e de outros agravos à saúde dos seus cidadãos, enquanto necessário ao restabelecimento de sua saúde.

Importante destacar, ainda, os artigos 206, I, 207 e 208, V, da Constituição Federal, dispendo sobre a educação:

“Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola”.

“Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

(...)

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um.”

Em situações análogas a esta destes autos os Tribunais Regionais Federal da 4ª e da 5ª Região têm reconhecido o direito à transferência compulsória de universidade, consoante se observa dos precedentes:

“Administrativo. Educação. Transferência entre instituições de ensino superior. Tratamento de saúde de progenitora. As garantias constitucionais do direito à saúde, à educação e à unidade familiar amparam a pretensão do estudante de ensino superior de transferência para entidade congênere em que possa acompanhar tratamento de progenitora na qualidade de único ente familiar próximo que lhe possa proporcionar conforto e acompanhamento.” (TRF-4 - AC: 50043546620174047104 RS 5004354-66.2017.4.04.7104, Relª. Desª. Federal Vânia Hack de Almeida, Data de Julgamento: 10.10.2018, Terceira Turma).

“Administrativo e constitucional. Ensino superior. Curso de arquitetura e urbanismo. Transferência entre universidades. Motivo de doença. Direitos constitucionais à saúde e à educação. Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa. Ocorrência. Necessidade de realização de perícia judicial. Anulação da sentença. Provimento parcial. 1. No caso dos autos, a autora, que não é servidora pública nem dependente, ajuizou ação ordinária contra a Universidade Federal do Ceará, buscando a obtenção de provimento judicial que assegure a sua transferência do curso Arquitetura e Urbanismo da Universidade Federal do Semi-Árido - UFERSA para o mesmo curso na UFC, por motivo de saúde. Para tanto, alegou, em apertada síntese, que, passados os 07 (sete) primeiros meses de faculdade, começou a apresentar intensa angústia, ansiedade, desordem emocional importante com agitação psicomotora, crises de choro, pensamentos com conteúdo delirante de perseguição e inclinação suicida, oportunidade na qual foi diagnosticada com quadro clínico de Transtorno Afetivo Bipolar.

Disse que não apresentou melhoras com o tratamento realizado em Pau dos Ferros- RN, motivo pelo qual buscou tratamento intensivo em Fortaleza, obtendo melhoras consideráveis. Argumenta que, de acordo com os profissionais que fazem o seu acompanhamento, o tratamento deveria ocorrer em cidade natal com a proximidade de seus familiares. 2. (...) 3. Embora não desconheça entendimentos, no âmbito deste Regional, que estão de acordo com os termos da sentença recorrida (Processo: 08089826120164058300, AC/PE, Des. Federal Rubens de Mendonça Canuto, 4ª Turma, julgado em 31.05.2017; Processo: 08009265120164058102, AC/CE, Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, 2ª Turma, julgado em 24.05.2017), entendo que é cabível a concessão de transferência compulsória em casos excepcionais, devidamente comprovadas as circunstâncias fáticas, levando em conta os princípios básicos garantidos pela Constituição Federal. Nesse sentido: PROCESSO: 08015233320154058400, AC/RN, Des. Federal Carlos Rebêlo Júnior, 3ª Turma, julgado em 22.02.2016; Processo: 08026217120154058200, AC/PB, Des. Federal Cid Marconi, 3ª Turma, Julgado em 05.07.2016; Processo: 08002334420144058100, APELREEX/CE, Desembargador Federal Sérgio Murilo Wanderley Queiroga (Convocado), 4ª Turma, julgado em 26.02.2016. 4. A ausência de previsão legal para a pretendida transferência não é suficiente, por si só, para acarretar a improcedência do pedido, sendo necessário valorar o caso concreto em consonância com as garantias constitucionais do direito à saúde e à educação. 5. O julgamento antecipado da lide ensejou o cerceamento do direito de defesa, já que existem situações fáticas a serem provadas especialmente por perícia judicial, que foi expressamente requerida na inicial. 6. Apelação parcialmente provida, para anular a sentença, determinando o retorno dos autos à origem para que se proceda à instrução processual.” (TRF5, Processo: 08124533520184058100, AC - Apelação cível - Des. Federal Danilo Fontenelle Sampaio (Convocado), 3ª Turma, Julgado em 15.08.2019).

E ainda:

“Agravado de instrumento. Ação declaratória. Agravado interno prejudicado. I - Estando o recurso de agravo de instrumento apto ao julgamento de mérito, resta prejudicado o agravo interno manejado contra a decisão preliminar que indefere o pedido de antecipação da tutela recursal. II - Recurso **secundum eventum litis**. O agravo de instrumento é recurso **secundum eventum litis**, devendo o Tribunal, no exame da insurgência, ater-se ao acerto ou não da decisão agravada, sob pena de supressão de um grau de jurisdição. **In casu**, não cabe o enfrentamento das demais teses recursais - prova da impossibilidade da mudança dos genitores da agravante para a cidade de São Paulo, preexistência e unilateralidade dos laudos trazidos para comprovar a doença, violação ao princípio da isonomia, protocolo anterior de Mandado de Segurança na Justiça Federal, criação de nova modalidade de ingresso em curso superior, interferência ilegítima do Judiciário na autonomia acadêmica da instituição de ensino superior, perigo de perda do credenciamento junto ao MEC, impossibilidade de aproveitamento dos créditos já cursados pela autora/agravante, possibilidade de perda da qualidade do ensino com a possibilidade do ingresso de alunos inaptos -, sob pena de indevida supressão de instância. III - Transferência entre universidades

congêneres. Motivo de doença. Tutela de urgência deferida. Presença dos requisitos do artigo 300, do CPC. Embora não desconheça entendimentos que estão de acordo com os termos da decisão recorrida, negando o pedido de transferência compulsória fora dos casos do art. 49, da Lei nº 9.394/96, entendo que é cabível a concessão de transferência compulsória entre instituições de educação superior, para cursos afins, em casos excepcionais, devidamente comprovadas as circunstâncias fáticas, levando em conta os princípios básicos garantidos pela Constituição Federal. **In casu**, a ausência de previsão legal para a pretendida transferência não é suficiente, por si só, para acarretar o indeferimento da tutela de urgência, sendo necessário valorar o caso concreto em consonância com as garantias constitucionais do direito à saúde e à educação. Agravo de instrumento conhecido e provido. Agravo interno prejudicado.” (TJGO, Agravo de Instrumento ( CPC ) 5697651- 08.2019.8.09.0000, de minha relatoria, 2ª Câmara Cível, DJe de 19.02.2020).

Merece ser ressaltado que o motivo da transferência pleiteada é possibilitar à autora/apelada o tratamento do transtorno do pânico que a acomete, sendo certo que a permanência junto da família lhe trará benefícios, ao passo que a realização do tratamento na cidade de Goiatuba, ao menos em tese, não traria os mesmos resultados, porque distante dos genitores.

Dessarte, entendo que o melhor caminho é, de fato, a manutenção da sentença, permitindo-se a transferência pleiteada, diante das peculiaridades do caso concreto.

Ressalte-se, por oportuno, não merecerem respaldo as alegações da ré/apelante no sentido de não ter a autora/apelada realizado processo seletivo de transferência e de inexistência de vaga no curso de medicina no 1º período, posto que o pedido de transferência em tela foi formulado entre universidades privadas, consideradas, portanto, como instituições congêneres e, dado o lapso temporal entre o ajuizamento da ação e o julgamento do presente recurso, por certo, não se encontra a autora/apelada mais no primeiro período do curso.

No que se refere à exigência da Lei nº 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) no tocante à necessidade de classificação em processo seletivo para o acesso à educação superior brasileira (art. 44, inciso II), vale ressaltar que referida exigência não significa necessariamente avaliação de conhecimentos através de concurso de provas, mas qualquer forma de selecionar os candidatos que desejam se matricular em algum curso oferecido por instituição de ensino superior. E, no caso concreto, é certo que a autora/apelada obteve êxito no processo seletivo da UNICERRADO para o curso de medicina, o que afasta a alegativa de que não conseguiria êxito em aprovação nos vestibulares da UNIEVANGÉLICA.

Assim sendo, não prospera a pretensão recursal.

Em sede de contrarrazões, requer a autora/apelada a condenação da ré/apelante ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, não arbitrados pelo juízo de origem.

Contudo, verifica-se que a sentença **a quo** deixou de condenar a ré/apelante nas verbas de sucumbência, “por entender que a requerida pela legislação poderia vetar a transferência de alunos e, portanto, não pode ser penalizada em custas processuais por decisão judicial que reconhece a necessidade de salvaguarda da vida humana ao contrário da letra fria da lei”.



Assim sendo, não houve omissão da matéria.

Outrossim, registre-se ser a autora/apelada beneficiária da gratuidade da justiça, não havendo, portanto, custas ou despesas processuais a serem ressarcidas pela ré/apelante.

Em relação aos honorários advocatícios, prevê a Súmula nº 27, deste Tribunal de Justiça:

“Súmula 27. Não merece ser conhecido o pedido de alteração dos honorários advocatícios de sucumbência, quando formulado em sede de contrarrazões à apelação, ante a inadequação da via eleita, ressalvada a hipótese de majoração da verba honorária em grau recursal, ou de postulação de condenação da parte contrária por litigância de má-fé quando objeto de decisão anterior à sentença.”

Assim sendo, não se afigura possível, em sede de contrarrazões, insurgir-se contra a sentença na parte em que, motivadamente, deixou de condenar a parte ré/apelante ao pagamento de honorários advocatícios, sendo necessária a utilização da via adequada para tanto.

Nesse sentido:

“Embargos de declaração. Ação de busca e apreensão. Alegação de omissão. Não ocorrência. (...). 3. Restando constatado que o magistrado extinguiu o processo sem julgamento do mérito, por ausência de pressupostos de admissibilidade válido e regular do processo e, por não ter sido angularizada a relação processual, deixou de fixar honorários advocatícios na sentença, a pretensão de arbitramento destes é uma questão esta que deveria ter sido impugnada por meio de recurso e não em contrarrazões, conforme Súmula 27 do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. 4. Não demonstrada a existência da alegada omissão no acórdão recorrido, devem ser rejeitados os Embargos de Declaração. Embargos de Declaração Conhecidos e Rejeitados.” (TJGO, Apelação (CPC) 5631234-38.2019.8.09.0044, Rel<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup>. Sandra Regina Teodoro Reis, 6<sup>a</sup> Câmara Cível, DJe de 20.07.2020).

Por fim, requer a autora/apelada, também em sede de contrarrazões, a condenação da ré/apelante em litigância de má-fé.

Tem-se que litigante de má-fé é aquele que propõe ação com alteração da verdade dos fatos, ao arripio dos princípios processuais da probidade e lealdade.

Ainda, acerca do tema, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery lecionam:

“É a parte ou interveniente que, no processo, age de forma maldosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária. É o improbus litigator, que se utiliza de procedimentos escusos, com objetivo de vencer ou que, sabendo se de difícil ou impossível vencer, prolonga deliberadamente o andamento do processo procrastinando o feito. (Código de Processo Civil Comentado, 13<sup>a</sup> Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 263).

Para que a litigância de má-fé seja configurada, é necessário que reste comprovado o dano causado à outra parte e a culpa por tê-lo provocado, dentro das hipóteses taxativamente enumeradas no art. 80, do CPC, o que, contudo, não ocorreu no caso em exame, tendo a insurgente apenas utilizando-se do recurso previsto em Lei para a defesa de um direito que entende possuir.

Sobre o tema:

“Apelação cível. Ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais e materiais. (...) Litigância de má-fé afastada.1. (...) 8. Não há falar em litigância de má-fé, posto que inexistente o dolo específico em praticar quaisquer das condutas elencadas no art. 80 do CPC, sendo a atuação processual da parte consistente em tutela potencial de seus interesses. 1º Apelo conhecido e desprovido. 2º Apelo conhecido e parcialmente provido.” (TJGO, Apelação (CPC) 0272860-39.2015.8.09.0074, Rel. Desª. Sandra Regina Teodoro Reis, 6ª Câmara Cível, DJe de 19.02.2020).

“Apelação cível. Ação de imissão de posse c/c consignação e pagamento com pedido de indenização por danos materiais e morais. Atraso na entrega do imóvel. (...). Multa por litigância de má-fé. Não verificada. Honorários recursais. (...) 6. Não há que se falar em condenação ao pagamento de multa por litigância de má-fé, quando não restarem configuradas quaisquer das condutas previstas no artigo 80 do CPC. Recurso conhecido e desprovido. Sentença mantida.” (TJGO, Apelação (CPC) 0453901-08.2015.8.09.0051, Rel. Des. Jairo Ferreira Junior, 6ª Câmara Cível, DJe de 19.12.2019).

Sem respaldo, portanto, a pretensão manifestada nas contrarrazões.

Na confluência do exposto, pedindo vênias ao eminente Relator, conheço e nego provimento ao recurso de apelação.

É como voto.

Goiânia, 22 de setembro de 2020.

Apelação Cível nº 0289186-78.2016.8.09.0029

Comarca de Catalão

Apelante: Sílvia Abadia Marinho

Apelada: Castrovejo Construtora Ltda.

Relator: Des. Carlos Alberto França

**EMENTA:** Apelação Cível. Ação de obrigação de fazer c/c pedido de indenização por danos materiais e morais. Aquisição de imóvel.

I – Contrato de financiamento junto à Caixa Econômica Federal, que não configura novação. Ausência do **animus novandi**. O Contrato de financiamento posteriormente firmado com a Caixa Econômica Federal não configura novação da avença anterior, salvo se demonstrado expressamente o **animus novandi**, o que não é o caso dos autos. Assim, prazo certo para a entrega do imóvel não pode ser condicionado à data da obtenção do financiamento, ou a nenhum outro negócio jurídico, exceto o

acrécimo do prazo de tolerância, conforme entendimento firmado pela sistemática dos recursos repetitivos (Tema 996, do STJ).

**II – Danos materiais. Lucros cessantes. Atraso injustificado, acrescido do prazo de tolerância de 180 dias.** Conforme já sedimentado no REsp n.º 1.729.593/SP, julgado sob o sistema dos recursos repetitivos (Tema 996), são devidos em favor da autora/apelante os alugueis desde a data prevista no contrato para a entrega do imóvel, acrescido do prazo de tolerância de 180 dias, até a efetiva disponibilização da posse direta da unidade autônoma, com base no valor locatício de imóvel assemelhado, cujo montante deverá ser apurado em liquidação de sentença.

**III – Danos morais. Caracterização.** O atraso injustificado por parte da empresa responsável pela entrega das unidades habitacionais, somada à frustrada expectativa gerada no adquirente de recebimento do imóvel na data aprazada, além dos planos desfeitos em razão do descumprimento contratual, são, certamente, motivos suficientes para ensejar reparação de ordem moral pretendida.

**IV – Comissão de corretagem. Transferência da obrigação ao consumidor. Possibilidade.** Considerando que as partes convencionaram que o valor correspondente à comissão de corretagem seria pago diretamente pela proponente/apelante ao corretor, cujo importe não estava incluído no valor da unidade autônoma, impõe-se julgar improcedente o pedido de repetição dos valores pagos a esse título. Tema 960, do STJ.

**V – Ônus da sucumbência. Parcial procedência dos pedidos iniciais. Sucumbência recíproca.** Face a sucumbência recíproca, restam ambas as partes condenadas ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios. Apelação cível conhecida e parcialmente provida.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos de Apelação Cível nº 0289186-78.2016.8.09.0029, da Comarca de Catalão, figurando como apelante Sílvia Abadia Marinho e como apelada Castrovejo Construtora Ltda.

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 dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Relator, proferido na assentada do julgamento e que a este se incorpora.

Votaram, além do Relator, o Desembargador José Carlos de Oliveira e o Doutor Maurício Porfírio Rosa, Juiz de Direito em Substituição em 2º Grau, atuando em substituição ao Desembargador Amaral Wilson de Oliveira.

Presidiu o julgamento o Desembargador José Carlos de Oliveira.

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

Fez sustentação oral o Dr. Luiz Carlos Viana Santos Júnior, advogado da parte apelada.

Goiânia, 15 de dezembro de 2020.

Des. Carlos Alberto França – Relator

## VOTO

Presentes os requisitos legais de admissibilidade da apelação cível, dela conheço.

Conforme relatado, trata-se de apelação cível interposta por Sílvia Abadia Marinho, desafiando a sentença da lavra do Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Catalão, Dr. Marcus Vinícius Ayres Barreto, proferida nos autos da ação de obrigação de fazer (cominatória) com pedido de indenização por danos morais e materiais (lucros cessantes), bem como de antecipação dos efeitos da tutela ajuizada em desfavor da sociedade empresária Castrovejo Construtora Ltda.

A sentença atacada restou assim redigida (evento nº 6):

“(…) Nessa avença, consta o prazo de dezessete meses para término da construção e legalização da unidade habitacional que poderia ser prorrogado até a metade comprovada a ocorrência de caso fortuito ou de força maior (Cláusula 12).

Em que pese as assertivas da autora, urge concluir que com a celebração do contrato de financiamento houve novação da obrigação, devendo prevalecer as cláusulas contratuais do último pacto firmado, mormente tendo a autora o entabulado após já ultrapassado o prazo para a entrega previsto no pacto compromissório.

Com efeito, tal hipótese não se enquadra à tese firmada no julgado acima, pois a conclusão da obra não foi vinculada ao contrato de financiamento uma vez que em ambas as avenças foram estabelecidos prazos para o término, constando na primeira que apenas a entrega das chaves dependeria do financiamento do saldo devedor. (…)

Assim, o prazo para a conclusão das obras se findaria em março/2017, não estando em atraso a ré por ocasião do ajuizamento da ação, sendo de notório conhecimento local que as unidades do empreendimento já foram entregues.

Quanto à pretensão de devolução da taxa de corretagem, ao que se infere do recibo de fls. 42, a importância reclamada foi paga à C&A – Consultoria e Assessoria de Imóveis Ltda., que sequer integra a lide, restando prejudicado o pedido de restituição.

Isso posto, julgo improcedente o pedido, por conseguinte condeno a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que fixo com parcimônia em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, §2º, do CPC, de exigibilidade suspensa a teor do art. 98, §3º, do CPC. Intime-se e cumpra-se.”

Inconformada, insurge-se a autora.

Nas razões do apelo (evento 9), inicialmente, a autora/apelante defende a tempestividade do recurso e faz breve resumo da lide.

Relata ter adquirido junto à requerida/apelada uma unidade autônoma do empreendimento denominado “Residencial Vida Nova”, pelo valor de R\$ 117.208,90 (cento e dezessete mil, duzentos e oito reais e noventa centavos), com data prevista para entrega em 30 de abril de 2015, mas entregue somente em 11.12.2017, ou seja, quando decorridos 32 (trinta e dois) meses após o período previsto no contrato.

Argumenta que a lide não foi analisada sob o prisma consumerista, embora patente a relação de consumo firmada entre as partes. Destaca que o julgador de 1º grau, em contramão ao que foi decidido no Tema 996, do Superior Tribunal de Justiça, decidiu que a autora/apelante teria realizado novação, alterando, assim, a data de entrega do imóvel. Todavia, deveria ter sido aplicado o Código de Defesa do Consumidor ao caso concreto, incidindo a data mais benéfica ao consumidor.

Menciona que a cláusula de prorrogação de entrega do imóvel é abusiva, ressaltando que o segundo contrato, firmado entre a parte autora e a Caixa Econômica Federal, trata-se de contrato de adesão de mútuo bancário, imposto à recorrente quando da compra do imóvel. Prossegue dizendo que, “ao admitir o condicionamento da data de entrega à data do financiamento do saldo devedor, o julgador valida cláusula manifestamente abusiva, e legítima a propaganda enganosa realizada pela Construtora, que promete entregar o bem em uma data sabendo que, em conluio com a Caixa Econômica Federal, haverá uma prorrogação por outro contrato de adesão futuro, o qual o Consumidor será obrigado a assinar, sob pena de dar causa a resolução do primeiro contrato (compra e venda).”

Pondera que considerar a data de entrega prevista no Contrato de Mútuo – 05.03.2017 – configuraria injustiça para com a parte consumidora, violando o disposto nos artigos 47 e 37, § 1º, do CDC, ressaltando não estar configurado o **animus novandi**, positivado nos artigos 360 a 367, do Código Civil.

Ressalta que é abusiva a vinculação da data de entrega do imóvel à assinatura do contrato de mútuo, como no caso concreto, devendo ser considerada a data de entrega do bem em 30.04.2015, aplicando-se o Tema 996, do STJ.

Reitera que o contrato de mútuo bancário não tem o condão de alterar a data de entrega da unidade habitacional, cuja entrega se deu somente em 11.12.2017, quando decorridos 9 (nove) meses da segunda data estipulada.

Considera configurados os danos materiais (lucros cessantes) em decorrência do atraso na entrega da obra, bem assim a lesão a direito da personalidade (danos morais), ressaltando que metade dos consumidores que compraram imóvel no Residencial Vida Nova foram premiados a buscar a prestação jurisdicional para solucionar o conflito.

Postula, ao final, seja conhecido e provido o apelo, reformando-se a sentença guerreada a fim de julgar procedente a pretensão exordial, com a condenação da requerida/apelada ao pagamento dos danos materiais, danos morais e restituição em dobro da comissão de corretagem paga pela parte autora.

Não foram apresentadas contrarrazões, apesar de regularmente intimada a recorrida.

Pois bem.

De início, observa-se ter restado demonstrado que as partes celebraram contrato particular de promessa de compra e venda de unidade imobiliária em construção e outras avenças, cujo objeto é a unidade autônoma de nº 202, Bloco F, do Empreendimento Residencial Vida Nova, localizado na Rua Aldemar Ferrugem, nº 1.865, Bairro Santo Antônio, na cidade de Catalão, com entrega prevista para 30.04.2015, prorrogável por mais 180 (cento e oitenta) dias, nos termos da cláusula 7.3 do contrato firmado.

Em contraprestação, ficou acordado que a autora/apelante realizaria o pagamento de R\$ 117.208,90 (cento e dezessete mil, duzentos e oito reais e noventa centavos) da seguinte forma: a) sinal no valor de R\$ 644,74 (seiscentos e quarenta e quatro reais e setenta e quatro centavos) em 20.09.2014, mediante cheque; b) 11 (onze) prestações mensais e consecutivas de R\$ 645,84 (seiscentos e quarenta e cinco reais e oitenta e quatro centavos), a serem pagas dia 20 de cada mês, vencendo a primeira em 20.10.2014, e, c) R\$ 109.459,92 (cento e nove mil, quatrocentos e cinquenta e nove reais e noventa e dois centavos) através de financiamento a ser realizado na Caixa Econômica Federal.

Cumprido salientar que a relação jurídica estabelecida entre as partes é de consumo, uma vez que os contratantes enquadram-se claramente na condição de consumidor e fornecedor (arts. 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor).

Portanto, o contrato celebrado está afeto às normas protetivas previstas na Lei nº 8.078/90 e, por corolário, a interpretação das cláusulas do contrato pactuado deve ser realizada em benefício ao consumidor, por força dos arts. 46 e 47 do Código de Defesa do Consumidor.

Insurge-se a autora/apelante afirmando que a segunda avença (contrato de financiamento), firmada com a Caixa Econômica Federal, não tem o condão de alterar o prazo de entrega do imóvel, pois não houve ânimo de novar.

É certo que a contratação de financiamento junto às instituições financeiras, ainda que em momento posterior à compra e venda do imóvel, não possui aptidão de novar a avença anterior, salvo hipóteses em que estiver bem delineada a intenção das partes neste sentido. É preciso, pois, a cabal percepção do **animus novandi**, sem o que a novação não será levada a efeito e haverá mera ratificação das disposições anteriores.

Acerca do instituto da novação, oportunas as lições de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

“(…) Conceito. Novação significa modificação ou substituição de uma obrigação por outra. Como tal não se entende a tolerância ou prorrogação de prazo para o recebimento de dívida. É a transformação de uma obrigação por outra. A causa da nova obrigação é a anterior, que desaparece. Novação é o negócio jurídico por meio do qual se cria uma nova obrigação, com o objetivo precípuo de extinguir-se obrigação anterior (Lacerda de Almeida. Novação, verbete in REDB, v. 34, p. 275). Por isso a novação é operação liberatória, vale dizer, uma das causas de extinção da obrigação, colocando-se, no lugar da extinta, uma nova obrigação. “É uma **datio in solutum**, em que a coisa dada em pagamento é uma nova obrigação nova” (Fulgêncio. Obrigações, p. 227). O caráter liberatório da obrigação anterior reside na sua extinção em face do nascimento de nova obrigação. Contudo, a extinção não satisfaz o

crédito e o débito, que subsistem e se renovam por meio da nova obrigação (**obligatio novanda**). Há, por conseguinte, inovação do **vinculum iuris**, que extingue, mas não satisfaz a obrigação primitiva e que absorve o débito e o crédito não satisfeito anteriormente (Venosa. Dir.Civ.<sup>3</sup>, v. II, nº 12.5.1, p. 290). A novação é uma das causas de extinção da obrigação (afirmando que somente a novação objetiva tem função extintiva: Perlingieri-Ferroni. Manuale dir. Civile, nº III-63, p. 259), vale dizer, é um efeito da obrigação: encerra-se a obrigação anterior (novada) e cria-se a nova obrigação incompatível com a anterior. Essa hipótese é de novação objetiva, prevista no CC 360 I. (...)" (Código Civil Comentado. 10 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 575)

Na forma bem pontuada pelos juristas, a novação tem como principal característica substituir uma obrigação por outra. Cria-se, pois, uma nova obrigação, com o conseqüente desaparecimento da anterior, em sua totalidade.

Por ser causa de extinção de obrigação anteriormente pactuada, exige-se como requisito para a novação a inequívoca manifestação (expressa ou tácita) do ânimo de novar (**animus novandi**); caso contrário, a segunda obrigação limita-se a confirmar a primeira, conforme previsto no art. 361, do Código Civil.

Das lições de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho conclui-se que:

"(...) c) o ânimo de novar (**animus novandi**): este é o requisito anímico (subjetivo) da novação. Para que esta se configure, portanto, é indispensável que as partes tenham o propósito de novar. Aliás, "ausente o **animus novandi**, não se configura a novação, porque desaparece a obrigação original. O ânimo de novar verifica-se na declaração das partes, ou resulta de modo inequívoco de obrigações incompatíveis (2.º TACivSP, Décima Câmara, Ap. 604309-0/4, Rel. Juiz Soares Levada, v. U., j. 31.1.2001)" (Orlando Gomes, Obrigações, 8 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 163).

Por isso, não haverá necessariamente novação se as partes acordarem a substituição do objeto da obrigação, sem que haja prova do ânimo de novar. Nos termos do Código Civil, ausente este propósito, cuja prova poderá decorrer de declaração expressa ou das próprias circunstâncias, a segunda obrigação simplesmente confirmará a primeira (art. 361 do CC-02 e art. 1.000 do CC-16). Ora, se a ausência do animus inviabiliza o reconhecimento da novação, não se poderá dizer haver sido criada uma "segunda obrigação". Preferimos dizer, amparados na melhor doutrina, apenas, que a declaração de vontade das partes – para modificar algum aspecto do negócio - sem o indispensável intuito de novar, apenas confirma e reforça a obrigação primitiva. Exemplificamos. Vendedor e comprador acordam modificar o objeto da obrigação: ao invés de ser alienado o apartamento 1 do condomínio X, o comprador adquirirá um terreno contíguo. Nesses termos, a simples alteração do objeto da prestação não caracterizará novação. Assim, mantidos todos os termos do contrato (prazo, forma de pagamento, valor da venda, garantias), a alteração do objeto, sem o propósito de novar, apenas confirmará a obrigação pactuada (de dar) no contrato de compra e venda. (...)" (Novo Curso de Direito Civil: Obrigações. 14 ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 222-225).

Da análise dos argumentos das partes e da documentação acostada aos autos, não se extrai a manifestação da intenção inequívoca da autora/apelante de novar, principalmente no que toca à data de entrega do imóvel adquirido junto à requerida/apelada. Ademais, a requerida/apelada não comprovou que a autora/apelante foi informada, de forma clara, objetiva e adequada, sobre a modificação da data de entrega do imóvel.

Considerando que o prazo de entrega em compromissos dessa natureza constitui ponto relevante do ajuste, se a intenção da requerida/apelada era de modificar também esse aspecto do negócio, deveriam ter observado o dever de informação, em respeito às normas protetivas ao consumidor (artigo 6º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor).

Sobre o tema assim vem decidindo este Sodalício em casos semelhantes:

“Dupla apelação cível. Ação de indenização c/c obrigação de exibição de documento. Compra e venda de imóvel. Programa minha casa, minha vida. Atraso na entrega do bem configurado. Culpa exclusiva do promitente vendedor. Multa contratual. Juros de obra. Obrigação de indenizar. Danos morais. Redução. Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Cláusula penal. Lucros cessantes. Cumulação. Impossibilidade. Precedentes do STJ. Sentença parcialmente reformada. 1. Nos termos do entendimento firmado recentemente pelo colendo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.729.593/SP (Tema nº 996/STJ), na aquisição de unidades autônomas financiadas segundo as regras do Programa “Minha Casa, Minha Vida”, o contrato deverá estabelecer, de forma clara, expressa e inteligível, o prazo certo para a entrega do imóvel, o qual não poderá estar vinculado à concessão do financiamento, ou a nenhum outro negócio jurídico, exceto o acréscimo do prazo de tolerância. 2. O atraso injustificado da construtora na entrega do imóvel gera a obrigação do pagamento da multa contratual. 3. Havendo atraso na entrega do empreendimento, por prazo superior ao período de tolerância estipulado no contrato, afigura-se descabido imputar ao adquirente o ônus de arcar com juros de evolução da obra no período de mora da ré até a efetiva entrega das chaves, não se podendo penalizar o promissário comprador com referida incidência, considerando não ter sido ele quem deu causa ao atraso. 4. Se mostra devida a indenização por danos morais quando o atraso na entrega do imóvel pela construtora frustra a expectativa do promitente comprador em usufruir do imóvel residencial adquirido, devendo o quantum ser reduzido, todavia, para o patamar de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), em conformidade com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. 5. Nos termos do entendimento firmado pela colenda Corte da Cidadania, no Tema 970, “a cláusula penal moratória tem a finalidade de indenizar pelo adimplemento tardio da obrigação, e, em regra, estabelecida em valor equivalente ao locativo, afasta-se sua cumulação com lucros cessantes”, sendo incabível, portanto, a condenação da 2ª apelada ao pagamento de lucros cessantes a título de aluguel. 6. 1º Recurso conhecido e parcialmente provido. 2º Recurso conhecido e desprovido.” (TJGO, Apelação (CPC) 5047655-05.2017.8.09.0051, Rel. Des. Gerson Santana Cintra, Goiânia - 24ª Vara Cível e Arbitragem, DJe de 10.08.2020).



“Apelação cível. Ação de reparação de danos materiais e morais. Compromisso de compra e venda. Imóvel em construção adquirido mediante financiamento bancário. Programa “minha casa, minha vida”. Alteração do prazo de conclusão da obra para a data estipulada na avença de financiamento. Ilegalidade. Atraso na entrega do imóvel configurado. Obrigação de indenizar. Danos materiais. Danos morais. **Quantum** indenizatório. Ônus sucumbenciais. Sentença reformada. 1. De acordo com o entendimento firmado recentemente pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.729.593/SP (Tema nº 996/STJ), na aquisição de unidades autônomas financiadas segundo as regras do Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV), o contrato deverá estabelecer, de forma clara, expressa e inteligível, o prazo certo para a entrega do imóvel, o qual não poderá estar vinculado à concessão do financiamento, ou a nenhum outro negócio jurídico, exceto o acréscimo do prazo de tolerância. 2. **In casu**, deve ser considerada para fins de aferição da mora na entrega do imóvel, o prazo estipulado na promessa de compra e venda (28.02.2017), acrescido dos 180 (cento e oitenta) dias de tolerância, previstos no referido instrumento contratual, e não aquele estipulado pelo agente financiador para a conclusão da obra. 3. Evidenciado o atraso na entrega da unidade imobiliária, é de rigor reconhecer a obrigação da ré/recorrida de indenizar o consumidor/apelante pelos danos materiais experimentados, pois nessas circunstâncias, o prejuízo é presumido, consistente na injusta privação do uso do bem. 4. Sendo assim, o valor comprovadamente despendido mensalmente pelo adquirente/apelante com aluguel, da data em que restou caracterizada a mora (28.08.2017), até a efetiva entrega do imóvel, ocorrida em 15.02.2018, deverá ser a ele ressarcido. 5. Conquanto seja pacífico o entendimento jurisprudencial de que o mero inadimplemento contratual, por si só, não configura dano moral, é inquestionável a decepção daquele que não pode concretizar os seus anseios devido ao descaso injustificado de um fornecedor que, atento ao risco da atividade lançada no mercado de consumo, descumpra sua obrigação por período superior a 05 (cinco) meses e desarticula todo um projeto de vida planejado sobre um imóvel que não supre as expectativas esperadas. 6. À luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a cifra de R\$ 3.000,00 (três mil reais) revela-se capaz de compensar o dano extrapatrimonial experimentado e não enseja enriquecimento ilícito. 7. Sobre referidas verbas indenizatórias deverá incidir juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a partir da citação, e correção monetária, a da reparação moral desde seu arbitramento, ou seja, da presente decisão, e a da reparação material desde o desembolso. Inteligência do art. 405, do Código Civil e das Súmulas nº 43 e 362, do Tribunal da Cidadania. 8. Ante o novo deslinde dado ao feito, as custas processuais e os honorários advocatícios ficarão a cargo da ré vencida. Apelação cível conhecida e provida.” (TJGO, Apelação (CPC) 5066268-39.2018.8.09.0051, Rel. José Carlos de Oliveira, 2ª Câmara Cível, DJe de 27.11.2019).

Nesse contexto, deve ser mantido o prazo acordado no primeiro instrumento de promessa de compra e venda, incidindo, todavia, o prazo de tolerância, nos termos do que foi decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo (Tema 996). Confira-se:

“Recurso especial contra acórdão proferido em incidente de resolução de demandas repetitivas - IRDR. Art. 1.036 do CPC/2015 C/C o ART. 256-H do RISTJ. Processamento sob o rito dos recursos especiais repetitivos. Programa minha casa, minha vida. Crédito associativo. Promessa de compra e venda de imóvel em construção. Controvérsias envolvendo os efeitos do atraso na entrega do bem. Recursos desprovidos. 1. As teses a serem firmadas, para efeito do art. 1.036 do CPC/2015, em contrato de promessa de compra e venda de imóvel em construção, no âmbito do Programa Minha Casa, Minha Vida, para os beneficiários das faixas de renda 1,5, 2 e 3, são as seguintes: 1.1. Na aquisição de unidades autônomas em construção, o contrato deverá estabelecer, de forma clara, expressa e inteligível, o prazo certo para a entrega do imóvel, o qual não poderá estar vinculado à concessão do financiamento, ou a nenhum outro negócio jurídico, exceto o acréscimo do prazo de tolerância. 1.2. No caso de descumprimento do prazo para a entrega do imóvel, incluído o período de tolerância, o prejuízo do comprador é presumido, consistente na injusta privação do uso do bem, a ensejar o pagamento de indenização, na forma de aluguel mensal, com base no valor locatício de imóvel assemelhado, com termo final na data da disponibilização da posse direta ao adquirente da unidade autônoma. 1.3. É ilícito cobrar do adquirente juros de obra ou outro encargo equivalente, após o prazo ajustado no contrato para a entrega das chaves da unidade autônoma, incluído o período de tolerância. 1.4. O descumprimento do prazo de entrega do imóvel, computado o período de tolerância, faz cessar a incidência de correção monetária sobre o saldo devedor com base em indexador setorial, que reflete o custo da construção civil, o qual deverá ser substituído pelo IPCA, salvo quando este último for mais gravoso ao consumidor. 2. Recursos especiais desprovidos.” (REsp 1729593/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 25.09.2019, DJe 27.09.2019 - sublinhado).

Desta forma, escoado o prazo para entrega do imóvel (30.04.2015), acrescido do prazo de tolerância de 180 (cento e oitenta) dias, aproximadamente dia 30.10.2015, o prejuízo da autora/apelante é presumido, consistente na injusta privação do uso do bem, a ensejar o pagamento de indenização, na forma de aluguel mensal, com base no valor locatício de imóvel assemelhado, com termo final na data da disponibilização da posse direta ao adquirente da unidade autônoma.

Referidos valores deverão ser apurados em liquidação de sentença, pois não há nos autos documentos que atestem o valor locatício de imóvel assemelhado. Nesse sentido:

“Apelação cível. Ação de indenização por danos materiais e morais. Atraso na entrega de empreendimento. Dever de indenizar configurado. Razoabilidade e proporcionalidade. Dano material. Prejuízo presumido. Valor a ser fixado em liquidação da sentença. Multa por descumprimento contratual. Ausência de previsão. Sucumbência recíproca. Distribuição dos ônus sucumbenciais. 1. Reconhecido o atraso na entrega do empreendimento adquirido pelos apelantes, é devida a indenização pela construtora, em razão dos danos morais sofridos, devendo ser observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na fixação do valor indenizatório. 2. Na espécie, a condenação da construtora ao pagamento de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) se mostra suficiente para indenizar os apelantes. 3. De acordo com

a jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, havendo atraso na entrega de imóvel, o prejuízo dos adquirentes é presumido, de forma que fazem jus à indenização por danos materiais (Tema 996). 4. O valor da indenização pelos danos materiais será fixado quando da liquidação da sentença. 5. A apelada não deve ser condenada ao pagamento de multa por descumprimento contratual, tendo em vista que não há previsão nesse sentido no pacto firmado. 6. Diante do parcial provimento do recurso, distribuo os ônus sucumbenciais em 50% para cada uma das partes. Apelo conhecido e parcialmente provido.” (TJGO, Apelação (CPC) 5089984-32.2017.8.09.0051, Rel. Dr. Fábio Cristóvão de Campos Faria, 3ª Câmara Cível, DJe de 19.10.2020).

Noutro plano, e no que tange aos danos morais, impende salientar que, de acordo com as normas legais que regem o instituto da obrigação e a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, o mero descumprimento contratual não tem o condão de ensejar responsabilização por danos morais, valorando a situação como mero inconveniente a que todos estão sujeitos, seja pessoa física ou jurídica.

Leciona o renomado professor, Sérgio Cavalieri Filho:

“(...) o mero inadimplemento contratual, mora ou prejuízo econômico não configuram por si sós, dano moral, porque não agridem a dignidade humana. Os aborrecimentos dele decorrentes ficam subsumidos pelo dano material, salvo se os efeitos do inadimplemento contratual, por sua natureza ou gravidade, exorbitarem o aborrecimento normalmente decorrente de uma perda patrimonial e também repercutirem na esfera da dignidade da vítima, quando então configurarão o dano moral. (...)” (in Programa de Responsabilidade Civil. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 80).

Nessa mesma diretriz, Carlos Roberto Gonçalves adverte:

“(...) Na realidade, o dano moral pressupõe ofensa anormal à personalidade. Embora a inobservância das cláusulas contratuais por uma das partes possa trazer desconforto ao outro contratante, trata-se, em princípio, de dissabor a que todos podem estar sujeitos, pela própria vida em sociedade. (in Direito Civil Brasileiro, vol. IV, Editora Saraiva, p. 394).

Contudo, no caso do atraso injustificável por parte das empresas responsáveis pela entrega das unidades habitacionais, somada à frustrada expectativa gerada nos adquirentes em receber o imóvel na data aprezada, além dos planos desfeitos em razão do descumprimento contratual por parte da empresa vendedora, são, certamente, motivos suficientes para ensejar reparação de ordem moral pretendida pela autora/apelante, conforme vem decidindo este Tribunal de Justiça em casos análogos:

“Apelação cível. Ação de conhecimento. Compromisso de compra e venda de imóvel. Relação de consumo. Atraso na entrega da obra de infraestrutura. Rescisão. Fato imputável à promitente-vendedora. Restituição das parcelas pagas, sem retenção. Danos morais. Correção monetária e juros de mora. Honorários advocatícios da sucumbência. 1. Caracterizada a culpa da promitente-vendedora, eis que não realizadas as obras de infraestrutura, é o caso de acolher o pleito de rescisão. 2. Como consectário do desfazimento do negócio por fato imputável, exclusivamente, à incorporadora, impõe-se a restituição dos

valores das parcelas pagas, integralmente, consoante direito sumulado na Corte Superior de Justiça. 3. A demora injustificada na entrega do imóvel, caracteriza dano moral, uma vez que tal dissabor ultrapassa a esfera do mero aborrecimento. No caso, frustrou a legítima expectativa da adquirente, causando a sensação de impunidade e de impotência, mostrando-se razoável a sua fixação em R\$ 10.000,00 (dez mil reais). 4. Concernente aos valores a serem restituídos, cumpre registrar que, em se tratando de relação contratual, os juros de mora são devidos a partir da citação (artigo 240, CPC), por ser o momento em que efetivamente houve a constituição em mora, e não do trânsito em julgado, como postulado pela apelante, sendo a correção monetária do efetivo desembolso da quantia paga, sob pena de incorrer em enriquecimento ilícito. 5. Observada a rubrica do artigo 85, **caput** e § 2º, do Código de Processo Civil, no arbitramento levado a efeito pelo Julgador, afasta-se a pretensão de redimensionamento para menos da verba advocatícia de sucumbência. Apelação conhecida e desprovida.” (TJGO, Apelação (CPC) 0199735-19.2017.8.09.0090, Rel. Dr. Mauricio Porfirio Rosa, 2ª Câmara Cível, DJe de 14.10.2020).

“Apelação cível. Ação de reparação por danos materiais e morais. Atraso na entrega de imóvel. Lucros cessantes. Prejuízo presumível. Cláusula penal estipulada em desfavor da construtora. Possibilidade de inversão. STJ. Recurso repetitivo. Dano moral configurado. Manutenção do **quantum**. 1. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o atraso na entrega de imóvel enseja pagamento de lucros cessantes, sendo presumível o prejuízo experimentado pelo promitente comprador. 2. No contrato de adesão firmado entre o comprador e a construtora/incorporadora, havendo previsão de cláusula penal apenas para o inadimplemento do adquirente, deverá ela ser considerada para a fixação da indenização pelo inadimplemento do vendedor. Tema 971 do STJ. 3. Considerando o atraso injustificado na entrega da unidade imobiliária, a situação de incerteza experimentada pela compradora supera os meros dissabores e aborrecimentos do dia a dia, sobretudo por se tratar de questão afeta a direito fundamental de moradia, a par de colocar em risco investimento e a segurança patrimonial da família, o que caracteriza a configuração do dever de indenizar. Apelação cível conhecida e desprovida.” (TJGO, Apelação 0094722-45.2015.8.09.0011, Rel. Des. Norival Santomé, 6ª Câmara Cível, DJe de 09.10.2020).

“Apelação cível. Ação de rescisão contratual c/c indenização por danos materiais e morais. Legitimidade passiva de ambas as apelantes. Atraso injustificado na conclusão da obra. Configurada responsabilidade exclusiva das incorporadoras pela rescisão do contrato. Retenção de valores desautorizada. Multa contratual mantida **in totum**. Termo inicial de incidência dos juros de mora. Citação. Dano moral configurado. Valor indenizatório mantido. 1. Não há que se falar em ilegitimidade passiva ad causam da Incorporadora Borges Landeiro S/A, quando, a partir da análise das particularidades da causa, constata-se que as duas rés/apelantes fazem parte de um mesmo grupo econômico, tanto que o contrato em análise, apesar de ter sido firmado apenas por uma delas, assegura benefícios materiais também à outra, circunstância que autoriza a aplicação da teoria da aparência. Precedentes específicos desta Corte. 2. A demora injustificada, mesmo com observância da cláusula de tolerância, na

entrega do imóvel, dá guarida ao pedido de rescisão contratual formulado pelos autores/apelados, a quem deve ser assegurada a imediata e integral restituição dos valores pagos. Inteligência da Súmula 543 do Superior Tribunal de Justiça. 3. A cláusula penal expressa no contrato, em caso de rescisão decorrente do atraso injustificado na entrega do imóvel, deverá ser aplicada conforme convencionado, restando ao causador arcar com o ônus imposto, sob pena de não se respeitar o princípio da pacta sunt servanda, não havendo falar em redução, especialmente porque o contrato de adesão foi formulado pelas rés, sendo vedado à parte beneficiar-se da própria torpeza. Precedentes. 4. Os juros de mora incidentes sobre os valores (restituição dos valores pagos e multa contratual) devem incidir a partir da citação, momento de constituição do devedor em mora. Inteligência do disposto nos termos dos artigos 405 e 406 do Código Civil e artigo 240 do Código de Processo Civil. 5. A demora injustificada na entrega do empreendimento caracteriza dano moral, uma vez que tal ato ilícito ultrapassa a esfera do dissabor, do mero aborrecimento, causando a sensação de impunidade e de impotência ao consumidor, no que pertine à realização do sonho da moradia familiar. Precedentes. 6. O valor indenizatório por danos morais deve ser fixado, pelo julgador, levando-se em conta os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, motivo por que, observando-se os transtornos experimentados pelos autores/apelados, que sofreram com o atraso na conclusão da obra, amargando a angústia de não saberem quando ou mesmo se conseguiriam usufruir do imóvel residencial adquirido - tanto que restou no feito rescindido o negócio -, bem como a quantificação da conduta ilícita e capacidade econômica das ofensoras, mostra-se desmerecedor de censura o valor da indenização por dano moral (R\$ 10.000,00). Apelação cível desprovida.” (TJGO, Apelação (CPC) 0001117-85.2016.8.09.0051, Rel. Des. Zacarias Neves Coelho, 2ª Câmara Cível, DJe de 14.09.2020).

Desse modo, considerando que a inobservância das disposições pactuadas ultrapassam o mero dissabor, porque, segundo afirmado pela autora/apelante, o imóvel somente foi entregue em dezembro de 2017, cabe a pretensão indenizatória por danos extrapatrimoniais.

No caso concreto, atento aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, fixo a indenização pelos danos extrapatrimoniais em favor da autora/apelante em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), valor que não levará à ruína a requerida/apelada, nem significará fonte de enriquecimento indevido à parte autora/recorrente. Referido valor deverá ser corrigido monetariamente a partir do arbitramento (publicação do acórdão), incidindo juros de mora a partir da citação, por se tratar de relação contratual.

Nesse sentido:

“Processual civil. Embargos de declaração no agravo interno no recurso especial. Recurso manejado sob a égide do NCPC. Violação do Art. 1.022 do NCPC. Omissão. Termo inicial. Juros de mora. Citação. Correção monetária. Arbitramento. Embargos de declaração parcialmente acolhidos. 1. Aplica-se o NCPC a este recurso ante os termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 09.03.2016: 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. Os embargos de declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição eventualmente existentes no julgado combatido, bem como corrigir erro material. 3. Tratando-se de indenização por danos morais decorrente de responsabilidade contratual, os juros de mora incidem a partir da citação e a correção monetária desde a data do arbitramento do **quantum** indenizatório. Precedentes. 4. Embargos de declaração parcialmente acolhidos.” (STJ, EDcl no AgInt no REsp 1834637/RS, Rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 24.08.2020, Dje 27.08.2020 – sublinhado).

“Agravo interno no recurso especial. Ação de indenização. Acidente de trânsito. Morte de passageira. Pensão mensal. Ausência de indicação do dispositivo violado. Súmula 284/STF. Juros de mora. Termo inicial. Citação. Agravo não provido. 1. Caso em que a empresa de transporte foi condenada a pagar indenização por danos morais e pensão mensal, em razão de acidente de trânsito envolvendo ônibus de sua propriedade, que resultou na morte de passageira, esposa e mãe dos autores da ação. 2. A ausência de indicação dos dispositivos de Lei federal em tese violados pelo aresto recorrido caracteriza deficiência de fundamentação, conforme pacífico entendimento desta Corte Superior, fazendo incidir o óbice da Súmula 284/STF. 3. Segundo a jurisprudência desta Corte, salvo situações excepcionais, os juros de mora na condenação por dano moral são contados da citação ou do evento danoso, conforme se trate de responsabilidade contratual ou extracontratual, respectivamente, o que afasta a tese de incidência dos juros de mora a partir do arbitramento. 4. No caso, cuidando-se de responsabilidade contratual, os juros de mora incidem a partir da citação. 5. Agravo interno não provido.” (STJ, AgInt no REsp 1426478/RS, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 24.09.2019, Dje 11.10.2019).

Prosseguindo, não merece êxito a insurgência da parte autora no que pertine ao pedido de devolução da comissão de corretagem, porque paga a terceiro estranho à lide – corretor de imóveis, e não à requerida/apelada, resultando impossível imputar a ela a condenação ao ressarcimento de valores que não percebeu.

Por oportuno, cito o aresto desta Casa de Justiça em caso análogo:

“Apelação cível. Ação de rescisão contratual c/c restituição de importâncias pagas e indenizatória por danos morais e materiais. Preliminar de nulidade da decisão que apreciou os embargos de declaração. Rejeição. Danos morais configurados. Valor da indenização. Razoabilidade e proporcionalidade. Comissão de corretagem. Contrato firmado entre a adquirente e o corretor. Pretensão de inversão da cláusula moratória. Impossibilidade. Entendimento STJ. Lucros cessantes. Termo inicial dos juros de mora e correção monetária. Sucumbência recíproca afastada. Honorários advocatícios recursais. Descabimento 1. a 4. (...) 5. Não há como se determinar que a promitente vendedora efetue a devolução de qualquer valor a título de comissão de corretagem, por se tratar de parcela paga ao corretor de imóveis, por negócio realizado, não compondo o preço do bem, e não integrando o patrimônio da promitente vendedora, máxime quando o promitente comprador efetua o pagamento diretamente ao corretor, como no caso. 6. a 9. (...) Apelação cível conhecida e

parcialmente provida.” (TJGO, Apelação (CPC) 5446368-39.2017.8.09.0051, Rel<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup>. Nelma Branco Ferreira Perilo, 4<sup>a</sup> Câmara Cível, DJe de 23.09.2020).

Outrossim, observa-se que há expressa previsão no pacto de que a comissão de corretagem será de responsabilidade da promitente compradora, ora autora/apelante, cujo valor não integrou o valor da unidade. Confira-se:

“12.2. Concordam as partes que a comissão de corretagem será de responsabilidade do promitente comprador, que declara já ter negociado diretamente referido valor com os corretores, lembrando que o valor da comissão de corretagem não integrou o valor da unidade.”

Ressalta-se que a cláusula é válida, pois há no contrato o preço da aquisição da unidade autônoma, aí não incluído o valor da corretagem, conforme entendimento firmado pelo STJ em sede de recurso repetitivo. Confira-se:

“Recurso especial repetitivo. Direito civil e do consumidor. Promessa de compra e venda de imóvel. Programa minha casa, minha vida. Comissão de corretagem. Transferência da obrigação ao consumidor. Possibilidade. Dever de informação. Observância. Necessidade. 1. Para os fins do art. 1.040 do CPC/2015, fixa-se a seguinte tese: Ressalvada a denominada Faixa 1, em que não há intermediação imobiliária, é válida a cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda do Programa Minha Casa, Minha Vida, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem. 2. Solução do caso concreto: Considerando que as partes convencionaram que o valor correspondente à comissão de corretagem seria pago diretamente pelo proponente ao corretor, impõe-se julgar improcedente o pedido de repetição dos valores pagos a esse título. 3. Recurso especial provido.” (STJ, REsp 1601149/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. p/ Acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, julgado em 13.06.2018, DJe 15.08.2018 – sublinhado).

Não vinga, portanto, o pedido de restituição em dobro da comissão de corretagem paga pela autora/apelante quando da assinatura do pacto.

Por fim, diante da reforma da sentença, julgando-se procedente a pretensão inicial em relação a dois pedidos – ficando vencida a autora/apelante no tocante ao pedido de devolução da comissão de corretagem e incidência da cláusula penal –, restam ambas as partes condenadas ao pagamento das custas processuais na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada uma delas e honorários advocatícios no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação e dos pedidos não acolhidos, respectivamente.

Na confluência do exposto, conheço do apelo e o provejo em parte para, reformando a sentença guerreada, julgar parcialmente procedente a pretensão inicial, condenando a requerida/apelada a pagar indenização à autora/apelante, na forma de aluguel mensal, com base no valor locatício de imóvel assemelhado, com termo inicial na data prevista para entrega do imóvel – aí incluído o prazo de tolerância – e tendo como termo final a data da disponibilização da posse direta à adquirente da unidade autônoma, a ser apurada em liquidação de sentença.

Condeno também a requerida/apelada a reparar o dano moral sofrido pela parte autora/apelante, no importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a ser corrigido monetariamente pelo INPC a partir do arbitramento (publicação do acórdão), incidindo juros de mora a partir da citação, por se tratar de relação contratual.

Considerando que ambas as partes restaram vencedoras e vencidas, condeno-as ao pagamento das custas processuais, na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada uma delas. Por outro lado, condeno a parte requerida/apelada ao pagamento de honorários advocatícios no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação em favor do patrono da parte autora/recorrente e condeno a parte requerente/apelante ao pagamento de honorários advocatícios no percentual de 10% sobre o valor dos dois pedidos não acolhidos no julgamento da presente ação, em favor do advogado da parte requerida/apelada.

É como voto.

Goiânia, 15 de dezembro de 2020.

Apelação Cível nº 5480762.90.2019.8.09.0087

Apelantes: SPE Residencial Beira Rio Segunda Etapa Ltda

Lírios do Campo Empreendimentos Imobiliários Ltda

Apelada: Keite Machado Borges

Relator: Des. Carlos Escher

Câmara: 4ª Cível

**EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C DEVOLUÇÃO DE PARCELAS PAGAS. RESCISÃO CONTRATUAL ALICERÇADA NO ATRASO DA ENTREGA DE OBRA AJUIZADA DOIS ANOS E MEIO APÓS A SUA DISPONIBILIZAÇÃO AO COMPRADOR. DEVOLUÇÃO DAS QUANTIAS PAGAS. PERCENTUAL DE RETENÇÃO. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. CONDENAÇÃO INCIDENTE SOBRE O PROVEITO ECONÔMICO OBTIDO E NÃO SOBRE O VALOR DA CAUSA.

I - Nas rescisões do contrato de compra e venda de imóvel, em prestígio ao princípio do **nemo potest venire contra factum proprium** não existe como impingir à empresa empreendedora do imóvel a exclusiva culpa pela rescisão contratual, quando a parte adquirente ajuizou a ação para rescindir o pacto, sob alegação de que o motivo seria a demora na entrega da obra, somente dois anos e meio após o recebimento do bem, que ficou por todo esse período na sua posse. Dessarte, a devolução do valor pago integralmente não é possível.



II - A retenção no percentual de 20% (vinte por cento) a título de multa contratual deve incidir sobre os valores pagos pelo adquirente, quando se revelar abusiva, de acordo com as circunstâncias da demanda, a cláusula contratual que estipule a retenção de quantia pagas sobre o valor atualizado total do contrato.

III - Os ônus da sucumbência devem ser rateados entre as partes, quanto a parte autora não sucumbiu em considerável parcela de seus pedidos e devem incidir sobre o proveito econômico obtido, quando este pode ser facilmente mensurado, e não sobre o valor da causa.

APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

### **ACÓRDÃO**

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

Acordam os componentes da 3ª Turma Julgadora da 4ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, à unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao apelo, nos termos do voto do Relator. Fez sustentação oral o Dr. João Garcia de Almeida Neto, em favor do apelante.

Votaram com o Relator, a Desembargadora Elizabeth Maria da Silva e o Desembargador Delintro Belo de Almeida Filho.

Presidiu a sessão a Desembargadora Elizabeth Maria da Silva.

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

Goiânia, 13 de agosto de 2020.

Des. Carlos Escher – Relator

### **RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Apelarório interposto pelas empresas SPE Residencial Beira Rio Segunda Etapa Ltda e Lírios do Campo Empreendimentos Imobiliários Ltda, contra a sentença (mov. nº 34) proferida pelo MM. Juiz de Direito da comarca de Itumbiara Dr. Carlos Henrique Loução, na ação de rescisão contratual c/c devolução de parcelas pagas e indenização por dano moral que movida em seu desfavor por Keite Machado Borges, todas qualificadas e representadas nos autos.

Na sentença apelada o ilustre dirigente processual julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais feitos por Keite Machado Borges, nos seguintes termos:

“Diante do exposto, julgo parcialmente procedentes os pedidos iniciais para declarar rescindido o compromisso de compra e venda celebrados entre as partes, sob o nº 10448, envolvendo 01 (um) lote de terreno (nº 022, Qd. 020), com 239,25 m2, do loteamento Residencial Beira Rio II, deste município, bem como para declarar nulas as cláusulas abusivas, constantes da fundamentação desta decisão, determinando, outrossim, que as rés restituam à parte autora, em única parcela, o valor pago em referência, com a retenção de 10% (dez por cento) tão somente sobre as quantias efetivamente pagas, deduzido o

montante de tributos incidentes sobre o imóvel (Cláusula Décima), sendo o caso, incluído o valor pago a título de sinal (primeira parcela), devendo os valores serem corrigidos segundo o índice contratado a partir do desembolso e juros de 1% ao mês a partir do trânsito em julgado da presente decisão. Em face da sucumbência recíproca, condeno ambas as partes ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que arbitro em 12% (doze por cento) sobre o valor da causa, na forma do Art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil, na proporção de 20% para a parte autora e 80% para as rés." (mov. nº 43).

Não se conformando com referido **decisum**, no seu recurso apelatório (mov. nº 34), as empresas SPE Residencial Beira Rio Segunda Etapa Ltda e Lírios do Campo Empreendimentos Imobiliários Ltda, além de tecer pretensões alternativas, requerem, em síntese, que seja reformada a sentença, para que seja julgado totalmente improcedente o pedido efetuado pela parte adversa, com exceção do pedido de rescisão.

Defendem a sua pretensão recursal, alegando que, embora a parte autora/apelada tenha o direito de reaver o valor pago pelo imóvel objeto da lide, a cláusula penal a que tem direito deve ser descontada daquele montante, não incidir de modo a ser devolvido 90% (noventa por cento) do valor pago por aquela.

Para a retenção de referido valor, entende que devem ser considerados os altos investimentos que teve que aplicar no empreendimento, tais como administração da carteira durante anos, pagamento do corretor, despesas com propaganda e com a nova alienação do imóvel devolvido, além dos tributos que deve suportar com a primeira e com essa nova operação.

Afirma que o contrato celebrado entre as partes prevê a possibilidade de ressarcimento em caso de resolução contratual e esta, quando desmotivada, porque o arrependimento decorre unicamente da vontade da compradora, apresenta-se plenamente cabível o percentual de retenção previsto contratualmente, que é de um percentual de 10% (dez por cento), mas incidente sobre o quantum total do contrato.

Pedindo a aplicação do princípio da eventual, caso a pretensão recursal em comento não seja acolhida, pede que seja aplicada uma retenção de 25% (vinte e cinco por cento) sobre as quantias pagas, conforme entendimento que tem sido adotado no Superior Tribunal de Justiça, que se inclina para a aplicação deste percentual, independentemente da demonstração individualizada das despesas gerais tidas pela empreendedora com o loteamento.

Discorre acerca do julgamento do EREsp 59.870/SP, no qual o STJ reconheceu o direito do consumidor desistente do contrato a receber 75% dos valores pagos, retendo a construtora, portanto, 25%, devolução que ocorreria após a retenção, não apenas das despesas incorridas pelo empreendedor, lembradas pelo Ministro Cesar Asfor Rocha, como custos com corretagem, publicidade, ocupação, manutenção, segurança, vigilância, mas também de uma indenização adicional pelo rompimento do vínculo. Aponta outros julgados proferidos no superior Pretório, que corroboram esse mesmo entendimento, bem como julgamento proferido na 2ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, que estabeleceu o montante a ser devolvido em 20% (vinte por cento) sobre o valor do contrato.

Dessarte, pede que, se for declarada nula a cláusula de retenção de 10% sobre o valor total do contrato, que seja aplicado o entendimento adotado no Superior Tribunal de Justiça, de retenção no importe de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor pago pelo adquirente do imóvel.

Acrescenta que, ao contrário do que restou decidido na sentença, não deve ser devolvido o valor pago pela apelada a título de arras, conforme prevê o art. 418 do Código Civil, uma vez que aquela deu causa à rescisão do contrato.

Pleiteia, ainda, a inversão dos ônus da sucumbência e da base de cálculo dos honorários sucumbenciais, uma vez que a apelada decaiu em parte considerável de seus pedidos, requerendo que tais encargos incidam sobre o valor da condenação e não sobre o valor da causa.

Por fim, pede o provimento do recurso, para que seja admitida a devolução do valor estabelecido na sentença, em 10% (dez por cento) mas sobre o valor total do contrato. Em caso de entendimento diverso, eventualmente, que seja aplicado o percentual sobre o montante pago pela adquirente, mas à razão de 25% (vinte e cinco por cento) sobre os valores pagos, ou, subsidiariamente, que seja devolvido o percentual de 20% (vinte por cento) sobre o valor já quitado, conforme decidido pela 2ª Câmara, deste Tribunal de Justiça.

O pagamento das custas recursais foi comprovado na mov. nº 45.

Na mov. nº 48 a apelada Keite Machado Borges oferta contrarrazões ao apelo.

Alega a recorrida, em suma, que a multa rescisória exigida contratualmente, em 10% (dez por cento) do valor total do contrato se apresenta abusiva e por isso, deve incidir apenas sobre o valor efetivamente pago à empresa apelante, montante que entende suficiente para ressarcir-la de todos os gastos tidos com o empreendimento, absorvendo todas as multas do contrato, sob pena de infringência aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Argumenta que o prazo para a entrega do empreendimento, de acordo com o artigo 4º, do Decreto municipal nº 862/2013, era de 02 (dois) anos a partir da aprovação do loteamento, pelo Município, o que ocorreu no dia 28.08.2013. Portanto, o prazo final se aperfeiçoou no dia 28.08.2015.

Dessarte, entende que, não entregando as obras no prazo estabelecido, deram causa à rescisão do contrato, o que também afasta o direito daquela à retenção do sinal (arras), mesmo porque, representa um **bis in idem**.

Refuta, ainda, a pretensão da empresa recorrente quanto à inversão dos ônus da sucumbência e a fixação de honorários advocatícios.

Finalmente, pede o desprovimento do apelo, nos termos expostos.

É, em síntese, o relatório.

Peço dia para julgamento.

Goiânia, 09 de julho de 2020.

Des. Carlos Escher - Relator

## VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, conheço do apelo interposto.

Para melhor elucidação, transcrevo em seguida a sentença apelada:

“Diante do exposto, julgo parcialmente procedentes os pedidos iniciais para declarar rescindido o compromisso de compra e venda celebrados entre as partes, sob o nº 10448, envolvendo 01 (um) lote de terreno (nº 022, Qd. 020), com 239,25 m<sup>2</sup>, do loteamento Residencial Beira Rio II, deste município, bem como para declarar nulas as cláusulas abusivas, constantes da fundamentação desta decisão, determinando, outrossim, que as rés restituam à parte autora, em única parcela, o valor pago em referência, com a retenção de 10% (dez por cento) tão somente sobre as quantias efetivamente pagas, deduzido o montante de tributos incidentes sobre o imóvel (Cláusula Décima), sendo o caso, incluído o valor pago a título de sinal (primeira parcela), devendo os valores serem corrigidos segundo o índice contratado a partir do desembolso e juros de 1% ao mês a partir do trânsito em julgado da presente decisão. Em face da sucumbência recíproca, condeno ambas as partes ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que arbitro em 12% (doze por cento) sobre o valor da causa, na forma do Art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil, na proporção de 20% para a parte autora e 80% para as rés.” (mov. nº 43).

Conforme se vê, na sentença apelada o ilustre dirigente processual reconheceu o atraso na entrega de imóvel pela empresa apelante, mas julgou improcedentes vários pedido da parte autora, ao passo em que determinou que fosse devolvido o valor pago pela adquirente/apelada, com a retenção de 10% sobre as parcelas quitadas, após rescindir o contrato de compra e venda entabulado entre as partes.

Não se conformando com referido **decisum**, a empresa apelante, além de pretender que os 10% (dez por cento) a ser devolvidos, a título de cláusula penal, incidisse sobre o montante do contrato, e não sobre o valor adimplido, efetuou pedido alternativo de que esse montante fosse devolvido à razão de 25% sobre o valor já quitado pela parte, ou, subsidiariamente, em 20% sobre essas parcelas adimplidas, ainda requereu que aludida devolução fosse feita de forma parcelada e que as arras não fossem devolvidas. Também, requereu a inversão dos ônus da sucumbência, e sua incidência sobre o montante da condenação e não sobre o valor da causa.

De início, entendo que o recurso deve ser parcialmente provido.

Um dos primeiros pontos de acolhimento da pretensão recursal se refere ao percentual estabelecido a título de cláusula penal. Nesse aspecto, tem razão a empresa apelante, ao pretender a reforma da sentença.

Explico.

Nem sempre, o fato de não ter a parte compradora rescindido o contrato, logo após o atraso na entrega da obra, significa a perda do direito de desconstituição da avença. Cada hipótese, então, merece análise particularizada a respeito desta questão.

No caso em exame, embora em julgado anterior eu tenha manifestado entendimento de que, na imposição da referida cláusula penal, o percentual, incidente sobre as parcelas quitadas, seria à razão de 10% (dez por cento), acolho, nessa oportunidade, o pedido subsidiário a estabelecer esse percentual, embora ainda incidente sobre as parcelas adimplidas, no importe de 20% (vinte por cento), mesmo porque, as razões de decidir, num e noutro caso não são idênticas.

Justifico o entendimento ora exarado, no fato de ter observado que vários compradores do mesmo empreendimento, após o sucesso de outros, afluíram para o Judiciário na busca da rescisão contratual, em idênticas condições a estas ora apresentadas, todos após transcorridos anos a partir do atraso ou do recebimento do imóvel e muitos sem o necessário argumento para a rescisão contratual.

A recorrência das ações deste jaez, com o mesmo objeto e causa de pedir, intentada por compradores diversos, passados anos de entrega do empreendimento objeto da lide, sob a mesma e descabida alegação de que a desistência do contrato ocorreu em virtude do aludido atraso na entrega da obra, aponta para possíveis aventuras processuais.

Portanto, não me parece nem um pouco razoável que, dezenas de compradores, transcorrido significativo lapso temporal após o recebimento do bem, venham a demonstrar arrependimento acerca de sua aquisição, com a alegação de que isso ocorreu em virtude de um atraso que ocorreu anos anteriores, fator a respeito do qual já haviam se conformado.

Ainda, no caso específico da lide em apreço, observo que consta dos autos Termo de Acordo lavrado perante o PROCON, assinado pela empresa apelante ainda no ano de 2018, a qual, por determinado período cedeu quanto ao recebimento de diversos ônus contratuais (tais como juros remuneratórios), justamente para, alegadamente, compensar o referido atraso na entrega dos terrenos. Sem adentrar ao mérito daquele acordo, a notícia a respeito serve para esclarecer que há muito o atraso em questão já era considerado.

Dessarte, entendo que a rescisão contratual pode ocorrer, porque ninguém pode ser compelido a manter entabulação contratual que não mais lhe interesse, mas a cláusula penal, detectada essas particularidades do caso concreto, deve ser acatada de maneira a observar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, e conforme já dito, observada a peculiaridade de cada caso concreto.

No contrato objeto dos autos, efetivamente, havia cláusula que dispunha acerca do prazo para ser disponibilizado o loteamento aos compradores, o que ocorreria após dois anos do momento em que houvesse sido exarado o Decreto de autorização do empreendimento em referência, senão vejamos:

“Cláusula Vigésima Primeira – O (A) Promissário Comprador (a), desde já, declara para todos os efeitos legais e contratuais, ter plena ciência de que o loteamento Residencial Beira Rio II, conta com as seguintes infraestruturas: rede de distribuição de energia elétrica (...) as quais se acham incluídas no preço do imóvel e serão implantadas no prazo de 02 (dois) anos, a contar do Decreto de aprovação do loteamento, exarado pelo poder público. (mov.01, evento sem numeração).

De acordo com as informações fornecidas pela própria adquirente do imóvel em sua petição inicial, juntada em primeira instância, referido decreto foi assinado no dia 28.08.2013, o que fez com que o prazo para entrega do bem se findasse no dia 28.08.2015. Eis referidas palavras:

“Acerca da data prevista de entrega, em conformidade com o artigo 4º, do Decreto municipal nº 862/2013 (anexo), a Ré tinha um lapso temporal de 02 anos para concluir as obras de estruturação, estando também previsto no contrato em sua Cláusula Vigésima Primeira o mesmo prazo. O supracitado decreto de aprovação do loteamento foi assinado na data de 28

de Agosto de 2013, entrando em vigor a partir desse momento, conforme se extrai de seu artigo 5º, encerrando-se, portanto, o prazo para entrega da infraestrutura do loteamento no dia 28 de Agosto de 2015.”.(destaquei)

Portanto, a própria autora/recorrida (adquirente do imóvel), admitiu que o prazo para a entrega do empreendimento se esgotou no dia 28 de agosto de 2015.

Também consta dos autos a Ordem de Serviço nº 003/2.016, por meio da qual a Comissão | Municipal de Parcelamento do Solo de Itumbiara concedeu a prorrogação do para a execução das referidas obras de infraestruturas do loteamento, até o dia 30.11.2016 (mov. nº 01).

No dia 31.08.2016 a empresa loteadora, por meio do processo nº 2016035586, pediu ao Município a emissão do Laudo de Conclusão de Obras de Infra estruturação (mov nº 18), e no dia 07.03.2017 (mov. nº 18) a Prefeitura Municipal de Itumbiara emitiu declaração de que todas as obras de infraestrutura no imóvel, bem como a respectiva quitação, por parte da empresa apelante SPE Residencial Beira Rio Segunda Etapa Ltda, estavam implementadas. A partir desse momento, as obras começaram a ser entregues aos compradores (mov. nº 18);

Assim sendo, mencionado atraso ocorreu por um aproximado período de 2 anos e 06 meses.

Entretanto, mesmo que a avença tenha sido cumprida pela empresa apelante/vendedora, no dia 25.02.2018, conforme alega a apelada, ainda assim, isso não muda o fato de que houve uma inércia substancial quanto à apresentação do inconformismo a tal respeito.

Na verdade, quando a autora/alienante recebeu o terreno, não manifestou irrisignação. Continuou adimplindo as parcelas, conforme tabela que consta da mov. nº 18, e após recebido o imóvel ficou com o mesmo em sua posse por um período de, pelo menos, um ano e seis meses, até o ajuizamento deste feito, no dia 13.08.2019.

Portanto, aplicável no caso em exame, a regra do denominado “nemo potest venire contra factum proprium”, que pode ser conceituado como a proibição de se adotar um segundo comportamento que seja contraditório a um primeiro, anteriormente exercido e que, por meio dessa contradição, restem feridas legítimas expectativas emanadas da conduta inicial vinculante.

Aludido postulado é um instrumento protetivo da confiança e da boa fé processual, gerado por um comportamento praticado e que deve ser mantido em sua intenção. Desse modo, o agente da conduta em referência deve evitar contradizer-se por meio da prática de ato posterior, sob pena de gerar prejuízo àqueles que objetivamente aderiram ao primeiro ato.

Acerca do tema, oportuno é o magistério dos processualistas Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

“A boa-fé pode ser reconduzida à segurança jurídica, na medida em que é possível reduzi-la dogmaticamente à necessidade de proteção à confiança legítima – que constitui um dos elementos do princípio da segurança jurídica – e de prevalência da materialidade no tráfego jurídico. (...). O **venire contra factum proprium** revela a proibição de comportamento contraditório. Traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente. Age contraditoriamente quem, dentro do mesmo processo, frustra a confiança de um de seus participantes.” (in Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 99)

Também a jurisprudência repudia referida conduta contraditória, senão vejamos:

“Apelação cível. Ação de obrigação de fazer. Plano de saúde. Inadimplência. Resolução unilateral. Comportamento contraditório. Vedação. 1. A inadimplência por um período de 60 (sessenta) dias, consecutivos ou não, constitui causa para a rescisão do contrato de prestação de serviço de saúde, desde que o ato seja precedido da notificação ao beneficiário. 2. A notificação da operadora de plano de saúde enviada para o endereço informado pelo beneficiário, no caso de inadimplemento, é válida, ainda que recebida por terceiro. 3. A continuidade na emissão de faturas e o recebimento de parcelas do plano contratual após o inadimplemento consubstancia comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), eis que cria falsa expectativa de continuidade do pacto; justificando, portanto, o restabelecimento do contrato. Honorários recursais. 4. Desprovido o recurso, majorar-se-á a verba honorária anteriormente arbitrada (art. 85, §11, CPC/2015). Apelação cível conhecida e desprovida.” (TJGO, Apelação (CPC) 5232375-73.2018.8.09.0051, Rel. Nelma Branco Ferreira Perilo, 4ª Câmara Cível, julgado em 13.04.2020, DJe de 13.04.2020). (grifo não constante do original).

“Apelação cível. Ação de rescisão contratual c/c restituição de importâncias pagas e danos morais. Direito do consumidor. Veículo novo. Diversos defeitos apresentados. Último reparo pela montadora fora do prazo de 30 dias (Art. 18, § 1, CDC). Culpa do consumidor. Proibição do **venire contra factum proprium**. Restituição de importâncias pagas. Uso do veículo por período razoável de tempo. Valor de mercado (tabela FIPE). Dano moral configurado. Correção monetária e juros moratórios. 1. O caso deve ser analisado à luz do princípio da boa-fé objetiva que orienta os contratos civis, aplicando-se o instituto da proibição do *venire contra factum proprium*, que visa proteger a parte contra aquele que deseja exercer um direito em contradição com um comportamento assumido anteriormente. Assim, reparando a montadora do veículo os defeitos apurados, mediante prévia vistoria técnica pelo seu pessoal, não cabe ela posteriormente alegar culpa do consumidor pelos vícios sanados, mormente não terem sido apurados administrativamente. 2. Na hipótese em que a própria insurgente reconhece os diversos defeitos veiculares descritos na inaugural, e que o último apurado foi solucionado em prazo superior a 30 (trinta) dias, devido é a incidência inequívoca do § 1º do art. 18 do Código de Defesa do Consumidor, sobretudo incontroverso o desinteresse do demandante em pactuar prazo distinto com as fornecedoras, em razão do ajuizamento da lide. 3. Evidenciada a relação jurídica amparada pelo Código de Defesa do Consumidor, que prevê a responsabilidade dos fornecedores pelos vícios de inadequação dos produtos colocados no mercado, cabível ao consumidor exigir apenas a restituição parcial da quantia paga, à base do valor de mercado do veículo (tabela FIPE) ao tempo do último defeito apurado, sob pena de enriquecimento ilícito, diante do uso do veículo por período razoável de tempo. 4. O grave vício do produto, repetidas vezes ocorrido em curto espaço de tempo, e a incompetência das rés em solucioná-lo, expondo o consumidor a sucessivas situações de indignação e desassossego, ensejam a condenação ao pagamento de indenização por danos morais, principalmente em se tratando de veículo adquirido 0Km (zero quilômetro).

Precedentes desta Corte de Justiça. 5. Em atenção às peculiaridades do caso concreto, levando-se em consideração os critérios balizadores supra citados, bem como a média jurisprudencial, tenho que é razoável e proporcional o quantum condenatório fixado na origem de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). 6. Os juros moratórios das condenações devem incidir a partir da citação (art. 405, CC/02), haja vista a relação contratual entre os litigantes, enquanto que a correção monetária da restituição de importâncias pagas da compra e venda rescindida, e os danos morais do seu arbitramento (Súmula nº 362/STJ). Precedentes deste egrégio Sodalício. 7. Apelação cível conhecida e parcialmente provida.” (TJGO, Apelação 0063826-63.2014.8.09.0137, Rel. Elizabeth Maria da Silva, 4ª Câmara Cível, julgado em 14.02.2020, DJe de 14.02.2020) (grifei).

Assim sendo, a total isenção da multa contratual em comento, bem como a rescisão do contrato por exclusiva culpa do loteador não é possível, sob o tardio argumento de atraso na entrega da obra. Por outro lado, observo que no contrato vem acordada uma multa de 10% sobre o atualizado valor total do contrato, senão vejamos:

“Da cláusula penal compensatória

Cláusula décima sexta – Por entendimento prévio entre as partes contratantes, fica ajustado que em caso de desistência, cancelamento ou rescisão deste contrato de compromisso de compra e venda, motivada pelo (a) Promissário (a) Comprador (a), será cobrada deste (a), multa equivalente a 10% (dez por cento) do valor atualizado do(s) presente instrumento.” (mov.01).

Todavia, a despeito que, em situação anterior, me posicionei pela retenção da multa contratual, em favor da construtora, num percentual de 10% (dez por cento) sobre as parcelas efetivamente quitadas, conforme também decidido na sentença apelada, observo que nesse caso a situação será diferenciada por dois motivos.

A primeira motivação é que naquele outro processo, a parte autora sequer havia adquirido o imóvel da empresa construtora. O recebera por compra havida do originário comprador. Ali restou manifesta a má-fé de quem já adquirindo um imóvel em atraso quanto à entrega e anuindo com todas as condições contratuais, viesse, após anos, alegar que a rescisão pretendida derivava do referido atraso. Naquele caso, a ponderação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade não autorizavam uma rígida exceção à regra contratual estabelecida.

Na situação concreta em exame, embora a autora também não tenha direito em alegar que a rescisão derive do referido atraso, conforme já explicitado, uma percutiente análise da questão demonstra que o referido percentual e incidência, não devem ser mantidos nos moldes contratados, uma vez que isso resultará em exagerado ônus à parte, tendo em vista a circunstância dos autos.

De fato, trata-se de relação consumerista e, observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, notadamente em contratos de valores expressivos, essa pactuação poderia gerar exagerada desvantagem ao loteador, se revelando abusiva, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, que assim dispõe:

“Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:



I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos.

Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;

III - transfiram responsabilidades a terceiros;

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;”

Como as empresas apelantes também fizeram em seu apelo um pedido subsidiário, no sentido de que, em caso de não acolhida a sua pretensão recursal primeira (de que os 10% fossem calculados sobre o valor total do contrato atualizado) fosse então aplicado o percentual de 20% (vinte por cento), sobre o valor das parcelas pagas, entendo por bem acolher este pedido, vez que me parece mais razoável.

De fato, a incidência do percentual de 10% a 25% (vinte e cinco por cento) sobre as parcelas quitadas ocorre nos casos em que a rescisão tenha ocorrido por injustificado ato unilateral do comprador. Por oportuno, transcrevo o julgado proferido no Superior Tribunal de Justiça, em seguida:

“Recurso especial. Ação de rescisão de contrato de promessa de compra e venda de imóvel. Contrato anterior à Lei 13.786/2018. Incorporação imobiliária. Desistência imotivada do promissário comprador. Restituição parcial. Devolução ao promissário comprador dos valores pagos com a retenção de 25% por parte da vendedora. Juros de mora. Termo inicial. Trânsito em julgado. Precedente firmado em julgamento de recurso repetitivo. 1. Apesar do caráter originalmente irrevogável da compra e venda no âmbito da incorporação imobiliária (Lei 4.591/1964, art. 32, §2º), a jurisprudência do STJ, anterior à Lei 13.786/2018, de há muito já reconhecia, à luz do Código de Defesa do Consumidor, o direito potestativo do consumidor de promover ação a fim de rescindir o contrato e receber, de forma imediata e em pagamento único, a restituição dos valores pagos, assegurado ao vendedor sem culpa pelo dano, de outro lado, o direito de reter parcela do montante (Súmula 543/STJ). 2. Hipótese em que, ausente qualquer peculiaridade, na apreciação da razoabilidade da cláusula penal estabelecida em contrato anterior à Lei 13.786/2018, deve prevalecer o parâmetro estabelecido pela Segunda Seção no julgamento dos EAg 1.138.183/PE, DJe 4.10.2012, sob a relatoria para o acórdão do Ministro Sidnei Beneti, a saber o percentual de retenção de 25% (vinte e cinco por cento) dos valores pagos pelos adquirentes, reiteradamente afirmado por esta Corte como adequado para indenizar o construtor das despesas gerais e desestimular o rompimento unilateral do contrato. Tal percentual tem caráter indenizatório e cominatório, não havendo diferença, para tal fim, entre a utilização ou não do bem, prescindindo também da demonstração individualizada das despesas gerais tidas pela incorporadora com o empreendimento. 3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, firmada pela Segunda Seção em julgamento submetido ao rito dos recursos repetitivos, 'nos compromissos de compra e venda de unidades imobiliárias anteriores à Lei nº 13.786/2018, em que é pleiteada a

resolução do contrato por iniciativa do promitente comprador de forma diversa da cláusula penal convencionada, os juros de mora incidem a partir do trânsito em julgado da decisão” (REsp 1.740.911/DF, Dje 22.8.2019). 4. Recurso especial parcialmente provido). (destaquei).

A despeito de que, no caso em exame já exista cláusula específica, fixando a restituição das parcelas à compradora, mas com a retenção de 10% sobre o montante do contrato, conforme já dito, por outro lado não existem motivos para a manutenção de referida disposição contratual, por abusiva.

Assim sendo deve ser admitido o pleito recursal no sentido de que essa retenção, que foi estabelecida no importe de 10% (dez por cento) sobre o valor adimplido, no juízo de primeiro grau, seja impingida à parte compradora/apelada, no percentual de 20%, mas não sobre o montante do contrato, em respeito ao princípio da boa-fé objetiva, que deve ser observado em todas as estipulações negociais, inclusive, nas respectivas resilições e por se apresentar mais proporcional e razoável, pelas particularidades da demanda.

Observo, quanto ao ponto em análise, que o valor de 20% (dez por cento) sobre o montante adimplido também se apresenta mais adequada para fazer frente as gastos diversos suportados pelas administradoras do empreendimento, quanto à publicidade, manutenção, segurança, vigilância, bem como as novas despesas para colocar o imóvel no mercado, inclusive pagamento de impostos pelas novas entabulações negociais e gastos com propaganda.

Coaduna com esse entendimento, o julgado proferido neste Tribunal de Justiça, senão vejamos:

“Apelação cível. Ação de rescisão de contrato. Compra e venda de imóvel (lote). Desistência do promitente comprador. Demora na manifestação de rescisão. Prejuízos à ré. Valor de retenção majorado. Cláusula penal cumulada com arras ou sinal. Ilegalidade. Indenização por fruição lote. Impossibilidade. Honorários de sucumbência. Proveito econômico mensurável. Modificação da base de cálculo. 1. Segundo o STJ, nos casos de resolução do compromisso de compra e venda por culpa do promitente comprador, é lícito ao vendedor reter entre 10% e 25% dos valores pagos. Levando-se em consideração que se passaram quase 04 (quatro) entre a assinatura do pacto e a manifestação da vontade de rescisão, ficando o bem indisponível para a empresa apelante por um longo período de tempo, mostra-se justa a retenção de 20% (vinte e cinco por cento) dos valores pagos pelo adquirente. 2. Consoante entendimento jurisprudencial, inoportável a cumulação de arras e multa contratual, sob pena de configurar **bis in idem**. 3. A indenização pela fruição do imóvel depende da demonstração do proveito econômico obtido pelo devedor após ter se tornado inadimplente. Inexistindo nos autos qualquer comprovação do proveito econômico obtido pela apelada ou o prejuízo financeiro sofrido pela apelante em razão da privação do exercício de sua posse, mormente se levado em consideração que se trata de imóvel não edificado, não prospera a pretensão recursal. 4. O artigo 85, § 2º, do CPC, apresenta uma ordem de preferência quanto ao parâmetro a ser utilizado para fixação dos honorários de sucumbência. Em primeiro lugar, deve ser utilizado o valor da condenação. Em segundo, o critério será o do proveito econômico alcançado com a ação. E, em terceiro, quando não for possível mensurar o proveito econômico, deve ser considerado o valor atualizado da causa como balizador dos

honorários. Se a condenação em honorários levou em conta o valor da causa, enquanto que era possível mensurar o proveito econômico obtido pelas partes, motivo porque impõe-se modificar a base de cálculo estabelecida na sentença, ficando a verba honorária arbitrada em 20% do proveito econômico obtido pelas partes. Apelação Cível parcialmente provida. Recurso adesivo provido.” (TJGO, Apelação (CPC) 5582994-20.2018.8.09.0087, Rel. Sival Guerra Pires, 2ª Câmara Cível, julgado em 13.03.2020, DJe de 13.03.2020).

Por outro lado, não entendo que devem se reverter em favor da empresa apelante/empreendedora, o valor pago a título de arras, uma vez que o contrato nada estabelece a respeito, e porque, ainda que assim não fosse, uma vez já incidente a cláusula penal, isso significaria um indesejado **bis in idem**, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que trago à colação:

“Direito civil e processual civil. Recurso especial. Ação de resolução de promessa de compra e venda de imóvel c/c pedido de revisão de cláusulas contratuais. (...) arras. Natureza indenizatória. Cumulação. Inadmissibilidade. (...) Evidenciada a natureza indenizatória das arras na hipótese de inexecução do contrato, revelasse inadmissível a sua cumulação com a cláusula penal compensatória, sob pena de violação do princípio do **non bis in idem** (proibição da dupla condenação a mesmo título). 8. Se previstas cumulativamente, deve prevalecer a pena de perda das arras, as quais, por força do disposto no art. 419 do CC, valem como “taxa mínima” de indenização pela inexecução do contrato. (...)” (STJ, REsp 1617652/DF, Relª. Minª. Nancy Andrichi, 3ª Turma, DJe 29.09.2017).

Também não deve ser acolhida a pretensão da empresa apelante em restituir, de forma parcelada, os referidos valores pagos pela adquirente apelada, uma vez que isso redundaria no seu enriquecimento ilícito. Acorde com este entendimento, trago à colação o seguinte julgado:

“Embargos de declaração na apelação cível. Ação de rescisão contratual. Ausência dos requisitos do artigo 1.022 CPC/2015. Contrato de compra e venda de imóvel. Atraso na entrega de obras de infraestrutura. Inadimplemento contratual da vendedora. Restituição dos valores pagos em parcela única. Prequestionamento. Artigo 1.025 do CPC/2015. 1. Nos termos do artigo 1.022 do Código de Processo Civil/2015, os embargos de declaração se destinam à busca do aperfeiçoamento do ato judicial viciado por obscuridade, contradição, omissão, ou erro material, sobre o qual deva pronunciar-se o competente órgão julgador. 2. Os Embargos de Declaração não comportam rediscussão da matéria já decidida. 3. No caso de rescisão de contrato de compra e venda de imóvel, a restituição dos valores pagos, deve ser feita de uma só vez, pois a pretensão de que se faça de forma parcelada induz ao enriquecimento ilícito do promitente vendedor. 4. Em relação ao prequestionamento, de acordo com o artigo 1.025 do Código de Processo Civil/2015, a simples oposição dos Embargos Declaratórios é suficiente para preencher o requisito do prequestionamento, independentemente do êxito do recurso. Embargos de declaração conhecidos e rejeitados.” (TJGO, Apelação 0040734-21.2016.8.09.0029, Rel. Francisco Vildon Jose Valente, 5ª Câmara Cível, julgado em 01.06.2020, DJe de 01.06.2020)

Do mesmo modo, entendo que não deve merecer guarida a pretensão da empresa apelante quanto à inversão dos ônus sucumbenciais, uma vez que a parte autora sagrou-se vitoriosa em parte de seus pedidos, mas num patamar não tão inferior ao atingido pelas pretensões da empresa requeridas/recorrentes, senão vejamos os requerimentos feitos na petição inicial:

“Diante do exposto, a Autora Requer: a) Primeiramente, requer que sejam concedidos os benefícios da Assistência Gratuita (...) d) Declarar a nulidade das cláusulas abusivas que regem as condições resolutivas do contrato, nos termos defendidos especificadamente nos tópicos; e) Determinar a restituição integral e em parcela única, do valor pago pela compra do imóvel bem como a entrada, no montante de R\$25.855,83 (vinte e cinco mil trezentos e cinquenta e cinco reais e oitenta e três centavos), a ser devidamente corrigido monetariamente pelo INCP/IBGE, acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, na forma de lei; f) Que seja julgado procedente o pedido de reversão da cláusula penal compensatória em benefício do Requerido no valor de R\$2.585,58 (dois mil quinhentos e oitenta e cinco reais e cinquenta e oito reais) ou que se a penalidade recair somente na Requerente querendo redução da cláusula penal compensatória para o montante de 10% sob os valores pagos até então pelo mesmo, condenando as Rés a devolução do remanescente, corrigido monetariamente a partir de cada desembolso, em parcela única”

Dessarte, não houve sucumbência mínima da parte autora, uma vez que ela obteve a resolução contrato, ficou isenta do pagamento das arras, teve os valores devolvidos de forma imediata, e não parceladamente, como pretendiam as recorrentes.

Não incidente, portanto, a regra processual que dispõe:

“Art. 86. Se cada litigante for, em parte, vencedor e vencido, serão proporcionalmente distribuídas entre eles as despesas.

Parágrafo único. Se um litigante sucumbir em parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e pelos honorários.” (destaquei);

Entretanto, quanto a um último aspecto o recurso deve ser provido, porque assiste razão à empresa recorrente, quando repudia a condenação efetuada na sentença, sobre o valor da causa.

Na verdade, o valor da condenação, nesse caso, pode ser facilmente mensurado, e por isso, deve incidir sobre o proveito econômico obtido na demanda, conforme preconiza a lei processual civil, senão vejamos:

“Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

§ 2.º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos: (...)”.

Em interpretação ao referido dispositivo legal, o Superior Tribunal de Justiça tem assentado o seguinte:

“Agravo interno no agravo em recurso especial. Processual civil. Honorários. Critério de fixação. Ordem de preferência. Regra geral. Valor da condenação. Condenação de pequena monta. Aplicabilidade desse entendimento. Acórdão recorrido em consonância com a jurisprudência do STJ. Súmula 83/STJ. Agravo desprovido. 1. Segundo a jurisprudência desta

Casa, os critérios para arbitramento dos honorários advocatícios de sucumbência, com fundamento no CPC/2015, obedecem a uma ordem de vocação, ou seja, uma ordem de preferência, nos termos definidos no REsp nº 1.746.072/PR, Segunda Seção, relatora a Ministra Nancy Andrighi, sendo relator para acórdão o Ministro Raul Araújo, DJe 29.03.2019, qual seja: "(I) primeiro, quando houver condenação, devem ser fixados entre 10% e 20% sobre o montante desta (art. 85, § 2º); (II) segundo, não havendo condenação, serão também fixados entre 10% e 20%, das seguintes bases de cálculo: (II.a) sobre o proveito econômico obtido pelo vencedor (art. 85, § 2º); ou (II.b) não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, sobre o valor atualizado da causa (art. 85, § 2º); por fim, (III) havendo ou não condenação, nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou em que o valor da causa for muito baixo, deverão, só então, ser fixados por apreciação equitativa (art. 85, § 8º)". 2. Agravo interno desprovido." (AgInt no AREsp 1528359/RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 14.10.2019, DJe 22.10.2019).

Em suma, a sentença deve ser parcialmente reformada e foram dois os pontos acolhidos no apelo: o percentual da multa contratual, que passou para 20% sobre as parcelas adimplidas e a incidência dos ônus sucumbenciais, que devem ser voltados sobre o proveito econômico obtido.

Desta feita, dou parcial provimento ao recurso interposto pelas requeridas, as empresas SPE Residencial Beira Rio Segunda Etapa Ltda e Lírios do Campo Empreendimentos Imobiliários Ltda para impingir à parte compradora/apelada a multa contratual pela rescisão do contrato, no importe de 20% (vinte por cento) por cento sobre o valor já adimplido, bem como para estabelecer os ônus da condenação no mesmo percentual e repartição impingida na sentença, mas sobre o valor do proveito econômico obtido.

É o voto.

Goiânia, 13 de agosto de 2020.

Des. Carlos Escher – Relator

Apelação Cível nº 5564441.54.2018.8.09.0141

Comarca de Goiânia

4ª Câmara Cível

Apelante: Nilva Helena Teixeira

Apelados: Câmara Municipal de Palmelo e Outro

Relator: Des. Diác. Delintro Belo de Almeida Filho

**EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. INTIMAÇÃO. NULIDADE ARGUIDA. PRECLUSÃO. VEREADOR. CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO. SUSPENSÃO DOS DIREITOS

POLÍTICOS. PERDA DO CARGO. SUPLENTE. POSSE. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO LIMINAR. PREJUDICIALIDADE.

**I** - Compete a parte alegar a ausência/nulidade de intimação como preliminar do próprio ato que competia praticar, sob pena de preclusa o.

**II** - A sentença penal condenatória transitada em julgado proferida contra Vereador, ao ensejar a suspensão o dos seus direitos políticos, importa na perda do mandato eletivo por ele ocupado.

**III** - Uma vez que a perda do mandato na o se subordina ao período de suspensão o dos direitos políticos, o cumprimento da pena ou a extinção da punibilidade na o autoriza restabelece o mandato perecido, havendo, em tal caso, direito líquido e certo do Suplente de ocupar o cargo vago, com percepção dos respectivos subsídios desde a impetração.

**IV** - O julgamento do me rito da Apelação Cível importa na prejudicialidade do Agravo Interno interposto contra a decisão antecipatória.

APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E PROVIDA.

AGRAVO INTERNO PREJUDICADO.

SENTENÇA REFORMADA.

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Cível nº 5564441.54.2018.8.09.0141 da comarca de Goiânia, em que figuram como Apelante Nilva Helena Teixeira, como Apelados Câmara Municipal de Palmelo e Adão Teixeira Mendonça.

Acorda o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, pela Quinta Turma Julgadora de sua Quarta Câmara Cível, a unanimidade de votos, em conhecer da apelação cível e dar-lhe provimento, julgando prejudicado o agravo interno, tudo nos termos do voto do Relator.

Presidiu a sessão o de julgamento a Excelentíssima Senhora Desembargadora Beatriz Figueiredo Franco.

Votaram, acompanhando o Relator, Excelentíssimo Senhor Desembargador Dia c. Delintro Belo de Almeida Filho, a Excelentíssima Senhora Desembargadora Beatriz Figueiredo Franco e a Excelentíssima Senhora Desembargadora Nelma Branco Ferreira Perilo.

Esteve presente o(a) representante da Procuradoria-Geral de Justiça.

Goiânia,

Des. Diác. Delintro Belo de Almeida Filho – Relator

(documento datado e assinado eletronicamente)

## VOTO

Trata-se de apelação cível interposta por Nilva Helena Teixeira nos autos do mandado de segurança impetrado em desfavor do Presidente da Câmara Municipal de Palmelo e de Adão Pereira Mendonça, contra sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da Vara das Fazendas Públicas da comarca de Santa Cruz de Goiás, Dr. Nivaldo Mendes Pereira, que denegou a segurança, nos seguintes termos, **verbis**:

“(...) Assim, caracterizada esta a perda do objeto, na o havendo mais que se falar em direito líquido e certo da Impetrante, uma vez que a pretensa o deduzida no **mandamus** restou fulminada pelo cumprimento da pena que cessou imediatamente o efeito da suspensão o dos direitos políticos do vereador titular, consubstanciando, assim, a denegação da segurança.

Ante tais considerações, face a perda do objeto da pretensa o processual da Impetrante, acolhendo a judicosa promoção ministerial, denego a segurança pleiteada e revogo a liminar concedida na decisão do evento 09 (...).”

Em suas razões recursais, pleiteia a Apelante a reforma da sentença, visando a concessão da segurança, afirmando para tanto, que: a) a suspensão o dos direitos políticos e efeito automático da sentença penal condenatória transitada em julgado e que a perda do mandato independe de deliberação legislativa; e b) o cumprimento da sanção penal na o importa em recondução ao cargo de vereador, o qual foi extinto em razão da suspensão o dos direitos políticos, por determinação do art. 15, inciso III, da CF/88, que é norma autoexecutável.

Intimados, os Impetrados/Apelados na o apresentaram contrarrazões.

O 1º Impetrado/Apelado interpôs Agravo Interno contra a decisão que deferiu a tutela antecipada recursal, alegando: a) violação ao contraditório/ampla defesa face a inexistência de intimação para apresentar contrarrazões a Apelação Cível e b) ausência de **fumus boni iuris**, porquanto a suspensão ou perda dos direitos políticos só vigem enquanto durarem os efeitos da condenação penal.

A Agravada apresentou contrarrazões ao Agravo Interno na mov. 159, refutando a alegação de nulidade do feito.

O órgão ministerial de cúpula opinou (mov. 164) pelo conhecimento e provimento da Apelação Cível, com vista à concessão da segurança.

### Admissibilidade

Presentes os pressupostos de admissibilidade, dentre os quais a legitimidade e interesse recursais, a regularidade formal, a tempestividade, o cabimento (CPC, art. 1.009) e o preparo, conheço da Apelação Cível, passando a análise do seu mérito.

### Arguição de nulidade

Em que pese a verificada prejudicialidade do Agravo Interno no caso, conforme razões adiante expostas, impõe-se a análise da matéria preliminar nele arguida relativa a violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa decorrente da alegada na o intimação da Câmara Municipal de Palmelo para oferecer contrarrazões a Apelação Cível, dada a sua cogência.

Pois bem. Em proe mio, impõe-se ressaltar que a arguição de nulidade por ausência/nulidade de intimação somente pode ser deduzida pela parte como preliminar do próprio ato que lhe incumbia praticar, sob pena de preclusa o em se tratando de autos eletrônicos, como o presente, na forma como determina o art. 272, § 8º, do CPC, **verbis**:

“Art. 272. Quando na o realizadas por meio eletro nico, consideram-se feitas as intimações pela publicação dos atos no órgão oficial.

(...)

§ 8º A parte arguira a nulidade da intimação em capítulo preliminar do próprio ato que lhe caiba praticar, o qual será tido por tempestivo se o vício for reconhecido.”

No caso, competiria ao órgão legislativo ter apresentado as contrarrazões a Apelação Cível, contendo, como capítulo preliminar, a arguição de nulidade.

Assim na o procedendo, porquanto arguida a nulidade em sede de Agravo Interno, preclusa se mostra a mate ria, conforme já decidiu o STJ, **verbis**:

“recurso especial. Direito civil e processual civil. CPC/2015. Alienação fiduciária. Busca e apreensão de automóvel. Alegação de nulidade do processo por ausência de intimação pessoal do defensor público sobre o retorno de carta precatória. Necessidade de antecipação do ato que seria praticado. Art. 272, § 8º, do CPC/2015. Concreção do princípio constitucional da duração razoável do processo. Preclusão da alegação de nulidade. Doutrina sobre o tema. negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Inovação recursal em apelação. Descabimento. Jurisprudência pacífica desta corte superior. 1. Recurso origina rio de açã o de busca e apreensão, ajuizada pelo rito do Decreto-Lei 911/1969, julgada procedente em primeiro e segundo graus de jurisdição. 2. Alegação de nulidade do processo em virtude da ausência de intimação pessoal do defensor público acerca do retorno da carta precató ria destinada a avaliação do veículo. 3. Nos termos do art. 272, § 8º, do CPC/2015: "A parte arguira a nulidade da intimação em capítulo preliminar do próprio ato que lhe caiba praticar, o qual será tido por tempestivo se o vício for reconhecido". 5. Norma que da concreção ao princípio constitucional da duração razoável do processo, evitando retrocesso da marcha processual para devolução de prazo. 6. Limitação da possibilidade de anulação do processo para devolução de prazo processual apenas a hipótese de inviabilidade de acesso aos autos pela parte prejudicada (cf. art. 272, § 9º, do CPC/015), circunstância que na o ocorreu no caso dos autos. 4. Caso concreto que a parte interessada limitou-se a alegar a nulidade do processo nas razões da apelação, abstendo-se de já antecipar o ato processual que pretendia praticar, caso a intimação tivesse sido válida. 5. Preclusão da alegação de nulidade do processo no caso concreto, em virtude da inobservância da regra do art. 272, § 8º do CPC/2015. 7. Inocorrência de negativa de prestação jurisdicional acerca da alegação de abusividade de cláusulas contratuais, tendo em vista a arguição gene rica na contestação. 8. Inviabilidade de se sanar o vício da alegação gene rica nas razões da apelação, em virtude da proibição de inovação recursal. 9. Jurisprudência pacífica desta Corte Superior. 10. Recurso especial desprovido, com majoração de honora rios.” (STJ. 3ª Turma. REsp 1810925 / MG. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. DJe 15.10.2019). (grifei)



Mesmo em se abstraindo a preclusa o verificada, de perfunctória análise do histórico processual, constato que tanto a Câmara Municipal de Palmelo, quanto Ada o Pereira Mendonça foram intimados para apresentar contrarrazões a Apelação Cível, conforme se verifica das movs. 114 e 115, em cumprimento ao despacho contido na mov. 113 e nas movs. 124 a 128.

A certidão em sentido contra rio colacionada pelo Agravante nas razões do Agravo Interno, sequer faz menção ao nu mero processo do qual se refere, na o constituindo, portanto, prova acerca do alegado.

Sendo assim, seja em face da preclusa o, seja em razão da própria inexistência de vício, rejeito a arguição de nulidade.

Perda do mandato

Conforme se depreende dos autos, o Apelado Ada o Pereira Mendonça, eleito Vereador em 2016, fora condenado (Ação Penal nº 127160-25.2015.8.09.0141–201501271606) por sentença transitada em julgado em 20.04.2018, apo s julgamento de Apelação Criminal, a pena de 3 (três) meses de detença o em regime aberto.

Dispo e o art. 55, inciso IV, da CF/88, abaixo transcrito, que a suspensão o dos direitos políticos acarreta a perda do mandato do Senador ou Deputado, **verbis**:

“Art. 55. Perdera o mandato o Deputado ou Senador:

(...)

IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;”

Tal disposição magna se aplica, pelo princípio da simetria, aos Vereadores, conforme inclusive dispo e expressamente o art. 64, inciso IV, da Lei Orgânica do Município de Palmelo-GO (mov. 1, doc. 12), **litteris**:

“Art. 64. Perdera o mandato de Vereador aquele:

(...)

IV - que perder ou tiver suspensos seus direitos políticos;”

4.3. Diversamente do caso dos Senadores e Deputados, cuja perda do mandato em tal hipótese depende de deliberação da respectiva Casa Legislativa (CF/88, art. 55, § 2º), a perda do cargo do Vereador na o depende de deliberação parlamentar, conforme inclusive já decidiu o STF no longo julgamento da Aça o Penal nº 470.

4.3.1. No escolio de Alexandre de Moraes:

“Todos os sentenciados que sofrerem condenação criminal com trânsito em julgado estarão com seus direitos políticos suspensos até que ocorra a extinção da punibilidade, como consequência automática e inafastável da sentença condenatória.

(...)

O art. 15, inciso III, da Constituição Federal e autoaplicável, sendo consequência direta e imediata da decisão condenatória transitada em julgado, na o havendo necessidade de manifestação expressa a respeito de sua incidência na decisão condenatória e prescindindo-se de quaisquer formalidades.

(...)

O disposto no art. 15, inciso III, da Constituição Federal, ao referir-se ao termo “condenação criminal transitada em julgado” na o distingue quanto ao tipo de infração penal cometida, abrangendo na o só aquelas decorrentes da pra tica de crimes dolosos ou culposos, mas também as decorrentes de contravenção penal, independentemente da aplicação de pena privativa de liberdade, pois a ratio do citado dispositivo e permitir que os cargos públicos eletivos sejam reservados somente para os cidadãos insuspeitos, preservando-se a dignidade da representação democrática.

Lembre-mo-nos que, como regra geral, a privação dos direitos políticos, inclusive na hipótese de condenação criminal transitada em julgado enquanto durarem seus efeitos, engloba a perda do mandato eletivo, determinando, portanto, imediata cessação de seu exercício.

Porém, os parlamentares federais no exercício do mandato que forem condenados criminalmente incidem na hipótese do art. 55, inciso VI e § 2º, da CF, na o perdendo automaticamente o mandato, mas não podendo disputar novas eleições enquanto durarem os efeitos da decisão condenatória. Isso ocorre pois a própria Constituição Federal estabelece que perdera o mandato o Deputado ou Senador que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado, sendo que a perda será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

(...)

Diversa, porém, e a hipótese em relação aos parlamentares municipais ou detentores de mandatos no âmbito do Poder Executivo, uma vez que a Constituição Federal na o os excepcionou da total incidência do referido inciso III, do art. 15, na o havendo, portanto, em relação aos vereadores, presidente, governadores e prefeitos, o que justifique o afastamento da regra geral aplicável na hipótese de suspensão o dos direitos políticos, qual seja, imediata cessação do exercício do mandato. Dessa forma, uma vez transitada em julgado a sentença condenatória por infração penal praticada por detentor de mandato eletivo, serão remetidas certidões a Justiça Eleitoral, que as encaminhara ao Juiz Eleitoral competente, que oficiara no caso de tratar-se de parlamentares o Presidente da respectiva Casa Legislativa, para que declare a extinção do mandato e, conseqüentemente, efetive o preenchimento da vaga. Trata-se de ato vinculado do Poder Legislativo municipal que devera , obrigatoriamente, aplicar a efeitos decorrentes do art. 15, inciso III, da Constituição Federal, independentemente de qualquer deliberação política. (in Direito Constitucional. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017).

4.4. Pois bem. Conforme pontificou o ilustre magistrado **a quo** em sua sentença, a perda ou suspensão o dos direitos políticos efetivamente subsistem somente enquanto perdurarem os efeitos da sentença penal condenatória transitada em julgado.

4.4.1. Alia s, o art. 15, inciso III, da CF/88 e o disposto na Súmula 09/TSE, abaixo transcritos, são de redação cristalina, na o havendo dúvidas a respeito, **verbis**:

CF/88:

“Art. 15. E vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

(...)

III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;”

Súmula 09/TSE:

“A suspensão de direitos políticos decorrente de condenação criminal transitada em julgado cessa com o cumprimento ou a extinção da pena, independentemente de reabilitação ou de prova de reparação dos danos.”

Entretanto, não há confundir a retomada dos direitos políticos suspensos, após o cumprimento da pena, com a recuperação do cargo perdido, ponto este que a r. sentença recorrida não observou.

Compatibilizando o disposto no art. 15, inciso III com o art. 55, inciso IV, ambos da Carta Magna, chega-se a conclusão de que, com o cumprimento da sentença penal condenatória, o edil recupera os direitos políticos suspensos, podendo se candidatar a novo mandato, mas não reassumir o mandato anterior já periclitado.

Nesse sentido, já se manifestou o Plenário da Corte Suprema, **verbis**:

“Questão de ordem na ação penal. Constitucional. Perda de mandato parlamentar. Suspensão e perda dos direitos políticos. 1. A perda do mandato parlamentar, no caso em pauta, deriva do preceito constitucional que impõe a suspensão ou a cassação dos direitos políticos. 2. Questão de ordem resolvida no sentido de que, determinada a suspensão dos direitos políticos, a suspensão ou a perda do cargo são medidas decorrentes do julgado e imediatamente exequíveis após o trânsito em julgado da condenação criminal, sendo desimportante para a conclusão exercício ou não de cargo eletivo no momento do julgamento”. (STF. Pleno. AP 396 QO/RO. Rel. Min. Carmem Lúcia. DJe de 04.10.2013). (grifei)

A jurisprudência desta Corte igualmente inclina-se em tal sentido:

“Reexame necessário. Apelação cível. Mandado de segurança. Vereador. Condenação criminal transitada em julgado. Suspensão dos direitos políticos. Extinção do mandato. Efeito automático. Artigo 15, inciso III, da Constituição Federal de 1988. 1. Conforme assentado na doutrina pátria, transitada em julgado a sentença condenatória por infração penal praticada por detentor de mandato eletivo, deve o Presidente da respectiva casa legislativa declarar a extinção do mandato e, conseqüentemente, efetivar o preenchimento da vaga. 2. Nos termos do artigo 15, inciso III, da Constituição Federal de 1988, a condenação criminal implica na automática suspensão dos direitos políticos e, por conseguinte, na extinção do mandato do vereador, ainda que a pena já tenha sido cumprida. 3. Comunicada a suspensão dos direitos políticos do vereador por decisão judicial, não cabia outra conduta a autoridade coatora senão declarar a perda do mandato do parlamentar. 4. Apelação cível e remessa necessária conhecidas, mas desprovidas”. (TJGO. 4ª Câmara Cível. DGJ nº 0142625-82.2017.8.09.0148. Rel. Dr. Sebastião Luiz Fleury. DJ de 04.10.2018). (Grifei)

“(…) Nos termos do artigo 15, inciso III, da Constituição Federal de 1988, a condenação criminal implica na automática suspensão dos direitos políticos e, por conseguinte, na extinção do mandato eletivo. 4. Comunicada a suspensão dos direitos políticos do vereador,

em decorrência de condenação criminal já transitada em julgado, na o cabia outra conduta a autoridade coatora sena o declarar a perda do mandato do parlamentar, independentemente de prévia oitiva deste (...). (TJGO. 2ª Câmara Cível. AI nº 5429350-27.2018.8.09.0000. Rel. Des. Zacarias Neves Coelho. DJ de 04.09.2019).

Ora, o Litisconsorte Passivo necessário sofreu condenação criminal transitada em julgado, da qual decorreu a suspensão o dos seus direitos políticos, situação que determina a consequente perda do mandato exercido, na forma prevista pelo art. 55, inciso IV, da CF/88.

A perda do mandato por conseguinte, na o se encontra vinculado ao período de suspensão o dos direitos políticos, razão pela qual tem a Impetrante/Apelante, na qualidade de Suplente (mov. 1, doc. 9), direito líquido e certo de ser empossada no cargo de Vereadora por decorrência da vacância operada em desfavor do Litisconsorte Passivo/2º Apelado, com a percepção dos respectivos subsídios a partir da impetração.

Prejudicialidade do mérito do Agravo Interno

Compulsando os autos, verifico que o recurso de Agravo Interno interposto na mov. 150 insurge-se contra a decisão contida na mov. 143/152, que deferiu a tutela antecipada recursal.

Em face do julgamento do me rito da Apelação Cível, que e o recurso principal, a pretensa o de reforma da decisão antecipatória encontra-se inequivocamente prejudicada (RI TJGO, art. 195), ante a perda superveniente do seu objeto.

Neste sentido, colho arestos desta Corte, **verbis**:

“(...) O agravo interno interposto em face de decisão liminar perde seu objeto, restando prejudicado, quando da superveniência de voto meritório que sobrepõe-se a sumariedade da prelude, deixando esta de subsistir (...)”. (TJGO. 6ª Câmara Cível. AI nº 5126526-37.2019.8.09.0000. Rel. Des. Fausto Moreira Diniz. DJ de 20.09.2019).

“(...) Resta prejudicado, por perda de objeto, o exame de agravo interno interposto de decisão liminar proferida em agravo de instrumento, quando este último mostra-se apto ao julgamento de me rito pelo Colegiado (...)”. (TJGO. 2ª Câmara Cível. AI nº 5052293-69.2019.8.09.0000. Rel. Des. Zacarias Neves Coelho. DJ de 30.08.2019).

Desse modo, resta prejudicado o recurso de Agravo Interno interposto na mov. 150.

Distinguishing

Para fins do disposto no art. 489, § 1º, inciso VI, do CPC, ressalto que a presente decisão se apresenta em harmonia com a jurisprudência desta Corte e do STF, na o ofertando as partes precedentes de cara ter vinculante em sentido contra rio, mas sim meramente persuasivos.

Honorários recursais

Sendo incabível a fixação de honorários sucumbenciais no 1º Grau (art. 25 da Lei nº 12.016/09 e Súmula 105/STJ), não há falar em sua majoração.

Dispositivo

Ante o exposto, coadunando com o parecer da douda Procuradoria-Geral de Justiça, conheço da apelação cível e dou-lhe provimento para, em reforma da sentença, conceder a segurança postulada, determinando ao Impetrado/1º Apelado Presidente da Câmara Municipal de Palmelo-GO que proceda ao imediato empossamento da Impetrante/Apelante Nilva Helena Teixeira no cargo de

Vereador, decorrente de sua vacância pelo Litisconsorte Passivo/2º Apelado Ada o Pereira Mendonça, garantindo-lhe a percepção dos respectivos subsídios a partir da data da impetração, julgando, por conseguinte, prejudicado o agravo interno.

É como voto.

Goiânia,

Des. Diác. Delintro Belo de Almeida Filho - Relator

Documento datado e assinado eletronicamente

Apelação Cível nº 0004755.39.2010.8.09.0051

Comarca : Goiânia

Apelante : Wellington Sebastião Bueno Fernandes

Apelado : Metrobus Transporte Coletivo

Relator : Fábio Cristóvão de Campos Faria

Juiz Substituto em 2º Grau

**EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DEFICIENTE FÍSICO. ELIMINAÇÃO DO CANDIDATO NO EXAME MÉDICO. AVALIAÇÃO DE COMPATIBILIDADE ENTRE AS ATRIBUIÇÕES DO CARGO E A DEFICIÊNCIA DO CANDIDATO DEVE OCORRER DURANTE O ESTÁGIO PROBATÓRIO. DECRETO Nº 3.298/99. DIREITO LÍQUIDO E CERTO CONFIGURADO. RECURSO PROVIDO.

I - Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, onde o impetrante busca ter garantido o seu alegado direito de ingressar como empregado da parte apelada, como pessoa portadora de necessidades especiais, por meio de concurso público, sendo denegada a segurança vindicada pela magistrada primeva, por entender que não foi demonstrado o direito líquido e certo do impetrante, ensejando a interposição do presente recurso.

II – A Constituição Federal, em seu artigo 37, inciso VIII, e a legislação infraconstitucional, pela Lei 7.853/89, garantem a participação de deficientes físicos em concursos públicos, adotando, assim, ação afirmativa que visa conferir tratamento prioritário aos portadores de necessidades especiais, trazendo para a Administração a responsabilidade de promover a sua integração social.

III - No caso dos autos, o apelante, que é deficiente visual, inscreveu-se em

concurso público, nas vagas asseguradas aos deficientes físicos, para concorrer ao cargo de fiscal de transporte público, sendo aprovado na prova objetiva e na redação. Após, foi submetido a avaliação médica, que concluiu pela incompatibilidade entre as funções a serem desenvolvidas e a sua deficiência visual, sendo excluído da seleção.

**IV** - O exame acerca da compatibilidade no desempenho das atribuições do cargo deve ser realizado por equipe multiprofissional, durante o estágio probatório, assegurando condições necessárias para que a pessoa com deficiência possa exercer as suas atividades em conformidade com as limitações que apresenta.

**V** - Por isso, o exame médico admissional que atestou a incompatibilidade do exercício da função pelo recorrente, sem observar os parâmetros estabelecidos no § 1º do art. 43 do Decreto 3.298/99, não atende à determinação legal.

**VI** - Assim, necessário se faz dar provimento ao presente recurso, afastando o óbice apresentado pela impetrada, para assegurar a permanência do impetrante no concurso público, promovido pela Metrobus Transporte Coletivo, sem prejuízo da avaliação quanto à compatibilidade entre a deficiência e as atribuições do cargo durante o estágio probatório, por meio de equipe multidisciplinar, com amparo no § 2º do art. 43 do Decreto nº 3.298/99.

**VII** - Expoente compositor da música popular brasileira, expressou, com maestria, e linda poesia, acerca da importância do trabalho na vida de uma pessoa

“O homem se humilha

Se castram seu sonho

Seu sonho é sua vida

E vida é trabalho

E sem o seu trabalho

Um homem não tem honra

E sem a sua honra

Se morre, se mata” – Um homem também chora - Canção de Gonzaguinha.

APELO CONHECIDO E PROVIDO.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 0004755.39.2010 .8.09.0051 da Comarca de Goiânia, em que figura como apelante Wellington Sebastião Bueno Fernandes e como apelado Metrobus Transporte Coletivo.

Acordam os integrantes da 3ª Câmara Cível, à unanimidade de votos, em conhecer e prover a Apelação Cível, nos termos do voto do Relator.

A sessão foi presidida pelo Desembargador Itamar de Lima.

Votaram com o Relator, o Desembargador Gilberto Marques Filho e o Dr Ronnie Paes Sandre, em substituição ao Desembargador Ney Teles De Paula.

### VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso interposto.

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Wellington Sebastião Bueno Fernandes, contra sentença proferida pela juíza da 24ª Vara Cível de Goiânia, Dra. Iara Márcia Franzoni de Lima Costa, no mandado de segurança que move contra ato praticado pelo Diretor Presidente da Metrobus Transporte Coletivo.

Consoante relatado, o apelante ingressou com mandado de segurança, com pedido de liminar, para ter garantido o seu alegado direito de ingressar como empregado da parte apelada, como pessoa portadora de necessidades especiais, por meio de concurso público, sendo denegada a segurança vindicada pela magistrada primeva, por entender que não foi demonstrado o direito líquido e certo do impetrante, ensejando a interposição do presente recurso.

Em suas razões defende: a) ausência de parecer técnico, com os requisitos expressos no art. 6º da Lei Estadual nº 14.715/2004; b) obrigação da impetrada de adequar o servidor às tarefas necessárias, possibilitando que elas fossem realizadas dentro da melhor prática; c) quanto à solicitação de pedido administrativo junto à impetrada, diz que foi solicitado que se fizesse nova avaliação, mas não foi atendido, e, pela inafastabilidade da jurisdição, tal ato não deve ser exigido; d) defende que a avaliação deve ser realizada durante o período de experiência, por equipe multiprofissional, conforme assegurado no parágrafo 2º do artigo 43 do Decreto Federal nº 3.298/99 e também pelo item 1.8 do edital do concurso; e e) sustenta que o conjunto probatório carreado aos autos demonstra o direito líquido e certo do candidato à vaga do certame, pois diz que foi aprovado em prova objetiva e redação, e, após isto, teve liminar concedida neste **mandamus**, sendo convocado, o que entende ter sido considerado apto, restando apenas a posse e a contratação.

Intimada, a parte apelada apresentou suas contrarrazões, requerendo a manutenção da sentença proferida.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por sua vez, pugnou pelo conhecimento e provimento do recurso.

Pois bem.

A Constituição Federal, em seu artigo 37, inciso VIII, e a legislação infraconstitucional, pela lei 7.853/89, garantem a participação de deficientes físicos em concursos públicos, adotando, assim, ação afirmativa que visa conferir tratamento prioritário aos portadores de necessidades especiais, trazendo para a Administração a responsabilidade de promover a sua integração social.

No caso dos autos, o apelante, que é deficiente visual, inscreveu-se em concurso público, nas vagas asseguradas aos deficientes físicos, para concorrer ao cargo de fiscal de transporte público.

Após ser aprovado na prova objetiva e na redação, foi submetido a avaliação médica, que concluiu pela incompatibilidade entre as funções a serem desenvolvidas e a sua deficiência visual, sendo excluído da seleção.

Pela sentença proferida pela magistrada primeva, denota-se que a impetrante deixou de realizar impugnação específica sobre a avaliação junto à impetrada, para evidenciar a prova pré-constituída.

Também não fez constar pedido específico para que, por exemplo, fosse constituída nova equipe multiprofissional para reavaliar o seu quadro.

Contudo, tais argumentos não merecem prosperar.

A Lei nº 7.853/89 estabelece as regras gerais sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência e sua integração social, assim dispondo no art. 1º, § 2º, **verbis**:

Art. 1º. Ficam estabelecidas normas gerais que asseguram o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiências, e sua efetiva integração social, nos termos desta Lei.

(...)

§ 2º As normas desta Lei visam garantir às pessoas portadoras de deficiência as ações governamentais necessárias ao seu cumprimento e das demais disposições constitucionais e legais que lhes concernem, afastadas as discriminações e os preconceitos de qualquer espécie, e entendida a matéria como obrigação nacional a cargo do Poder Público e da sociedade.

Com isso, no texto legal, o Poder Público assume a responsabilidade de fazer valer a determinação constitucional de desenvolvimento de políticas públicas voltadas ao portador de deficiência física, bem como veda qualquer tipo de discriminação ou preconceito.

No campo da formação profissional e do trabalho, o art. 2º, parágrafo único, III, “c”, da referida norma, determina a promoção de ações eficazes que propiciem a inserção, nos setores públicos e privado, de pessoas portadoras de deficiência.

Assim, o Decreto nº 3.298/99, que vem regulamentar a Lei 7.853/89 e instituir a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, ao tratar de sua participação em concurso público, assim dispôs sobre a avaliação do candidato:

Art. 43. O órgão responsável pela realização do concurso terá a assistência de equipe multiprofissional composta de três profissionais capacitados e atuantes nas áreas das deficiências em questão, sendo um deles médico, e três profissionais integrantes da carreira almejada pelo candidato.

§ 1º A equipe multiprofissional emitirá parecer observando:

I – as informações prestadas pelo candidato no ato da inscrição;

II – a natureza das atribuições e tarefas essenciais do cargo ou da função a desempenhar;

III – a viabilidade das condições de acessibilidade e as adequações do ambiente de trabalho na execução das tarefas;

IV – a possibilidade de uso, pelo candidato, de equipamentos ou outros meios que habitualmente utilize; e



V – a CID e outros padrões reconhecidos nacional e internacionalmente.

§ 2º A equipe multiprofissional avaliará a compatibilidade entre as atribuições do cargo e a deficiência do candidato durante o estágio probatório.

Percebe-se, assim, que a regulamentação da norma, ao dispor sobre a inserção do deficiente por meio de concurso público, no mercado de trabalho, determinou que o exame acerca da compatibilidade no desempenho das atribuições do cargo seja realizado por equipe multiprofissional, durante o estágio probatório, assegurando condições necessárias para que possam exercer as suas atividades de conformidade com as limitações que apresentam.

Por isso, o exame médico admissional que atestou a incompatibilidade do exercício da função pelo recorrente, sem observar os parâmetros estabelecidos no § 1º do art. 43 do Decreto 3.298/99, não atende à determinação legal.

Noutra via, durante o período de experiência, o recorrente poderá demonstrar sua adaptação ao exercício do cargo, pois cumpre ao órgão empregador observar assiduidade, disciplina, capacidade de iniciativa, produtividade e responsabilidade do empregado, nos termos da Lei trabalhista.

Destaco as palavras do Procurador de Justiça, emitidas no parecer de evento 42:

“Nesta esteira, não é coerente que Wellington, que se enquadra como portador de deficiência pela própria legislação e concorreu à vaga de deficiente em concurso público, seja considerado incompatível para o exercício do cargo sem uma maior explanação dos motivos e sem um parecer técnico detalhado, especialmente quando se verifica que a deficiência que o acomete não é totalmente incapacitante e as atribuições de fiscal de transporte público são inúmeras, podendo o candidato ser realocado para o exercício de atividades compatíveis com suas deficiências.

Não se ignora a existência de previsão legal e editalícia concernente à avaliação do PNE antes do resultado final do certame, porém, tal fato não é suficiente para justificar a desclassificação do autor ora apelante, sob pena de deturpação dos preceitos constitucionais de inclusão que as normas protetoras dos direitos dos deficientes visam materializar.

É relevante destacar que o operador do direito, assim como o administrador, deve, acima de tudo, ter alta capacidade de interpretação, de olhar além e vislumbrar o caso despido de conceitos prévios, visando a realização da justiça. Em assim sendo, vislumbro que presente está o direito líquido e certo do recorrente, uma vez que a avaliação realizada ainda na fase do concurso não se prestou, **per se**, a atestar a sua incompatibilidade para o exercício do cargo, sendo ilegal o ato da administração que não o considerou qualificado para as vagas de portadores de deficiência, afrontando o art. 34, § 3º, da Lei nº 13.146/2015.”

Nesse sentido, a jurisprudência pátria, vejamos:

Candidato portador deficiência. Avaliação da compatibilidade entre as atribuições do cargo e a deficiência apresentada. 1. O artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, refere que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei. Portanto, durante o concurso público, a Administração

submete os candidatos a diversos requisitos (legais) a serem preenchidos. Uma vez obtida aprovação, o candidato é nomeado, circunstância que o habilita para a investidura no cargo público. 2. A impetrante prestou concurso público para o cargo de auxiliar de serviços gerais, tendo sido classificado em primeiro lugar para as vagas destinadas aos portadores de necessidades especiais. Foi considerada nula a Portaria de nomeação por incompatibilidade entre a deficiência apresentada e as atribuições do cargo pretendido. 3. Na hipótese, comprovado por prova documental a possibilidade de o servidor público realizar diversas atribuições do cargo para o qual prestou concurso público, existindo a impossibilidade de realizar outras. Inadequação do ato administrativo de nulidade do ato de posse do impetrante. Aplicação das regras e princípios que disciplinam o acesso ao trabalho das pessoas com deficiência. Precedentes. 4. A sentença que concedeu a segurança, caso dos autos, está sujeita à remessa necessária por força de previsão legal expressa no § 1º do artigo 14 da Lei nº 12.016/09. Apelo desprovido. Sentença mantida em remessa necessária. (Apelação/Remessa Necessária nº 70079417044, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 31.10.2019).

Avaliação de compatibilidade entre as atribuições do cargo e a deficiência do candidato deve ocorrer durante o estágio probatório. Decreto nº 3.298/99. Direito líquido e certo. Configurado.

1. O impetrante como portador de visão monocular tem o direito garantido de concorrer às vagas destinadas a deficientes físicos, a teor da Súmula 377 do STJ. 2. A exigência de compatibilidade entre a limitação do candidato e as atribuições do cargo pretendido não ofende o artigo 37, VIII, da Constituição Federal. 3. Entretanto, o artigo 43, § 2º, do Decreto Federal nº 3.298/99, que regulamenta a Lei Federal nº 7.853/89 (Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência), assegura ao candidato aprovado em vaga destinada aos portadores de deficiência, a avaliação de compatibilidade com o cargo durante o estágio probatório, mediante a avaliação de equipe multiprofissional. 4. Configurado o direito líquido e certo do impetrante para permanência no concurso, sem prejuízo da avaliação quanto à compatibilidade entre a deficiência e as atribuições do cargo durante o estágio probatório, por meio de equipe multidisciplinar. 5. Ordem concedida. (Apelação nº 0001062-90.2018.8.03.0000, Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá, Rel. Rommel Araújo, julgado em 04.07.2018)

Nesse sentido, o informativo nº 483 do Superior Tribunal de Justiça nos traz:

Quinta Turma

Concurso público. Médico. Trabalho. Portador. Deficiência. Mudez. Trata-se de REsp em que se discute o momento em que o candidato portador de deficiência física deve ser avaliado a respeito de sua capacidade em desenvolver as tarefas inerentes ao cargo público para o qual foi aprovado. In casu, o recorrente inscreveu-se em certame público nas vagas asseguradas aos deficientes físicos, para concorrer ao cargo de médico do trabalho. Aprovado na prova escrita, foi submetido a exame médico admissional que concluiu pela incompatibilidade entre as funções a serem desenvolvidas e a deficiência apresentada (mudez), sendo excluído do concurso. Inicialmente, ressaltou o Min. Relator, que a Lei nº 7.853/1989 estabelece as regras

gerais sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência e sua integração social. Assim, conforme o referido diploma legal, o poder público assume a responsabilidade de fazer valer a determinação constitucional de desenvolvimento de políticas públicas voltadas ao portador de deficiência física, bem como é vedado qualquer tipo de discriminação ou preconceito. Registrou, ainda, que o Dec. nº 3.298/1999 o qual regulamentou a mencionada lei, ao dispor sobre a inserção do deficiente na Administração Pública, determinou que o exame de compatibilidade no desempenho das atribuições do cargo seja realizado por equipe multiprofissional durante o estágio probatório. Isso porque o poder público deve assegurar aos deficientes condições necessárias previstas em lei e na Constituição Federal, para que possam exercer suas atividades conforme as limitações que apresentam. Desse modo, entendeu não atender à determinação legal a avaliação realizada em exame médico admissional que, de forma superficial, atestou a impossibilidade do exercício da função pública pelo recorrente, sem observar os parâmetros estabelecidos no § 1º do art. 43 do citado decreto. Ademais, no estágio probatório, o recorrente poderá demonstrar sua adaptação ao exercício do cargo, pois é nesse período que a Administração deve observar assiduidade, disciplina, capacidade de iniciativa, produtividade e responsabilidade do servidor nos termos do art. 20 da Lei nº 8.112/1990, além de avaliar, de forma concreta, a adaptação ao serviço e as qualidades do agente aprovado em concurso público, após a sua investidura em cargo de provimento efetivo. Diante disso, a Turma deu parcial provimento ao recurso para afastar o óbice apresentado pela Administração e assegurar ao recorrente a permanência no certame para o cargo de médico do trabalho. REsp 1.179.987-PR, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 13.09.2011.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para conceder a segurança pleiteada, afastando o óbice apresentado pela impetrada, a fim de assegurar a permanência do impetrante no concurso público, promovido pela Metrobus Transporte Coletivo, sem prejuízo da avaliação quanto à compatibilidade entre a deficiência e as atribuições do cargo durante o estágio probatório, por meio de equipe multidisciplinar, com amparo no § 2º do art. 43 do Decreto nº 3.298/99.

É o voto.

Documento datado e assinado em sistema próprio.

Fábio Cristóvão de Campos Faria

Juiz Substituto em 2º Grau – Relator

Apelação Cível nº 0458079.68.2015.8.09.0093

Comarca de Jataí

3ª Câmara Cível

Apelante : Jacó Gomes da Silva

Apelado : Igor Silva Oliveira

Relator : Des. Gerson Santana Cintra

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Cível nº 0458079.68.2015.8.09.0093, Comarca de Jataí.

Acordam os integrantes da 3ª Câmara Cível da terceira turma julgadora do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, à unanimidade de votos, em conhecer e desprover o apelo, nos termos do voto do Relator.

Votaram, além do Relator, o Des. Itamar de Lima e o Dr. Fábio Cristóvão de Campos Faria (Juiz Substituto em 2º Grau e respondente de cargo vago de Desembargador).

Presidiu a sessão o Des. Itamar de Lima.

Presente o ilustre Procurador de Justiça, Dr. Abraão Júnior Miranda Coelho.

Goiânia, 15 de junho de 2020.

Des. Gerson Santana Cintra - Relator

### VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade do apelo, dele conheço.

Conforme relato, cuida-se de Apelação Cível, contra a sentença prolatada pela MM. Juíza de Direito em auxílio na Comarca de Jataí, Sabrina Rampazzo de Oliveira, nestes autos da ação negatória de paternidade proposta por Jacó Gomes da Silva, ora apelante, visando a exclusão do registro civil de Igor Silva Oliveira, apelado, nascido em 19.09.2001, no tocante à filiação paterna.

Cito excerto da fundamentação e da parte dispositiva da sentença vergastada, **verbis**:

Pelo depoimento das partes, e aos olhos desta julgadora, resta evidenciada a relação de pai e filho existente entre as partes, até porque, durante mais ou menos 13 anos o réu teve o autor como figura paterna, inclusive com participação ativa em sua vida, mesmo que na infância (idade de até os 06 anos) o contato tenha sido mais constante, após esse período pai registral e filho mantiveram contato, fatos corroborados em audiência de instrução.

Ainda, Igor reconhece Jacó como pai, não obstante as alegações de que não se importaria com a retirada do nome paterno de seu registro de nascimento, o menor deixou claro o seu descontentamento com a opção escolhida pelo autor que conheceu e criou laços afetivos, esclarecendo que essa não seria sua vontade.

Inconcebível, pois, a admissibilidade da desconstituição do referido liame parental, que vai muito além de uma paternidade registral, estando atrelada ao amor e afeto oriundo da convivência entre eles.

Isto posto, inexistindo vício que macule o ato jurídico contestado, aliado a presença de relação socioafetiva entre as partes, julgo improcedente a pretensão apresentada por Jacó Gomes da Silva, reforçando sua qualidade de pai em face de Igor Silva Oliveira. De corolário, mantendo incólume o registro de nascimento do requerido, ao passo que rejeito o pedido de fls. 40, tendente a excluir o nome do menor do imóvel narrado nos autos.

No mais, condeno a parte autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes últimos fixados em R\$ 3.000,00 (três mil reais), com supedâneo no art. 85, § 8º do Código de Processo Civil, ressalvado o benefício da gratuidade da justiça.

Transitada em julgado, archive-se os presentes autos, com as baixas e cautelas de estilo.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Cinge-se o apelo às seguintes teses: a) da necessidade de observância do devido processo legal; b) que foi induzido a erro grosseiro ao registrar o apelado como seu filho, sendo aplicável as disposições do art. 1.604, do Código Civil; c) que inexistente relação socioafetiva a estribar o registro do assento de nascimento do recorrido.

1. Do devido processo legal:

A ação negatória de paternidade foi proposta com base na última parte do art. 1.604, do Código Civil e teve seu trâmite dentro das normas da legislação aplicável à espécie, tendo sido produzido amplos e variados elementos de prova, com estrita observância aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Superada, pois, a questão de âmbito preliminar.

2. Da alegação de indução a erro substancial:

Aduz o apelante que a mãe do apelado, Sra. Aparecida Craveiro de Oliveira, o induziu a erro substancial quando deixou de revelar a verdadeira paternidade do filho, ora apelado, situação que teria ocasionado o registro equivocado da filiação paterna.

O conjunto probatório dos autos demonstra que quando o apelante registrou civilmente a criança, hoje adolescente, o fez por ato espontâneo, desejado, sem qualquer imposição, coação ou constrangimento. Certamente, ao procedê-lo, o declarante passou a acolher a criança e a tratá-la como filho, mesmo considerando que a frequência das visitas tenham sido mais assíduas até quando ele completou 06 (seis) anos de idade. Corrobora a esta assertiva a doação do imóvel ao apelado, ato jurídico sobre o qual não foi comprovada qualquer ilegalidade.

Pois bem. Consabido que o reconhecimento espontâneo da paternidade somente pode ser desfeito quando demonstrado vício de consentimento.

Em palavras outras, não há como desconsiderar como prova da filiação, segundo o artigo 1.603 do Código Civil, a certidão de nascimento acostada à fl. 74 do histórico-físico dos autos, constando o apelante, Jacó Gomes da Silva, como pai de Igor Silva Oliveira.

No ponto, os doutrinadores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, em citação a Paulo Lôbo, *in* Curso de Direito Civil, 6ª edição, "Famílias" (2014, pág. 574), compreendem que o

registro civil de nascimento produz uma presunção de filiação quase absoluta, pois apenas pode ser invalidada se se provar que houve erro ou falsidade.

Além da inoportunidade de erro, tal como fundamentado alhures, não há comprovação da falsidade do registro, motivo pelo qual não se pode levar em consideração, no presente julgamento, a interpretação literal do artigo 1.604 do Código Civil, tal como pretende o recorrente.

A seguir, transcrevo o artigo de lei em referência, **in litteris**:

Art. 1.604. Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.

Cito precedentes do STJ e deste Sodalício:

Recurso especial. Direito de família. Socio afetividade. Paternidade. Reconhecimento espontâneo. Súmula nº 7/STJ. Registro. Art. 1.604 do código civil. Erro ou falsidade. Inexistência. Anulação. Impossibilidade. Princípio do melhor interesse da criança. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. A retificação do registro de nascimento de menor depende da configuração de erro ou falsidade (art. 1.604 do Código Civil) em virtude da presunção de veracidade decorrente do ato. 3. A paternidade socioafetiva foi reconhecida pelo Tribunal local, circunstância insindicável nesta instância especial em virtude do óbice da Súmula nº 7/STJ. 4. Consagração da própria dignidade da menor ante o reconhecimento do seu histórico de vida e a condição familiar ostentada, valorizando-se, além dos aspectos formais, a verdade real dos fatos. 5. A filiação gera efeitos pessoais e patrimoniais, não desfeitos pela simples vontade de um dos envolvidos. 6. Incidência do princípio do melhor interesse da criança e adolescente prescrito no art. 227 da Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como na Convenção sobre os Direitos da Criança, incorporada ao ordenamento pátrio pelo Decreto nº 99.710/1990. 7. Recurso especial não provido. (REsp 1713123/MS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 06.03.2018, DJe 12.03.2018) (g.)

Ementa: direito civil. Recurso especial. Família. Criança e adolescente. Ação de anulação de registro de nascimento. Interesse maior da criança. Ausência de vício de consentimento. Improcedência do pedido. 1. (...) 2. O reconhecimento espontâneo da paternidade somente pode ser desfeito quando demonstrado vício de consentimento; (...). 3. As alegações do recorrido de que foi convencido pela mãe do menino a registrá-lo como se seu filho fosse e de que o fez por apreço a ela não configuram erro ou qualquer outro vício do consentimento, e, portanto, não são, por si sós, motivos hábeis a justificar a anulação do assento de nascimento, levado a efeito por ele, quatro anos antes, quando, em juízo, voluntariamente reconheceu ser o pai da criança, (...). 4. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, T- 3, REsp 1229044/SC, Relª. Minª. Nancy Andrighi, DJe 13.06.2013) (g.)

Apelação cível. Ação negatória de paternidade cumulada com anulação de registro civil. Exame DNA. Exclusão paternidade biológica. Vício de consentimento. Ausência de comprovação. Paternidade socioafetiva. Sentença mantida. 1. O reconhecimento espontâneo de filho no registro público é irrevogável e irreatável, somente podendo ser anulado se

maculado por vício de consentimento, como erro, dolo, coação, simulação ou fraude. 2. In casu, ausente a comprovação de vício de consentimento quando do ato registral, aliada à existência de vínculo socioafetivo, impõe-se a improcedência da pretensão inaugural. Apelação cível conhecida e desprovida.” (TJGO, 5ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 5043214-70.2018.8.09.0107, Rel. Des. Alan Sebastião de Sena Conceição, julgado em 03.05.2019, DJe de 03.05.2019). (g.)

Sobre o tema, o escólio de Maria Helena Diniz:

Uma vez declarada a vontade de reconhecer, o ato passa a ser irreatável ou irrevogável, inclusive se feito em testamento..., por implicar uma confissão de paternidade ou maternidade..., apesar de poder vir a ser anulado se inquinado de vício de vontade como erro, coação ou se não observar certas formalidades legais. (In Curso de Direito Civil, Ed. Saraiva, 5º Volume, p. 466/467).

Essa proteção ao reconhecimento de paternidade, acobertada pela, irrevogabilidade (ainda que relativa) do registro de nascimento, ancora-se no princípio da dignidade do ser humano e tem por finalidade a proteção de direitos personalíssimos.

Essas são as razões de somente ser possível a anulação do registro quando provados o erro (ou qualquer vício de consentimento) ou a falsidade do registro, o que não ocorreu no caso em exame.

Ademais, o apelante não comprovou, indene de dúvidas, eventual vício de vontade capaz de contaminar e tornar nulo o reconhecimento da filiação levada a efeito voluntariamente, deixando de se desincumbir de seu ônus probatório, nos termos do art. 373, inciso I, do Código de Processo Civil.

Nesse delinear, não há prova inequívoca de que o autor/ recorrente tenha sido levado a erro quando do registro do requerido/apelado, não havendo se falar em vício de consentimento capaz de viabilizar a anulação da paternidade.

3. Da tese de não caracterização da paternidade socioafetiva:

Extrai-se dos autos que o adolescente apelado já estava com 13 (treze) anos quando o autor/recorrente ingressou com ação visando desconstituir o vínculo entre eles, focado, especialmente, na obrigação de exclusão do nome do apelante no assento de nascimento do recorrido e do nome deste na documentação do imóvel descrito nos autos.

A doutrina de Direito de Família vem chegando à conclusão, em um contexto mais humanizado, que a dúvida sobre a paternidade (e não necessariamente a vontade de desconstituí-la) é o fato que impulsiona muitos processos judiciais. Acredita-se, assim, que esse seja um dos motivos que justifique a inexistência do pedido de cancelamento do registro civil em algumas ações judiciais em processos dessa ordem (não sendo esta a hipótese dos autos).

Observando-se, pois, a distinção de conceitos que vem sendo utilizada para a definição da paternidade, parte da doutrina classifica como "modos de destruição da filiação", quando se trata de dizer a uma criança "que ela não é mais nada para aquele que, um dia, se disse seu pai e que ele não é nada dela." (Marie Christinein Georger in Lês risques de fragilisation et lês modes de destruction de la filiation Dialogue, nº 141, p.26-30, 3 trim. 1998. p. 27). No mínimo, doloroso, não?

**In casu**, duas realidades merecem realce: a) no depoimento pessoal do autor/apelante ele deixa claro que a iniciativa do ajuizamento da demanda negatória de paternidade foi das suas filhas (embora ela tenha anuído com elas, posteriormente); b) restou plenamente evidenciado o contato/proximidade entre os litigantes e, ainda, que o vínculo socioafetivo, embora não tão intenso como há anos, permanece.

O apelado, em seu depoimento pessoal, classifica a relação com o pai como “um laço muito forte”. Deixa claro que seu único referencial paterno é o do requerente/apelante. Comprovada a afetividade, deve ser preservado o estado de filiação. Isso porque a paternidade já está plenamente estabelecida.

Não é outro o entendimento jurisprudencial:

Apelação cível. Ação negatória de paternidade. Ausência de vínculo biológico. Exame de DNA. Registro firmado mediante erro. Vínculo socioafetivo demonstrado. Sentença mantida.

1. O êxito, em ação negatória de paternidade, depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado, na maioria das vezes, na convivência familiar. 2. Nas demandas sobre filiação, não se pode estabelecer regra absoluta que recomende, invariavelmente, a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica. É preciso levar em consideração quem postula a negativa da paternidade, bem como as circunstâncias fáticas de cada caso. 3. Com fulcro no conjunto probatório presente nos autos, não há como negar que, ao longo de treze anos, antes de vir à tona o resultado do exame de DNA, foi construído um vínculo afetivo entre as partes. Embora o relacionamento tenha mudado após o autor descobrir que não havia vínculo biológico entre eles, não é possível alterar história anteriormente construída. 4. Não está a se negar o vício em que incorreu o autor ao registrar o réu pensando ser seu filho, tampouco o direito que lhe assiste de optar por ver o registro anulado. No entanto, deve também ser levado em consideração o direito do réu manter em seu registro o nome daquele que cresceu chamando de pai. 5. Ainda que as partes tenham se distanciado após a constatação da ausência de vínculo biológico, verifica-se que tiveram alguns poucos encontros esporádicos, fato que faz presumir a possibilidade de reaproximação entre pai e filho. O objetivo é privilegiar a relação por eles um dia construída, sendo que, nesse caso, a filiação biológica cede à verdade de fato e de afeto firmada entre eles, ainda que atualmente esteja estremecida. Apelação cível desprovida.” (TJGO, 2ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 0295106-90.2010.8.09.0175, Rel. Dr. Maurício Porfírio Rosa, julgado em 18.08.2018, DJe de 18.08.2018) (g.)

Apelação cível. Família. Negatória de paternidade. Em que pese o exame pericial (DNA) seja conclusivo quanto à exclusão da paternidade, mister ressaltar que os vínculos parentais se definem muito mais pela verdade social do que pela realidade biológica. Para alcançar o pleito anulatório imperioso a demonstração de vício de consentimento, o que não se verifica na hipótese. Preliminares rejeitadas. Apelação provida em parte. (TJRGS - 70012438511 – Desª. Walda Maria Melo Pierro. Julgado em 15.12.2005) (g.)



Ora, o fato de a frequência da convivência ter diminuído, principalmente depois da realização do exame DNA, não extingue o vínculo entre as partes.

As testemunhas, especialmente a Sra. Jesiane Silva, foram unânimes em confirmar que o apelante era um “pai muito presente”, as frequentes visitas do menor na casa do pai, as contribuições de ordem financeira, além do carinho e o amor entre eles.

Merece destaque, ainda, que a questão da afetividade pode ser levantada em qualquer ação que verse sobre filiação. Porém, “de qualquer sorte, releva a lembrança de que a afetividade somente pode ser invocada para determinar o estado de filiação, jamais para negá-lo. Isto é, não pode o juiz acolher a tese de desafetividade, de modo a negar um vínculo. Se alguém pretende negar o vínculo, deverá se valer dos demais critérios, e não do afetivo.” (Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, *in* Curso de Direito Civil, 6ª edição, “Famílias”, 2014, pág. 574)

Destarte, a sentença combatida deve ser confirmada em todos os seus termos.

Ao teor do exposto, conheço do apelo e nego-lhe provimento, por estes e por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É como voto.

Goiânia, 15 de junho de 2020.

Des. Gerson Santana Cintra – Relator

Apelação Cível nº 0095999.42.2015.8.09.0029

Comarca de Catalão

3ª Câmara Cível

Apelante: Helena Gonçalves Flor

Apelado: Estado de Goiás

Relator: Des. Gerson Santana Cintra

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Cível nº 0095999.42.2015.8.09.0029, Comarca de Catalão.

Acordam os integrantes da 3ª Câmara Cível da terceira turma julgadora do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, à unanimidade de votos, em confirmar o desprovimento do recurso, nos termos do voto do Relator.

Votaram, além do Relator, o Dr. Sival Guerra Pires (subst. do Des. Itamar de Lima) e o Dr. Fábio Cristóvão de Campos Faria (Juiz Substituto em 2º Grau e respondente de cargo vago de Desembargador).

Presidiu a sessão o Des. Gerson Santana Cintra.

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

Goiânia, 03 de fevereiro de 2020.

Des. Gerson Santana Cintra – Relator

## VOTO

Conforme relato, trata-se, na origem, de ação de indenização por danos morais ajuizada por Helena Gonçalves Flor contra o Estado de Goiás, visando imputar ao ente estatal a responsabilidade civil pela morte de seu filho, Valdivino Carlos Gonçalves Trindade, por ingestão voluntária de substância tóxica (suicídio), durante a sua custódia na 9ª Delegacia Regional de Polícia Civil, localizada na cidade de Catalão/GO.

O pedido inicial foi julgado improcedente, o que foi confirmado em grau de recurso.

Ainda irresignada, a demandante interpôs recurso extraordinário que, após ser admitido, foi suspenso, diante da afetação da matéria (Recurso Extraordinário nº 841.526/RS – Tema 592).

Publicado o acórdão paradigma, os autos retornaram a este órgão de origem para que, nos termos do artigo 1.040, II do CPC/15, fossem reexaminados, caso o acórdão recorrido estivesse contrário à decisão da Corte Suprema.

Partindo destas considerações, e reanalisando o caso desta ação, acredito que deva ser mantido o acórdão impugnado. Explico.

Para melhor compreensão da matéria, reproduzo, inicialmente, a ementa do julgado paradigma, qual seja, o Recurso Extraordinário nº 841526/RS, submetido à sistemática da repercussão geral:

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. É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal). 4. O dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. 5. **Ad impossibilia nemo tenetur**, por isso que nos casos em que não é possível ao Estado agir para evitar a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompe-se o nexo de causalidade, afastando-se a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se contra **legem** e a opinião **doctorum** a teoria do risco integral, ao arpejo do texto constitucional. 6. A morte do detento pode ocorrer por várias causas, como, v. g., homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, sendo que nem sempre

será possível ao Estado evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis. 7. A responsabilidade civil estatal resta conjurada nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso. 8. Repercussão geral constitucional que assenta a tese de que: em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento. 9. In casu, o tribunal a quo assentou que incorreu a comprovação do suicídio do detento, nem outra causa capaz de romper o nexo de causalidade da sua omissão com o óbito ocorrido, restando escorreita a decisão impositiva de responsabilidade civil estatal. 10. Recurso extraordinário desprovido. (STF, RE 841526, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 30.03.2016, Acórdão eletrônico repercussão geral - Mérito DJe-159 Divulg 29-07-2016 Public 01.08.2016)

A seguir, parte da fundamentação adotada no julgado:

Mercê das variantes aqui expostas, impõe-se assentar que a teoria que rege a responsabilidade civil do Estado no ordenamento jurídico brasileiro hodierno é a do risco administrativo e não a do risco integral, o que torna juridicamente possível a oposição de causas excludentes do nexo de causalidade e exoneradoras de responsabilização pelo ente Público.

A omissão estatal, entretanto, merece considerações específicas. É que esses casos de responsabilidade civil do Estado por omissão retratam questões jurídicas tormentosas, tanto em sede jurisprudencial, quanto doutrinária. Isso porque, embora o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal seja expresso ao definir a responsabilidade civil objetiva do Estado pelos danos causados pelos seus agentes, não se vislumbra claramente do texto constitucional qual a solução jurídica adequada nos casos de danos oriundos de omissões estatais.

Diante de tal indefinição, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem se orientando no sentido de que a responsabilidade civil do Estado por omissão também está fundamentada no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, ou seja, configurado o nexo 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 (...).

Com efeito, não cabe ao intérprete estabelecer distinções onde o texto constitucional não o fez. Ora, o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal determina que o Estado responderá objetivamente pelos danos que seus agentes causarem a terceiros (“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” - grifei), de modo que basta que esse nexo de causalidade se forme para que a responsabilidade surja, não exigindo a norma constitucional em questão que a conduta estatal seja comissiva ou omissiva.

...

Deveras, é fundamental ressaltar que, não obstante o Estado responda de forma objetiva também pelas suas omissões, o nexo de causalidade entre essas omissões e os danos sofridos pelos particulares só restará caracterizado quando o Poder Público ostentar o dever legal específico de agir para impedir o evento danoso, não se desincumbindo dessa obrigação legal. Entendimento em sentido contrário significaria a adoção da teoria do risco integral, repudiada pela Constituição Federal (...)

Realmente, a integração do regime jurídico da responsabilidade civil do Estado por omissão pressupõe que o omitente devia e podia agir para evitar o resultado

(...)

Não se pode olvidar, por outro lado, assim como preconiza a parte final do artigo 13, § 2º, do Código Penal<sup>6</sup>, que o agente deve ter não só o dever jurídico de impedir o resultado danoso, mas também “a real possibilidade de realizar a ação devida” (TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 143). No contexto do Direito Administrativo e, especificamente, da responsabilidade civil do Estado, forçoso reconhecer a possibilidade de o ente público comprovar situação que impeça sua atuação e, dessa forma, exclua o nexo jurídico de causalidade da sua omissão com o dano sofrido pelo particular, eximindo-se, assim, da responsabilidade.

Note-se que não se está aqui a inovar na ordem jurídica, senão a sistematizar e concatenar ideias há muito já defendidas pela doutrina jurídica nacional. Ora, é corrente no meio jurídico a afirmação de que a Administração só responde pela omissão que é específica, ou seja, quando ela está obrigada a evitar o dano e permanece inerte (...)

Inegável, assim, perceber a semelhança entre a figura do agente garantidor, indicado no artigo 13, § 2º, do Código Penal, e a do Poder Público obrigado por lei a agir para impedir o dano. Essa heterointegração da disciplina jurídica da responsabilidade civil do Estado (que nada dispõe sobre esse ponto específico) com o regramento instituído pelo Direito Penal para o agente garantidor, por analogia, é autorizada pelo artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (...)

Estabelecidas essas premissas até aqui sintetizadas, é possível assentar algumas conclusões que respondem as indagações colocadas acima: 1. não se aplica a teoria do risco integral no âmbito da responsabilidade civil do Estado; 2. o Estado responde de forma objetiva pelas suas omissões, desde que presente a obrigação legal específica de agir para impedir a ocorrência do resultado danoso, em sendo possível essa atuação.

E ainda, aprofundando o caso sob análise (morte de detento dentro do sistema prisional do Estado do Rio Grande do Sul), o i. Ministro Relator também fundamentou:

(...) a jurisprudência deste tribunal tem admitido que a morte de detento gera responsabilidade civil objetiva para o Estado, em decorrência da sua omissão em cumprir o dever especial de proteção que lhe é imposto pelo artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal. Nesse ponto, a argumentação até aqui desenvolvida converge com o entendimento do Pretório Excelso sobre a Matéria.

É preciso, todavia, ir além, tecendo algumas considerações adicionais, a fim de excepcionar dessa regra geral algumas situações específicas.

Isso porque não basta, para que se configure a responsabilidade civil do ente público no mister da execução penal, a pura e simples inobservância do mandamento constitucional de que evite a morte do preso sob sua custódia, sendo necessário, também, que o Poder Público tenha a efetiva possibilidade de agir nesse sentido. Deveras, sendo inviável a atuação estatal para evitar a morte do preso, é imperioso reconhecer que se rompe o nexo de causalidade entre essa omissão e o dano. Entendimento em sentido contrário implicaria a adoção da teoria do risco integral, não acolhida pelo texto constitucional, como já anotado Anteriormente. (...)

De fato, haverá hipóteses em que o suicídio de um detento será um evento previsível à luz do seu histórico carcerário, o qual poderá revelar sintomas e indícios perceptíveis pela ciência psiquiátrica de um estado mental instável e tendente à prática de um ato autodestrutivo. Por outro lado, haverá igualmente casos em que o suicídio será um ato repentino e isolado, praticado num momento fugaz de angústia exacerbada e absolutamente imprevisível ao mais atento carcereiro, médico ou até mesmo aos mais próximos entes queridos do falecido.

No que se refere às mortes naturais, novamente há que se reconhecer casos em que o prontuário médico do detento indica a necessidade de um determinado tratamento que não lhe é dispensado no cárcere, em flagrante violação ao artigo 14, **caput**, da Lei de Execução Penal 8, advindo de tal omissão óbito que era previsível. Há casos, porém, em que o preso sofre mal súbito ou possui moléstia desconhecida, que se manifesta de forma abrupta e fatal, não sendo exigível que o Estado seja responsabilizado por essa morte que inexoravelmente ocorreria, mesmo se o preso estivesse em liberdade.

Igualmente nas mortes acidentais, decerto haverá situações em que o Poder Público proverá todas as condições de segurança para evitar o evento danoso e, ainda assim, o acidente ocorrerá, seja por fato imputável ao próprio preso, seja por fato absolutamente imprevisível ou até mesmo por força maior, contra os quais não poderia a Administração jamais tomar alguma providência capaz de assegurar eficientemente a incolumidade física do detento como v. g., quando um raio atinge o preso em plena atividade física no sistema prisional.

Até mesmo no caso de homicídio, poderá haver situações em que não se poderá responsabilizar o Estado pela morte do detento. À guisa de exemplo, podemos aqui apontar a situação em que um preso mata o outro em legítima defesa. Nessa situação, é o falecido quem age de forma contrária à lei, atentando contra a vida de outro preso, que reage licitamente, matando-o. Ora, se o ato praticado pelo homicida é lícito (artigos 23, inciso II, do Código Penal, e 188, inciso I, do Código Civil) e visa a afastar injusta agressão imputável exclusivamente ao falecido, não há como se sustentar que de tal situação exsurja qualquer dever de reparação pelo Estado.

Diante de tais considerações, é possível extrair um denominador comum a todas as situações específicas retratadas acima: há casos em que a morte do detento simplesmente não pode ser evitada pelo Estado.

Nesses casos, como já se ressaltou acima, rompe-se o nexo de causalidade entre o resultado morte e a omissão estatal no seu dever de manter a incolumidade física dos presos, o que afasta a responsabilização civil do ente público. Adota-se aqui, portanto, a teoria do risco administrativo, que permite a oposição de causas excludentes do nexo causal - as quais devem ser comprovadas pela Administração -, rejeitando-se, por consequência, a incidência da teoria do risco integral, não recepcionada pela ordem constitucional brasileira, que implicaria a imposição de responsabilidade civil ao Estado por toda e qualquer morte de detento.

Consectariamente, a tese central quanto à questão constitucional dotada de repercussão geral discutida nos presentes autos pode assim ser sintetizada: em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento.

Em outras palavras, de acordo com novel entendimento do Supremo Tribunal Federal:

1. Em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento;

2. O nexo de causalidade entre as omissões estatais e os danos sofridos pelos particulares só caracteriza-se quando o Poder Público ostentar o dever legal específico de agir para impedir o evento danoso;

3. A integração do regime jurídico da responsabilidade civil do Estado por omissão pressupõe que o omitente devia e podia agir para evitar o resultado;

4. Reconhece-se a possibilidade de o ente público comprovar situação que impeça sua atuação e, dessa forma, exclua o nexo jurídico de causalidade da sua omissão com o dano sofrido pelo particular, eximindo-se, assim, da responsabilidade;

5. Não se aplica a teoria do risco integral no âmbito da responsabilidade civil do Estado;

6. O Estado responde de forma objetiva pelas suas omissões, desde que presente a obrigação legal específica de agir para impedir a ocorrência do resultado danoso, em sendo possível essa atuação;

7. Há casos em que a morte do detento simplesmente não pode ser evitada pelo Estado. Nesses casos, rompe-se o nexo de causalidade entre o resultado morte e a omissão estatal no seu dever de manter a incolumidade física dos presos, o que afasta a responsabilização civil do ente público.

E na hipótese dos autos, muito embora tenha sido reconhecida a responsabilidade civil subjetiva nos casos de omissão estatal, ao contrário do definido no acórdão paradigma, de outro modo, restou bastante esclarecido que o Poder Público não tinha o dever legal específico de agir para impedir o evento danoso, o que exclui o nexo jurídico de causalidade da sua omissão com o dano sofrido pelo particular.

Observa-se, no compulso das provas produzidas durante o processado, que, no dia 29.12.2014, aproximadamente às 20:40 horas, Valdivino Carlos Gonçalves Trindade foi abordado por policiais militares na Rua João Neves Vieira, localizada na cidade de Catalão/GO, por estar em "atitude suspeita". Na sequência, e após ser submetido a uma busca pessoal simples, foi conduzido à

sede da 9ª Delegacia Regional de Polícia Civil, isto porque os agentes responsáveis pela abordagem desconfiavam que contra Valdivino pendia um mandado de prisão em "aberto".

Contam os autos ainda que o detido permaneceu na sala de triagem da referida repartição, algemado por uma das mãos, e que, durante a confecção do boletim de ocorrência, conseguiu retirar 02 (dois) frascos pequenos de plástico da meia/sapato, contendo uma substância tóxica e ingerir o produto que, segundo por ele informado, tratava-se de "chumbinho" (raticida).

A vítima foi imediatamente conduzida ao hospital, todavia, faleceu no dia seguinte.

Em decorrência do fato, a delegada de polícia titular da 1ª Delegacia Distrital de Polícia de Catalão, Marcella de Oliveira Souza Magalhaes, instaurou portaria "para apurar pormenorizadamente as circunstâncias da morte de Valdivino Carlos Gonçalves Trindade", tendo sido constatado, durante o procedimento, que a vítima já havia manifestado a intenção de cometer suicídio por meio de ingestão de "chumbinho" e que, por esta razão, estava em tratamento psiquiátrico, fato confirmado por sua irmã, Maria Ozório Trindade, e também pela declaração da médica que o assistia, Andrea Cirstina Fonseca Fernandes.

Lado outro, não se desconhece que uma sindicância na PMGO também foi instaurada, recebendo parecer final de ausência de prática de crime ou transgressão disciplinar por parte dos policiais militares envolvidos na detenção de Valdivino e que diversa foi a conclusão do Comando do 18º Batalhão da Polícia Militar (fls. 242/243), o qual atestou que o soldado PM Marcelo Nunes de Oliveira e o 2º Sargento PM Juedes Santos da Silva, envolvidos no fato, praticaram transgressão disciplinar prevista no artigo 68, itens 65 e 78, do Decreto nº 4.717/96.

Todavia, as circunstâncias que envolveram a ocorrência, bem como os procedimentos operacionais que deveriam ser adotados na situação ora tratada, parecem ter passado despercebidos pelo comando militar.

Isto porque, a necessidade de que as pessoas foragidas da justiça sejam algemadas (processo 204-sequência de ações 12), presas (processo 203 - resultado esperado 5) e submetidas à busca pessoal (processo 203 - Procedimento 203.06), de acordo o Procedimento Operacional Padrão- POP da PMGO, não se estendeu ao caso de Valdivino que foi conduzido à delegacia de polícia civil apenas por suspeita da existência de mandado de prisão "aberto" em seu nome.

E mais, somente na hipótese do foragido ser preso é que se faz necessária uma busca pessoal mais detalhada (processo 203 - Procedimento 203.06 - ações corretivas 7), também não sendo esta a hipótese em questão, tendo em vista que Valdivino, repita-se, foi conduzido à delegacia para averiguações e não porque estava preso.

Dessa forma, não sendo procedimento padrão a busca pessoal detalhada e minuciosa de pessoas submetidas à averiguações, não há falar-se em negligência dos agentes estatais pelo ato praticado por Valdivino que ceifou a sua vida por meio de ingestão de veneno armazenado em suas meias.

Soma-se a isso o fato de que o conduzido estava em tratamento psiquiátrico para coibir o seu comportamento suicida. Ressalta-se, nestas circunstâncias, que ele poderia pôr fim à sua vida em qualquer lugar, a qualquer instante ou circunstância.

Com efeito, em que pese a conclusão diversa do Comando da PMGO, conclui-se que o Estado de Goiás não praticou qualquer ato ilícito passível de indenização, não cabendo a imputação de culpa com base na responsabilidade objetiva. Por tal motivo, a improcedência do pedido inicial foi medida acertada.

Desta arte, ao meu sentir, o teor do acórdão recorrido acompanha o entendimento do STF sobre o tema, porquanto constatado que o falecimento de Valdivino não pode ser evitado pelo Estado de Goiás, fato que rompe o nexo de causalidade entre o resultado morte e a omissão estatal, afastando-se, portanto, a responsabilização civil do ente público.

Por todo o exposto, não sendo caso de retratação, mantenho incólume o acórdão proferido no arquivo 01 do evento 45, em todos os seus termos.

É como voto.

Comunique-se a Assessoria para Assuntos Constitucionais do TJGO.

Cumpra-se.

Intimem-se.

Goiânia, 03 de fevereiro de 2020.

Des. Gerson Santana Cintra - Relator

---

<sup>1</sup> Art. 5º, XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

Apelação Cível nº 0062357-61.2005.8.09.0051

5ª Câmara Cível

Comarca de Goiânia

Apelante: L.O.E

Apelado: W.M.O.L

Relator: Des. Guilherme Gutemberg Isac Pinto

**EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. ALIMENTOS. JULGAMENTO CONJUNTO DE EXECUÇÃO E EMBARGOS À EXECUÇÃO. QUITAÇÃO DO DÉBITO PRINCIPAL RECONHECIDA. EXTINÇÃO DOS EMBARGOS POR SUPERVENIENTE PERDA DO INTERESSE DE AGIR. JULGAMENTO PRESERVADO. EXTINÇÃO DO FEITO EXECUTIVO. IMPOSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS REMANESCENTES.

I - Mister reconhecer a plena validade da quitação do débito principal, conforme instrumento regular assinado pelo credor dos alimentos.

II - Eventuais questionamentos sobre vício de consentimento demandariam instrução probatória em ação autônoma.



III - Ainda que o crédito principal tenha sido quitado pelo executado, não poderia ser extinta a execução, já que subsiste a obrigação remanescente alusiva à verba honorária. Aplicação do entendimento da Súmula 58 desta corte, que põe a salvo o direito autônomo do advogado.

IV – Recurso ao qual se dá parcial provimento, cassando a sentença que extinguiu a execução e propiciando o seguimento do feito com relação à verba honorária.

V - APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA.

### VOTO

Conforme relatado, trata-se de Apelação Cível (evento 44) interposta por L.O.E nos autos dos embargos à execução opostos por W.M.O.L, ora apelado, contra sentença (evento 41) prolatada conjuntamente na ação de execução de alimentos (PJD 0096176.33.1998.8.09.005) pelo Juízo da 3ª Vara de Família da comarca de Goiânia, da lavra do Dr. William Fabian, a qual julgou extinta a execução nos seguintes termos:

“(…) 22. Via de consequência, ponderando que a presente demanda iniciou-se em 11.04.2005 e que a quitação do débito se deu após a movimentação da execução (iniciada em 1998) e após o ajuizamento dos embargos pelo próprio executado, tenho que não há de se falar em procedência do pedido inicial nos embargos, mas em perda superveniente no interesse da demanda, ante a extinção da execução com da quitação do débito, débito este que o próprio embargante deu causa.

23. Ao teor do exposto, julgo extinto os embargos, ante a falta de interesse de agir superveniente, com fulcro no art. 457, VI do CPC.

24. Julgo extinta a execução apenso, autos nº 0096176.33.1998.8.09.005, face a quitação do débito, com fulcro no art. 924, II do CPC.

25. Tendo em vista que deu causa a ambos os processos, condeno o executado/embargante ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 10% do valor a ação, com fulcro no art. 85, caput, §§ 1º, 2º e 10 do CPC.

26. Determino a liberação do crédito restrito nos autos nº 0096176.33, em favor do executado/embargante Wilson Moisés Oliveira, com os acréscimos legais e sem retenção de qualquer tipo de imposto. Indefiro o pedido de retenção de honorários quanto ao crédito restrito nos autos da execução.

27. Registre-se. Publique-se. Intimem-se.

28. Transitada em julgado, junte-se cópia nos autos principais nº 96176.33 e arquivem-se.”

O apelante/exequente requer o provimento do recurso para cassar/reformar a sentença recorrida, para julgar improcedentes os pedidos dos embargos à execução, não reconhecendo o “Termo de Quitação de Pensão Alimentícia” e determinar a liberação, em favor do apelante, do valor penhorado nos autos da execução de alimentos. Alternativamente, requer seja retido do valor

penhorado o valor dos honorários contratuais e sucumbenciais devidos ao procurador do apelante. Pede, ainda, a majoração dos honorários advocatícios de sucumbência fixados no patamar mínimo.

#### 1. Do juízo de admissibilidade

Presentes os requisitos e pressupostos de admissibilidade atinentes à espécie, conheço da apelação cível, passando para a análise recursal.

#### 2. Do mérito recursal

Cinge a insurgência recursal contra o documento “Termo de Quitação de Pensão Alimentícia”, reconhecido pela sentença recorrida, que extinguiu a execução em apenso nº 0096176.33.1998.8.09.0051, face a quitação do débito.

Referido documento, observa-se que foi devidamente assinado pelo exequente, ora apelante, em 16.10.2018, médico, maior, capaz, na época com 29 anos, em que declara que “recebeu todos os valores relativos a pensão alimentícia que lhe eram devidos por seu genitor W.M.O.L, nada mais tendo a cobrar ou reclamar a tal título, razão pela qual outorga ampla e irrestrita quitação, inclusive em relação aos valores objeto da ação de execução de alimentos nº 0096176.33.1998.8.09.0051, em trâmite junto à 3ª Vara de Família da Comarca de Goiânia, Goiás, aquiescendo com a extinção e arquivamento de referida ação.”

Os argumentos do apelante, de que referido documento não retrata a verdade, de que teria dado quitação somente a outros débitos e não aos valores que estavam sendo cobrados na execução, de que foi coagido ou houve interpretação equivocada do magistrado de primeiro grau, não prosperam. Explico.

Sabe-se que o instrumento particular é suficiente para a prova em si do pagamento, na forma do artigo 320 do Código Civil, **verbis**:

Art. 320. A quitação, que sempre poderá ser dada por instrumento particular, designará o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor, ou quem por este pagou, o tempo e o lugar do pagamento, com a assinatura do credor, ou do seu representante.

Por outro lado, porquanto formalmente em nome próprio, o apelante conferiu quitação, e tal situação está expressa e adequadamente circunstanciada no instrumento colacionado.

Assim, não há que se falar em interpretação equivocada do juízo em relação ao termo de quitação. Conforme foi transcrito acima, o documento é claro ao constar “ampla e irrestrita quitação, inclusive em relação aos valores objeto da ação de execução de alimentos nº 0096176.33.1998.8.09.0051”. Ao contrário do que alega o apelante, não há outra forma de interpretar senão pela declaração de quitação.

A frágil alegação de indução a erro ou coação também não se sustenta, como pode ser observado do diálogo via aplicativo de mensagens em que o apelante inicia conversa com o procurador do apelado para que lhe fosse enviado o termo de quitação para assinatura e posterior envio pelos correios.

Ademais, a ocorrência de vício de consentimento extravasa o objeto da execução, devendo ser objeto de demanda própria, com causa de pedir e pedido autônomos, se for o caso, até porque exige dilação probatória e a edição de provimento de conhecimento.

Quanto ao argumento de que os alimentos seriam indisponíveis e irrenunciáveis, novamente não prospera. De qualquer modo, os alimentos não executados e nem pagos na época devida tem o caráter do imediatismo relativizado, passando a constituir crédito patrimonial disponível. Dessa forma, entende-se que os alimentos pretéritos podem ser objeto de transação entre as partes.

Por outro lado, razão assiste ao apelante com relação à destacada ausência de participação de seu advogado na assinatura do termo de quitação do débito em execução.

O apelante alega que referida transação não atendeu exigência da Súmula nº 58 do TJGO, “A transação extrajudicial realizada entre as partes, por se tratar de negócio jurídico de direito material, prescinde da presença e/ou assinatura de advogado para que seja considerada válida e eficaz, ressalvada a percepção de eventuais honorários advocatícios”.

Cumprido esclarecer que o processo de execução apenas terá sentença de extinção após o pagamento integral do débito, que abrange o débito principal, acrescido das verbas acessórias, como atualização monetária, juros e honorários advocatícios.

Deste modo, se os honorários sucumbenciais que também estavam em execução não foram pagos, não há que se falar em quitação integral do débito em execução, cumprindo ao exequente apresentar a planilha de atualização do débito remanescente e promover o prosseguimento da execução.

Neste sentido, confira-se o entendimento da jurisprudência pátria:

“Apelação cível. Direito tributário. Execução fiscal. Extinção. Pagamento do valor principal administrativamente. Honorários. Prosseguimento. Não pode ser extinta a execução fiscal sem que antes estejam satisfeitas as custas processuais e os honorários advocatícios do credor. Parcelamento administrativo do principal que, embora realizado antes de logrado êxito na citação, ocorreu após a propositura da demanda, de modo que imperativo o prosseguimento da demanda quanto aos honorários fixados na execução. Apelo provido.” (TJ-RS-AC: 70071171300 RS, Rel. Carlos Roberto Lofego Canibal, Data de Julgamento: 09.08.2017, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 21.08.2017,g.)

“Apelação. Execução fiscal. Pagamento do crédito tributário após o ajuizamento da ação. Honorários de advogado sucumbenciais devidos. Inclusão da obrigação no objeto da execução. Necessidade de prosseguimento do feito. Recurso provido. Sentença cassada. Nos termos da jurisprudência desta Corte da Justiça, a verba honorária judicialmente cominada em execução fiscal compõe o montante objeto da execução ajuizada, não se mostrando autorizada, em consequência, a extinção da relação processual antes de sua efetiva quitação - Recurso provido. Sentença cassada.” (TJ-MG-AC: 10518150066992001 MG, Rel. Corrêa Junior, julgado em 13.03.2018, Data de Publicação: 27.03.2018)

“Apelação cível. Tributário. Execução fiscal. Taxas. Extinção do processo. Equívoco manifesto da fazenda pública ao informar pagamento total do crédito quando ainda pendente o valor dos honorários advocatícios. Crédito objeto da execução ainda pendente de extinção. Nulidade da sentença. Prosseguimento da execução. Sentença cassada. Recurso provido.” (Des. Silvio Dias - jg 2ª Câmara Cível - AC 1.691.996-5 Apelação Cível nº 1.691.996-5

Origem: 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Foz do Iguaçu Apelante: Fazenda Pública do Município de Foz do Iguaçu Apelada: Tirex Comércio de Plásticos e Alimentos Ltda. Rel. Des. Silvio Dias. Julgado em 18.07.2017)

Considerando que a sentença recorrida julgou em conjunto os Embargos à Execução nº 0062357.61.2005.8.09.0051 e a Execução nº 0096176.33.1998.8.09.0005, deve, assim, ser preservada com relação ao julgamento dos Embargos à Execução, pois de fato houve perda de interesse superveniente, tanto é que o embargante não aviou recurso próprio.

A verba honorária a ser paga pelo embargante, no entanto, deve ser fixada por apreciação equitativa e com fulcro no art. 85, § 8º do CPC, já que o valor atribuído à causa foi irrisório (R\$ 260,00 reais).

Já com relação à parte da sentença que julga extinta a execução, nos termos do artigo 924, II do CPC, não é possível sua preservação, justamente pela necessidade de aplicação do fundamento da Súmula 58 deste sodalício.

Com efeito, não é possível admitir a quitação dos honorários advocatícios que estavam em execução sem a efetiva participação e quitação por parte do causídico, que tem direito autônomo a tal verba.

Em relação ao pedido alternativo de retenção de honorários advocatícios contratuais, inviável, vez que não são devidos pelo apelado.

#### 4. Dispositivo

Ante o exposto, conheço do recurso e lhe dou parcial provimento, preservando a sentença na parte em que julgou os Embargos à Execução, com fixação de honorários de sucumbência a serem pagos pelo embargante/apelado em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), com fulcro no art. 85, § 8º do CPC. Casso a sentença na parte em que julgou a execução, a fim de propiciar o seguimento do feito com relação aos honorários advocatícios.

É o voto.

Datado e assinado em sistema próprio.

Des. Guilherme Gutemberg Isac Pinto - Relator

Apelação Cível nº 0268225-64.2014.8.09.0166

Montes Claros de Goiás

Apelante: Ministério Público do Estado de Goiás

1ª Apelada: Sílvia Maria Nicácio

2º Apelado: Município de Montes Claros de Goiás

Relator: Des. Itamar de Lima

Câmara: 3ª Cível

**EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO. FAZENDA PÚBLICA. INSURGÊNCIA QUANTO À FORMA DE PAGAMENTO ADOTADA E OFENSA A PRINCÍPIOS QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. LEGITIMIDADE RECURSAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NULIDADE AFASTADA.

I - O representante ministerial possui legitimidade recursal no papel de fiscal da ordem jurídica, nos termos dos arts. 178, inc. I e 996, ambos do Código de Processo Civil.

II - Diante da possibilidade de a Fazenda Pública celebrar acordo, não há como acolher o pedido voltado ao reconhecimento da nulidade da avença, como pretende o representante ministerial, se dele participou inclusive o Chefe do Poder Executivo, o que torna desnecessária prévia autorização legislativa, especialmente diante da inexistência de prejuízo diante das condições favoráveis avençadas.

III - Não há falar em irregularidade do pagamento se, ao contrário do afirmado no recurso, não se estipulou sua efetivação via RPV e sim parcelamento em suaves parcelas a serem creditadas diretamente no contracheque da autora.

Apelação conhecida e desprovida. Sentença mantida.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os integrantes da 4ª Turma Julgadora em sessão da 3ª Câmara Cível, à unanimidade, em conhecer da apelação e desprovê-la, nos termos do voto do relator. Sentença mantida.

Votaram com o relator, o juiz substituto em segundo grau Fábio Cristóvão de Campos Faria e o Dr. Sebastião Luiz Fleury, substituto do desembargador Ney Teles de Paula.

Presidiu a sessão, desembargador Itamar de Lima.

Presente o Procurador de Justiça Dr. Abraão Júnior Miranda Coelho.

Goiânia, 19 de outubro de 2.020.

Desembargador Itamar de Lima - Relator

## VOTO DO RELATOR

Primeiramente, calha registrar que dúvida não há acerca da legitimidade recursal do representante ministerial, nos termos dos arts. 178, inc. I e 996, ambos do Código de Processo Civil.

Presentes os pressupostos de admissibilidade da apelação, dela conheço.

Conforme relatado, cuida-se de apelação cível interposta pelo Ministério Público do Estado de Goiás contra sentença (fl. 536 do 2º volume do processo digitalizado) proferida pelo juiz de direito da Vara de Fazendas Públicas da comarca de Montes Claros de Goiás, Joviano Carneiro Neto, que nos autos da ação de conhecimento em fase de cumprimento de sentença interposta por Silvia Maria Nicácio em desfavor do Município de Montes Claros de Goiás, homologou acordo celebrado entre as partes com determinação de cientificação do Parquet.

De plano, vislumbro que a insurgência não merece acolhida.

Primeiramente, calha esclarecer que para a celebração de acordo o Código Civil exige seja o agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei (art. 104).

Cediço também que não há impedimento constitucional ou legal para que a Fazenda Pública celebre transação nos autos em que seja parte, tal como se extrai da jurisprudência e prescreve o enunciado nº 573 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC).

Isso porque, a indisponibilidade do interesse público não implica na impossibilidade de ocorrer uma transação, ainda que a margem de liberdade do ente público para transacionar seja menor do que a do setor privado, afinal, o primeiro está restrito às hipóteses previstas em lei.

A propósito:

Duplo grau de jurisdição e apelação cível. Ação de desapropriação por interesse social. Composição amigável do litígio homologada por sentença. Cláusula expressa de renúncia ao prazo recursal. Fazenda pública. Comportamento contraditório. Recurso inadmissível. Reexame necessário. Direito indisponível. Possibilidade de autocomposição. Sentença homologatória do acordo mantida. I - O pedido de homologação do acordo extrajudicial, com renúncia ao prazo recursal inequivocamente declarada pela municipalidade, é ato incompatível com a vontade de recorrer, o que dá ensejo ao não conhecimento do recurso. II - O ordenamento jurídico pátrio não tolera o **venire contra factum proprium**, vedando a adoção de comportamentos contraditórios, que atentem contra a boa-fé objetiva e impliquem ofensa ao princípio da confiança. III - O acordo extrajudicial ou a transação, dentre outros atos praticados pelas partes, são hipóteses que carecem de homologação judicial para conferir à lide o status de solução do conflito, bem como gerar a coisa julgada material. IV- A avença celebrada entre as partes não enseja nenhuma irregularidade capaz de invalidá-la, uma vez que se reveste de legalidade, por se tratar de composição amigável com o escopo de se promover o pagamento da diferença do valor da indenização decorrente de processo expropriatório de interesse do próprio ente municipal. V - Verificada a capacidade dos agentes, a licitude do objeto e a regularidade formal do ato processual, impõe-se manter a sentença que homologou o acordo, por não evidenciar

prejuízo às partes. Apelo não conhecido. Remessa obrigatória conhecida e desprovida. (TJGO. 4ª Câmara Cível. Apelação / Reexame Necessário nº 073031-48.2007.8.09.0142. Rel. Des. Nelma Branco Ferreira Perilo. DJ de 27.02.2019, destaquei)

Apelação cível. Ação de usucapião. Fazenda pública municipal usucapiante. Particular usucapido. Acordo extrajudicial. Homologação. Estado de Goiás. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Intimação para manifestar nos autos. Ausência. I - Acordo extrajudicial entre a Administração Pública e particular é lícita e possível, desde que atenda ao interesse público. II. Não ofende o princípio do contraditório nem configura cerceamento do direito de defesa, se foi oportunizado ao recorrente a manifestação sobre os atos processuais e este ficou inerte. Recurso conhecido, mas desprovido. (TJGO. 6ª Câmara Cível. Apelação / Reexame Necessário nº 294252-45.2010.8.09.0095. Rel. Des. Fausto Moreira Diniz. DJ de 15.02.2017, destaquei)

No caso, a avença celebrada entre os litigantes, além de preencher todos os requisitos necessários, agente capaz, objeto lícito, forma prescrita ou não defesa em lei, princípios que regem a Administração Pública, notadamente da legalidade, moralidade e impessoalidade, não enseja nenhuma irregularidade capaz de invalidá-la, mormente por se tratar de composição amigável com o escopo de se promover o pagamento de verbas decorrentes de condenação do Município de Montes Claros à correção do adicional de insalubridade devido à parte autora.

Sabe-se que é princípio geral de direito que a boa-fé se presume, e a má-fé deve ser comprovada. Não se emerge dos autos demonstrada a má-fé na realização do acordo entre a Fazenda Pública Municipal e a parte ré, tanto que o Prefeito assina-o juntamente com a autora e os respectivos patronos de forma favorável às finanças públicas.

Some-se a isso o fato de que o pacto não visa a extinção do processo em fase de conhecimento mas apenas o cumprimento de sentença, em suaves parcelas mensais (120) de R\$ 255,51 (duzentos e cinquenta e cinco reais e cinquenta e um centavos), diretamente no contracheque da demandante, que inclusive pugna em petição acessória pela desistência do prazo recursal.

Assim, ao que se vê, o acordo realizado nos presentes autos favoreceu os interesses coletivos, porquanto não se evidencia desvantagem ao erário, e pôs fim a demanda judicial intentada há mais de 06 (seis) anos.

Por outro lado, em que pese a necessidade de lei autorizativa ou outro ato normativo do Chefe do Poder Executivo respectivo, conferindo poderes ao representante judicial da pessoa jurídica de direito público respectiva, o qual, por sua vez, deverá delegá-lo ao procurador que atua no processo específico para firmar e subscrever a transação, tem-se por suprida a falta diante da assinatura daquele no acordo, aliado à homologação por sentença judicial, bem como à vista da inexistência de prejuízo, pressuposto para o reconhecimento da pretendida nulidade da avença.

Por outro lado, ao contrário do salientado pelo apelante, o montante correspondente ao crédito informado no acordo não será pago via Requisição de Pequeno Valor e sim parcelada em 120 vezes no contracheque da autora, situação não vedada em lei.

Sem maiores delongas, o reconhecimento da validade do acordo é medida que se impõe.

Face ao exposto, desacolho o parecer ministerial de cúpula e nego provimento ao apelo.

É o voto.

Goiânia, 19 de outubro de 2020.

Des. Itamar de Lima - Relator

Apelação Cível nº 5468846.07.2018.8.09.0051

Comarca de Goiânia

Apelante: Estado de Goiás

Assist. Litisc.: Flávio Monteiro de Andrade Luna

Apelado: Sávio Luiz Pereira Nascimento

Relator: Des. Jairo Ferreira Júnior

**EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO. NOMEAÇÃO PARA O CARGO DE CONSELHEIRO SUBSTITUTO DO TCM/GO. PRELIMINARES. FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. TERCEIRO EMPOSSADO. EFETIVAÇÃO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. INOCORRÊNCIA. NOMEAÇÃO ANTES DA CONVOCAÇÃO PARA EXAMES ADMISSIONAIS. CONVALIDAÇÃO DO ATO. ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA.

I - Resta prejudicado o pedido de nulidade pela não formação de litisconsórcio passivo necessário, quando devidamente integralizada a lide.

II - Não há falar em nulidade da decisão proferida, a pretexto de suposta antecipação de tutela, quando o magistrado, no julgamento dos embargos de declaração evidenciou os efeitos anexos da sentença, em razão do provimento do pedido inicial.

III - A irregularidade verificada com a nomeação anteriormente à convocação para a realização da inspeção médica, foi saneada com a efetivação dos exames, não havendo ilegalidade a ser reconhecida no ato administrativo.

IV - Da Lei nº 19.587/17, que estabelece normas gerais para a realização de concursos públicos no âmbito da administração pública estadual, depreende-se que a inspeção médica deverá ocorrer antes da investidura no cargo, mas não há determinação específica em relação à nomeação. Assim, é irrelevante se os exames médicos foram feitos antes ou depois dela, desde que concluídos antes da posse, não suportando o candidato prejuízo suficiente para ferir de morte o ato administrativo.



APELAÇÃO CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA. SENTENÇA REFORMADA.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Apelação Cível interposta pelo Estado de Goiás contra sentença proferida no Juízo da 6ª Vara da Fazenda Pública Estadual da Comarca de Goiânia, que julgou procedente o pedido inicial, nos autos da Ação Anulatória de Ato Administrativo c/c Obrigação de Fazer, ajuizada em seu desfavor por Sávio Luiz Pereira Nascimento.

Apura-se dos autos que o requerido foi aprovado em primeiro lugar no concurso público para provimento do cargo de Auditor (Conselheiro Substituto) do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás, regulado pelo Edital nº 03/2014, tendo a homologação do certame ocorrido em 16 de maio de 2018.

No dia 13 de julho de 2018, foi publicada a nomeação do requerido, o qual solicitou, em 07 de agosto do mesmo ano, a prorrogação do prazo para a posse por 60 (sessenta) dias.

Pouco antes do termo **ad quem**, o requerido ajuizou a Ação Anulatória de Ato Administrativo c/c Obrigação de Fazer alegando a ocorrência de vício insanável no decreto de nomeação, porquanto descumprida etapa obrigatória e condicionante: a aprovação em inspeção de saúde a ser realizado por profissionais da equipe integrante da junta médica oficial do Estado de Goiás, nos termos do item 11, do Capítulo XIV, do Edital nº 03/2014.

Outrossim, alegou “ilegalidade, no Ofício nº 1742/2018, cujo teor não apresenta a determinação para convocar o candidato para a inspeção médica, e não consta informação sobre quais os exames laboratoriais e complementares, elementos subsidiários à inspeção médica, nos termos dos itens 11.1 e 11.2 do capítulo XIV do Edital nº 03/2014.” (ev. 01, fl. 04).

Concluindo que “Ora excelência como pode estar descrito no edital, que a aprovação se encontra condicionada a inspeção de saúde, de caráter eliminatório, sendo que o Requerente foi convocado para nomeação e posse sem antes ser convocado para a realização de tal inspeção.” (ev. 01, fl. 06), pretendendo, em suma, a anulação do ato de nomeação e posse, com a elaboração de ato de convocação para exames laboratoriais e só depois a elaboração de novo decreto de nomeação e posse.

Concedida a liminar para suspender os efeitos da nomeação até a realização dos exames médicos, determinando a submissão do requerido à Junta Médica em até 15 dias (evento nº 06):

“(…) Nestes termos, defiro a liminar, para suspender os efeitos da posse por ora e determinar a sua submissão perante a Junta Médica em até 15 dias. Realizada e publicado o resultado, a inspeção médica, autoriza-se a posse do candidato. (...)”

Opostos embargos de declaração (evento nº 11) alegando omissão e contradição no julgado, porque, na decisão liminar, apesar de reconhecer a existência de vício insanável, não se declarou a nulidade do decreto de nomeação, apenas determinou a realização de exames.

Apresentadas contrarrazões aos embargos e contestação (evento nº 15), na qual, o Estado de Goiás arguiu preliminares, ilegitimidade passiva do Governador, má-fé processual e a

impossibilidade de antecipação de tutela quando o ato impugnado seja atribuído a autoridade sujeita à competência originária do Tribunal de Justiça.

Informou a perda do objeto, porque os exames laboratoriais e complementares já haviam sido realizados, não persistindo vício suscetível de correção pela via judicial.

No mérito, verberou ser íntegro o ato administrativo de nomeação, destacando as prescrições legais que determinam a convalidação, nos termos do art. 55 da Lei nº 9.784/98, art. 55 da Lei Estadual nº 13.800/01, art. 85 Da Lei nº 19.587/17.

Posteriormente, no evento 22, “o Estado de Goiás, devidamente qualificado nos autos em epígrafe, por seu Procurador do Estado, **mandato ex lege**, vem, respeitosamente, à íncrita presença desse dd. Juízo, juntar aos autos a prova do atendimento da liminar constante do Evento nº 06, bem como informar sobre os desdobramentos do processo de nomeação do autor desta demanda, que foi eliminado do concurso público, por não preencher o requisito da idade mínima para a investidura no cargo de Conselheiro Substituto.”

Impugnação à contestação (evento nº 23).

Processado o feito, o magistrado singular proferiu sentença (evento nº 28), nos seguintes termos:

“(…) A respeito da nomeação, nota-se que se deu de forma contrária ao edital, nas disposições finais XIV, item 11:

11. A nomeação dos candidatos está condicionada à aprovação em inspeção de saúde, de caráter eliminatório, a ser realizado por profissionais da equipe integrante da junta médica oficial do Estado de Goiás.

Se a inspeção médica de saúde integra o concurso, não poderia ter havido sua homologação, não tendo a Administração Pública discricionariedade para postergar fase obrigatória do certame para a posse, desrespeitando norma por si editada (edital) e vulnerando a segurança jurídica (previsibilidade e boa-fé objetiva).

É regra assente no direito administrativo que o edital faz lei entre o Estado e os candidatos.

As alegações relativas a revogação/cassação da liminar pelo Estado perdem sentido, assim como os embargos de declaração opostos, pela superveniência da sentença.

Ante o exposto, anulo o decreto de nomeação, facultando o autor aproveitar os exames feitos para a inspeção de saúde a ser marcada oportunamente.

Condeno o Estado no reembolso das custas e em honorários advocatícios de R\$ 500,00.”

Em seguida, foram opostos Embargos de Declaração pela parte autora (evento nº 33), apontando omissão, porque na impugnação à contestação foi pedida a anulação da portaria nº 916/2018, que convocou o candidato Alex Pereira Menezes, aprovado e classificado na 2ª colocação do certame.

Depois, formalizado pedido de tutela de urgência para anular o decreto de nomeação e posse de Flávio Monteiro de Andrada Luna, 3º colocado (evento nº 36).

Ainda, opostos Embargos de Declaração pelo Estado de Goiás, apresentadas contrarrazões aos embargos de declaração do evento nº 33 e esclarecimento quanto ao pedido de tutela de urgência do evento nº 36 (evento nº 40).

Contrarrazões apresentadas (evento nº 53).

Os aclaratórios foram julgados nos seguintes termos (evento nº 57):

“A sentença foi proferida, reconhecendo que o defeito não era sanável, haja vista a necessidade de exame médico pré-admissional.

O TCM-GO adotou uma postura inacreditável de prosseguir com nomeação de candidato, apesar de saber que a matéria estava sub judice.

Quanto ao argumento de contradição, a Justiça decidiu sobre a questão, não havendo contradição da decisão em si, mas, segundo alega o réu, em razão da norma, o que não permite correção neste recurso de fim específico.

A criação de um direito de terceiro interessado se deu por conta e risco do TCM-GO, não deste juízo, nem do autor, não se justificando que a parte crie obstáculo as decisões judiciais. Se o TCM-GO não mencionou o fato da matéria estar pendente de decisão judicial ou o candidato ignorava o fato (difícil de acreditar, a Justiça nada tem a haver com tal situação, atribuível exclusivamente ao TCM-GO. Não lhe cabe, agora, alegar fato que criou por sua incúria, para prejudicar o impetrante.

A decisão do TCM-GO de eliminar o candidato, enquanto está pendente processo judicial, não tem o poder de paralisar os poderes de que é investido o juiz, para afastar qualquer empecilho a sua função jurisdicional, que é inevitável.

Assim, conheço e provejo os embargos, para estes esclarecimentos.

Intime para cumprir a sentença, com nova nomeação e posse ao autor, sob as penas da lei.

Expeça mandado de intimação pessoal ao Presidente do TCM-GO para atender a determinação judicial.”

Irresignado, o Estado de Goiás interpõe recurso de apelação cível (evento 67) e após breve relato, alega, preliminarmente, nulidade da sentença pela não formação do litisconsórcio passivo necessário, isso porque “as peculiaridades da controvérsia demonstram que a providência almejada pelo ora apelado resultará inegavelmente no atingimento de direito de terceiro.” (ev. 67, fl. 17).

Afirma que em que pese a jurisprudência do STJ se orientar no sentido de ser desnecessária a formação de litisconsórcio necessário entre os candidatos aprovados, na hipótese, inaplicável tal posicionamento uma vez que o cumprimento da sentença importará na posse do apelado e exoneração do concorrente já nomeado.

Ressalta que “O simples fato de o concurso estar sub judice não impede a Administração Pública de dar prosseguimento as suas etapas, salvo se houvesse ordem judicial em sentido contrário. Assim as acusações de que o TCMGO teria agido com incúria, para prejudicar o apelado, não têm qualquer cabimento.” (ev. 67, fl. 15).

Relata que “a nomeação em si não teria qualquer efeito no dado objetivo de que o apelado não tinha disponível a documentação comprobatória do preenchimento de um dos requisitos imprescindíveis para a investidura no cargo: a idade mínima de 35 (trinta e cinco) anos, exigida no edital e na legislação de regência.” (ev. 67, fl. 17).

Argumenta que só se pode declarar a nulidade de fase ou etapa de concurso quando insanável a irregularidade, nos termos do art. 85 da Lei Estadual nº 19.587/17, mesmo porque há a possibilidade de convalidação, a teor do art. 55 da Lei nº 13.800/2001.

Ainda à conta de preliminar, verbera que a determinação de nomeação e posse do apelado, evento nº 57, constitui em verdadeiro deferimento de tutela de urgência, cuja concessão é vedada quando o ato é emanado por autoridade sujeita à competência originária do TJGO (art. 1º, §§ 1º e 3º, da Lei nº 8.437/92), no caso, o governador do Estado e não o Presidente do TCM/GO, como consignou o nobre magistrado. Além de que vedada a concessão de tutela antecipatória contra Entes Públicos, nos termos do art. 1.059 do Código de Processo Civil.

Também, “coincidindo os pedidos liminar e principal, a tutela provisória incorre em outra vedação legal, prevista agora no § 3º do artigo 1º da Lei nº 8.437/1992, a saber: quando a medida esgotar, no todo ou em parte, o objeto da ação.” (ev. 67, fl. 24).

Pondera que “o pedido de concessão de tutela de urgência, depois de proferida a sentença de mérito, deve ser dirigido ao tribunal competente para a apreciação do recurso de apelação, porquanto caracterizado o exaurimento da primeira instância.”(ev. 67, fl. 24).

Reafirma que “não tinha cabimento conceder tutela de urgência, especialmente quando (i) afeta interesse de terceiros que não integram a relação processual e, por isso, não podem sofrer os efeitos de decisão proferida nos presentes autos eletrônicos; e (ii) determina a nomeação e posse do apelado em cargo inexistente, sem dotação orçamentária ou disponibilidade financeira, consoante informam a Divisão de Recursos Humanos do TCMGO, no Memorando nº 154/19-DRH, e a Divisão de Finanças e Contabilidade do TCMGO, na Informação nº 02/2019.”(ev. 67, fl. 25).

Quanto ao mérito, aduz a integralidade do ato administrativo de nomeação, porque ausentes qualquer dos vícios elencados no art. 2º da Lei nº 4.717/65 (Lei de Ação Popular).

Afirma que “a aprovação em inspeção de saúde sempre se deu concomitantemente com o ato de nomeação dos candidatos aprovados, como medida de economia processual.”, pois “a inspeção médica é ato que não necessariamente precede a nomeação, mas apenas condiciona-lhe a eficácia, sem comprometer a sua validade.” (ev. 67, fl. 29), ausentando qualquer prejuízo, inclusive para o autor da ação.

Propala que na Administração Pública vigora o princípio pas de nulité sans grief, segundo o qual para a declaração de nulidade de qualquer ato administrativo requer a efetiva demonstração do prejuízo sofrido.

Realça que mesmo se se considerasse ter havido irregularidade, é dever da administração a convalidação de ato, quando possível, nos termos do art. 55 da Lei Estadual nº 13.800/01, homenageando assim os princípios da legalidade, segurança jurídica, celeridade, efetividade do processo administrativo e boa-fé, como efetivamente ocorreu.

Salienta disposição contida no art. 85 da Lei Estadual nº 19.587/17, que prevê “só é nula etapa ou fase do concurso, quando o vício identificado seja insanável .” (ev. 67, fl. 32).

Ressalta que “no caso sob exame, o atendimento da ordem judicial proferida liminarmente no Evento nº 06 teve o condão de suplantar qualquer vício do ato administrativo de nomeação do candidato, até mesmo esvaziando o objeto da ação.” (ev. 67, fl. 33).

Por fim, pugna pelo conhecimento e provimento do recurso para que a sentença seja cassada, sendo proferida outra depois de citados os terceiros interessados, bem como que seja atribuído o efeito suspensivo ao apelo.

Ausente o preparo, **ex vi legis**.

Concedido efeito suspensivo ao recurso de apelação (processo nº 5156129.58.2019.8.09.0000).

Contrarrazões apresentadas (evento nº 75), pugnano pelo desprovemento do apelo.

Relata que participou do concurso público realizado para ingresso nos quadros de profissionais do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás (TCM/GO), para o cargo de auditor (Conselheiro Substituto), regulado pelo Edital nº 03/2014, sendo considerado inabilitado no exame psicotécnico.

Em seguida, impetrou o Mandado de Segurança nº 130435-80.2016.8.09.0000, que à unanimidade, reconheceu a ilegalidade da avaliação psicológica, e posteriormente, logrou êxito em ser aprovado em primeiro lugar, ainda assim, teve seu nome omitido no edital de convocação para entrega de títulos para prova oral, o qual sofreu retificação, após petição administrativa.

Também precisou ingressar com petição administrativa para aumentar a nota que recebeu nos títulos, sendo publicado edital de resultado final e edital de homologação.

Conta que foi publicado decreto de nomeação em 13 de julho de 2018, e em 07 de agosto foi solicitada a prorrogação do prazo de posse por 60 dias, todavia, constatou-se vício insanável no ato administrativo, uma vez que não cumpriu com etapa obrigatória, aprovação em inspeção de saúde.

Outrossim, “há ilegalidade, no Ofício nº 1742/2018, cujo teor não apresenta a determinação para convocar o candidato para a inspeção médica, e não consta informação sobre quais os exames laboratoriais e complementares (LAPSO 7), elementos subsidiários à inspeção médica, nos termos dos itens 11.1 e 11.2 do capítulo XIV do Edital no 03/2014.” (ev. 75, fl. 05).

Em 11 de outubro de 2018 foi convocado para a perícia médica e indicados os exames a serem realizados, em cumprimento da decisão liminar do juízo de piso. O laudo médico admissional foi apresentado em 05 de novembro de 2018, sendo publicada a portaria três dias depois.

No mesmo dia (08 de novembro de 2018), publicada nova portaria eliminando o candidato Sávio Luiz Pereira Nascimento, com base “na idade desse candidato e na autorização para a posse do candidato contida na liminar proferida nas fls. 49/50 desse Processo Judicial” (ev. 75, fl. 06), apesar de haver informado a necessidade de se aguardar o pronunciamento jurisdicional, uma vez que opostos embargos de declaração da decisão que concedeu o pedido de liminar.

No mesmo ato, o segundo colocado foi convocado, e após ser eliminado, em 05 de dezembro de 2018, o terceiro, Flávio Monteiro de Andrada Luna, o qual entrou em contato via whatsapp com o apelado e soube, inclusive, que havia sido prolatada sentença em favor de Sávio Luiz Pereira Nascimento.

Alega que foram vários percalços, entendendo que seja um indicativo de perseguição e mesmo diante do pedido de julgamento antecipado da lide, procedeu à nomeação do terceiro colocado, demonstrando má-fé processual.

Rebate todas as teses formuladas no recurso de apelação, defendendo ser desnecessária a formação do litisconsórcio em concurso público, conforme posicionamento do STJ, o terceiro candidato só foi convocado por imprudência do próprio TCM/GO, mesmo estando o caso **sub judice**.

Argumenta que “Quanto ao fato alegado pelo Apelante no que se refere a idade mínima para posse, o Apelado se insurge contra o ato de sua nomeação em razão do fato de supressão de etapa obrigatória (causa de pedir), conforme determinado pelo edital, qual seja, aprovação em avaliação médica, essa com caráter eliminatório. Logo, antes de se nomear o candidato, deve ser realizada a inspeção médica, e somente após o ato de nomeação, e por último a homologação.” (ev. 75, fl. 15).

Alega “é entendimento dos Tribunais Superiores que pode ser concedida a tutela de urgência em face da Fazenda Pública quando se pleiteia a nomeação em concurso público. Sendo assim, são infundados os argumentos do Apelante nesse ponto.” (ev. 75, fl. 20).

Realça que o pedido de tutela de urgência (suspensão do ato de nomeação) não se confunde com o pedido principal (anulação do ato que nomeou), certo de que o pedido contido no evento 36 tem respaldo legal no art. 493 do Código de Processo Civil.

Confronta a alegação de convalidação, pontuando que o ato padece de vício de forma e de conteúdo, portanto nulo, nos termos do art. 2º, alínea “b”, c/c parágrafo único, alínea “b”, da Lei nº 4.717/65, além de que violada a garantia do direito do candidato a uma nomeação válida, em afronta ao art. 2º, parágrafo único, VIII da Lei Estadual nº 13.800/2001.

Argumenta que “o conteúdo da convocação revela-se ilícito, haja vista o resultado do ato importar em violação de regulamento; Impossível no aspecto fático, pois a ausência de informação precisa, sobre os exames, impossibilita a etapa da inspeção médica; bem como indeterminado, vez que não informa onde (junta médica oficial do Estado de Goiás) nem quando realizar essa inspeção (dia e horário com profissionais dessa junta).” (ev. 75, fl. 24).

Reafirma que “com amparo no Art. 92, § 2º da Constituição do Estado de Goiás, as inobservâncias ao Edital nº 03/2014 no aspecto formal do ato de nomeação e no aspecto de conteúdo do ato de convocação implicam nulidades desses atos, por permitirem investidura em desacordo com forma prevista nesse regulamento editalício.” (ev. 75, fl. 25).

Salienta que os vícios apontados são insanáveis e o entendimento consolidado é de que os atos nulos não podem ser convalidados, além de que evidente o prejuízo do apelado (eventual nomeação decorrente de ato administrativo nulo, exoneração do cargo que ocupa atualmente e eliminação do concurso público).

Propala ser incabível o efeito suspensivo pretendido, ausentes os requisitos legais previstos no art. 1.012, § 4º, do CPC.

Pleiteia o não conhecimento dos documentos acostados no evento nº 67, mesmo porque não haverá impacto orçamentário (substituição do 3º colocado pelo 1º).

Por fim, pugna pelo desprovimento do recurso, majoração dos honorários e que seja reconsiderado o deferimento do efeito suspensivo ao recurso.

Oportunizado o ingresso do empossado Flávio Monteiro de Andrada Luna como assistente litisconsorcial (ev. 82), o qual acostou manifestação no evento nº 85 pleiteando que “seja declarada a nulidade da decisão proferida no evento 57, em função dos argumentos alinhados no item II (ausência de competência do juízo de primeiro grau e julgamento extra petita) e, conseqüentemente, declarando-se a perda do objeto da presente ação, em razão do cumprimento da sentença; acaso não acatado o item b, seja dado provimento ao recurso de apelação do Estado de Goiás, para se

declarar a total legalidade de todo o procedimento de nomeação do autor e a sua posterior eliminação em razão da ausência do requisito constitucional da idade.” (ev. 85, fl. 10).

A Associação Nacional dos Ministros e Conselheiros Substitutos dos Tribunais de Contas – AUDICON manejou pedido de ingresso no feito na qualidade de *amicus curiae* (ev. 87), pleito que foi indeferido no evento nº 88.

Instado, o apelado se manifestou no evento nº 93 acerca das razões constantes da petição do evento nº 85 e reafirma o pleito pela manutenção da sentença.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por seu representante, Dr. Abraão Júnior Miranda Coelho, manifesta-se “pelo conhecimento e provimento do recurso para que seja reformada a sentença de 1º grau, declarando-se válido o ato de nomeação do apelado Sávio Luiz Pereira Nascimento para ocupar o cargo de Auditor (Conselheiro Substituto) do Tribunal de Contas dos Municípios e, por consequência, a legalidade de sua exclusão do certame por não possuir a idade mínima exigida por lei para a posse no cargo e, por efeito disso, a legalidade do ato de nomeação de Flávio Monteiro de Andrada Luna, uma vez que o segundo colocado também foi desclassificado.” (ev. 102, fl. 18).

Nos eventos de nºs 104 e 105 foram juntados novos documentos pelo apelante e assistente e no evento nº 106 nova manifestação pelo apelado, tendo por inoportunas as intervenções, determina-se o bloqueio das movimentações.

É o relatório.

Inclua-se em pauta presencial para julgamento.

Des. Jairo Ferreira Júnior - Relator

Datado e Assinado digitalmente conforme arts. 10 e 24 da Resolução nº 59/2016 do TJGO

## VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do apelo.

Conforme relatado, trata-se de apelação cível interposta pelo Estado de Goiás contra sentença proferida no Juízo da 6ª Vara da Fazenda Pública Estadual da Comarca de Goiânia, que julgou procedente o pedido de Sávio Luiz Pereira Nascimento formalizado na Ação Anulatória de Ato Administrativo c/c Obrigação de Fazer, determinando a anulação do decreto de sua nomeação para posse no cargo de Auditor (Conselheiro Substituto) do Tribunal de Contas dos Municípios para que fosse realizada “inspeção de saúde”, como etapa integrante do certame, prévia à nomeação, nos termos previstos no respectivo Edital.

À conta de preliminar, o apelante alega nulidade pela não formação do litisconsórcio passivo necessário, todavia, o referido pedido restou prejudicado, porquanto devidamente integralizada a lide a partir do evento de nº 82, em que foi oportunizado ao terceiro o ingresso no feito, cuja participação efetiva ocorreu desde o evento de nº 85.

Outrossim, não há falar em eiva da sentença porque o direito subjetivo do terceiro passou a existir somente após o pronunciamento jurisdicional singular quando foi nomeado em 17 de dezembro de 2018 – ev. 36, doc. 23. Antes disso, havia apenas expectativa de direito, sendo desnecessária a formação de litisconsórcio, conforme remansosa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Nesse toar:

“(…) 2. Sobre o requerimento apresentado por alguns candidatos neste feito para que fossem habilitados "como litisconsortes passivos necessários, recorridos, ou como assistentes litisconsorciais dos recorridos", a jurisprudência do STJ é firme no sentido de que "é dispensável a formação de litisconsórcio passivo necessário entre os candidatos aprovados em concurso público, uma vez que possuem apenas expectativa de direito à nomeação" (AgRg no REsp 1.294.869/PI, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe de 04.8.2014). No mesmo sentido: EDcl no REsp 1.662.582/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 09.10.2017. (...).” (RMS 58.456/MA, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 09.06.2020, DJe 07.08.2020)

Adiante, em que pese a extensa argumentação do apelante no sentido de que a providência do evento de nº 57 seria um deferimento de tutela de urgência, verifica-se que na referida movimentação, o magistrado singular julgou os embargos declaratórios opostos pelo Tribunal de Contas do Município, dando-lhes provimento para esclarecer os termos da sentença prolatada, evidenciados os efeitos anexos do provimento da ação, qual seja, a determinação de nova nomeação e posse do autor, já que reconhecida a nulidade do ato administrativo anterior, não havendo cogitar-se em concessão de tutela de urgência, tampouco exaurimento da primeira instância.

Ultrapassadas as preliminares, passa-se ao mérito da demanda.

É dos autos que o apelado Sávio Luiz Pereira Nascimento foi aprovado em 1º lugar para provimento do cargo de Auditor (Conselheiro Substituto) do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás, regulado pelo Edital nº 03/2014, tendo a homologação do certame ocorrido em 16 de maio de 2018 e em 13 de julho daquele ano foi publicada sua nomeação. Após sucessivos pedidos de prorrogação, propôs a presente ação questionando a validade do ato, porque nomeado antes de ser convocado para a inspeção médica.

O magistrado singular, atento à regularidade do edital, concedeu o pedido liminar, suspendeu os efeitos da posse e determinou a realização da inspeção médica. Inclusive consignou “(...) Realizada e publicado o resultado, a inspeção médica, autoriza-se a posse do candidato.” (ev. 06, fl. 01).

A ordem judicial foi devidamente cumprida, o apelado, convocado através da portaria de nº 859/2018 (ev. 15, doc. 02), apresentou o laudo médico admissional em 05.11.2018, no qual foi considerado apto para assumir e desempenhar suas atividades e funções no cargo de Auditor-Conselheiro Substituto, entretanto, na sequência, foi eliminado por não poder ser investido no cargo, sem atender ao requisito temporal e objetivo da idade mínima de 35 (trinta e cinco) anos, conforme previsto no edital do concurso e na Lei nº 15.958/2007 (LOTCMGO) (ev. 22).

Dessa maneira, a irregularidade existente anteriormente, (ato de nomeação sem a realização de exames médicos), foi corrigida atempadamente, sendo certo que o ato, antes inquinado, foi convalidado ou saneado, passando a produzir efeitos válidos e retroativos.

A irregularidade verificada com a nomeação anteriormente à convocação para a realização da inspeção médica, foi saneada com a efetivação dos exames, não havendo ilegalidade a ser reconhecida no ato administrativo.



A realização de inspeção médica realizada após o decreto de nomeação, está revestido de validade o ato de nomeação de candidato aprovado em certame para investidura no cargo público de Auditor (Conselheiro Substituto) do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás, porque convalidado o

Sobre o instituto da convalidação, pertinente trazer à baila a lição de Alexandre Mazza:

“Convalidação, sanatória, aperfeiçoamento, convalescimento, sanação, terapêutica, depuração ou aproveitamento é uma forma de suprir defeitos leves do ato para preservar sua eficácia. É realizada por meio de um segundo ato chamado ato convalidatório. O ato convalidatório tem natureza vinculada (corrente majoritária), constitutiva, secundária e eficácia ex tunc.

Assim como a invalidação, a convalidação constitui meio para restaurar a juridicidade.

O fundamento da convalidação é a preservação da segurança jurídica e da economia processual, evitando-se que o ato viciado seja anulado e, em decorrência, seus efeitos sejam desconstituídos.

(...) José dos Santos Carvalho Filho, no entanto, admite convalidação de ato com vício no objeto, motivo ou finalidade quando se tratar de ato plúrimo, isto é, “quando a vontade administrativa se preordenar a mais de uma providência administrativa no mesmo ato: aqui será viável suprimir ou alterar alguma providência e aproveitar o ato quanto às demais providências, não atingidas por qualquer vício”<sup>158</sup>.

O art. 55 da Lei nº 9.784/99 disciplina a convalidação nos seguintes termos: “Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração”.

Ao afirmar que os atos com defeitos sanáveis “poderão ser convalidados”, a Lei do Processo Administrativo abertamente tratou da convalidação como faculdade, uma decisão discricionária. A solução é absurda porque traz como consequência aceitar a anulação do ato também uma opção discricionária. Se a convalidação é escolha discricionária, então o outro caminho possível diante do ato viciado (anulação) igualmente seria escolha discricionária. Mas isso contraria frontalmente a natureza jurídica da anulação. É por isso que a doutrina considera a convalidação como um dever, uma decisão vinculada.

O argumento principal em prol da natureza vinculada da convalidação é que em favor dela concorrem dois valores jurídicos: a economia processual e a segurança jurídica; enquanto o argumento pela anulação é abonado somente pelo princípio da legalidade. Portanto, para a lei, a convalidação é um poder; para a doutrina, um dever.” (Manual de Direito Administrativo, fls. 347/348).

Ademais, bem pontuou o representante ministerial de cúpula:

“(...) Analisando a sequência cronológica dos acontecimentos reportados nos autos, é possível notar que o apelado tenta criar, a todo momento, embaraços para postergar o ato de sua nomeação. De início, causa estranheza a sua impugnação quanto a validade do ato que, a princípio, lhe beneficiaria. Mas no decorrer do processo é possível chegar a conclusão de

que o apelado usa a Administração e o Judiciário como subterfúgio protetor para postergar no tempo a sua nomeação, pois naquele momento não preenchia um dos requisitos legais para ocupar o cargo de Auditor do Tribunal de Contas dos Municípios, idade mínima de 35 anos.

Anoto que quando da publicação do Decreto Individual de sua nomeação, em 13 de julho de 2018, o apelado contava 34 anos e 4 meses, pois nasceu em 12 de março de 1984, conforme documento de identidade colacionado no arquivo 2, da movimentação 1.(...).

Além do mais, não é própria a decisão judicial que dá validade à necessidade de realização de exame médico anterior a nomeação, ainda que previsto em edital, isso porque no momento da nomeação ainda não há a investidura do candidato no cargo, que só ocorrerá com a sua posse. Portanto, nenhuma ilegalidade se apresenta, quando muito uma mera irregularidade, até porque os exames médicos podem ser feitos, e a rigor os são, após a nomeação.” (ev. 102).

Em reforço, ao contrário do alegado pelo apelado, no Edital 03/2014, a inspeção de saúde não foi estabelecida como uma fase autônoma do concurso, mas como uma condicionante à nomeação, conforme subitem 11, e com a concessão da liminar, suspensão e realização dos exames médicos, o ato foi convalidado, não lhe resultando pecha de nulidade.

A propósito, o julgado:

“Administrativo. Anulação. Concurso público professor. Convalidação vícios formais. Prova. O Judiciário, ao realizar o controle do ato administrativo, deve hierarquizar o vício quanto ao grau de sua validade. O controle pelo Judiciário, instância definitiva para a solução do litígio, tem que se assentar na premissa de que nem todos os vícios dos atos administrativos invariavelmente conduzam à sua nulidade, mesmo em se tratando de atos vinculados. Quando o ato administrativo, apesar de não ter sido praticado com absoluta conformidade à lei, conforma-se ao princípio da boa-fé; se dele não decorrem danos ou prejuízos a terceiros ou não foi fruto de fraudes ou outros vícios quanto sua à licitude, deve ser convalidado. A indisfarçável desconfiança quanto à lisura da correção das provas, por si só, não é elemento suficiente para concluir que a Banca Examinadora não agiu com a necessária imparcialidade na correção das provas. Os atos praticados no concurso não podem ser analisados isoladamente, ressaltando-se o aspecto formal, isto é, se houve obediência ou não à forma, mas no conjunto. O rigor no controle dos atos administrativos é prudente, mas deve-se dar atenção à situação concreta, a fim de se verificar se ocorreu ou não vício que afronte as garantias do administrado e os demais princípios que norteiam a atuação da administração. Se o ato administrativo foi praticado sem estrita observância à forma pré-estabelecida, atingindo, contudo, a sua finalidade, sem a ocorrência de prejuízos, deve ser convalidado. Apelações providas. (TRF4, AC 97.04.42384-5, Quarta Turma, Rel. Hermes Siedler da Conceição Júnior, DJ 17.01.2001).

Como se não bastasse, da Lei nº 19.587/17, que estabelece normas gerais para a realização de concursos públicos no âmbito da administração pública estadual, depreende-se que a inspeção médica deverá ocorrer antes da investidura no cargo, mas não há determinação específica em relação à nomeação. Assim, é irrelevante se os exames médicos foram feitos antes ou depois dela,

desde que concluídos antes da posse, não suportando o candidato prejuízo suficiente para ferir de morte o ato administrativo.

Ressalta-se que não houve incúria da Administração ao dar prosseguimento às nomeações, uma vez que não havia decisão judicial ou justificativa para a suspensão. Como dito e repetido, na concessão do pedido de liminar, o magistrado singular suspendeu a nomeação até a realização da inspeção médica. Assim, naturalmente o feito teve o prosseguimento após a efetivação da medida.

Demais a mais, é compreensível o esforço do apelado na defesa do seu interesse particular, mas a linha de raciocínio por ele empregada desembocou em algo que se assemelha à teoria da conspiração, quando, ao que se vê, é que a sua eliminação do certame se deveu única e exclusivamente porque não foi implementado o requisito objetivo da idade na data da posse.

Dessa maneira, a reforma da sentença prolatada é medida que se impõe.

Diante do exposto, acolhendo a manifestação ministerial, conhece-se do recurso de apelação e dá-se-lhe provimento para reformar a sentença, declarando válida a nomeação do apelado Sávio Luiz Pereira Nascimento e conseqüente eliminação em razão da falta de implemento de um dos requisitos, qual seja, a idade, sendo imperiosa a inversão do ônus sucumbencial.

É como voto.

Des. Jairo Ferreira Júnior - Relator

Datado e Assinado digitalmente conforme arts. 10 e 24 da Resolução nº 59/2016 do TJGO

Apelação Cível nº 0249378.34.2015.8.09.0051

Comarca de Goiânia

Apelante: PB Investment Empresarial S/A.

Apelada: Agência Goiana de Habitação - AGEHAB

Relator: Des. Jairo Ferreira Júnior

**EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. LICITAÇÃO. FIANÇA. PERFORMANCE BOND. LEGITIMIDADE PASSIVA. DEVER DE INDENIZAR LIMITADO À CARTA FIANÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

FIXAÇÃO EQUITATIVA. VALOR DA CONDENAÇÃO ELEVADO.

I - O fato de a Apelante se comprometer no negócio jurídico entabulado quando se declarou fiadora da empresa executora da obra não finalizada, endossa a sua legitimidade passiva.

II - Na modalidade Performance Bond, a fiadora garante a realização completa do contrato afiançado ou paga à Administração o necessário para que ela mesma realize a obra não completada, nos limites da Carta Fiança

pactuada.

III - Verificando-se que o valor da condenação alcança montante elevado, os honorários advocatícios devem ser fixados equitativamente.  
APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA.

## RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível, interposta por PB Investiment Empresarial S/A, contra a sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 6ª Vara Cível da Comarca de Goiânia, Dr. José Ricardo M. Machado, que julgou parcialmente procedente o pedido inicial, condenando as requeridas (WGR Construtora Ltda e PB Investiment Empresarial S.A.), solidariamente, a indenizarem a Autora/Apelada a quantia de R\$ 1.225.20,09 (um milhão, duzentos e vinte e cinco mil, e vinte reais, e nove centavos) a título de danos materiais causados pela inexecução parcial da obra contratada, bem como ao pagamento da multa pela ruptura contratual no valor de R\$ 361.017,41 (trezentos e sessentas e um mil, dezessete reais e quarenta e um centavos), incidindo correção monetária pelo INPC, desde a data da propositura da ação e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação.

Extrai-se dos autos que a Autora/Apelada ajuizou Ação de Cobrança c/c Indenização por Danos Materiais e Morais, em face da empresa WGR Construtora Ltda e da empresa fiadora, aqui Apelante, tendo em vista que firmou com aquela contrato de empreitada para construção de unidades habitacionais nº 085/2012, em 27.09.2012, cujo objeto era a prestação de serviços de mão de obra para construção de 336 (trezentas e trinta e seis) unidades habitacionais elencadas no lote 05, conforme Planilha de Quantitativo e Preços, Especificações e Normas Técnicas, Planta e Minuta do Contrato, vinculados ao procedimento licitatório realizado na modalidade de Concorrência nº 002/2012.

Denota-se que a Apelante/Requerida concedeu à construtora também Requerida uma carta de fiança no montante de R\$ 608.688,14 (seiscentos e oito mil, seiscentos e oitenta e oito reais e quatorze centavos), garantindo neste limite a execução do contrato avençado.

Afirma a Requerente/Apelada que foram efetivados vários aditamentos com a prorrogação sucessiva do contrato por 12 (doze) meses, ensejando, posteriormente, a rescisão contratual formalizada no processo administrativo pelo descumprimento da avença, tudo mediante notificações extrajudiciais, conforme decisão do Presidente da AGEHAB através do Termo de Rescisão Unilateral do Contrato nº 085/2012, em 05.03.2015.

Pleiteou a indenização pelos danos materiais e morais sofridos, tendo em vista a perda do material de construção que foi por elas entregue, contudo, não empregados na obra contratada, além das despesas com os débitos trabalhistas com os contratados pela Requerida, e ainda, dano moral pelo descrédito perante os inscritos no programa habitacional que coordena.

Em contestação, a segunda Requerida/Apelante sustenta sua ilegitimidade passiva, tendo em vista que comunicou a primeira Requerida quanto ao cancelamento da fiança dada em garantia do contrato.

Após o processamento do feito, o magistrado singular prolatou a sentença (evento nº 48), nos seguintes termos:

“(…) Concernentemente à preliminar de ilegitimidade passiva apresentada pela segunda requerida, estou em que improcedente. A suscitante alega ter informado à primeira requerida o cancelamento da fiança. Tal comunicado, no entanto, deveria ter sido feito à autora, pois a fiança estava garantindo a obrigação constante de contrato celebrado entre a autora e a primeira requerida. O simples comunicado feito pela segunda à primeira requerida, aliás realizado após a propositura da presente ação, não tem o condão de eximi-la da obrigação a que se vinculou, pois como a garantia foi dada em cumprimento à exigência do contrato de prestação de serviços de mão-de-obra e em resguardo aos interesses da aqui autora, somente o expresso comunicado a ela (autora), que naturalmente exigiria da primeira requerida a substituição da fiança, teria o efeito agora pretendido pela segunda requerida.

O contrato de fiança, como se sabe, tem caráter acessório e subsidiário porque depende da existência do contrato principal e tem sua execução subordinada ao não cumprimento deste. Ademais, tem a fiança a característica de ser unilateral, pois gera obrigação apenas para o fiador. Registre-se, também, que ao conceder fiança, o fiador assume a obrigação, limitada (art. 823, CC) ou não (art. 822, CC), de pagar a dívida do afiançado, em face de eventual inadimplemento, garantindo, com o seu patrimônio, o cumprimento da obrigação assumida pelo afiançado.

Consigne-se, à propósito, que a fiança, na hipótese dos autos, foi dada com prazo determinado, que venceu após verificada a inexecução parcial do contrato principal geradora da sua extinção, o que faz do fiador corresponsável pela obrigação inadimplida, no limite da garantia dada.

A autora demonstrou satisfatoriamente que o inadimplemento contratual perpetrado pela primeira requerida causou-lhe um prejuízo material que somou a quantia de R\$ 1.225.120,09 (um milhão, duzentos e vinte e cinco mil, cento e vinte reais e nove centavos), representada por R\$ 610.479,08 (seiscentos e dez mil, quatrocentos e setenta e nove reais e oito centavos) dispendidos com acertos trabalhistas e R\$ 614.641,01 (seiscentos e quatorze mil, seiscentos e quarenta e um reais e um centavo) correspondente ao material de construção perdido, por não empregado na obra e não devolvido a autora. Além disso, deve-se acrescer ao quantum indenizatório a multa no valor de R\$ 361.017,41 (trezentos e sessenta e um mil, dezessete reais e quarenta e um centavos), devida em face do que se estabeleceu no contrato extinto. Esse volume financeiro, submetido à correção monetária até a data de ajuizamento da ação alcançou a importância de R\$ 1.637.412,80 (um milhão, seiscentos e trinta e sete mil, quatrocentos e doze reais e oitenta centavos), cálculo que, diga-se, não recebeu impugnação das requeridas.

Quanto ao pedido indenizatório por danos extrapatrimoniais formulado pela autora, anoto inicialmente ser ele, em tese, suscetível de acolhida em face do que assentou o Superior Tribunal de Justiça no enunciado da Súmula 227 e na Súmula 20, do Tribunal goiano. A sua concessão, no caso concreto, reclama mais do que ofensa à personalidade, que é tratada no caso de pessoa jurídica de forma mais restritiva do que ocorre com as pessoas naturais, mesmo porque a pessoa jurídica não possui honra subjetiva e, por isso, não sofre as consequências de sentimentos como angústia e humilhação. Para que se viabilize juridicamente a imposição de indenizar-se a pessoa jurídica por

dano moral há de se ter configurado um extraordinário desgaste da sua imagem e conceito, com severa repercussão econômica e afetação de sua credibilidade comercial, o que, a meu sentir, não ocorreu na espécie. Dessa forma, não confiro trânsito à pretensão ressarcitória de danos extrapatrimoniais.

Por fim, não acolho o pedido de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária primeira requerida ante a inexistência de prova do abuso ou o desvio de finalidade, caracterizados por atos intencionais dos sócios de fraudar terceiros.

Ao teor do exposto, julgo procedente, em parte, o pedido formulado na inicial para condenar as requeridas a indenizarem, solidariamente, a autora pagando-lhe a quantia de R\$ 1.225.120,09 (um milhão, duzentos e vinte e cinco mil, cento e vinte reais e nove centavos) à título de reparação pelos danos materiais causados pela inexecução parcial do contrato de empreitada para execução de mão-de-obra para construção de unidades habitacionais nº 085/2012, de 27 de setembro de 2012. Condeno as requeridas, ainda, a pagarem a autora multa pela ruptura contratual no valor de R\$ 361.017,41 (trezentos e sessenta e um mil, dezessete reais e quarenta e um centavos). Sobre o valor da condenação incidirão correção monetária (INPC), desde a data da propositura da ação e juros moratórios de 1% ao mês, a partir da citação.

A obrigação da segunda requerida decorrente desta condenação ficará limitada ao valor corrigido da fiança nº 2042/2012.

Condeno as requeridas, em proporção, a pagarem as despesas do processo e honorários advocatícios que arbitro em quantia correspondente a 10% sobre o valor da condenação, nos termos do que dispõe o artigo 85, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil.

Publique-se.”

Inconformada com a prestação jurisdicional, a segunda Requerida interpôs a presente apelação cível (evento 53), na qual, após breve relato dos fatos, pleiteia pela reforma da sentença com a consequente improcedência da ação inicial, sustentando a sua ilegitimidade passiva, por não ter qualquer correlação negocial entre as partes.

Sustenta que “tal como pactuada a Carta de Fiança, estabelece que somente será atribuída a cargo da Apelante eventual responsabilidade por compromissos contratuais ou inadimplências ocasionadas pela Primeira Requerida WGR Construtora Ltda, desde que esta esteja, na época da ocorrência de proposituras de ações judiciais de inadimplemento como a presente, absolutamente em dia com o adimplemento contratual financeiro junto à contestante, conforme se lê claramente do bojo da inclusa carta de fiança (doc).”

Ainda “outra circunstância que torna inexigível o valor da cobrança mais o valor dos supostos danos relatados na ação principal, frente a esta Apelante, circunda-se ao fato de que a carta de fiança última aditiva (doc) encontra-se vencida desde Setembro/2015, hipótese que exime qualquer responsabilidade como fiadora garantidora a cargo da ora Apelante em responder pelos débitos perquiridos”, tendo em vista que “Consoante depreende-se da referenciada Carta de Fiança (doc), reza que sua validade é de 365 dias, compreendendo-se o período de 12.09.2014 à 11.09.2015.”

Ao final, requer a reforma da sentença combatida com o reconhecimento da sua ilegitimidade passiva e, no mérito, o reconhecimento da exoneração da sua responsabilidade como fiadora, tendo

em vista que a carta de fiança encontrava-se vencida, bem como que fora realizada a notificação da sua exoneração, além da inversão integral das verbas sucumbenciais nos termos do artigo 85 do Código de Processo Civil/2015.

Preparo devidamente comprovado (evento 53, último documento).

Contrarrrazões apresentadas no evento 61, rechaçando as alegações recursais e pugnando pela manutenção do comando sentencial, reforçando que o inadimplemento contratual e os danos causados pela primeira Requerida ocorreram bem antes do vencimento da garantia, tendo em vista que a rescisão contratual se deu em 05.03.2015, publicada no DOU nº 22.040/2015 em 13.03.2015, com pedido de resgate da fiança em 11.05.2015, enquanto vencimento da Carta de Fiança se deu em 11.09.2015.

É o relatório.

Peço a inclusão em pauta para julgamento.

Des. Jairo Ferreira Júnior – Relator

Datado e Assinado digitalmente conforme arts. 10 e 24 da Resolução nº 59/2016 do TJGO

## VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do apelo.

Conforme relatado, trata-se de Apelação Cível, interposta por PB Investment Empresarial S/A, contra a sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 6ª Vara Cível da Comarca de Goiânia, Dr. José Ricardo M. Machado, que julgou parcialmente procedente o pedido inicial, condenando as requeridas WGR Construtora Ltda e PB Investment Empresarial S.A., solidariamente, a indenizarem a Autora/Apelada a quantia de R\$ 1.225.120,09 (um milhão, duzentos e vinte e cinco mil, cento e vinte reais, e nove centavos) a título de danos materiais causados pela inexecução parcial da obra contratada, bem como ao pagamento da multa pela ruptura contratual no valor de R\$ 361.017,41 (trezentos e sessentas e um mil, dezessete reais e quarenta e um centavos), incidindo correção monetária pelo INPC, desde a data da propositura da ação e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação.

Da análise detidamente os autos, verifica-se que razão não assiste a Apelante, confira-se.

Observa-se do caderno processual que a empresa Apelante pretende a reforma da sentença com o reconhecimento da sua ilegitimidade passiva e, no mérito, o reconhecimento da exoneração da sua responsabilidade como fiadora, tendo em vista que a carta de fiança encontrava-se vencida, bem como que fora realizada a notificação da sua exoneração, além da inversão integral das verbas sucumbenciais nos termos do artigo 85 do Código de Processo Civil/2015.

Assim, para o devido enfrentamento do tema, faz-se necessário definir acerca da legitimidade e da responsabilidade da empresa fiadora.

Quanto a alegada preliminar de ilegitimidade passiva da Apelante, sob o argumento de que não existe correlação negocial com o inadimplemento contratual entre a Apelada e a WGR Construtora Ltda, a mesma não merece prosperar, tendo em vista que a Apelante comprometeu-se

no negócio jurídico entabulado quando se declarou fiadora da empresa executora da obra não finalizada.

A carta de fiança questionada era, inclusive, uma das exigências previstas no edital de licitação nº 002/2012 (evento 03, documento 06, página 104) para a celebração do contrato outrora firmado:

#### **VIII - DA GARANTIA CONTRATUAL**

**08.01** - A firma vencedora, no ato da assinatura do contrato, deverá prestar garantia para execução contratual no valor correspondente a 5% (cinco por cento) sobre o valor total da contratação, prestada preferencialmente por fiança bancária, dentre as modalidades previstas no § 1º do art. 56 da Lei n.º 8.666/93.

**08.01.01** – Se o valor da garantia for utilizado, total ou parcialmente, para pagamento de qualquer obrigação, inclusive indenização a terceiros, a Contratada deverá proceder a respectiva reposição no prazo de 48 (quarenta e oito) horas contadas da data em que for notificada pela Contratante.

**08.01.02**- O recolhimento da garantia deverá, ser feito na Tesouraria da AGEHAB, à Rua 18-A, nº 541, Setor Aeroporto, Goiânia – Goiás.

**08.01.03** - No caso de garantia em dinheiro, o montante deverá ser depositado em conta própria para tal, a ser informada pela Tesouraria da AGEHAB.

**08.01.04** - No caso de garantia em forma de Título da Dívida Pública, estes devem ter sido emitidos sob forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definidos pelo Ministério da Fazenda, seguro garantia ou carta de fiança bancária com garantia mínima de 04 (quatro) meses, em que o fiador declare expressamente sua renúncia aos benefícios do art. 827, do Código Civil Brasileiro.

**08.02** - A garantia será levantada após 30 (trinta) dias consecutivos, contados da data do recebimento definitivo da obra, mediante comprovação de quitação para com o INSS e FGTS, das obras contratadas.

**08.03** - Quando a rescisão ocorrer com base nos incisos XII a XVII do artigo 78, em consonância com o art. 79, § 2º da Lei 8.666/93, sem que haja culpa da contratada, será devolvida a garantia.

**08.04** - No caso das rescisões de que tratam os incisos I a XI, do citado art. 78 da Lei nº 8.666/93 a garantia será utilizada para o ressarcimento de eventuais prejuízos e multas

Conforme se observa da Carta de Fiança nº 2042/2012, a mesma foi alterada em 01.10.2014, com validade até 11.09.2015, ficando, portanto, mais que comprovada a legitimidade passiva da Apelante/Requerida na demanda originária.

Destaca-se da Carta de Fiança nº 2042/2012 (evento 03, documento 06):





**Profit Bank**

Capital Social: R\$ 451.190.030,00



**Carta De Fiança nº 2042/2012 – WGR/AGEHAB – 04**

Data de emissão: 01/10/2014

Data de vencimento: 11/09/2015

BENEFICIÁRIO/CREADOR:  
**AGÊNCIA GOIANA DE HABITAÇÃO S/A**  
CNPJ: 01.274.240/0001-47

**VALOR: R\$ 608.688,14 (SEISCENTOS E OITO MIL, SEISCENTOS E OITENTA E OITO REAIS E QUATORZE CENTAVOS).**

Declaração: P.B. INVESTMENT EMPRESARIAL S/A - PROFIT BANK, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 07.376.572/0001-19, com sede à Avenida Nápoli, nº 500 – 4º Andar, Sala 402 – Edifício Plaza D'Oro Office – Residencial Eldorado, na cidade de Goiânia/GO – CEP: 74.367-640, por seus representantes legais, abaixo assinados, declara assumir total responsabilidade como fiador, com amparo legal e em conformidade com a Lei 5.869, de 11 de Janeiro de 1973, Arts. 826 a 838, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Arts. 818 a 839 e demais normas aplicáveis em vigor, e em consonância com os objetivos sociais constantes no Estatuto Social desta Companhia, e com lastro no Patrimônio Líquido devidamente integralizado, conforme atos constitutivos arquivados e registrados perante a Junta Comercial do Estado de Goiás sob o nº 52120248239, da empresa WGR CONSTRUTORA LTDA - ME, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 09.061.647/0001-06, estabelecida na Rua 4, nº 22 – Quadra 3, Lote 1 – Centro – Jaraguá/GO – CEP: 76.330-000, na qual figura como afiançado, até o limite máximo contratado, R\$ 608.688,14 (Seiscentos e Oito Mil, Seiscentos e Oitenta e Oito Reais e Quatorze Centavos).

**Objeto da Fiança:** Declara-se para os devidos fins e efeitos, que atendendo a solicitação do Beneficiário/Credor, através do 3º Termo Aditivo, correspondente ao Contrato nº 085/2012, procedemos à emissão do presente Endosso de Prorrogação de Prazo, conforme segue:

**PRORROGAÇÃO DE PRAZO: FICA PRORROGADA A FIANÇA ATÉ 11 / SETEMBRO / 2015**

Os demais termos e condições da Fiança não modificadas pelo presente endosso permanecem inalterados.

Este Endosso faz parte integrante e inseparável da Fiança nº 2042/2012 – WGR/AGEHAB – 01, Fiança/Endosso nº 2042/2012 – WGR/AGEHAB – 02 e Fiança/Endosso nº 2042/2012 – WGR/AGEHAB – 03, conforme descritos no Contrato nº 085/2012.

Superada tal preliminar, passa-se a análise do mérito, quanto a extensão da responsabilidade da empresa fiadora.

Assim traduz o Código Civil pátrio:

“Art. 818. Pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra.

(...)


Art. 822. Não sendo limitada, a fiança compreenderá todos os acessórios da dívida principal, inclusive as despesas judiciais, desde a citação do fiador.”

Por certo que a empresa fiadora, aqui Apelante, ao prestar fiança no contrato objeto da lide, assumiu a responsabilidade sobre a dívida da afiançada, contudo, limitada a R\$ 608.688,14 (seiscentos e oito mil, seiscentos e oitenta e oito reais e quatorze centavos), nos termos da carta apontada.

Não obstante a Apelante suscite que citada carta estaria vencida desde setembro de 2015, denota-se que a rescisão unilateral do Contrato de Empreitada por descumprimento ocorreu em data anterior, em 05.03.2015, com publicação no DOU nº 22.040 em 13.03.2015 (evento 03, documento 09, página 67 e documento 06, página 05), ou seja, enquanto vigente a carta fiança, inexistindo controvérsias nesse sentido.

Noutro turno, alega a Apelante “que os valores pretendidos incluem-se justamente nas ressalvas mencionadas na própria carta de fiança (débitos trabalhistas, débitos fiscais, dentre outros), o que inviabiliza o manejo da cobrança a cargo desta Contestante a garanti-la através do valor afiançado último no importe de R\$ 608.688,14 (seiscentos e oito mil seiscentos e oitenta e oito reais e quatorze centavos).”

De fato, tais excludentes constam da carta de fiança primeva, de tal sorte que a garantia se estende à execução dos serviços contratados (Performance), confira-se (evento 03, documento 06, página 134):

 <b>Profit Bank</b>		<i>Capital Social: R\$ 481.190.030,00</i>
<b>Carta De Fiança nº 2042/2012 – WGR/AGEHAB – 01</b>		
Data de emissão: 14/09/2012		Data de vencimento: 11/09/2013
BENEFICIÁRIO/CREDOR: AGÊNCIA GOIANA DE HABITAÇÃO S/A CNPJ: 01.274.240/0001-47		
<b><u>VALOR: R\$ 587.000,52 (QUINHENTOS E OITENTA E SETE MIL REAIS E CINQUENTA E DOIS CENTAVOS).</u></b>		
Declaração: P.B. INVESTMENT EMPRESARIAL S/A - PROFIT BANK, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 07.376.572/0001-19, com sede à Avenida Nápoli, nº 500 – 4º Andar, Sala 402 – Edifício Plaza D’Oro Office – Residencial Eldorado, na cidade de Goiânia/GO – CEP: 74.367-640, por seus representantes legais, abaixo assinados, declara assumir total responsabilidade como fiador, com amparo legal e em conformidade com a Lei 5.869, de 11 de Janeiro de 1973, Arts. 826 a 838, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Arts. 818 a 839 e demais normas aplicáveis em vigor, e em consonância com os objetivos sociais constantes no Estatuto Social desta Companhia, e com lastro no Patrimônio Líquido devidamente integralizado, conforme atos constitutivos arquivados e registrados perante a Junta Comercial do Estado de Goiás sob o nº 52120248239, da empresa WGR CONSTRUTORA LTDA - ME, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 09.061.647/0001-06, estabelecida na Rua 4, nº 22 – Quadra 3, Lote 1 – Centro – Jaraguá/GO – CEP: 76.330-000, na qual figura como afiançado, até o limite máximo contratado, R\$ 587.000,52 (Quinhentos e Oitenta e Sete Mil Reais e Cinquenta e Dois Centavos).		
Objeto da Fiança: Garantia de Execução de Serviços de mão de obra para construção de 336 Unidades Habitacionais elencadas no Lote 01 e 481 Unidades Habitacionais elencadas no lote 05, conforme Contrato nº 085/2012.		
Essa Fiança refere-se tão somente a garantia de execução dos serviços contratados (Performance), não abrangendo: indenizações trabalhistas de qualquer espécie, recolhimento previdenciário e do FGTS, indenizações a fornecedores ou quaisquer credores e recolhimento de impostos de qualquer natureza, de obrigação do afiançado nesse Contrato.		
Esta fiança é concedida de forma proporcional ao seu prazo e sua validade está concordada conforme descrito no objeto, no prazo de 366 dias, compreendendo o período de <u>11/Setembro/2012 a 11/Setembro/2013</u> , ficando acertado que as partes deverão, no prazo máximo de 72 (setenta e duas) horas após o vencimento de qualquer obrigação não cumprida e até o prazo de validade acima fixada exigir do P.B. INVESTMENT EMPRESARIAL S/A - PROFIT BANK, por meio de comunicação escrita, caso a afiançada não cumpra suas obrigações, a obrigação que lhe		

Referida carta foi posteriormente alterada tão somente com relação ao seu valor de abrangência, mantendo-se os demais termos e ressaltando a proporcionalidade do seu prazo de validade, conforme descrito na carta prestada (evento 03, documento 06, página 138):

BENEFICIÁRIO/CREADOR: AGÊNCIA GOIANA DE HABITAÇÃO S/A CNPJ: 01.274.240/0001-47							
<b><u>VALOR: R\$ 608.688,14 (SEISCENTOS E OITO MIL, SEISCENTOS E OITENTA E OITO REAIS E QUATORZE CENTAVOS).</u></b>							
Declaração: P.B. INVESTMENT EMPRESARIAL S/A - PROFIT BANK, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 07.376.572/0001-19, com sede à Avenida Nápoli, nº 500 – 4º Andar, Sala 402 – Edifício Plaza D'Oro Office – Residencial Eldorado, na cidade de Goiânia/GO – CEP: 74.367-640, por seus representantes legais, abaixo assinados, declara assumir total responsabilidade como fiador, com amparo legal e em conformidade com a Lei 5.869, de 11 de Janeiro de 1973, Arts. 826 a 838, Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002, Arts. 818 a 839 e demais normas aplicáveis em vigor, e em consonância com os objetivos sociais constantes no Estatuto Social desta Companhia, e com lastro no Patrimônio Líquido devidamente integralizado, conforme atos constitutivos arquivados e registrados perante a Junta Comercial do Estado de Goiás sob o nº 52120248239, da empresa WGR CONSTRUTORA LTDA - ME, inscrita no CNPJ/ME sob o nº 09.061.647/0001-06, estabelecida na Rua 4, nº 22 – Quadra 3, Lote 1 – Centro – Jaraguá/GO – CEP: 76.330-000, na qual figura como afiançado, até o limite máximo contratado, R\$ 608.688,14 (Seiscentos e Oito Mil, Seiscentos e Oitenta e Oito Reais e Quatorze Centavos).							
Objeto da Fiança: Declara-se para os devidos fins e efeitos, que atendendo a solicitação do Beneficiário/Credor, através do 1º Termo Aditivo, datado em 15/04/2013, correspondente ao Contrato nº 085/2012, procedemos à emissão do presente Endosso de Reforço da Importância Afiançada e Prorrogação de Prazo, conforme segue:							
<table border="1"><tr><td>IMPORTÂNCIA AFIANÇADA ANTERIOR:</td><td>R\$ 587.521,15</td></tr><tr><td>REFORÇO DA IMPORTÂNCIA AFIANÇADA:</td><td>R\$ 21.166,99</td></tr><tr><td><b>TOTAL DA IMPORTÂNCIA AFIANÇADA:</b></td><td><b>R\$ 608.688,14</b></td></tr></table>		IMPORTÂNCIA AFIANÇADA ANTERIOR:	R\$ 587.521,15	REFORÇO DA IMPORTÂNCIA AFIANÇADA:	R\$ 21.166,99	<b>TOTAL DA IMPORTÂNCIA AFIANÇADA:</b>	<b>R\$ 608.688,14</b>
IMPORTÂNCIA AFIANÇADA ANTERIOR:	R\$ 587.521,15						
REFORÇO DA IMPORTÂNCIA AFIANÇADA:	R\$ 21.166,99						
<b>TOTAL DA IMPORTÂNCIA AFIANÇADA:</b>	<b>R\$ 608.688,14</b>						
<table border="1"><tr><td><b>PRORROGAÇÃO DE PRAZO:</b> FICA PRORROGADA A FIANÇA ATÉ <b>11/SETEMBRO/2014</b></td></tr></table>		<b>PRORROGAÇÃO DE PRAZO:</b> FICA PRORROGADA A FIANÇA ATÉ <b>11/SETEMBRO/2014</b>					
<b>PRORROGAÇÃO DE PRAZO:</b> FICA PRORROGADA A FIANÇA ATÉ <b>11/SETEMBRO/2014</b>							
Os demais termos e condições da Fiança não modificadas pelo presente endosso permanecem inalterados.							
Este Endosso faz parte integrante e inseparável da Fiança nº 2042/2012 – WGR/AGEHAB – 01 e Fiança/Endosso nº 2042/2012 – WGR/AGEHAB – 02, conforme descritos no Contrato nº 085/2012.							
Esta fiança é concedida de forma proporcional ao seu prazo e sua validade está concordada conforme descrito no objeto, no prazo de 365 dias, compreendendo o período de <u>12/Setembro/2013 a 11/Setembro/2014</u> .							
Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001, que instituiu a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil por:							

Portanto, a fiança foi realizada na modalidade conhecida como Performance Bond, na qual a fiadora garante a realização completa do contrato ou paga à Administração o necessário para que ela mesma realize a obra contratada, neste caso, observado o limite da Carta Fiança, no importe de R\$ 608.688,14 (seiscentos e oito mil, seiscentos e oitenta e oito reais e quatorze centavos).

Sendo assim, quando acionada, caberia à fiadora, aqui Apelante, contratar terceiros para dar continuidade ao objeto da contratação, ou efetuar o pagamento de indenização em dinheiro, de acordo com os prejuízos experimentados e dentro do limite máximo da garantia ofertada.

Na lição do doutrinador Hely Lopes Meirelles:

“O que o performance bond garante é a integral execução do contrato segurado, pelos meios e modos que as circunstâncias exigirem, quer pela realização substitutiva, **in specie**, pela

seguradora, quer pelo pagamento do custo restante à Administração, para que esta recontrate ou conclua por seus próprios órgãos o que o contratado originário deixou inacabado. (Hely Lopes Meirelles, Licitação e Contrato Administrativo, p. 210/211)”

Portanto, não obstante a fiadora encontrar-se livre do dever de indenizar verbas “trabalhistas de qualquer espécie, recolhimento previdenciário e de FGTS, indenizações a fornecedores ou quaisquer credores e recolhimento de impostos de qualquer natureza”, ela possui a responsabilidade cristalina de assumir a execução do contrato segurado, ou indenizar em dinheiro o afiançado, no limite da sua fiança.

Nesse sentido entende outros Tribunais:

Licitação e contratos administrativos. Seguro-garantia. Multa por descumprimento contratual. Alegação de exclusão de cobertura. Descabimento. Formalidades contratuais. Irrelevância. 1. Em se tratando de seguro-garantia visando à proteção do ente público, tomador dos serviços contratados, não há como se pretender excluir justamente a cobertura da multa por inadimplemento contratual. Exegese dos artigos 56 e 80, III, da Lei nº 8.666/93. 2. A alegada inobservância a formalidades contratuais pela CORSAN sequer foi referida na negativa administrativa apresentada pela seguradora. Ademais, sequer se vislumbra o prejuízo à apelante decorrente da alegada comunicação a destempo do sinistro, já que, uma vez descumprido o contrato, a multa punitiva era devida ao ente público. Apelo desprovido. (Apelação Cível nº 70074546821, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Ricardo Torres Hermann, julgado em 30.08.2017).

Assim, cabe a Apelante arcar com a indenização declinada na sentença combatida, solidariamente com a Requerida WGR Construtora Ltda, nos limites do valor afiançado, qual seja, R\$ 608.688,14 (seiscentos e oito mil, seiscentos e oitenta e oito reais e quatorze centavos), conforme Carta de Fiança nº 2042/2012.

Ante as razões expendidas, conhece-se do recurso para negar-lhe provimento, mantendo a condenação solidária esposada no primeiro grau, observado o limite da Carta Fiança nº 2042/2012, com a ressalva de tratar-se de indenização pela não realização completa do contrato afiançado, nos termos da fiança prestada na modalidade Performance Bond.

Por sua vez, com relação à majoração dos honorários advocatícios, de ofício, fixam-se os mesmos equitativamente no montante de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) em favor da Apelada/Requerente, consoante artigo 85, §8º do CPC, tendo em vista que o valor da condenação alcança montante elevado de R\$ 1.225.120,09 (um milhão, duzentos e vinte e cinco mil, cento e vinte reais e nove centavos).

É o voto.

Des. Jairo Ferreira Júnior - Relator

Datado e Assinado digitalmente conforme arts. 10 e 24 da Resolução nº 59/2016 do TJGO

Apelação Cível nº 5114017-18.2019.8.09.0051

Comarca de Goiânia

Apelante: Zurich Santander Brasil Seguros e Previdência S/A

Apelada: Silvia Cristina Xavier de Souza

Relator: Des. Jeová Sardinha de Moraes

**EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. PRELIMINARES DECIDIDAS NO ACÓRDÃO PROFERIDO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO, JÁ TRANSITADO EM JULGADO. PRECLUSÃO. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. SUICÍDIO DO SEGURADO NO PERÍODO DE CARÊNCIA CONTRATUAL. COBERTURA EXCLUÍDA. REFORMA DA SENTENÇA. ÔNUS SUCUMBENCIAIS.

**I** - As preliminares já decididas por este órgão em Agravo de Instrumento, com acórdão transitado em julgado, não podem ser revistas quando o julgamento da apelação (artigo 507, do Código de Processo Civil).

**II** - O suicídio, no contrato de seguro de vida, seja individual ou coletivo, firmado sob a égide do Código Civil de 2002, é risco não coberto se cometido nos primeiros 02 (dois) anos de vigência da avença, sendo inócua a discussão acerca da motivação do ato suicida, se voluntário ou involuntário, se premeditado ou não. Inaplicabilidade das Súmulas nº 105/STF e nº 61/STJ, editadas com base no Código Civil de 1916.

**III** - O artigo 798 do CC/2002 estabeleceu novo critério, de índole temporal e objetiva, para a hipótese de suicídio do segurado no contrato de seguro de vida, restando totalmente dispensável a análise do elemento subjetivo.

**IV** - No caso em apreço, considerando que o suicídio do segurado ocorreu no biênio de carência contratual, não tem a autora/beneficiária direito à indenização securitária vindicada.

**V** - Considerando que o **de cujus** assinou a proposta em 28.03.2018 e o óbito do segurado ocorreu em 21.04.2018, mas não se tratando de causa natural, como já reconhecido, faz jus ao auxílio-funeral. **6.** Com a reforma parcial da sentença atacada, vencedora a Autora de parte mínima do pedido, ficam invertidos os ônus da sucumbência, cuja exigibilidade resta suspensa, eis que litiga sob o pálio da assistência judiciária. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA. SENTENÇA REFORMADA.

## RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Apelação Cível interposto por Zurich Santander Brasil Seguros e Previdência S/A contra a sentença (evento nº 74) proferida pela Excelentíssima Juíza de Direito da

24ª Vara Cível e de Arbitragem da Comarca de Goiânia-GO, Dra. Iara Márcia Franzoni de Lima Costa, nos autos da ação de cobrança de indenização securitária proposta em seu desfavor por Silvia Cristina Xavier de Souza, que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil.

Narrou a autora que é mãe do jovem Matheus Xavier de Souza Pereira, falecido em 21.04.2018, ora contratante dos seguros de nº 009649656885 e 010517971948 junto à parte Requerida.

Verberou que o seu filho sofria de síndrome do pânico e, no dia 21.04.2018, em virtude de uma crise, acreditando que alguém estava tentando invadir sua residência tentou procurar abrigo no apartamento ao lado. Afirmou que durante a tentativa de pular pela varanda de sua residência até a varanda do apartamento vizinho, a fim de fugir da “perseguição imaginária” o Sr. Matheus desequilibrou e caiu vindo a óbito no local.

Argumentou que o **de cujus** havia junto à requerida 02 (dois) seguros de vida, onde a parte autora era beneficiária, sendo o de nº 009649656885 com cobertura em caso de morte no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) e auxílio funeral no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais) com vigência de 04.08.2017 a 04.08.2018 e o de nº 010517971948 com cobertura de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) e adicional por morte acidental também de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), além do auxílio-funeral familiar no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), com vigência de 28.03.2018 a 28.03.2019.

Frisou que após o óbito, acionou a seguradora requerida afim de receber o pagamento dos seguros contratados pelo **de cujus**, contudo, para a sua surpresa recebeu a informação de que a proposta nº 009649656885 havia sido cancelada pelo **de cujus** em 19.04.2018 e, quanto a proposta de nº 010517971948, foi negada sob o argumento de que o segurado não tem direito ao capital estipulado quando suicida nos primeiros 2 anos de vigência. Registrou que, na conclusão do relatório do inquérito policial, consta que a morte do sinistrado foi acidental.

Ao final, requereu, em síntese, a concessão da gratuidade da justiça, a procedência da demanda a fim de condenar a Requerida ao pagamento da indenização securitária no valor de R\$ 200.000,00 e auxílio-funeral de R\$ 3.000,00, referente a proposta nº 009649656885, além da indenização securitária por morte e adicional por morte acidental no montante cada uma de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), referente à proposta nº 010517971948 e auxílio-funeral familiar no importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), referente a proposta 010517971948.

Colacionou documentos com a exordial.

No evento nº 08, restou deferido o pedido de gratuidade da justiça e designada audiência conciliatória.

Realizada a audiência de conciliação, porém, sem êxito, face a ausência de composição (evento nº 22).

Citada, a Requerida ofertou contestação (evento n. 23). Em preliminar, impugnou o valor da causa, bem como alegou ausência de interesse de agir. No mérito, aduziu que o **de cujus**, com todo histórico aludido, de doenças e também sendo usuário de drogas, contratou Seguro Proteção Vida Homem junto à Requerida/Apelante, sem nada mencionar. Afirmou que, em 19.04.2018, o **de cujus**,

por telefone cancelou o seguro cuja a cobertura por morte era de R\$ 200.000,00, proposta nº 009649656885. Esclareceu, ainda que, em 2018 o falecido contratou mais um seguro, denominado “Proteção Vida Van Gogh” com vigência de 28.03.2018 a 28.03.2019, também sem nada a declarar para a ora Apelante sobre o seu complicado histórico de saúde.

Frisou que o contrato de seguro é pautado na mais extrema boa-fé, contudo o *de cujus* omitiu, quando das contratações das duas apólices em comento, informações essenciais para aceitação ou não do risco. Teceu comentários sobre o agravamento intencional do risco securitário quando do uso costumeiro e prolongado de cocaína pelo **de cujus**, bem como de que ele sabia ter síndrome do pânico e depressão.

Asseverou que se seguro de vida cobrisse a prática de atos ilícitos, como, por exemplo, o uso de cocaína por um indivíduo com os seus consequentes atos, estaríamos, todos nós do ramo securitário, inclusive o Poder Judiciário, financiando um novo tipo de contrato, o qual garantiria capital em troca da realização de atos ilícitos. Pontuou que, não fossem esses os motivos, o **de cujus** de fato cometeu suicídio, mesmo porque o inquérito policial não descarta tal possibilidade, assim não faz jus ao recebimento do seguro uma vez que cometido antes de 02 (dois) anos do início da apólice.

Ponderou que, caso seja entendido que a Autora faz jus ao recebimento, deve-se limitar ao valor de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), vez que a proposta de nº 009649656885 foi cancelada pelo próprio **de cujus** em 19.04.2018. Afirmou que em relação ao auxílio funeral da apólice nº 010517971948, há carência de 60 (sessenta) dias, a contar do início de vigência do seguro, tendo o óbito ocorrido pouco mais de um mês do início da vigência do seguro. Pugnou pela inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor.

Ao final, requereu, em síntese, o acolhimento das preliminares aventadas e, se ultrapassadas, seja o feito julgado improcedente por omissão de informações de má-fé pelo **de cujus**, agravamento intencional do risco pelo uso de cocaína, além de cometimento de ato ilícito, e suicídio no período de carência de 2 (dois) anos a contar do início de vigência da apólice, condenando-se a parte Autora aos ônus sucumbenciais e, caso superadas as questões acima, pugnou seja arbitrado em favor da autora o valor de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) referente à cobertura de morte e morte acidental objeto da proposta nº 010517971948, porquanto a outra apólice já estava cancelada quando do óbito do **de cujus** por solicitação unilateral do mesmo.

Com a contestação vieram documentos.

Impugnação à contestação apresentada no evento nº 28.

Em sequência, sobreveio despacho (evento nº 30) deferindo o pedido de trâmite do processo em segredo justiça e intimando as partes para se manifestarem quanto ao interesse em produzir provas. Oportunidade em que a Requerida pugnou pela perícia indireta sobre o laudo de exame da perícia criminal, a designação de audiência de instrução para o depoimento pessoal da Autora e de testemunhas, além da expedição de ofício aos Hospitais Públicos e Particulares de Goiânia a fim de verificar eventual atendimento hospitalar decorrente de crise por consumo de drogas (evento nº 34), tendo a parte Autora pugnado pelo julgamento antecipado da lide (evento nº 36).



Na decisão inserta no evento nº 39, foram rejeitadas as preliminares arguidas pela Ré, indeferido o pedido de perícia médica indireta, indeferido o pedido expedição de ofícios aos hospitais de Goiânia, deferido os pedidos de prova oral e designada audiência de instrução.

Em face da decisão mencionada, a Ré interpôs Agravo de Instrumento (evento nº 46), tendo o mesmo sido desprovido por esta Relatoria (evento nº 66).

Houve audiência de instrução (evento nº 58), oportunidade em que foi colhido o depoimento pessoal da Autora Sílvia Cristina Xavier de Souza e a oitiva da testemunha Gabriel Pereira dos Santos.

As partes apresentaram suas alegações finais (movimentações 61 e 63).

Logo após, sobreveio a sentença (evento nº 74), na qual a magistrada *a quo* julgou *parcialmente* procedentes os pedidos contidos na exordial, sob o seguinte fundamento: “Em conclusão, considerando que a autora desincumbiu do ônus que lhe competia, comprovando a condição de beneficiária da apólice de seguro de nº 010517971948 que prevê a cobertura por morte no valor de R\$ 1.000.000,00 e indenização adicional por morte acidental também no valor de R\$ 1.000.000,00, bem como que a ré comprovou fato extintivo do direito somente em relação a apólice de nº 009649656885, a procedência parcial é medida que se impõe. Na confluência do exposto julgo parcialmente procedente os pedidos iniciais nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, condenando a requerida, ao pagamento da importância de R\$ 2.005.000,00 (dois milhões e cinco mil reais), à requerente, referente às indenizações e auxílio-funeral da apólice 010517971948, acrescida de correção monetária a contar da data do sinistro e juros legais a partir da citação”.

No mais, em face da sucumbência recíproca, condenou ambas as partes ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor da condenação, nos termos dos artigos 85, § 2º e 86, ambos do Código de Processo Civil, sendo devido 50% (cinquenta por cento) dos ônus sucumbenciais pela parte autora e 50% (cinquenta por cento) pela parte Ré. Suspensa a cobrança dos ônus sucumbenciais pela Autora, por ser beneficiária da gratuidade da justiça, nos termos do § 3º, do artigo 98, do Código de Processo Civil.

Irresignada com o desfecho dado à lide, a parte Ré interpôs recurso de Apelação (evento n. 79).

Nas razões do apelo, a seguradora demandada expõe seu inconformismo com a sentença **a quo**, pugnando, novamente, em preliminar, pela nulidade da decisão saneadora e pela revogação dos benefícios da justiça gratuita à parte autora; além da nulidade da sentença por cerceamento do direito de defesa da seguradora (indeferimento de produção de prova pericial e expedição de ofícios), com menção ao inciso LV, do art. 5º da Constituição Federal. Ressaltou acerca da ausência de interesse de agir, vez que não demonstrada pretensão resistida; sentença que, embora cite a matéria no relatório, não a tratou nos fundamentos. Capítulo inteiro da defesa que deixou de ser analisado.

Adiante, no que tange ao mérito, ressaltou que “restando exaustivamente comprovada a omissão de informações prévias às contratações, em nítidos atos de má-fé do de cujus, pugna-se pelo provimento da apelação com o fito de julgar totalmente improcedentes os pleitos autorais, haja vista a perda do direito à garantia do dois seguros de vida em comento, nos termos do art. 766, não



havendo que se falar, in casu, em pagamento de qualquer capital segurado para a autora beneficiária (destacando, uma vez mais, que a apólice referente à proposta 009649656885, na data do óbito do de cujus já havia sido cancelada pelo próprio falecido, dias antes, como bem reconhecido na sentença), até porque doenças preexistentes não declaradas são riscos excluídos na apólice”.

Pontuou que, a utilização de qualquer tipo de droga agrava intencionalmente o risco securitário, mais especialmente de um seguro de vida, “daí porque não há que se falar em pagamento de qualquer indenização à beneficiária apelada, porquanto o de cujus perdeu o direito à garantia ao agravar intencionalmente o risco, utilizando-se de alta dose de cocaína antes de se suicidar, ou seja, cometendo ato ilícito”.

Asseverou que, a jurisprudência do STJ é pacífica no sentido que o suicídio ocorrido na carência não é passível de indenização.

Complementou que, “com relação ao auxílio funeral da apólice em referência (proposta 010517971948 – 2ª apólice), há carência de 60 (sessenta) dias, a contar do início de vigência do seguro, para que possa ser pleiteado, nos termos das Condições Gerais. Daí porque requer que, na remota hipótese de o apelo não ser integralmente provido, que o seja para afastar a condenação no auxílio funeral e limitar ao importe máximo de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), e nada além disso”.

Alternativamente, alegou que na eventualidade da manutenção da condenação, os juros de mora de 0,5% (zero vírgula cinco por cento) ao mês deverão ser aplicados a partir do prazo de 30 (trinta) dias para regulação do sinistro.

Ao final, pugnou pela concessão de efeito suspensivo ao apelo. Em arremate, requereu seja o apelo provido e, acolhidas as preliminares arguidas, sendo, então, cassada a sentença. Alternativamente, pediu a reforma da sentença com julgamento de improcedência do pedido inicial.

Colacionou julgados no sentido de corroborar as teses defendidas.

Preparo efetivado.

Intimada, a apelada ofertou contrarrazões (evento nº 82), refutando as teses defendidas pela apelante, requerendo a manutenção da sentença.

É o relatório. Peço dia para julgamento.

Goiânia, 27 de outubro de 2020.

Des. Jeová Sardinha de Moraes – Relator

## VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do apelo.

Conforme relatado, trata-se de recurso de apelação cível interposto por Zurich Santander Brasil Seguros e Previdência S/A contra a sentença (evento nº 74) proferida pela Excelentíssima Juíza de Direito da 24ª Vara Cível e de Arbitragem da Comarca de Goiânia-GO, Dra. Iara Márcia Franzoni de Lima Costa, nos autos da ação de cobrança de indenização securitária proposta em seu desfavor por Silvia Cristina Xavier de Souza, que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil.

Alegou a Autora que o **de cujus** contratou dois seguros de vida junto à Requerida, colocando-a como beneficiária, regulados pelas apólices de número 009649656885, com cobertura por morte no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) e auxílio-funeral no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais) com vigência de 04.08.2017 a 04.08.2018 e apólice 010517971948, com cobertura no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), adicional por morte acidental também no valor de (um milhão de reais) e auxílio-funeral familiar, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), todavia após o óbito do segurado, ela teve o pedido de recebimento do prêmio negado, sob alegação de que aquele havia suicidado.

De outro lado, verberou a Requerida, em síntese, que o **de cujus** cancelou a apólice de nº 009649656885, e que a Autora não faz jus ao direito de recebimento do prêmio referente a apólice nº 010517971948, uma vez que o **de cujus** era portador de doença mental desde a infância, usuário de cocaína e suicida, bem como pelo agravamento intencional do risco excluído pela apólice, e ainda pelo cometimento de suicídio antes de dois anos do início da apólice.

Após regular trâmite processual, sobreveio a sentença (evento nº 74), na qual a magistrada *a quo* julgou parcialmente procedentes os pedidos contidos na exordial, sob o seguinte fundamento: “Em conclusão, considerando que a autora desincumbiu do ônus que lhe competia, comprovando a condição de beneficiária da apólice de seguro de nº 010517971948 que prevê a cobertura por morte no valor de R\$ 1.000.000,00 e indenização adicional por morte acidental também no valor de R\$ 1.000.000,00, bem como que a ré comprovou fato extintivo do direito somente em relação a apólice de nº 009649656885, a procedência parcial é medida que se impõe. Na confluência do exposto julgo parcialmente procedente os pedidos iniciais nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, condenando a requerida, ao pagamento da importância de R\$ 2.005.000,00 (dois milhões e cinco mil reais), à requerente, referente às indenizações e auxílio-funeral da apólice 010517971948, acrescida de correção monetária a contar da data do sinistro e juros legais a partir da citação”.

No mais, em face da sucumbência recíproca, condenou ambas as partes ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor da condenação, nos termos dos artigos 85, § 2º e 86, ambos do Código de Processo Civil, sendo devido 50% (cinquenta por cento) dos ônus sucumbenciais pela parte autora e 50% (cinquenta por cento) pela parte ré. Suspensa a cobrança dos ônus sucumbenciais pela Autora, por ser beneficiária da gratuidade da justiça, nos termos do § 3º, do artigo 98, do Código de Processo Civil.

Irresignada com o desfecho dado à lide, a parte Ré interpôs recurso de Apelação (evento n. 79).

Nas razões do apelo, a seguradora demandada expõe seu inconformismo com a sentença *a quo*, pugnando, novamente, em preliminar, pela nulidade da decisão saneadora e pela revogação dos benefícios da justiça gratuita à parte Autora; além da nulidade da sentença por cerceamento do direito de defesa da seguradora (indeferimento de produção de prova pericial e expedição de ofícios), com menção ao inciso LV, do art. 5º da Constituição Federal. Ressaltou acerca da ausência de interesse de agir, vez que não demonstrada pretensão resistida; sentença que, embora cite a matéria no relatório, não a tratou nos fundamentos. Capítulo inteiro da defesa que deixou de ser analisado.

Adiante, no que tange ao mérito, ressaltou que “restando exaustivamente comprovada a omissão de informações prévias às contratações, em nítidos atos de má-fé do de cujus, pugna-se pelo provimento da apelação com o fito de julgar totalmente improcedentes os pleitos autorais, haja vista a perda do direito à garantia do dois seguros de vida em comento, nos termos do art. 766, não havendo que se falar, **in casu**, em pagamento de qualquer capital segurado para a autora beneficiária (destacando, uma vez mais, que a apólice referente à proposta 009649656885, na data do óbito do de cujus já havia sido cancelada pelo próprio falecido, dias antes, como bem reconhecido na sentença), até porque doenças preexistentes não declaradas são riscos excluídos na apólice”.

Pontuou que, a utilização de qualquer tipo de droga agrava intencionalmente o risco securitário, mais especialmente de um seguro de vida, “daí porque não há que se falar em pagamento de qualquer indenização à beneficiária apelada, porquanto o de cujus perdeu o direito à garantia ao agravar intencionalmente o risco, utilizando-se de alta dose de cocaína antes de se suicidar, ou seja, cometendo ato ilícito”.

Asseverou que, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido que o suicídio ocorrido na carência não é passível de indenização.

Complementou que, “com relação ao auxílio funeral da apólice em referência (proposta 010517971948 – 2ª apólice), há carência de 60 (sessenta) dias, a contar do início de vigência do seguro, para que possa ser pleiteado, nos termos das Condições Gerais. Daí porque requer que, na remota hipótese de o apelo não ser integralmente provido, que o seja para afastar a condenação no auxílio funeral e limitar ao importe máximo de R\$2.000.000,00 (dois milhões de reais), e nada além disso”.

Alternativamente, alegou que na eventualidade da manutenção da condenação, os juros de mora de 0,5% (zero vírgula cinco por cento) ao mês deverão ser aplicados a partir do prazo de 30 (trinta) dias para regulação do sinistro.

Ao final, pugnou pela concessão de efeito suspensivo ao apelo. Em arremate, requereu seja o apelo provido e, acolhidas as preliminares arguidas, sendo, então, cassada a sentença. Alternativamente, pediu a reforma da sentença com julgamento de improcedência do pedido inicial.

Pois bem. No que se refere às preliminares suscitadas pelo insurgente: (i) nulidade da decisão saneadora e necessidade de revogação do benefício da justiça gratuita concedida a parte autora/apelada; (ii) nulidade por cerceamento de defesa da seguradora, ante o indeferimento de produção de prova pericial e expedição de ofícios; (iii) ausência de interesse de agir, em razão da pretensão resistida não demonstrada; insta salientar que já foram discutidas e afastadas no saneamento do processo pela magistrada singular (evento nº 39) e, também, no Agravo de Instrumento nº 5035783-44.2020.8.09.0000.

Desta forma, a análise das aludidas prejudiciais encontra-se óbice de natureza intransponível, qual seja, a existência de preclusão.

Outrossim, na esteira do entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, a “matéria decidida pela Câmara em agravo de instrumento, com acórdão transitado em julgado, não pode ser revista quando o julgamento da apelação” (STJ, 4ª Turma, REsp nº 467155/MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, publicado no DJ 10.02.2003, p. 222).

Ressalte-se que a pretensão de emissão de novo pronunciamento sobre matérias já examinadas e decididas pelo Tribunal implica grave violação ao instituto da preclusão pro judicato, inculcado no comando proibitivo do art. 5º, inciso XXXVI, da CF, que veda aos órgãos da Justiça conhecer de questões já decididas:

“Artigo 5º - (...).

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

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, **in** Novo Código de Processo Civil Comentado, Ed. Revista dos Tribunais, 3ª edição. p. 620:

“1. Preclusão. A preclusão consiste na perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual em face do decurso do tempo (preclusão temporal), da prática de ato incompatível (preclusão lógica) e do efetivo exercício de determinada faculdade processual (preclusão consumativa). Se a parte discute esta ou aquela questão no curso do processo, a decisão a respeito faz precluir a possibilidade de a parte continuar a discuti-la na mesma instância. A parte só poderá voltar a discutir questão já decidida, se, oportunamente, recorreu da decisão, tendo de fazê-lo então em sede recursal (art. 1.015, CPC), ou se a questão é infensa à preclusão por expressa determinação legal (por exemplo, art. 1.009, § 1º, CPC)”.

A propósito, nessa linha de raciocínio, em caso análogo, julgado deste egrégio Tribunal de Justiça de Goiás:

“Apelação cível. Ação de indenização. Danos morais e materiais. I. Ilegitimidade ativa **ad causam**. Questão analisada no curso da lide. Preclusão consumativa caracterizada. Verificando-se que a tese alusiva à ilegitimidade ativa **ad causam** foi decidida no curso do processo, resta caracterizada a preclusão consumativa desta matéria impondo, por conseguinte, o não conhecimento do recurso em relação à aludida questão. II. Matéria de ordem pública. Preclusão caracterizada. Embora a preliminar suscitada no presente recurso configure matéria de ordem pública, o entendimento jurisprudencial pátrio é no sentido de que, mesmo as questões de ordem pública, quando analisadas e decididas no curso da lide, não serão novamente apreciadas, por terem sido acobertadas pelo manto da preclusão. (...).” (TJGO, Apelação (CPC) 5402078-74.2017.8.09.0006, Rel. Carlos Alberto França, 2ª Câmara Cível, julgado em 30.01.2019, DJe de 30.01.2019).

Assim, não é o caso de conhecer do apelo, na parte em que reaviva questões preliminares já analisadas em acórdão proferido em Agravo de Instrumento nº 5035783-44.2020.8.09.0000, já transitado em julgado, pois, quanto às referidas matérias, já se operou a preclusão, de acordo com o artigo 507 do Código de Processo Civil:

“Artigo 507. É vedado a parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão”.

Ultrapassadas tais digressões, passo adiante a analisar o mérito do recurso.

No tocante à apólice de nº 009649656885 com cobertura por morte no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) e auxílio-funeral no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais) com vigência de 04.08.2017 a 04.08.2018, agiu com acerto a juíza **a quo** ao excluir o direito da autora ao recebimento do seguro previsto, visto que: “analisando detidamente os elementos probatórios,

especialmente a mídia colacionada à movimentação 26, vejo que Matheus, em 19 de abril de 2018, ligou para o call center solicitando o cancelamento da referida apólice, justificando que estava dentro da agência Van Gogh contratando outro seguro. Na ligação foi informado pela atendente que, uma vez cancelado, não teria como reativá-lo, e a partir do momento do cancelamento não havia como usufruir de suas assistências e coberturas, tendo o mesmo concordado”.

Assim, considerando que o **de cujus** cancelou a apólice 009649656885, não faz jus a apelada ao recebimento do seguro nela previsto.

Por derradeiro, com relação à condenação da seguradora, ora Apelante, ao pagamento dos seguros por cobertura por morte no valor de R\$ 1.000.000,00 e indenização adicional por morte acidental também no valor de R\$ 1.000.000,00, previstos na apólice nº 010517971948, adianto que merece reparo a sentença proferida pelo juízo **a quo**, pelos motivos que passo a expor.

Verifica-se que, o ponto central da controvérsia cinge-se em saber se, nos contratos de seguro de vida, o suicídio do segurado nos primeiros 02 (dois) anos de vigência da avença desobriga a seguradora do pagamento da indenização securitária contratada, diante do que dispõe o artigo 798 do Código Civil, cujo teor é o seguinte:

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

Essa questão já foi amplamente debatida nos Tribunais do país, ficando recentemente sumulado pelo colendo Tribunal da Cidadania que: “O suicídio não é coberto nos dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro de vida, ressalvado o direito do beneficiário à devolução do montante da reserva técnica formada” (Súmula nº 610/STJ).

Ora, com o advento do Código Civil de 2002, tornou-se inócua definir a motivação do ato suicida, se voluntário ou involuntário, se premeditado ou não, sendo inaplicável, à hipótese em exame, portanto, os entendimentos das Súmulas 105/STF e 61/STJ, já que editadas com base na antiga legislação civilista de 1916.

Com efeito, o artigo 798 do Código Civil de 2002 estabeleceu novo critério, de índole temporal e objetiva, para a hipótese de suicídio do segurado no contrato de seguro de vida, seja individual ou coletivo. Assim, o beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicidar no prazo de carência, sendo assegurado, todavia, o direito de ressarcimento do montante da reserva técnica já formada. Por outro lado, após esgotado esse prazo, a seguradora não poderá se eximir de pagar a indenização alegando que o suicídio foi premeditado.

A propósito, corroborando o raciocínio alhures, confirmam-se os precedentes do Superior Tribunal de Justiça, **litteris**:

“Agravado interno no agravo em recurso especial. Civil. Seguro de vida em grupo. Suicídio do segurado. Premeditação. Comprovação. Desnecessidade. Vigência. Prazo de carência. Indenização descabida. Reserva técnica. Devolução ao beneficiário. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. O suicídio, nos contratos de seguro de vida individuais ou coletivos firmados sob a égide do Código Civil de 2002, é risco não coberto se

cometido nos primeiros 2 (dois) anos de vigência da avença. Com a novel legislação, tornou-se inócuo definir a motivação do ato suicida, se voluntário ou involuntário, se premeditado ou não. Inaplicabilidade das Súmulas nº 105/STF e nº 61/STJ, editadas com base no Código Civil de 1916. 3. O art. 798 do CC/2002 estabeleceu novo critério, de índole temporal e objetiva, para a hipótese de suicídio do segurado no contrato de seguro de vida. 4. O beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicidar no prazo de carência, sendo assegurado, todavia, o direito de ressarcimento do montante da reserva técnica já formada. Após esgotado esse prazo, a seguradora não poderá se eximir de pagar a indenização alegando que o suicídio foi premeditado. 5. Os arts. 797, parágrafo único, e 798 do Código Civil de 2002 impõem à seguradora, na hipótese de morte do segurado por suicídio dentro do prazo de carência legal, a obrigação de restituir a reserva técnica ao beneficiário, sobretudo em razão do caráter previdenciário do contrato, sem fazer nenhuma ressalva quanto à espécie de seguro, se em grupo ou individual, não se conferindo ao intérprete proceder a uma interpretação restritiva na hipótese (art. 423 do CC/2002). Precedentes. 6. Agravo interno não provido”. (STJ, 3ª T., AgInt no AREsp nº 1065074/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 20.02.2018, DJe de 26.02.2018)

“Agravo interno no recurso especial. Seguro de vida. Suicídio ocorrido dentro do prazo bienal de vigência. Art. 798 do Código Civil. Critério objetivo. Novo posicionamento da segunda seção. Indenização indevida. Agravo não provido. 1. Esta Corte Superior firmou entendimento de que o art. 798 do Código Civil adotou critério objetivo temporal para determinar a cobertura relativa ao suicídio do segurado, afastando o critério subjetivo da premeditação (REsp 1.334.005/GO, Relator o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relatora para acórdão a Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 08.04.2015, DJe de 23.06.2015). 2. Na hipótese, verificado o suicídio dentro do período de dois anos da contratação do seguro, não é devido o pagamento do capital segurado. 3. Agravo interno a que se nega provimento”. (STJ, 4ª T., AgInt no REsp nº 1642768/SC, Rel. Min. Lázaro Guimarães - Desembargador Convocado do TRF 5ª Região, j. 19.10.2017, DJe 25.10.2017).

“Agravo interno. Recurso especial. Civil. Seguro de vida. Suicídio. Período de carência. Exclusão de cobertura. Mudança de entendimento. Superação da Súmula 61/STJ. 1. Controvérsia acerca da exclusão de cobertura de seguro de vida na hipótese de suicídio do segurado durante o prazo de 2 anos de carência. 2. Critério temporal objetivo estabelecido pelo Código Civil de 2002 (art. 798), não havendo necessidade de se cogitar de premeditação. Julgados desta Corte Superior. 3. Superação do entendimento consolidado na Súmula 61/STJ, que fica restrito aos seguros contratados na vigência do Código Civil de 1916. 4. Caso concreto em que o contrato foi celebrado na vigência do Código Civil de 2002, sendo válida, portanto, a exclusão da cobertura, por decorrer da lei. 5. Agravo interno desprovido”. (STJ, 3ª T., AgInt no REsp nº 1584432/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 19.09.2017, DJe 29.09.2017).

“Agravo interno no recurso especial. Ação de cobrança cumulada com indenização por danos morais. Decisão monocrática que deu provimento ao recurso especial. Irresignação da

recorrente. 1. Nos termos da jurisprudência da Segunda Seção desta Corte, o suicídio ocorrido nos dois primeiros anos de vigência inicial do contrato de seguro de vida não enseja o pagamento da indenização contratada na apólice, à luz do artigo 798 do Código Civil, devendo, entretanto, ser observado o direito do beneficiário ao ressarcimento do montante da reserva técnica já formada, não havendo qualquer ressalva quanto à espécie de seguro, se em grupo ou individual, nos termos do disposto no parágrafo único do artigo 797 do mesmo diploma legal. 2. Agravo regimental desprovido”. (STJ, 4ª T., AgInt no REsp nº 1577974/RS, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 23.05.2017, DJe 01.06.2017).

A propósito, esse é o entendimento desta Corte de Justiça:

“Apelação cível. Ação de cobrança c/c dano moral. Seguro de vida em grupo. Suicídio da segurada. Período de carência. Ausência de cobertura. Sentença mantida. 1. Conforme artigo 798 do Código Civil, os beneficiários da apólice de seguro possuem direito de receberem a indenização securitária, observando-se o critério temporal e objetivo (período de carência). 2. No caso de suicídio, constata-se que o evento ocorreu dentro do período de carência estipulado, afastando, portanto, a cobertura securitária, tornando-se despicienda a análise do caráter premeditado ou não do suicídio. 3. Na hipótese, a falecida ostentava a titularidade de segurada, porquanto trata-se de seguro de vida coletivo, firmado diretamente pela empresa, agindo o Apelante na mera qualidade de beneficiário. Apelo conhecido e desprovido”. (TJGO, 5ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 340480-94.2014.8.09.0206, Rel. Des. Delintro Belo de Almeida Filho, julgado em 23.07.2018, DJ de 23.07.2018).

“Apelação cível. Ação de cobrança de seguro de vida. Seguro de vida. Suicídio. Comprovado. Indenização descabida. Consoante critério adotado pelo artigo 798, do Código Civil e precedentes do Superior Tribunal de Justiça, uma vez comprovado o suicídio nos primeiros dois anos da vigência inicial do contrato, não se há falarem dever de indenizar, tornando-se inócua definir a motivação do ato suicida, se voluntário ou involuntário, se premeditado ou não, restando dispensável analisar o elemento subjetivo, consubstanciado na intenção do segurado em pôr fim à própria vida. Apelo conhecido e provido”. (TJGO, 1ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 81561-78.2011.8.09.0149, Relª. Desª. Amélia Martins de Araújo, julgado em 06.07.2018, DJ de 06.07.2018).

Destarte, à luz da jurisprudência acima reproduzida, no caso em exame, entendo que a Autora/beneficiária não faz jus à indenização securitária almejada, visto que seu filho segurado se suicidou em 21.04.2018 e o seguro de vida em grupo por ele anuído iniciou-se em 28.03.2018, ou seja, o falecimento se deu dentro do biênio de carência contratual que exclui a Ré/seguradora da obrigação do pagamento aqui discutido. Ressaltando, que o contratante faleceu apenas 24 (vinte e quatro) dias, após o início da vigência do contrato nº 010517971948.

Desta feita, como demonstrado alhures não há discussão acerca da premeditação ou não do suicídio, mas sim se houve ou não o suicídio.

No caso em comento, pelas provas constantes dos autos, bem como pela manifestação do próprio solicitante (Oscar) no RAI – Registro de Atendimento Integrado, na data da morte do

contratante (evento 01, item 11), entendendo que a questão do suicídio restou satisfatoriamente comprovada. Vejamos:

“Registro de ocorrência extra policial – suicídio consumado.

Narrativa

Relato PM: solicitante informa que uma pessoa pulou do 16º andar do apartamento 1604 edifício lux home designe. A equipe da delegacia de homicídio agente de polícia: Alessandro informado as 02h40min. (...).

Relato PC: fomos acionados pelo COPOM, às 02:45h, sobre um suicídio que ocorreu por volta das 01:40h. Do dia 21.04.2018, deslocamos para o local do fato e fomos informados pelas testemunhas que a vítima pulou do décimo sexto andar e caiu na laje do segundo andar, onde funciona como garagem, e veio a óbito no local. (...). Que o porteiro sentiu odor de maconha no apartamento. (...).”

Ademais, a conclusão do laudo de perícia criminal, suscitou duas possíveis hipóteses para a queda do **de cujus**, sendo que em ambas, este jogou-se voluntariamente, ou de seu apartamento, ou do apartamento do seu vizinho:

Hipótese “A”: A vítima estava presente no apartamento 1604, e houve sua queda por uma ação levada a efeito pela própria vítima, podendo o evento ter se tratado de uma ação de auto eliminação ou mesmo em decorrência de surto advindo do consumo de substância entorpecente e/ou bebidas alcoólicas.

Hipótese “B”: A vítima teve sua queda produzida a partir de algum local do edifício alinhado na posição de repouso da vítima (seja nos apartamentos com número final 3 ou 4, ou terraço do edifício), não sendo possível determinar a dinâmica ocorrido”.

Observa-se ainda que, nos termos de declaração, aos 10.05.2018, na Quarta Delegacia Distrital de Polícia de Goiânia, a Autora, genitora do falecido, declara que:

“(…) Que vez ou outra Matheus Xavier de Souza Pereira era acometido por crises de pânico; que quando Matheus Xavier de Souza Pereira tinha 20 (vinte) anos de idade, um irmão seu, Victor Augusto, foi assassinado, e que a partir de então agravou as crises de pânico e surgiu a depressão; (...) Que mais tarde da madrugada, já no dia 21.04.2018, Matheus Xavier de Souza Pereira ligou para o porteiro dizendo que havia alguém querendo arrombar a porta do seu apartamento, pedindo para que ele chamasse a polícia; que no apartamento a declarante percebeu que o intuito de Matheus Xavier de Souza Pereira era pular para a sacada do apartamento de número 1603 pois havia sinais de suas mãos tentando segurar no parapeito da sacada; que Matheus Xavier de Souza Pereira não conseguiu passar para a sacada do apartamento do lado, na tentativa de fugir, acabando por cair de forma acidental; que caso fosse o intuito de Matheus Xavier de Souza Pereira o de suicidar teria pulado da sacada ou de uma janela; (...)”.

Ante tais circunstâncias, merece reforma a sentença investida quanto à postulação indenizatória securitária em relevo, por morte e adicional por morte acidental no montante cada uma de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), referente à proposta 010517971948, devendo tal ser julgada totalmente improcedente, nos termos da argumentação retro, ficando ressalvado, contudo, o



direito do postulante à devolução do montante da reserva técnica formada, em via própria (seja administrativa ou judicial).

Por fim, observo que o pleito de indenização securitária, com relação ao auxílio-funeral no importe de R\$ 5.000,00, referente à proposta 010517971948, merece prosperar, vez que consoante constou na cláusula 3.6:

“Garantia de Auxílio Funeral: garante o reembolso das despesas gastas com o sepultamento ou cremação, limitado ao capital segurado contratado para esta garantia, com a possibilidade de substituição do reembolso pela prestação dos serviços de funeral 24 horas, na ocorrência de morte do segurado por causas naturais ou acidentais, exceto se decorrente de riscos excluídos, observadas as demais cláusulas destas condições gerais.

Para que o segurado tenha direito a esta garantia, no caso de morte por causa naturais, deverá ser respeitado o período de carência de 60 (sessenta) dias, corridos, contados a partir da data de contratação do seguro”.

Assim, considerando que o **de cujus** assinou a proposta em 28.03.2018 e o óbito do segurado ocorreu em 21.04.2018, mas não se tratando de causa natural, como já reconhecido, faz jus ao auxílio-funeral.

Ao teor do exposto, conhecida a presente Apelação Cível, dou-lhe parcial provimento, a fim de reformar, em parte, a sentença hostilizada, para afastar a condenação imposta à Requerida, no tocante à indenização securitária por morte e adicional por morte acidental no montante cada uma de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), ressalvando apenas a condenação relativa ao auxílio funeral, referente à proposta 010517971948, posto que a questão do suicídio restou satisfatoriamente comprovada, não havendo discussão acerca da premeditação ou não do suicídio.

Por derradeiro, vencedora a Autora de parte mínima do pedido, condeno-a ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que arbitro em 12% (doze por cento) do valor atualizado da causa, porém, com exigibilidade suspensa, nos termos do artigo 98, § 3º, do Código de Processo Civil, já que a mesma litiga sob os auspícios da gratuidade judiciária.

É o voto.

Goiânia, 27 de outubro de 2020.

Des. Jeová Sardinha de Moraes - Relator

Apelação Cível nº 5094947.20.2016.8.09.0051

Comarca de Goiânia

Apelante: Edson José Ferrari

Apelado: Ministério Público do Estado de Goiás

Relator: Des. Jeová Sardinha de Moraes

**EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ATOS TIDOS COMO IRREGULARES NO EXERCÍCIO DO CARGO CONSELHEIRO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO. PRELIMINARES. PRECLUSÃO. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. ATO ÍMPROBO NÃO CARACTERIZADO.

**I** - A ação civil pública é a via processual adequada para a proteção do patrimônio, dos princípios constitucionais da Administração Pública e para a repressão de atos de improbidade administrativa, ou simplesmente atos lesivos, ilegais ou imorais, conforme expressa previsão no artigo 12, da Lei nº 8.429/92 (de acordo com o artigo 37, § 4º, da Constituição Federal) e no artigo 3º, da Lei Federal nº 7.347/85.

**II** - As preliminares arguidas pelo recorrente já foram decididas na instância **a quo**, bem como por esta Corte em sede de agravo de instrumento, estando, portanto, acobertadas pela preclusão, **ex vi** artigo 507 do Código de Processo Civil.

**III** - É de crucial sabença que os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado detém as mesmas vantagens dos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, o que atrai a aplicação da Lei Complementar nº 35/1979 em relação ao prazo prescricional.

**IV** - A despeito da previsão legal específica, é de se destacar a existência de lacuna na LOMAN quanto aos prazos de prescrição para transgressões disciplinares atribuídas aos membros da magistratura, razão pela qual o Conselho Nacional de Justiça suprindo a ausência da norma, editou a Resolução nº 135, de 13 de julho de 2011 (em vigor desde 15 de julho de 2011), que passou a regulamentar o rito processual de apuração das infrações disciplinares, prevendo, em disposição expressa, o prazo prescricional de 05 (cinco) anos para exercício da pretensão disciplinar, ressaltando apenas os casos de dupla tipificação, quando será aplicável o prazo prescricional do Código Penal.

**V** - Estabelecendo a data do ajuizamento da ação de improbidade como marco interruptivo da prescrição, tenho que somente os atos praticados nos cinco anos anteriores ao ajuizamento é que podem estar sujeitos a exame judicial, tendo os demais atos praticados sido alcançados pela prescrição.

**VI** - Os fundamentos sentenciais que indicam o suposto agir ímprobo por

parte do apelante, que se secundam em áudios realizados por escuta telefônica em 2005 e que teve o Ministério Público acesso em 2007, devem ser desconsiderados por evidente prescrição da pretensão autoral, diante de sua inércia (amizade, disponibilização de aeronave, retaliação a terceiros derivada da amizade).

**VII** - Por outro lado, considerando que serão julgados apenas os atos ocorridos nos cinco anos anteriores ao ajuizamento, os fundamentos sentenciários que utilizam fatos ocorridos após a instauração de instância também devem ser desconsiderados e decotados, porquanto refogem dos limites propostos (desaprovação das contas do governo de 2018).

**VIII** - A ocorrência de meras irregularidades não é suficiente para embasar a ação de improbidade administrativa, mormente porque necessária é a comprovação do dolo ou culpa, além da prova inequívoca de prejuízo ao erário, o que não se deu no caso vertente.

**IX** - Segundo precedentes desta Corte Estadual e do Superior Tribunal de Justiça, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado no dolo, para os tipos previstos nos arts. 9º e 11, da Lei nº 8.429/92, ainda que de forma genérica, o que não ocorreu no caso vertente. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 5094947.20.2016.8.09.0051, acordam os componentes da Primeira Turma Julgadora da Sexta Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, por unanimidade de 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 a Desembargadora Sandra Regina Teodoro Reis, face o impedimento do Desembargador Norival de Castro Santomé.

Presidiu a sessão o Desembargador Jeová Sardinha de Moraes.

Fez-se presente como representante da Procuradoria Geral de Justiça a Dra. Ana Maria Rodrigues da Cunha.

Fizeram sustentações orais, o Dr. Dyogo Crosara, pelo Apelante e o Dr. Fernando Aurvalle Krebs, Promotor de Justiça.

Goiânia, 14 de julho de 2020.

Des. Jeová Sardinha de Moraes - Relator

## **RELATÓRIO**

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Edson José Ferrari contra a sentença (evento nº 173) proferida pelo MM. Juiz de Direito da 6ª Vara da Fazenda Pública Estadual da

Comarca de Goiânia/GO, Dr. Elcio Vicente da Silva, nos autos da Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Goiás.

Extraí-se da narrativa formulada na exordial que o Ministério Público do Estado de Goiás ingressou com a referida demanda em face do requerido, sob o fundamento de que este, na condição de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Goiás, teria utilizado o cargo ocupado em desacordo com os princípios da administração pública, beneficiando o então Governador do Estado de Goiás, Dr. Marconi Perillo Ferreira Júnior, em razão da suposta relação íntima de amizade existente entre eles, tanto no julgamento de suas contas quanto em perseguições político-institucionais.

O Parquet alega que as provas que acompanham a inicial demonstram a ausência de declaração de suspeição do requerido para o julgamento das contas do referido governador, bem como o uso do cargo público para o alcance de interesses pessoais e o beneficiamento de terceiros, que violariam os princípios da administração pública, especialmente o da publicidade, moralidade, impessoalidade e legalidade.

Assim, com base nesses fatos, o Ministério Público imputou ao requerido a prática das condutas previstas no art. 11, I e II, **caput**, da Lei nº 8.429/92 por meio da ação civil pública em referência, em cujo bojo requereu, liminarmente, o afastamento do requerido da função de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Goiás, bem como sua suspensão do julgamento das contas do Governo, exercício de 2015, e a requisição de cópias do Inquérito 941, em tramitação no STJ.

No mérito, pleiteou, em síntese, a procedência do pedido para condenar o réu pela prática de ato de improbidade administrativa descrita no art. 11, **caput**, da Lei nº 8.429/92, com as sanções previstas no art. 12, inciso III, do citado diploma legal.

O pedido liminar de requisição de cópias do Inquérito 941, em tramitação no STJ, foi deferido no evento nº 10.

Foram juntados os arquivos de áudio referente as conversas indicadas e descritas na exordial (eventos 23 a 26).

Houve deferimento da liminar, com a ordem de afastamento do requerido de suas atividades junto ao TCE (evento nº 28), decisão reformada por esta Corte em sede de Agravo de Instrumento.

O Ministério Público juntou outros documentos (evento nº 42).

Notificado, o requerido apresentou manifestação prévia (evento nº 50), alegando, preliminarmente, inadequação da via eleita, incompetência absoluta do juízo, prescrição e ilicitude das provas. No mérito, refutou aos argumentos iniciais, defendendo a ausência de conduta ímproba e de dolo.

Decisão saneadora proferida evento nº 68 com a determinação de citação do requerido.

Citado, o requerido apresentou contestação (evento nº 79), na qual repisou as preliminares alegadas em defesa prévia, refutou todos os argumentos exordiais e sustentou, em suma, a lisura de seus atos, falta de dolo, bem como ausência de prejuízo ao erário.

Impugnação à contestação no evento nº 83.

Após regular trâmite processual, sobreveio sentença, que assim declarou na parte dispositiva:

“Na medida de todo exposto, julgo procedentes os pedidos iniciais, reconhecendo a prática de ato ímprobo nos termos prefacialmente lançados, condenando Edson José Ferrari nos moldes do artigo 11, I e do artigo 12, III, ambos da Lei nº 8429/92:

I – à perda do cargo público e a suspensão dos direitos políticos pelo prazo mínimo de 03 (três) anos, a contar do trânsito em julgado desta sentença;

II - a pagar a multa civil na quantia correspondente a 20 (vinte) vezes o valor da última remuneração percebida dos cofres públicos, acrescidas de juros de 1% ao mês e correção monetária pelo INPC a contar desta sentença;

III - à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritários, pelo prazo de três anos.

IV– às custas e despesas processuais porventura existentes, deixando de condenar em honorários de sucumbência por ser a parte autora Ministério Público.

Após o trânsito em julgado, diante da proibição de contratar, oficie à Procuradoria do Estado de Goiás, a Procuradoria da União, os municípios abrangidos por esta comarca, o Tribunal de Contas da União e do Estado de Goiás, bem como dê-se vista ao Ministério Público para os requerimentos de mister.

Expeça ofício, outrossim, ao TCE e a Secretaria de Estado da Casa Civil comunicando a perda da função pública, a suspensão dos direitos públicos e a proibição de **contratar com o Poder Público** ou **receber benefícios ou incentivos fiscais creditícios**.

*Deve, outrossim, ser procedida a anotação do deslinde da ação no Cadastro de Improbidade junto ao Conselho Nacional de Justiça.” (sic).*

Irresignado, o requerido apelou a esta Corte de Justiça (evento nº 177).

Em suas razões, alegou, preliminarmente, ausência dos requisitos essenciais da sentença, sob o fundamento de que o magistrado de piso “*não há disse de forma clara qual seria o ato praticado pelo apelante que enquadrasse na norma legal acima informada.*” (sic, fl. 08).

Questionou a incompetência absoluta do juízo, aduzindo que exerce a função de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Goiás, cargo equiparado aos Desembargadores do TJGO, o qual conta com prerrogativa de foro, nos termos do artigo 105, I, “a”, da Constituição Federal de 1988.

Acrescentou que é entendimento pacífico no Superior Tribunal de Justiça que o Juízo de primeiro grau não é competente para impor sanção de perda de cargo e suspensão de direito político àqueles que possuem foro de prerrogativa. Assim, afirmou que o foro competente para conhecer da presente ACP é o Superior Tribunal de Justiça.

Sustentou a impropriedade da via eleita, sob o argumento de que “*a presente ação visa apurar suposto ato de improbidade administrativa, matéria processualmente regulada pela Lei 8.429/92, não sendo adequada a Ação Civil Pública, essa regulada pela Lei nº 7.347/85.*” (sic, fl. 20).

Apontou a ilicitude das provas nas quais se fundamenta a demanda, quais sejam, dados sigilosos de interceptações telefônicas compartilhados da ação penal eleitoral nº 457-46.2012.6.09.0133, da 133ª Zona Eleitoral.

Esclareceu que o trabalho feito pelo Ministério Público, sem o acompanhamento do requerido, de forma unilateral, e sem contraditório constitui prova ilícita, devendo ser extirpada do acervo probatório. Ademais, insurgiu-se contra a utilização da prova emprestada sob o argumento de que trata-se de prova ilícita por derivação, uma vez que não é parte investigada na Ação Penal nº 670, que tramita perante o Superior Tribunal de Justiça. Destacou o entendimento de que somente é considerada válida a prova emprestada se houver identidade de partes em ambos os processos, o que não ocorre no presente caso.

Arguiu que o ato sentencial fustigado é **extra petita**, porquanto o douto Juízo singular julgou de forma diversa da que foi postulada, tendo julgado a ação com base em fundamentos não apresentadas pelo autor na exordial, quais sejam, adiamento da auditoria na conta centralizadora e suposta extinção da 6ª Divisão de Fiscalização.

Defendeu a ocorrência de prescrição quinquenal, considerando que os fatos objetos da lide datam de meados de 2007 e demanda fora proposta no ano de 2016, quase 10 anos depois.

No mérito, em extensa argumentação, o recorrente refutou todas as provas e argumentos utilizados pelo magistrado de piso ao proferir a decisão.

Verberou que a sentença recorrida não aponta o fato objetivo e específico por si cometido, no uso de suas atribuições, para embasar a condenação, bem como inexistente qualquer comprovação de que tenha beneficiado supostos aliados políticos.

Asseverou que “está documentalmente provado que ore corrente não votou as contas do ex-governador; o recorrente não desestruturou qualquer divisão do Ministério Público de Contas; o recorrente não negou servidores ao MPC, pelo contrário, ofereceu servidores; o recorrente não negou nenhuma informação, questões que ficaram demonstradas nos autos.”

Alegou que a sentença é toda fundamentada na gravação das conversas telefônicas entre ele e o então Governador em 2007, que nada comprovam acerca do favorecimento arguido.

Vociferou que “foram demonstrados nos autos decisões proferidas pelo recorrente em contrariedade aos interesses de Marconi, como por exemplo: a) a paralisação das obras do Centro de Excelência (antigo Estádio Olímpico), em Goiânia; b) a suspensão do Centro de convenções de Anápolis; c) a auditoria na Goiás Turismo, envolvendo a realização de shows artísticos.”

Apontou que Fernando Carneiro afirmou em depoimento não ter conhecimento de qualquer favorecimento ou ingerência do recorrente na atuação do Tribunal, bem como as testemunhas ouvidas em Juízo, especialmente os conselheiros Helder Valin, Sebatião Tejota e Saulo Marques, que foram unânimes em afirmar que o requerido jamais fez qualquer pedido em benefício do ex-governador Marconi.

Prosseguiu aduzindo que os demais depoimentos de servidores do Tribunal seguiram a mesma linha, tendo Francisco Taveira Neto, afirmado expressamente: “Que não recebeu qualquer pedido do Conselheiro para que atuasse de forma a beneficiar ou perseguir o ex-governador Marconi Perillo ou qualquer outra pessoa, tendo subordinação ao Conselheiro por um ano e meio”.

Advogou que, antes da propositura da presente ação de improbidade, foram formuladas representações subsidiadas na suposta relação de amizade com o Governador do Estado, Sr. Marconi Perillo. Logo, os fatos alegados na inicial já foram objeto de análise pelo MPF (evento nº 50,

doc. 02) e pelo próprio TCE (evento nº 50, doc. 03), que afastaram a ocorrência de qualquer ato ilícito por parte do apelante.

Afirmou que não há nos autos elementos que provam que a amizade gerou um benefício, para si ou para terceiro. Arguiu que a sentença não cita qualquer ato, fato ou momento em que isso ocorreu. Assim, não há falar em ato ímprobo.

Quanto a alegação de que teria prejudicado os trabalhos investigativos do MP-TCE, para que não houvesse prejuízo ao governante da época, discorreu que “na verdade, o conto falacioso apresentado pelo recorrido, é irrefutavelmente combatido pelas Informações prestadas no Memorando nº 137/2013 (doc. 07 - evento nº 50), enviado pela Gerência de Gestão de Pessoas deste TCE-GO, que comprovam que os servidores que, por último, desempenhavam as funções de assessoramento do Procurador de Contas Fernando dos Santos Carneiro, lograram êxito, repita-se, com a aquiescência do Procurador, em processo seletivo simplificado para a seleção de servidores no Gabinete do Conselheiro Saulo Marques Mesquita, (nomeado Conselheiro pelo Governador Marconi Perillo, na vaga destinada ao Ministério Público de Contas) não tendo qualquer tipo de participação da Presidência do TCE-GO, naquela oportunidade, na nova lotação daqueles servidores.”

Alegou ser im procedente a acusação de que tenha esvaziado ou impedido a atuação da 6ª Divisão de Fiscalização ou que tenha realizado adiamentos em auditorias para beneficiar terceiros.

Prosseguiu seu arrazoado ressaltando, segundo pacífica jurisprudência, que para a incidência do artigo 11, da Lei de Improbidade Administrativa, faz-se necessária a presença de dolo, o que não está demonstrado nos autos.

Aventou que a suspeição é um ato de reconhecimento subjetivo, não podendo ser alegada qualquer ilegalidade quanto ao ato, bem como jamais julgou qualquer conta referente ao ex-Governador Marconi Perillo, fatos estes corroborados pelas testemunhas ouvidas na fase de instrução.

Sustentou que “para a existência da chamada improbidade administrativa, necessário se faz, que a imputação de tal ato se faça acompanhar das provas que demonstram ter agido o agente público, ou a ele equiparado, com vontade livre e consciente de buscar o resultado sabidamente ilícito, ou seja, é necessário que a acusação venha acompanhada da prova de existência de dolo ou culpa na ação ou omissão do agente, e não meras suposições, como ocorre no presente caso”

Colacionou julgados em abono às suas pretensões.

Advogou que a perda de cargo público, só pode ocorrer por sentença penal condenatória transitada em julgado, nos termos do disposto no art. 95, inciso I da Constituição Federal de 1988, combinado com o art. 26, inciso I da LOMAN - Lei Orgânica da Magistratura Nacional, instituída pela Lei Complementar nº 035, de 14 de março de 1979.

Pugnou pela aplicação do princípio da proporcionalidade da pena aplicada, considerando, eventualmente, a inexistência de enriquecimento ilícito e ausência de danos ao erário, argumentando que “ao sopesar essas circunstâncias, deve ser afastada as sanções de suspensão dos direitos políticos e de proibição de contratar com o poder público, bem como reduzida a multa imposta”. (sic, fl. 103).

Ao final, postulou o conhecimento e provimento do recurso nos termos acima alinhavados.

Preparo regular.

Devidamente intimado, o Ministério Público apresentou contrarrazões (evento nº 181).

Instada a manifestar-se (evento nº 188), a Douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio de seu ilustre representante, Dr. Wellington de Oliveira Costa, opinou pelo desprovimento do apelo (evento nº 194).

Vieram-me conclusos.

É o relatório.

Peço dia para julgamento.

Goiânia, 22 de maio de 2020.

Des. Jeová Sardinha de Moraes – Relator

## VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço o recurso e passo à sua apreciação.

Conforme acima relatado, trata-se de recurso de apelação cível (evento nº 03, doc. 25) interposto por Edson José Ferrari contra a sentença (evento nº 173), proferida pelo MM. Juiz de Direito da 6ª Vara da Fazenda Pública Estadual da Comarca de Goiânia/GO, Dr. Élcio Vicente da Silva nos autos da Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Goiás.

Extrai-se da narrativa formulada na exordial que o Ministério Público do Estado de Goiás ingressou com a referida demanda em face do requerido, sob o fundamento de que este, na condição de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Goiás, teria utilizado o cargo ocupado em desacordo com os princípios da administração pública, beneficiando o então Governador do Estado de Goiás, Dr. Marconi Perillo Ferreira Júnior, em razão da suposta relação íntima de amizade existente entre eles, tanto no julgamento de suas contas quanto em perseguições político-institucionais.

Conclusos, o magistrado de piso julgou procedentes os pedidos iniciais para condenar o requerido nos moldes do artigo 11, I e do artigo 12, III, ambos da Lei nº 8429/92 à perda do cargo público e a suspensão dos direitos políticos; ao pagamento de multa civil na quantia correspondente a 20 (vinte) vezes o valor da última remuneração percebida dos cofres públicos, acrescidas de juros de 1% ao mês e correção monetária pelo INPC a contar desta sentença; à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritários, pelo prazo de três anos, bem como às custas e despesas processuais.

Irresignado, o requerido apelou a esta Corte de Justiça (evento 177), sustentando, preliminarmente, ausência dos requisitos para sentença; incompetência absoluta do juízo; impropriedade da via eleita; ilicitude das provas; sentença **extra petita** e prescrição. No mérito, em extensa argumentação, o recorrente refutou todas as provas e argumentos, utilizados pelo magistrado de piso ao proferir o ato sentencial.



Passo ao voto.

Aprioristicamente, no tocante à incompetência absoluta do juízo, impropriedade da via eleita e ilicitude das provas, vislumbra-se que tais matérias estão acobertadas pela preclusão, porquanto já decididas na instância **a quo** (evento nº 68), bem como por esta Corte nos autos do agravo de instrumento nº 5056222-47.2018.8.09.0000 com acórdão transitado em julgado (evento nº 35). Destarte, de acordo com o disposto no artigo 507 do Código de Processo Civil: “É vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão.”

No tocante as preliminares de ausência do cumprimento dos requisitos da sentença por violação ao artigo 489, §1º, incisos II e IV do Código de Processo Civil e de sentença **extra petita**, tenho que tais não merecem prosperar.

Saliento que não se exige do julgador que analise minuciosamente cada tese apresentada pela parte, mas apenas que motive sua convicção em teses harmônicas entre si, necessárias à formação de seu livre convencimento.

A alegação de que o magistrado de piso não “disse de forma clara qual o ato praticado pelo apelante”, não prospera, haja vista que restou evidente que a sentença se baseou na utilização do cargo em favor da amizade do requerido com o então Governador do Estado de Goiás, Dr. Marconi Perillo, fato corroborado pelos atos de favorecimento mencionado nos autos.

A tese de ocorrência de julgamento **extra petita**, sob o fundamento de “o douto Juízo julgou de forma diversa da que foi postulada, tendo julgado a ação com base em fundamento não invocado pelo autor”, igualmente não merece acolhimento, porquanto as matérias concernentes ao adiamento da auditoria na conta centralizadora e suposta extinção da 6ª Divisão de Fiscalização foram apresentadas de forma complementar pelo parquet na exordial.

Concernente à prescrição, dispõe o artigo 23 da Lei 8.429/92, **verbis**:

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

III - até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º desta Lei.

Com efeito, é de crucial sabença que os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado detêm as mesmas vantagens dos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, o que atrai a aplicação da Lei Complementar nº 35/1979 em relação ao prazo prescricional.

A despeito da previsão legal específica, é de se destacar a existência de lacuna na LOMAN quanto aos prazos de prescrição para transgressões disciplinares atribuídas aos membros da magistratura, razão pela qual o Conselho Nacional de Justiça, suprindo a ausência da norma, editou a Resolução n. 135, de 13 de julho de 2011 (em vigor desde 15 de julho de 2011), que passou a regulamentar o rito processual de apuração das infrações disciplinares, prevendo, em disposição expressa, o prazo prescricional de 05 (cinco) anos para exercício da pretensão disciplinar,

ressalvando apenas os casos de dupla tipificação, quando será aplicável o prazo prescricional do Código Penal.

Eis o texto legal inserto na referida Resolução nº 135 do CNJ:

Art. 24. “O prazo de prescrição de falta funcional praticada pelo magistrado é de cinco anos, contado a partir da data em que o tribunal tomou conhecimento do fato, salvo quando configurar tipo penal, hipótese em que o prazo prescricional será o do Código Penal.”

Dessarte, necessário estabelecer como premissa que o prazo prescricional de falta funcional praticada por Conselheiro de Tribunal de Contas é de cinco anos, contado a partir da data do conhecimento do fato, salvo quando configurar tipo penal, consoante dispõe o artigo 24, **caput** e § 2º, da Resolução n. 135 do Conselho Nacional de Justiça.

Neste sentido é o recente julgado desta E. Corte de Justiça:

“Agravado de Instrumento. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Magistrado Estadual. I - Prazo prescricional para as ações de improbidade administrativa. Art. 23, II, da Lei nº 8.429/92. Nos termos da previsão do art. 23, II, da Lei nº 8.429/92, o prazo prescricional para as ações destinadas à aplicação das sanções previstas naquela lei em desfavor de detentor de cargo público (o que inclui magistrado) é previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão. II - Prazo prescricional previsto na Resolução nº 135 do CNJ e na Lei nº 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Públicos da União). Precedente do STJ. Em se tratando de ação que pretende apurar as infrações disciplinares cometidas por magistrado, o Superior Tribunal de Justiça firmou a orientação de que no silêncio da Lei Orgânica da Magistratura Nacional - LOMAN, quanto à prescrição das penalidades cometidas por juiz, deve ser aplicado subsidiariamente o disposto na Lei nº 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Públicos Federais), que, em seu artigo 142, §1º, prevê o prazo prescricional de 05 (cinco) anos para a ação disciplinar visando aplicar as penalidades mais graves, mesmo em se tratando de magistrados estaduais, porquanto a Constituição exige tratamento isonômico da magistratura nacional. De outro lado, a Resolução nº 135 do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a uniformização de normas sobre o procedimento administrativo disciplinar aplicável aos magistrados nacionais, prevê também o prazo prescricional de 05 (cinco) anos para falta disciplinar praticada por magistrado. Destarte, aplicando-se o referido comando legal deve ser reconhecida a prescrição em relação a pretensão ajuizada em desfavor do magistrado estadual, porquanto o ajuizamento da ação ocorreu após o transcurso do prazo quinquenal. III - Prescrição. Ocorrência. Assim, sendo a ação de improbidade administrativa ajuizada em desfavor do magistrado recorrente após a fluência do prazo de 05 (cinco) anos do conhecimento do fato e ciência pelo Tribunal de Justiça, operou-se a prescrição da ação para a imposição de sanções previstas para a improbidade administrativa. IV - Dano ao erário. Ressarcimento. Imprescritibilidade. Desnecessidade de ajuizamento de ação autônoma. O reconhecimento da prescrição da ação civil pública de improbidade administrativa em relação à aplicação das penalidades previstas para o ato ímprobo objeto da imputação não afasta a possibilidade de recebimento da ação em relação à pretensão de ressarcimento de dano ao erário, visto que se trata de

ação imprescritível, sendo prescindível o ajuizamento de ação autônoma para formulação do mencionado pedido. Agravo de instrumento conhecido e parcialmente provido”. (TJGO, 2ª CC, AI Nº 5027066, Rel. Des. Carlos Alberto França, DJ de 06.06.2019)

Com isso, a despeito da identidade temporal do lapso indicado no inciso I do art. 23 da Lei de Improbidade Administrativa, conforme fundamentado na sentença objurgada, necessária a verificação do seu **dies a quo**, isto é, o seu marco inicial, a fim de constatar se houve ou não a perda da pretensão do titular do direito, neste presente caso, o parquet.

Pelo que se infere da inicial, arquivo 01, movimentação nº 01, ostentando o apelante amizade íntima com o Governador de Goiás, Marconi Ferreira Perillo Júnior, conforme comprovado mediante escuta telefônica a que teve acesso o apelado desde janeiro de 2007, praticou o apelante atos que atentam contra a moralidade, impessoalidade, eficiência administrativa, publicidade e legalidade, ao manifestar que “agirá em relação a todo aquele que puser contrariamente aos anseios do chefe do executivo goiano”.

Segundo relatou o representante ministerial, o apelante, admitindo “sua relação de amizade para com o Governador, além de se considerar seu amigo e devedor”, praticou atos que beneficiaram o então Chefe de Estado, assim descritos no item II, da exordial:

1. não declaração de suspeição de parcialidade, a revelia do artigo 135, do Código de Processo Civil, quando, em sessão plenária extraordinária sobre as contas do Governo, em 2005, se questionou a suspeição do apelante que, além de ocupar cargos no Governo Estadual, chegou a viajar com o Chefe do Executivo à Rússia, mesmo já exercendo a função de Conselheiro do TCE;
2. Nomeação da cunhada do Governador, Sra. Christiane Jayme Peixoto, visando beneficiar o Chefe do Executivo.
3. Votação das contas do Governo relativamente ao ano de 2014 e assunção da relatoria das contas do Governo para o exercício de 2015.
4. Obtenção de benefícios pessoais com a construção do prédio do TCE-GO, para que se constitua sua “marca”.
5. Perseguição a Fernando dos Santos Carneiro, procurador de contas, mediante a recusa do apelante em dar acesso a dados relativos aos vencimentos de servidores, conforme determinado no MS nº 201390703908, bem como mediante a piora das condições de trabalho do mencionado procurador, recusando-lhe estrutura funcional.
6. Prática de crime de prevaricação decorrente do retardamento da prática de atos e pela não declaração de suspeição, conforme acima descrito.
7. Desativação da 6ª Divisão de Fiscalização do TCE/GO, criada pela Lei nº 15.689/2006, propiciando que o déficit na conta centralizadora do Estado de Goiás crescesse de R\$ 621.271.016 para R\$ 1.492 bilhão, entre os anos de 2011 e 2014.

Anexo a inicial não foi juntado nenhum documento comprobatório dos fatos alegados, fincando-se a acusação completamente na escuta telefônica feita em 2007 e em representações formalizadas pelo Ministério Público de Contas, observada a juntada posterior do Memorando nº 057GCEF/2016, da lavra do apelante, informando o seu afastamento da relatoria das contas anuais

do Governador do Estado de Goiás relativas ao exercício de 2015, arquivo nº 07, movimentação nº 08.

Saneando o feito, foi fixado como único ponto controvertido a ser comprovado pela prova oral pelo julgador, movimentação nº 108, se “O requerido beneficiou ou tentou beneficiar o Sr. Marconi Perillo utilizando-se, para isso, de sua atuação funcional enquanto Conselheiro de Contas do TCE/GO”.

Da análise de tais premissas, verifica-se que todas as irregularidades reclamadas pelo representante ministerial têm a mesma origem, qual seja, a amizade íntima com o então Governador do Estado de Goiás, segundo a qual se pautou o apelante para praticar atos ímprobos.

Estabelecendo a data do ajuizamento da ação de improbidade como marco interruptivo da prescrição, tenho que somente os atos praticados nos cinco anos anteriores ao ajuizamento é que podem estar sujeitos a exame judicial, tendo os demais atos praticados sido alcançados pela prescrição.

Desta forma, tenho como inviável que seja feita a análise meritória de atos que se comprovaram unicamente pela escuta telefônica feita em outro processo, porquanto as gravações realizadas, informando amizade entre o aqui apelante e o então Governador Marconi Ferreira Perillo Júnior, eram do conhecimento do parquet desde janeiro de 2007, não tendo o órgão ministerial feito qualquer movimentação a respeito, validando, portanto, as práticas do apelante, especialmente no que tange à não declaração de suspeição do recorrente relativamente às contas do Governador, apesar de provocado, em sessão extraordinária ocorrida em 2005, bem como viagem efetuada à Rússia, eis que alcançados tais atos pela prescrição.

Sobre tal ponto, merece ser destacado que os fundamentos sentenciais que indicam o suposto agir ímprobo por parte do apelante, que se secundam em áudios realizados por escuta telefônica em 2005 e que teve o Ministério Público acesso em 2007, devem ser desconsiderados por evidente prescrição da pretensão autoral, diante de sua inércia (amizade, disponibilização de aeronave, retaliação a terceiros derivada da amizade), eis que ultrapassados mais de cinco anos, observado que a ação somente foi ajuizada em 03.05.2016.

Por outro lado, considerando que serão julgados apenas os atos ocorridos nos cinco anos anteriores ao ajuizamento, os fundamentos sentenciais que utilizam fatos ocorridos após a instauração de instância também devem ser desconsiderados e decotados, porquanto refogem dos limites propostos (desaprovação das contas do governo de 2018).

Em decorrência disso, passo a análise dos demais fatos imputados que, segundo o julgador singular, consistem na utilização do cargo pelo apelante para beneficiar o Governador do Estado de Goiás, conforme restou estabelecido como ponto controvertido a ser provado pela prova oral produzida.

Segundo a sentença objurgada, o demandado/apelante utilizou-se do seu exercício funcional, enquanto Presidente e Conselheiro do TCE, para buscar fins particulares tanto próprios quanto do ex-governador Marconi Perillo, em nome da amizade que nutrem um pelo outro, perseguindo quem se posicionou ou viesse a se posicionar contra seus interesses.

Para tanto, entendeu que o depoimento dos Procuradores Fernando dos Santos Carneiro e

Eduardo Luz Gonçalves comprovam a imparcialidade do recorrente, considerando que, mesmo provocado, não declarou sua suspeição, bem como por ter desativado o demandado a 6ª Divisão de Fiscalização do Tribunal de Contas, afetando o controle externo exigido pela Constituição Federal.

Não obstante, tenho que os depoimentos indicados na sentença nada provam relativamente à ocorrência de improbidade, evidenciando tão somente a discordância dos agentes políticos mencionados quanto aos atos praticados pelo recorrente, que lhes era superior hierárquico, não informando, especificamente, nenhum ilícito ou irregularidade, mas meras ilações, opiniões pessoais e técnicas não vinculativas.

Outro não é o sentir diante da afirmação de que teria o apelante promovido o cancelamento de auditoria da conta centralizadora do Estado, instaurada com o intento de averiguar e evitar a crise fiscal no Estado de Goiás, quando, em verdade, tal teria sido apenas suspensão temporariamente, por falta de pessoal.

Evidentemente, cancelamento e suspensão temporária por falta de pessoal são situações diversas, não configurando esta última desvio de finalidade tão somente pelo pronunciamento dos procuradores de contas, que informam ser isolados dos demais depoimentos testemunhais colhidos.

Por outro lado, verifico da documentação acostada, especialmente pelos documentos inseridos na movimentação nº 55, dentre eles a Instrução Técnica nº 29/2014, que trata do Relatório de Gestão Fiscal da Secretaria de Estado da Fazenda (SEFAZ), referente ao 2º Quadrimestre do Exercício de 2014, o Serviço de Contas do Governo destacou que *“A Dívida Consolidada Líquida (DCL) apurada pela Sefaz, publicada no Anexo II do RGF do 2º quadrimestre, e exigida no art. 55, I, da LRF, encontra-se dentro dos limites previamente fixados, embora o valor da RCL no campo 13 (fls. 6) divirja da apuração exigida nos termos da Resolução nº 1491/2002 do TCE e ainda levando. Cabe ressaltar que a Sefaz não levou à sua apuração o saldo negativo da conta 4204.02355 do Tesouro Estadual conforme orientações desta Corte nas contas de 2012 e 2013” (sic).*

Ainda, no mesmo documento, foi destacado pelo órgão técnico que, apesar de sugerido, não adotou a SEFAZ as recomendações feitas pelo Tribunal de contas, o que provocou a elevação do deficit:

“Registre-se que até o 2º quadrimestre de 2014, o deficit financeiro do Tesouro já alcançava R\$ 1,5 bilhão, conforme especificado na tabela abaixo:

Tabela 03 – Deficit Financeiro do Tesouro

Saldo Negativo Tesouro 2012	R\$ 522.051.335,76
Deficit Financeiro Tesouro 2013	R\$ 336.814.425,16
Deficit Financeiro Tesouro 2014	R\$ 698.164.170,44
Saldo Negativo Tesouro em 31/08/2014	R\$ 1.557.029.931,36

Por outro lado, pontua-se que não foi remetido e adicionado ao processo em epígrafe qualquer documentação informando acerca do saldo da referida conta. Entretanto, os déficits financeiros apontados tiveram seus registros efetuados na contabilidade do Tesouro Estadual (fls. TCE 24-35).

Nesse sentido e em face de reiterados descumprimentos da ausência de demonstração do impacto causado pelo saldo negativo da conta do Tesouro Estadual (4204.02355) nos demonstrativos da dívida líquida, esta Unidade Técnica sugere a aplicação de multa ao titular da Sefaz, bem como ao responsável pela Superintendência do Tesouro Estadual, pelos atos ora descritos, nos termos dos incisos V, VI, VII e VIII do artigo 112 da LOTCE”

Outrossim, destacou o órgão julgador de contas:

#### “8. Conclusão

Após análise dos documentos que compõem o Relatório de Gestão Fiscal do 2º quadrimestre do Poder Executivo, em observância ao art. 59 da Lei de Responsabilidade Fiscal, conclui-se que o Poder:

Publicou o Relatório de Gestão Fiscal dentro do prazo legal;

Apresentou os comprovantes das publicações no Diário Oficial do Estado de Goiás;

Publicou na internet o Relatório de Gestão Fiscal, dando, portanto, ampla divulgação;

Apresentou gastos com pessoal dentro dos limites prescritos pela LRF;

Apresentou limites para a dívida consolidada líquida, a concessão de garantias e contragarantias e para as operações de crédito dentro dos parâmetros estabelecidos pela LRF e Resoluções do Senado Federal;

Ressalva-se que a Sefaz não levou à sua apuração da dívida consolidada líquida o saldo negativo da conta 4204.02355 do Tesouro Estadual, conforme orientações desta Corte nas contas de 2012 e 2013. Além disso, novamente não foram remetidas quaisquer documentações informando acerca do saldo da referida conta.

Por fim, recomenda-se ao Poder Executivo:

Que promova mensalmente a apropriação dos serviços da dívida, em atendimento aos princípios contábeis da competência e da oportunidade, refletindo em sua contabilidade a real situação financeira e patrimonial do Estado.

Que estabeleça uma meta com o objetivo de reduzir os passivos oriundos das obrigações pertinentes aos precatórios, cujo débito já alcançou até o presente quadrimestre R\$ 907.591.182,53.

Que promova estudos quanto à inclusão dos gastos com pessoal realizados por meio das Organizações Sociais a fim de fazer constar nos relatórios de gestão fiscal os valores realmente dispendidos com pessoal do Poder Executivo Estadual por meio dessas entidades (art. 18, § 1º da lei complementar 101/2000).

Que encaminhe, anexo aos RGF's subsequentes, os seguintes documentos:

Planilha detalhada de todas as contas vinculadas à conta centralizadora do Estado;

Extrato bancário gerencial evidenciando o saldo da conta centralizadora do

Estado (Caixa Econômica Federal, agência 4204, conta nº 0600000006-9), no fim de cada bimestre, incluindo suas respectivas aplicações financeiras;

Conciliação da conta centralizadora do Estado com as suas vinculadas;  
Extratos bancários gerenciais das contas do Tesouro (CEF, 04204.06000002355 e demais) que compõem a centralizadora do Estado, evidenciando os saldos no fim de cada bimestre;  
Documentos de reconhecimento dos passivos referentes a quaisquer saldos negativos;  
Planilha de distribuição dos rendimentos auferidos pela Centralizadora.

#### 9. Encaminhamento

Portanto, após os apontamentos e sugestões emitidas, esta unidade técnica encaminha os presentes autos à Conselheira Relatora para conhecimento e adoção das providências que entender pertinentes, com a sugestão de aplicação de multa ao titular da Sefaz, bem como ao responsável pela Superintendência do Tesouro Estadual, pelos atos passíveis de multa descritos no item 5, nos termos do artigo 112, incisos V,VI, VII e VIII da LOTCE”.

Veja-se, portanto, que as alterações feitas pelo recorrente na estrutura organizacional do Tribunal de contas não se mostraram prejudiciais às análises das contas públicas, tanto que o Serviço de Contas do Governo teve plena capacidade de exercer sua fiscalização e que fez inúmeras recomendações, incluindo-se a conciliação da conta centralizadora do Estado com as suas, além do estabelecimento de meta com o objetivo de reduzir os passivos oriundos de precatórios, com sugestão de aplicação de multa ao titular da SEFAZ, em 20.11.2014, por Juarez Batista Rodrigues.

Perceba-se, também, que o parecer elaborado pela auditora Heloísa Helena Antonácio Monteiro Godinho, arquivo 03, movimentação nº 55, em 05.03.2015, corrobora o documento elaborado pelo serviço de contas, vez que assim fez constar em sua conclusão:

#### III - Conclusão

33. Ante o exposto, o Ministério Público de Contas junto a esta Corte sugere:

a) Promova mensalmente a apropriação dos serviços da dívida, em atendimento aos princípios contábeis da competência e da oportunidade, refletindo em sua contabilidade a real situação financeira e patrimonial do Estado;

b) Que estabeleça uma meta com o objetivo de reduzir os passivos oriundos das obrigações pertinentes aos precatórios, cujo débito já alcançou até o referido quadrimestre R\$ 907.591.182,53;

c) Que promova estudos quanto à inclusão dos gastos com pessoal realizados por meio das Organizações Sociais a fim de fazer constar nos relatórios de gestão fiscal os valores realmente dispendidos com pessoal do Poder Executivo Estadual por meio dessas entidades (art. 18, § 1º da Lei Complementar 101/200);

d) Encaminhar os documentos relacionados anexo aos RGF's subsequentes.

34. É o parecer.

35. Entranhe-se, registra-se, numere-se e rubrique-se.

36. Encaminhe-se ao Exmo. Conselheiro Relator”.

Demonstrando a completa capacidade de fiscalização, novamente a Auditora Heloísa Helena Antonácio Godinho, em despacho no Processo nº 201400047002558/314-01, que trata do Relatório de Gestão Fiscal da Secretaria de Estado da Fazenda (SEFAZ), referente ao 2º Quadrimestre do Exercício de 2014, propôs ao Conselheiro Relator que procedesse, em 24.09.2015, arquivo 04, movimentação nº 55:

6.1. à citação do Secretário da Fazenda a época Sr. José Taveira Rocha para que preste os esclarecimentos necessários, apresente documentos e ofereça as suas razões de justificativa, mormente tendo em vista as ressalvas apontadas pelo Serviço de Contas dos Gestores e Ministério Público de Contas;

6.2. A intimação da atual Secretária da Fazenda Sra. Ana Carla Abrão Costa para que junte aos autos, no prazo de 15 dias, os extratos bancários gerenciais das contas do Tesouro (CEF 04204.0600002355) e demais que compõem a centralizadora do Estado, evidenciando os saldos no fim de cada bimestre, bem como os documentos de reconhecimento dos passivos referentes a quaisquer saldos negativos, sob pena de aplicação de multa, conforme disposto no art. 312, IV do RITCE.

6.3. ao encaminhamento dos autos ao Serviço de Contas dos Gestores para que se manifeste acerca dos documentos, das razões de justificativa e/ou informações prestadas pelo responsável, ratificando a Instrução Técnica nº 29/2014 (fls. TCE 036/047);”

Infere-se dos documentos seguintes que às autoridades citadas nas transcrições supra foi conferido o contraditório e ampla defesa. Contudo, diante da ausência de resposta, e não por dificuldade de fiscalização pelo desmonte da 6ª Divisão de Fiscalização do Tribunal de Contas, e mediante a análise do regramento pertinente, entendeu a Auditora Heloísa Helena Pela ilegalidade do Relatório de Gestão Fiscal do 2º Quadrimestre de 2014, em 01.08.2017:

“III – Conclusão

22. Ante o exposto, considerando a presunção de legitimidade dos atos, documentos e informações constantes do processo e tendo em vista a Instrução Técnica emitida por unidade deste Egrégio Tribunal, manifesto-me pela ilegalidade do Relatório de Gestão Fiscal do 2º quadrimestre de 2014, com aplicação de multa por descumprimento de disposição legal, nos termos dos incisos II, VII e VIII, artigo 112 da Lei nº 16.168/2007”.

Diante da situação esposada, fica evidente que não há qualquer fundamento na alegação de ocorrência de improbidade decorrente do esvaziamento de setor de fiscalização, pela desativação 6ª Divisão de Fiscalização do Tribunal de Contas, eis que o deficit das contas públicas foi observado pelos setores competentes e devidamente informados aos julgadores do acórdão nº 4.738/2017, no processo nº 2014000470002558, arquivo 10, movimentação nº 55.

Aliás, quanto a este aspecto, salta aos olhos que o Procurador Fernando dos Santos Carneiro, que se diz perseguido pelo apelante, votou pelo conhecimento do Relatório de Gestão Fiscal, para considerá-lo formalmente regular e tempestivo em face das normas contidas na Lei de Responsabilidade Fiscal e nas Resoluções do Tribunal de Contas, determinando o arquivamento dos autos, considerando que o Tribunal de Contas já apreciou as contas anuais do governo do exercício de 2014, tendo sido expedidas as recomendações necessárias ao pleno cumprimento da legislação para os exercícios financeiros seguintes.

Com isso, fica demonstrado que a alegação de ocorrência de improbidade pela alteração da estrutura fiscalizatória do Tribunal de Contas do Estado de Goiás, que é oriunda de reclamos feitos pelo Procurador Fernando dos Santos Carneiro, revela-se inclusive contraditória, porquanto tal autoridade se mostrou completamente satisfeita com as informações colhidas, optando por votar pela



regularidade de relatórios que o setor técnico apontou serem irregulares.

Noutro vértice, tenho que as situações processuais consolidadas no mandado de segurança de nº 70390-18.2013.8.09.0000 não são provas que consolidam os testemunhos feitos pelos procuradores de contas indicados. Ao contrário, indicam que o apelante, como Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Goiás, exerceu juízo de conveniência e oportunidade para negar o pleito formulado pela Procuradoria de Contas e sustentou seu posicionamento, acreditando inclusive que teria o apoio judicial, caso contrário não teria promovido a defesa de seu ato.

Obviamente, o insucesso de sua defesa judicial não pode jamais ser alçado como ato ímprobo, porquanto exercia o recorrente um múnus decorrente do cargo que ocupava, tomando decisões segundo o juízo de oportunidade que lhe permite a função.

Ainda, tenho que não demonstra nenhuma realidade fática a afirmação judicial de que “o requerido exerceu sua função consultiva e “judicante” em procedimentos envolvendo interesses e condutas de Marconi Perillo (inclusive de julgamento de contas), tendo declarado sua suspeição somente após ser instado pelo MPF e de se sentir ameaçado por representações ministeriais que questionaram referido ponto”, transcrevendo trecho de memorando da lavra do recorrente em que informa seu afastamento do julgamento das contas anuais do Governador do Estado relativas ao exercício financeiro de 2015, porque o recorrente não participou de nenhum julgamento de contas no período anterior, até mesmo porque, como Presidente do Tribunal de Contas pelo período de 2011 a 2014, estava o afastado da jurisdição.

Noutra quadra, insustentável a alegação ministerial de esvaziamento da procuradoria de contas a dificultar o controle externo se foram disponibilizados 42 (quarenta e dois) servidores aos procuradores, que não os aceitaram por ausência de interesse por parte dos procuradores.

Aliás, quanto a tal aspecto, tenho como evidenciada a existência de sentimento de emulação por parte do Procurador Fernando dos Santos Carneiro, com atitudes de bravata e vindita, diante do indeferimento de pedido formulado ao apelante para a nomeação de pessoal fora do quadro estrutural do Tribunal de Contas do Estado de Goiás, observada a deficiência estrutural de pessoal do órgão, além de denúncia anônima feita em desfavor do procurador, movimentação nº 50, arquivo 01:

“Vale registrar que após denúncia anônima, descobriu-se que dentre um dos assessores do Gabinete do Procurador ora Representante seria uma professora de alemão que teve como única função apenas dar aulas do idioma germânico ao seu Chefe imediato – sem a análise de sequer um processo – e outro servidor (essa informação foi encaminhada pelo TCU) que permanecia dois dias da semana servido ao Gabinete do Representante e os três seguintes lecionando em uma universidade pública do Tocantins, recebendo de sua chefia em Goiânia atestado de frequência integral, foi por ele mesmo colocado à disposição da Gerência de Gestão de Pessoas do TCE-GO, o que vislumbra a má-fé de suas alegações nesta representação. Esses fatos ímprobos, senão típicos em tese, foram representados ao Ministério Público Estadual ainda em 2013, e está sob a titularidade da 89ª Promotoria de Justiça”.

Relativamente a nomeação da cunhada do ex-governador para e a obtenção de benefícios pessoais pela construção da nova sede do tribunal também não há prova nenhuma de ocorrência de ato ímprobo ou que tenha sido alguém beneficiado, tendo sido os fatos narrados isolados das provas

produzidas.

Dessarte, inofidável é a conclusão de que não há prova alguma das alegações formuladas, sendo o édito sentencial uma evidente colcha de retalhos, costurada com tecidos puídos, que não sustentam a sua estrutura, eis que esgarçados por diferenças administrativas exageradas pela vanidade do poder.

Vê-se, claramente, o empilhamento de papéis que não trouxeram esclarecimento dos fatos, mas acusações vazias, eis que murchas de qualquer correlação com as situações narradas. Ainda, inúmeros são os documentos que nenhuma relação de pertinência guardam com o caso em apreço, demonstrando que sua anexação teve serventia apenas para avolumar o álbum processado.

À vista disso, merece ser ressaltado que a mera irregularidade de atos, alguns inclusive corrigidos pelo Poder Judiciário, não informam ou comprovam a ocorrência de improbidade, não podendo servir de fundamento para a procedência da ação e a consequente aplicação de penalidade, até mesmo porque não evidenciada a ocorrência de dolo por parte do apelante.

Desta forma, se os atos atribuídos ao réu forem enquadrados como meras irregularidades, não haverá respaldo legal que justifique o manejo da ação civil pública fulcrada na Lei nº 8.429/1992, porquanto, como visto, a intenção precípua do legislador foi no sentido de apenas serem considerados ímprobos os atos ilegais que atentem contra a moralidade administrativa, entendendo-se como imoral, segundo o colendo Superior Tribunal, o ato “com forte conteúdo de corrupção econômica”<sup>1</sup>, o que não ocorreu no caso vertente.

E neste sentido aponta aquela egrégia Corte:

“(...) quanto aos aspectos sancionatórios da Lei de Improbidade, impõe-se exegese idêntica a que se empreende com relação às figuras típicas penais, quanto à necessidade de a improbidade colorir-se de atuar imoral com feição de corrupção de natureza econômica”<sup>2</sup>.

Ainda:

“se o fato descrito na peça de ingresso não caracteriza, evidentemente, ato ímprobo, impõe-se a rejeição da petição inicial, nos termos do parágrafo oitavo, do art. 17, da Lei 8429/92. Inexistindo ato de improbidade administrativa, deve ser decretada a carência da ação, por falta de interesse de agir...”<sup>3</sup>.

Assim, considerando que para a configuração do ato de improbidade, necessária é a demonstração do evidente propósito do agente público de auferir vantagem, causando dano ao erário, o que não ocorreu no caso em exame, tenho que não existe ato de improbidade, quando muito mera irregularidade formal nos procedimentos questionados, destacado que nenhuma prova técnica foi produzida, comprovando que tenha o recorrente beneficiado qualquer pessoa.

Sobre o assunto eis o dizer de Marcelo Figueiredo, in “Probidade Administrativa – Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar”:

“... não nos parece crível punir o agente público, ou equiparado, quando o ato acoimado de improbidade é, na verdade, fruto de inabilidade, de gestão imperfeita, ausente o elemento de ‘desonestidade’, ou de improbidade propriamente dita”<sup>4</sup>.

Assim, quanto a caracterização de atos como ímprobos, ensina a jurista Maria Sylvia Zanella: O enquadramento na lei de improbidade exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo.

Mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto. A quantidade de leis, decretos, medidas provisórias, regulamentos, portarias torna praticamente impossível a aplicação do velho princípio de que todos conhecem a lei. Além disso, algumas normas admitem diferentes interpretações e são aplicadas por servidores públicos estranhos à área jurídica. Por isso mesmo, a aplicação da lei de improbidade exige bom senso, pesquisa da intenção do agente, sob pena de sobrecarregar-se inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes, que podem ser adequadamente resolvidas na própria esfera administrativa. A própria severidade das sanções previstas na Constituição está a demonstrar que o objetivo foi o de punir infrações que tenham um mínimo de gravidade, por apresentarem consequências danosas para o patrimônio público (em sentido amplo), ou propiciarem benefícios indevidos para o agente ou para terceiros. A aplicação das medidas previstas na lei exige observância do princípio da razoabilidade, sob o seu aspecto de proporcionalidade entre meios e fins. (Direito Administrativo. 21ª Edição. Editora Atlas, pág. 785).

Sobre a necessidade de demonstração de dolo ou culpa do agente público acusado da prática de ato de improbidade administrativa:

“Processo civil e administrativo. Ato de improbidade. Art. 10, inciso XII da Lei 8.429/92. Princípio da congruência. Elemento subjetivo. Demonstração de prejuízo ao erário. 1. **Omissis**. 2. Os tipos da Lei de Improbidade estão divididos em três categorias: a) art. 9º (atos que importam em enriquecimento ilícito); b) art.10 (atos que causam prejuízo ao erário) e c) art. 11 (atos que atentam contra os princípios da administração). 3. Os atos de improbidade só são punidos à título de dolo, indagando-se da boa ou má-fé do agente, nas hipóteses dos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92. 4. Embora mereçam acirradas críticas da doutrina, os atos de improbidade do art. 10, como está no próprio **caput**, são também punidos à título de culpa, mas deve estar presente na configuração do tipo a prova inequívoca do prejuízo ao erário. 5. Recurso especial provido”<sup>5</sup>.

Face ao exposto, conheço do recurso agitado e dou-lhe provimento, para reformar a sentença guerreada e julgar improcedentes os pedidos iniciais.

É como voto.

Goiânia, 14 de julho de 2020.

Des. Jeová Sardinha de Moraes - Relator

<sup>1</sup> STJ, REsp 213994/MG; Recurso Especial 1999/0041561-2, DJ 27.09.1999 p. 59.

<sup>2</sup> STJ, 1ª Turma, REsp. nº 721190/CE, j. de 13.12.2005, DJ de 13.02.2006, Rel. Min. Luiz Fux

<sup>3</sup> TJGO, 3ª C.C., A.I. nº 41630-8/188, acórdão de 23.06.2005, DJ de 12.07.2005, Relª. Desª. Nelma B. F. Perilo

<sup>4</sup> Ob. citada, 4ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, p. 24

<sup>5</sup> STJ, 2ª Turma, REsp. nº 842428/ES, j. de 24.04.2007, DJ de 21.05.2007, Relª. Minª. Eliana Calmon

Apelação Cível nº 5252449.16.2018.8.09.0095

Comarca de Joviânia

2ª Câmara Cível

Apelante: Israel Ferreira Barbosa

Apelados: Banco do Brasil S.A. e Companhia de Seguro Aliança do Brasil

Relator: Des. José Carlos de Oliveira

**EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO DE RETIFICAÇÃO. SEGURO DE VIDA. ILEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. IMPROCEDÊNCIA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICABILIDADE. PRINCÍPIOS DA VONTADE E DA DECLARAÇÃO. PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA VERDADE. PRESCRIÇÃO. INEXISTÊNCIA. CIÊNCIA DO FATO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS.

**I** - A instituição financeira é parte legítima para responder à ação em que é cobrado o cumprimento do contrato de seguro o banco que divulga o produto, recebe o valor do prêmio, expede apólice e presta as informações necessárias ao segurado, fazendo parte do mesmo grupo financeiro e prestando serviços conjuntamente.

**II** - Os serviços securitários estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor, enquanto relação de consumo. Eventual interpretação de cláusula contratual deverá ser feita de forma mais favorável ao consumidor.

**III** - O importante no negócio jurídico é a intenção como fulcro da vontade expressa e o elemento responsável pelos efeitos jurídicos que do negócio provêm.

**IV** - Em caso de falta de concordância entre o que foi intentado e o que efetivamente se declarou, prevalece a intenção sobre a declaração, porque na intenção se encontra a força jurídica do ato jurídico estritamente considerado.

**V** - Constatado o erro na contratação do seguro, o pai, já idoso é o contratante do seguro, e sua filha a beneficiária, conforme era a vontade real destes da contratação.

**VI** - O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca, no caso, do erro de vontade.

**VII** - Diante da reforma da sentença para julgar, procedentes os pedidos iniciais, deve ser fixada os honorários advocatícios sucumbenciais, devendo a parte ré arcá-los em sua integralidade, nos termos do artigo 86, parágrafo único do Código Processual Civil.

APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E PROVIDA.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Apelação Cível interposto por Israel Ferreira Barbosa, em face da sentença vista no evento nº 82, proferida pela MMª. Juíza de Direito da Vara Cível da comarca de Joviânia, Dra. Ana Paula Tano, nos autos da ação de retificação de cláusula contratual e/ou resolução do contrato com ressarcimento do valor capital segurado proposta pelo apelante em face Banco do Brasil S.A. e Companhia de Seguro Aliança do Brasil, ora apelados.

Eis os termos da sentença vergastada, **verbis**:

(...)

Do compulso dos autos, vejo que consta da proposta “Ouro Vida” do evento 01, arquivo 06, como segurada a pessoa de Roberta Ferreira Barbosa e beneficiários Israel Ferreira Barbosa e Hilda Gonçalves Ferreira Barbosa, regulada pela apólice 05.901, firmado em 17.01.1997. Da proposta “Ouro Vida Grupo Especial”, consta como segurado a pessoa de Roberta Ferreira Barbosa e beneficiários o autor Israel Ferreira Barbosa e Hilda Gonçalves Ferreira Barbosa, regulada pela apólice 13018 (evento 01, arquivo 06), firmada em 01.04.2002.

Tem-se que tanto o contrato de seguro primitivo, firmado em 1997, quanto a renovação ocorrida em 2002, consta como segurado a pessoa de Roberta Ferreira Barbosa e beneficiários o autor e sua esposa, Sra. Hilda Gonçalves Ferreira Barbosa.

O contrato de seguro é renovado anualmente, com o pagamento do prêmio, que no presente caso sempre ocorria mediante débito em conta corrente nº 20.797-7, agência 3681-1, da qual são titulares o autor Israel Ferreira Barbosa e sua filha Roberta Ferreira Barbosa, conforme se extrai do documento do evento 01, arquivo 07, e extratos do evento 01, arquivo 08.

A cada renovação, a seguradora envia a apólice do seguro ao segurado. Não me parece crível que após 21 anos desde que firmado o 1º contrato de seguro com as requeridas, em meados de 1997, seguidas de mais de 20 (vinte) renovações do pacto, que somente agora o autor veio a tomar conhecimento de que figura como beneficiário junto com a sua esposa no contrato de seguro e não como segurado.

No caso, não restou demonstrada qualquer providência ou sequer solicitação do autor junto às requeridas para regularizar o contrato na esfera administrativa, desde que o instrumento foi firmado pela primeira vez (1997), não tendo o suplicante apresentado justificativa plausível para modificação de cláusula contratual após decorrido o lapso temporal de mais de 20 anos pela via judicial.

O autor alega em sua petição inicial que está “religiosamente em dia” com o pagamento do seguro, “cuja mensalidade é descontada em sua conta corrente nº 20.797-7, agência 3681-1”, mas a citada conta corrente em que ocorre o débito automático do valor do prêmio possui como titulares o autor e sua filha Roberta Ferreira Barbosa, o que faz crer que o seguro poderia ter sido contratado tanto pelo autor como pela sua filha, como de fato ocorreu (pela filha).

Quanto ao fato de a proposta de seguro não estar assinada pelas partes (evento 01, arquivo 06), é fato público e notório que as instituições financeiras realizam a venda de seguros aos

seus clientes que possuem contas-correntes vinculadas, sem colher as respectivas assinaturas nas propostas, enviando, em seguida, a apólice do seguro no endereço informado, em razão da relação de confiança estabelecida entre banco e cliente, cabendo a este último, ao receber a apólice, conferir os termos do contrato firmado.

A propósito, o autor alega que é idoso e que o contrato está totalmente o “inverso daquilo que havia contratado, pois pela ordem natural primeiro vão os pais (falecem), depois os filhos”, mas o valor que estava sendo debitado na conta corrente referente ao pagamento do prêmio, que girou em torno de R\$ 87,06 a R\$ 120,63, nas datas de 25.01.2012 a 26.01.2015 (evento 01, arquivo 08), condiz com o pagamento de seguro de pessoa da idade de Roberta Ferreira Barbosa, e não do autor, que naquela época tinha mais de 80 anos.

Desta feita, verifica-se que o autor não logrou comprovar que ocorreu equívoco na contratação do seguro, em relação à titularidade do segurado e aos beneficiários, ônus que lhe incumbia, nos termos do art. 373, inciso I, do Código de Processo Civil.

(...)

Importante salientar, conforme já mencionado em decisão saneadora, que a prova testemunhal é imprestável à comprovação das alegações, uma vez que além de não sobrepor à documentação juntada, restringira-se ao depoimento das pessoas que presenciaram a contratação feita há mais de vinte anos entre preposto do requerido e o autor, pessoa já falecida.

Ademais, nada impediria ao interessado, ciente de que não havia seguro de vida em seu nome, fizesse a qualquer momento o cancelamento e contratação de uma nova apólice condizente com suas condições pessoais, sendo desnecessário mover o aparato judicial para modificar cláusula de seguro, estabulando diretamente com a instituição financeira nova cobertura.

Desse modo, não há que se falar em retificação de cláusula do contrato de seguro, vez que não comprovada qualquer irregularidade no ato da contratação.

Quanto ao pedido de ressarcimento ao requerente do valor correspondente ao capital segurado, de R\$ 198.062,66, não merece prosperar.

Com efeito, as apólices têm como objeto um seguro de vida, consistente no pagamento de uma indenização ao segurado ou aos seus beneficiários, até o limite dos respectivos capitais segurados, na ocorrência dos eventos cobertos pelas garantias contratadas, exceto se decorrentes de riscos excluídos (cláusula 4 – eventos 20/59). Dentre as garantias oferecidas, inclui-se a morte do segurado por causas naturais ou acidentais.

Na hipótese dos autos, na época do ajuizamento da ação, não havia notícia de ocorrência de sinistro em relação a segurada Roberta Ferreira Barbosa ou quanto ao autor, e mesmo que o requerente tenha falecido durante o curso do processo, conforme noticia a certidão de óbito do evento 43, arquivo 05, o contrato tem como segurada a filha do requerente e não autoriza o pagamento da indenização em favor do falecido.

Portanto, pelos argumentos retromencionados, verifico que a improcedência do pedido inicial é medida que se impõe.

Diante do exposto, com fulcro nos dispositivos legais supramencionados, julgo improcedente o pedido inicial, na forma do art. 487, inciso I, do CPC.

Condeno a parte requerente ao pagamento das despesas processuais e de honorários advocatícios arbitrados em 15% (quinze por cento) do valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, §2º, do CPC, ficando, no entanto, a exigibilidade de tais verbas suspensas, a teor do disposto no artigo 98, § 3º do Código de Processo Civil.

(...)

Inconformados, os sucessores processuais do Sr. Israel Ferreira Barbosa – falecido no curso do processo - interpuseram apelação cível, evento nº 86, ressaltando, primeiramente, a aplicabilidade do CDC, bem como a necessária inversão do ônus da prova no caso em tela, no mérito, alegam, em síntese, que há mais de um ano tentam, sem sucesso, obter junto aos apelados o documento comprobatório da contratação contestada.

Aduzem que, ao contrário do que consta na sentença hostilizada, o **de cujus** tentou resolver a questão de forma administrativa, em 2017, e que somente após a negativa dos requeridos é que houve o ajuizamento da presente demanda.

Sustentam, ainda, *que os requeridos, responsáveis pelo ônus da prova não carregaram aos autos o contrato de seguro, bem como, não comprovaram que os requerentes tinham ciência da forma que o dito contrato havia sido elaborado, juntaram apenas falácias e nenhuma prova (sic).*

Ressaltam, por fim, *que os requeridos têm o dever de indenizar os requerentes pelo erro cometido por seu representante, pois é público, notório e bastante cristalino, que nenhuma pessoa, de sã consciência, com idade avançada, contrataria seguro de vida, se posicionando como beneficiário de sua filha jovem e saudável (sic).*

Dispensado preparo, porquanto beneficiários da gratuidade de justiça.

Os recorridos apresentaram contrarrazões, a primeira, Companhia de Seguro Aliança do Brasil, evento nº 91, além de rechaçar os argumentos dos apelantes e pugnar pelo desprovimento do recurso, prequestiona a matéria debatida (arts. 765 do CC e 17 e 18 CPC), para o caso de eventual necessidade de interposição de Recurso Especial.

Por seu turno, o Banco do Brasil S.A, evento nº 92, alega, preliminarmente, ilegitimidades ativa e passiva, inépcia da inicial, e, no mérito, pugna pelo desprovimento do apelo.

É o relatório.

Peço dia para o julgamento.

Goiânia, datado e assinado eletronicamente.

Des. José Carlos de Oliveira - Relator

## VOTO

Presentes os pressupostos legais de admissibilidade, conheço do apelo.

Conforme relatado, trata-se de recurso de apelação cível interposto por Hilda Gonçalves Ferreira Barbosa, Claudio Ferreira Barbosa e Roberta Ferreira Barbosa sucessores processuais de Israel Ferreira Barbosa, em face da sentença vista no evento nº 82, proferida pela MMª. Juíza de

Direito da Vara Cível da comarca de Joviânia, Dra. Ana Paula Tano, nos autos da ação de retificação de cláusula contratual e/ou resolução do contrato com ressarcimento do valor capital segurado proposta pelo apelante em face Banco do Brasil S.A. e Companhia de Seguro Aliança do Brasil, ora apelados.

Primeiramente, acerca da preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelo Banco do Brasil S.A, tal alegação não merece guarida uma vez que, segundo o entendimento jurisprudencial deste egrégio Tribunal, é parte legítima para responder à ação em que é cobrado o cumprimento do contrato de seguro o banco que divulga o produto, recebe o valor do prêmio, expede apólice e presta as informações necessárias ao segurado, fazendo parte do mesmo grupo financeiro e prestando serviços conjuntamente, vez que solidários, à luz dos artigos 7º, parágrafo único, e 25, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido:

Apelação cível. Ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais. Contrato de financiamento de veículo. Seguro prestamista. Legitimidade passiva da instituição bancária. Ocorrência de desemprego involuntário. Parcelas não quitadas. Negativação indevida. Dano moral configurado. **Quantum**. Razoabilidade e proporcionalidade. Sentença mantida. 1. É parte legítima para responder à ação em que é cobrado o cumprimento do contrato de seguro o banco que divulga o produto, recebe o valor do prêmio, expede apólice e presta as informações necessárias ao segurado, fazendo parte do mesmo grupo financeiro e prestando serviços conjuntamente, vez que solidários, à luz dos artigos 7º, parágrafo único, e 25, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor. 2. Comprovado o desemprego involuntário de segurado, como previsto no contrato de seguro, devida é a indenização nos moldes pactuados, no caso, de quatro parcelas mensais do financiamento, o que não foi realizado de imediato, motivando a inscrição de forma indevida do nome do apelado nos órgãos de proteção ao crédito. 3. Tem-se definido a verba indenizatória de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto, levando-se em consideração, principalmente, o dolo ou o grau de culpa daquele que causou o dano, as condições pessoais e econômicas das partes envolvidas, a intensidade do sofrimento psicológico causado pelo abalo sofrido, a finalidade admoestatória da sanção e o bom senso, para que a indenização não seja muito gravosa, descartando um enriquecimento sem causa à vítima, nem irrisória, que não compense a lesão experimentada. 4. Recurso conhecido e desprovido. (TJGO, Apelação 0344906-79.2011.8.09.0134, Rel. Eudécio Machado Fagundes, 3ª Câmara Cível, julgado em 14.08.2018, DJe de 14.08.2018) (Destaquei).

De igual sorte, não há como acolher a preliminar de ilegitimidade ativa, também arguida pelo Banco apelado, isso porque, consoante teoria da asserção, a legitimidade das partes deve ser verificada à luz das informações trazidas na exordial e, no caso dos autos, como bem decidiu a d. Juíza **a quo**, a preliminar confunde-se com o mérito da demanda, e, portando, é no mérito que devem ser analisadas.

Afasto, portanto, as preliminares suscitadas.



De início, mister salientar que o contrato de seguro em questão se submete às normas do Código Consumerista, nos termos do seu artigo 3º, §2º, cuja interpretação de cláusulas contratuais deve ser realizada de modo mais favorável ao consumidor. Confira-se:

Ação ordinária de cobrança. Seguro de vida em grupo. Aplicação do código de defesa do consumidor. Dever de boa-fé. (...). I - Os serviços securitários estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor, enquanto relação de consumo. Eventual interpretação de cláusula contratual deverá ser feita de forma mais favorável ao consumidor. II - (...). V - Apelos desprovidos. (TJGO, Apelação 0161671-03.2014.8.09.0103, Rel. Guilherme Gutemberg Isac Pinto, 5ª Câmara Cível, julgado em 28.06.2019, DJe de 28.06.2019)

(...). I - As relações contratuais de natureza securitária, além das regras legais da legislação civil, estão também submetidas às normas do Código de Defesa do Consumidor. II – Conforme preceitua o Código de Defesa do Consumidor, as cláusulas devem ser interpretadas de forma favorável ao consumidor.

Assim, a cláusula trazendo eventual limitação de direito do segurado deve constar, de forma clara e com destaque, permitindo sua fácil e imediata compreensão. III. Apesar de serem admitidas cláusulas restritivas até mesmo nos contratos de adesão, tais restrições não podem confrontar com o fim precípua da avença. (...). Recurso adesivo conhecido e desprovido. (TJGO, Apelação (CPC) 5298285- 18.2016.8.09.0051, Rel. Carlos Alberto França, 2ª Câmara Cível, julgado em 10.04.2019, DJe de 10.04.2019)

Dessa forma, uma vez que se trata de relação de consumo, constatada a hipossuficiência do consumidor, e a verossimilhança de suas alegações, como no caso dos autos, é plenamente possível a inversão do **onus probandi** pelo julgador, por aplicação do 6º, do Código de Defesa do Consumidor.

Fixadas essas balizas, passo à análise do apelo.

Passando à análise meritória, extrai-se do processado, evento nº 1, arquivo 6, que em 17.01.1997, o Sr. Israel Ferreira Barbosa, à época com 66 anos de idade, e sua filha, Roberta Ferreira Barbosa, então com 22 anos de idade, dirigiram-se à agência do Banco do Brasil de Joviânia, abriram uma conta conjunta, aderindo, naquela feita, a vários produtos (conta corrente, conta poupança, electron, CDC automático, cheque classique e a um seguro de vida).

Não obstante, no caso existe uma diferença e algo fora do normal e comum, nos contratos de seguro de vida normalmente o pai seja o segurado, fazendo da esposa e dos filhos seus beneficiários, no caso dos autos, ocorreu, segundo defendia o Sr. Israel Ferreira Barbosa, morto no curso do processo, um erro grosseiro da seguradora, quando do preenchimento do formulário do seguro, ficando a filha Roberta, de 22 anos, como segurada, e seus pais, já idosos como beneficiários, razão pela qual buscou pela retificação da cláusula contratual.

Para a análise deste evento temos que nos socorrer da doutrina e jurisprudência a dar escorras na aplicação da justiça, que é o que busca o jurisdicionado, justiça, mister deste relator e deste Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.

Inicialmente observemos o que o legislador pontuou no artigo 110 do Código Civil:

Artigo 110 – A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou”

Percebe-se um confronto possível de ser analisado no julgamento, o da vontade real em confronto com a vontade declarada, deixando nosso código, com tal dispositivo, claro que adota a teoria da declaração e da vontade, vinda do direito germânico, a saber:

Nos negócios jurídicos podem ocorrer situações em que a vontade efetivamente declarada e diversa da vontade real, podendo ocorrer situações diversas que prejudiquem a vontade, tais como: o sujeito tenha mentido deliberadamente; errou espontaneamente ou foi induzido a erro e por fim quando tenha sido coagido.

Para resolver esse dilema que foram criadas as teorias acima mencionadas, teoria da vontade e teoria da declaração, que nasceram no direito alemão, que são assim denominadas: Willenstheorie e Erklärungstheorie.

Tese também encampadas por Savigny e Windscheid, de onde o que se considera o importante no negócio jurídico é a intenção como fulcro da vontade expressa e o elemento responsável pelos efeitos jurídicos que do negócio provêm.

Em caso de falta de concordância entre o que foi intentado e o que efetivamente se declarou, prevalece a intenção sobre a declaração, porque na intenção se encontra a força jurídica do ato jurídico estritamente considerado.

As duas teorias tem o condão de proteger o que realmente se quis no negócio jurídico, a teoria da vontade propõe que prevaleça a vontade real, e a teoria da declaração propõe que prevaleça a vontade declarada.

Na comparação entre as duas soluções, se, por um lado, a teoria da vontade tem a vantagem de proteger o que o sujeito realmente quer, a teoria da declaração, por outro lado, tem a grande vantagem da objetividade. Afinal, um dos desafios da teoria da vontade é justamente a prova da vontade real, em razão da sua subjetividade. O nosso direito adota, como regra geral, a teoria da declaração, chamada também de teoria da confiança, como nos remonta o artigo 110 do Código Civil.

Podemos entender como “reserva mental” o fato de o sujeito mentalizar o que realmente quer e declarar o que não quer. Em outras palavras, a reserva mental é a omissão da verdade consciente, que foi substituída, na manifestação da vontade, por uma mentira.

Assim a doutrina:

“A teoria da declaração, é de origem germânica. Os seus propositores criticam a teoria da vontade, dizendo que a vontade real é de caráter interno ou subjetivo. Se a declaração não a revelar, a sua apuração terá de valer-se de meios inseguros e perigosos, como são as suposições, nem sempre bem fundadas. A teoria, se proporciona a segurança estática, apresenta a desvantagem de não garantir a segurança dinâmica (Démogue, *Traité des Obligations en général*, 5ª ed., Paris, *Récueil*, volume I, nº 30), vale dizer, a segurança das movimentadas relações jurídicas que, no meio social contemporâneo, vão-se formando sucessivamente, com base em atendíveis aparências. Sempre haverá o risco de não coincidir a vontade real com a declarada. No entanto, com base nesta, por confiança na declaração, é que se firmou a relação contratual, à qual podem prender-se interesses de terceiros,

resultantes de negócios subsequentes. Propõe, então, a teoria da declaração, em substituição à da vontade. Justificando-a, doutrinam que a vontade se constitui não apenas internamente, mas por momentos integrativos sucessivos, dos quais o último é a declaração. Do ponto de vista jurídico ou social, não oferecem interesse especial as etapas volitivas internas, incapazes, precisamente pela falta de externalização, da criação de vínculos ou relações exteriores. O que conta, sob esse aspecto, é somente a vontade declarada, porque é a declaração que gerando vínculos, produz o ato jurídico (Chironi e Abello, in "Trattato di Diritto Civile italiano", página 338; Démogue, ob. cit., volume I, nº 32; Dereux, in "Supplément, de Bonnecase, páginas 484, 485, 490, 495, 498 e 499; Jonasco, in "De la volonté dans la formation des contrats, Recueil d'Études, volume II, página 368).

“No nosso entender, não parece que a declaração seja uma das etapas do processo constitutivo da vontade. É evidente, por certo, que a vontade que permaneça **"in pectus"**, sem ser externada, não produz efeitos. O reconhecimento dessa verdade não basta, porém, para transformar a declaração em momento de sua constituição, nem mesmo do ponto de vista social ou jurídico. A declaração é simples execução da vontade. Se a obrigação convencional é um limite voluntariamente imposto a si mesmo por quem se vincula, não pode ser constituída por uma declaração sem correspondência com a vontade real. Cumpre, porém, por outro lado, considerar que o Direito tem por finalidade precípua regular as relações dos homens, vivendo em sociedade. Não pode, portanto, ponderar apenas os interesses do emitente da declaração. É necessário que tenha em linha de conta, por igual, os da pessoa a quem é dirigida e, sobretudo, os de terceiros, acaso ligados a elas. A declaração é o meio normal de revelação da vontade e, portanto, é legítimo que se confie na vontade declarada, cuja discordância com a vontade real só poderia ser apurada através de maior indagação, incompatível com a rapidez exigida pelas necessidades da vida contemporânea. Resulta, assim, um conflito de interesses. De um lado, os do emitente, consistentes em não ser obrigado senão na medida do vínculo resultante de sua vontade real. De outro, os das pessoas que hajam confiado em sua declaração. Não há conciliação possível: ou será prejudicado o emitente, ou sê-lo-ão estas pessoas” (PERIN JUNIOR, Ecio. A teoria da vontade na formação dos contratos e a autonomia do Direito Comercial em relação ao Direito Civil face ao projeto do novo Código Civil. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 5, nº 45, 01.09.2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/518>. Acesso em: 12.10.2020).

Observa-se de todo modo, que prepondera no Código Civil a chamada teoria da confiança, segundo a qual deve-se preservar a confiança legitimamente criada no destinatário da declaração de vontade de que a vontade declarada corresponde à vontade real do agente” (Eduardo Ribeiro de Oliveira, Coord, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Comentários ao Código Civil: das pessoas Vol. II Rio de Janeiro. Forense. 2008, pág. 229-230)

No caso em julgamento evidente que o apelante, e agora representados por seus herdeiros, contratou o seguro como beneficiário, muito embora não queria contratar assim, mas ter como beneficiária a filha e os filhos, a reserva mental do contratante é sua vontade íntima, e não podemos

tomar o caminho de que quisesse contratar tal como apresentado na documentação acosta aos autos.

Segundo a doutrina clássica, o contrato é sempre justo, porque, se foi querido pelas partes, resultou da livre apreciação dos respectivos interesses pelos próprios contratantes, o que teoricamente presumir-se-á como o equilíbrio das prestações.

Sendo justo o contrato, segue-se que aos contratantes deve ser reconhecida ampla liberdade de contratar, só limitada por considerações de ordem pública e pelos bons costumes. Assim enquanto forem observados esses limites, podem as partes convencionar aquilo que lhes aprouver, o que, de resto, constitui um aspecto da liberdade individual, consubstanciada no princípio de que é permitido tudo que não é proibido.

Podem, portanto, discutir livremente todas as condições contratuais, celebrar contratos regulados por lei, ou quaisquer outros inéditos que imaginem, escolher a melhor forma de declaração de vontade, fixar os efeitos, etc. Nos dissídios que acaso se formem, a missão do juiz terá de se circunscrever à apuração da vontade dos contratantes, em um processo de pura reconstituição, que aqui buscamos equalizar no julgamento.

Em contraposição às chamadas normas obrigatórias existem as facultativas que compreendem as normas supletivas e as interpretativas. O contratante, via de regra, preocupa-se, especialmente, com os efeitos principais do contrato. Descuida-se dos pormenores e das consequências secundárias, que não foram observadas pelo contratante quando recebida sua apólice e nas várias renovações feitas no decorrer dos anos.

Efetivamente e sem embargo da ficção jurídica de que "todos conhecem a lei", os contratantes serão, frequentemente surpreendidos, em virtude da aplicação de regras supletivas, com efeitos e consequências estranhas à sua previsão e até contrárias à vontade silenciada. Sob esse aspecto, sofre a autonomia da vontade. A solução a posteriori de questões não previstas no contrato só poderá ser estabelecida pelas partes se estiverem de acordo. Não chegando a acordo, porém, a norma, em princípio, facultativa, torna-se obrigatória para os contratantes em dissídio. Isto é imprescindível, para que se solucione o conflito.

A liberdade de contratar, então, deve ser entendida em termos. As partes podiam contratar o contrário do que dispunha a norma facultativa. Mas, se não usaram essa faculdade, a sua imprevisão poderá tornar necessário que ela se transmude em preceito obrigatório.

O exame da jurisprudência revela que, por vezes, o juiz adota solução não convencionalizada pelas partes, nem fornecida pela Lei supletiva. Por uma imprevisão dos contratantes e do legislador, não se traçou a regra para a questão superveniente. O juiz de ordinário, simples aplicador ou intérprete de sua vontade, vê-se na necessidade de constituir uma solução estranha ao consentimento. Proceder por suposições, imaginando uma solução que, no seu entender, seria a que as partes teriam adotado se o caso lhes tivesse ocorrido por ocasião da elaboração do contrato e, por ficção, a admite como condição subentendida ou tácita.

No caso, isto é, de apuração da vontade dos contratantes, por não estar expressa a solução que deve ser subentendida, não acatando a seguradora que tenha existido o erro da expressão da vontade, é mister o judiciário colocar nos trilhos essa expressão.

De qualquer modo, porém, não há como provar, a ambas as partes, a real vontade dos contratantes, ou à vontade que teriam declarado se houvessem previsto a dificuldade superveniente. A falta dessa certeza basta para justificar o acerto de aplicar os fatos tangenciais e o entendimento médio humano, de que a vontade do contratante não está expressa documentalmente, tendo sido invertido, por erro, as qualidades de contratantes e beneficiários.

O problema do caso da autonomia da vontade é o de saber se, na divergência entre a vontade real e a vontade declarada, deve prevalecer esta ou aquela, e por isso os dados ligados à contratação indicam a real vontade do contratante.

Sobre a aceitação desse ponto de vista, que poderia gerar insegurança jurídica, haja vista a possibilidade de uma das partes querer desfazer o contrato sob a alegação de que o acordado baseou-se em erro, e que esta concepção atende apenas ao interesse do autor da declaração, ignorando o da sociedade para a qual a declaração se dirige, não é tema de preocupação quando o quadro todo demonstra a divergência da vontade com o contratado, o que no presente caso é solar, afinal “filhos enterram seus pais”, não o inverso, sobre tudo para a contratação de um seguro.

Sobre esse ponto assim disse Orlando Gomes:

“Uma vez que subsiste o princípio da autonomia da vontade, determina-se [o conteúdo do negócio jurídico] conforme o querer das partes, contanto que o objeto seja lícito a exteriorização da vontade vale apenas na medida em que traduz a intenção dirigida a determinadas consequências jurídicas” (op. cit., p. 273).

Para Venosa (2001, p. 341), vontade real é “o substrato da declaração”. Pode-se dizer que Bittar filia-se ao pensamento doutrinário que prega a prevalência da intenção do agente: “tem-se a declaração como pressuposto de existência e a intenção como condição de validade do negócio jurídico” (op. cit., p. 196).

No caso, prestigia-se a vontade aparente, se esta não é destruída por circunstâncias que indiquem má-fé, que não foi indicada em nenhum momento.

O contratante fez a contratação e indicou que os descontos deveriam ser feitos em sua conta corrente, que era em conjunto com a filha, o que não induz nenhuma má-fé, ao contrário, indica que com seus rendimentos pagava o seguro desde a sua contratação inicial em 02 de julho de 1998.

O seguro contratado desde então sofre as renovações anuais, com o prêmio sendo pago com descontos na conta do apelante, sendo enviados cópias para o contratante/apelante, sendo por tão óbvia a contratação, que o nome de segurado ou beneficiário, não foi observado pelos mesmos, sendo que o fizera ainda vivo, demonstrando boa-fé, que seria colocada em dúvida com a ação depois da morte do apelante, o que não ocorreu, vindo a falecer em 2019, quando a ação foi proposta em 2018.

A sentenciante afirma que o apelante deveria ter procurado a seguradora para fazer a devida correção, e que nunca tomara tal providência, que não foi tomada por ter certeza o mesmo que a contratação estava firmada como realmente quis contratar, como já fundamentado neste voto.

Verifico ainda que na sentença existe uma alegação, em forma de fundamento, que não pode ser usada, uma vez ser mera suposição, uma vez não ter sido produzida prova nesse sentido, ao afirmar que o prêmio do seguro que era pago pelo apelante tinha um valor baixo, o que

corresponderia à filha do apelante e não a este, o que não pode servir de argumento, posto nenhum referencial nos autos para tomar esse fundamento, mesmo que seja **ad argumentandum tantum**.

Ainda o apelante protocolou ação de exibição de documentos demonstrando seu interesse em ver efetivada sua vontade real, onde não foram apresentados todos os documentos devidos até pela questão do prazo.

A obviedade se faz no julgamento do que também chamamos do homem médio, não é crível, sob nenhum aspecto que o apelante queria fazer a contratação tal como registrada pela seguradora, mas ao inverso, aplicando-se indubitavelmente ao caso a teoria da vontade, que efetivamente ei por bem aplicar ao caso.

Ponto, por fim, as preciosas palavras de Bevilaqua, que se amoldam ao caso:

“Nas declarações de vontade, atende-se mais à intenção do que às palavras, (3) porque as palavras são simplesmente os sinais que revelam a resolução tomada, e, se foram mal empregadas, por ignorância ou descuido, não manifestam a vontade como esta existiu no momento de ser celebrado o ato. É lícito, portanto, buscar a forma da volição em sua realidade, por trás da imperfeição dos símbolos. **Potentior estquam vox mens dicentis**” (Bevilaqua op. cit., p. 215)

Diante disso, e de todo o arcabouço apresentado e fundamentado tenho que a inversão há de ser determinada, desde a contratação inicial, pelo erro configurado.

Pelas mesmas argumentações apresentadas não há meio de acobertar qualquer prescrição no feito, a uma porque não tinha conhecimento o apelante da inversão de polo na contratação, e a duas, que sempre era renovado o seguro anualmente, sendo autêntica relação jurídica de trato sucessivo, como infirmado pelos próprios apelados em suas defesas, ao afirmarem que todos os anos o apelante recebia a apólice.

O artigo 206 § 1º, II, b, do Código Civil, assim preceitua:

“Art. 206. Prescreve:

§ 1º Em um ano:

I - (...)

II - a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo

a) (...)

b) quanto aos demais seguros, da ciência do fato gerador da pretensão;

A Súmula 278 do STJ, também prevê: “O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral.”

Não deixo de divisar ainda a súmula 85 do STJ, que usada analogicamente ao caso, refuta a prescrição.

Súmula 85 do STJ: “Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.”

Tomando por base esses entendimentos, devemos aplicá-lo ao caso em julgamento, uma vez que não existia ciência do apelante do erro na contratação, e quando dele soube, como já bem delineado na fundamentação, procurou consertar e demonstrar o que efetivamente queria contratar, e

quando da protocolização da ação ainda não existia o sinistro, pois foi inicialmente de retificação do contrato, logo, por esses fundamentos não há que se falar em prescrição, uma vez não existir ciência anterior por parte do apelante, nesse sentido:

Apelação cível. Ação de cobrança de seguro pessoal. Prescrição afastada. Ciência inequívoca da incapacidade laboral. Sentença cassada. 1. Nos termos do art. 206, §1º, II do CC/2002, a ação de cobrança de segurado pessoal em grupo contra seguradora prescreve em 1 (um) ano, e de acordo com a Súmula 278 do STJ: O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral. 2. In causa, o segurado somente teve conhecimento pleno de sua incapacidade laboral após perícia médica realizada na Justiça Federal, em ação de aposentadoria por invalidez. 3. Haja vista que neste procedimento recursal não houve verdadeira oportunidade de debate com relação ao mérito da demanda, entendo que a causa não se encontra madura para julgamento imediato, sendo imperioso o retorno dos autos à primeira instância. Recurso de apelação conhecido e provido. (TJGO, Apelação (CPC) 5302738-49.2019.8.09.0181, Rel. Des. Gilberto Marques Filho, 3ª Câmara Cível, julgado em 10.06.2020, DJe de 10.06.2020)

Apelações cíveis. Ação de cobrança. Seguro de vida em grupo. Invalidez permanente. Ilegitimidade passiva. Estipulante do contrato. Prescrição anual. Ocorrência. Súmulas nº 101, 229 E 278, todas do STJ. Sentença reformada.

1. O STJ entende que, em regra, o estipulante não é parte legítima, para figurar no polo passivo da demanda, que busca o pagamento da indenização securitária, salvo nas hipóteses de mau cumprimento das obrigações contratuais, ou quando seu comportamento leva o contratante a crer que é o responsável pela cobertura (teoria da aparência), exceções ausentes, no caso, pois o Autor tinha conhecimento de que o pagamento da indenização seria realizado pela Seguradora, e não pelo Estipulante, tendo intentado, inclusive, ação executiva, diretamente em face da seguradora, para receber a reparação indenizatória prevista na apólice, quando da perda dos dedos da mão direita.

2. O prazo prescricional, para o Segurado ajuizar ação contra a Seguradora, buscando pagamento de indenização por invalidez, é de um ano, e começa a fluir na data em que o segurado tem conhecimento inequívoco da invalidez (Súmulas 101 e 278/STJ), ficando suspenso, entre eventual comunicação da invalidez à seguradora e a data da ciência do segurado da recusa do pagamento da indenização (Súmula nº 229/STJ).

3. No caso, o prazo prescricional começou a fluir em 15.06.2015, quando o Autor teve conhecimento inequívoco da sua incapacidade laboral (concessão da Aposentadoria por Invalidez Previdenciária). Contudo, quando ingressou com o pedido administrativo (15.08.2016), a sua pretensão já se encontrava prescrita, há 02 (dois) meses, pois o prazo se esgotou em 15.06.2016. Logo, forçoso o reconhecimento da prescrição anual, porque protocolada esta ação quase dois anos após o decurso do período legal.

4. Nos termos da Súmula 229/STJ, o pedido administrativo do seguro é condição suspensiva do prazo prescricional, e, nesta qualidade, apenas obsta a contagem do citado período, quando solicitado antes do advento do seu termo final, o que não ocorreu, na hipótese.

5. Modificado o julgado, deve ser imputada, ao Autor, a responsabilidade integral, pelo pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, suspensa a sua exigibilidade, por ser beneficiário da gratuidade da justiça (arts. 85, §2º e 98, § 3º, do CPC/15).

1ª Apelação cível prejudicada. 2ª Apelação cível conhecida e provida. (TJGO, Apelação (CPC) 5190622-73.2019.8.09.0093, Rel. Des. Francisco Vildon Jose Valente, Jataí - 1ª Vara Cível, julgado em 31.08.2020, Dje de 31.08.2020)

Apelação cível. Ação monitória. Seguro de vida em grupo. Prazo prescricional anual. Termo inicial. Ciência inequívoca do caráter permanente da invalidez. Recurso especial repetitivo nº 1.388.030/MG. Súmula nº 278 do colendo superior tribunal de justiça. Necessidade de laudo médico. Prescrição afastada. Sentença cassada. 1. Segundo o entendimento firmado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça no representativo de controvérsia nº 1.388.030/MG, 'exceto nos casos de invalidez permanente notória, ou naqueles em que o conhecimento anterior resulte comprovado na fase de instrução, a ciência inequívoca do caráter permanente da invalidez depende de laudo médico'. 2. O prazo prescricional anual para interposição de ação de indenização securitária deve ser contado a partir da ciência inequívoca da invalidez pelo segurado. Inteligência da súmula nº 83 da colenda Corte Cidadã. 3. O conhecimento inequívoco do fato gerador da pretensão de indenização atinente ao seguro de vida por invalidez permanente, ocorre, em regra, com o laudo médico, indicada a causa, a natureza e a extensão da lesão. 4. Não se pode confundir ciência da lesão (ou da incapacidade) com ciência do caráter permanente da invalidez, pois esta última só é possível com auxílio médico. 5. Demonstrado, no caso em estudo, que a ação foi proposta no interregno legal, vez que a data da ciência da invalidez se deu em 16 de julho de 2014 e a demanda proposta no dia 05 de junho de 2015, deve ser afastado o reconhecimento da prescrição, permitindo-se, pois, a retomada do trâmite processual. 6. Apelação cível conhecida e provida. (TJGO, Apelação (CPC) 0258005-27.2015.8.09.0051, Rel. Des. Sebastião Luiz Fleury, 4ª Câmara Cível, julgado em 13.04.2020, DJe de 13.04.2020).

Considerando-se a inversão do que decidido na sentença, julgando-se procedentes os pedidos iniciais, os ônus sucumbenciais devem ser redimensionadas, para condenar o apelado nas custas e honorários advocatícios no importe de 15% da condenação.

Por fim, quanto aos honorários sucumbenciais, em regra, estes devem ser arbitrados em observância aos critérios legais trazidos pelo § 2º do art. 85 do CPC, ou seja, entre o mínimo de 10% e o máximo de 20% sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

Observa-se que o recurso do apelante foi julgado totalmente procedente e assim majoro a verba honorária recursal, art. 85, § 11, do CPC, para o importe de 17% sobre o valor da condenação.



Ao teor do exposto, conheço do apelo interposto e dou-lhe provimento, para reformar a sentença de primeiro grau, reconhecendo o erro na contratação do seguro, e assim determinar a retificar da contratação, sendo o apelante e sua esposa os contratantes, e a sua filha a beneficiária, bem como os herdeiros, no presente caso.

É como voto.

Goiânia, datado e assinado digitalmente.

Des. José Carlos de Oliveira - Relator

Apelação Cível nº 5150564.28.2017.8.09.0051

Comarca de Goiânia

2ª Câmara Cível

Apelante: Banco Pan S.A

Apelada: Ivane Rodrigues Galvão

Relator: Des. José Carlos de Oliveira

**EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. DANOS MORAIS. CARTÃO CONSIGNADO. SÚMULA 63 TJGO. **RATIO DECIDENDI**. DISTINGUISHING. CIÊNCIA DA CONTRATAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPROCEDÊNCIA. HONORÁRIOS GRAU RECURSAL.

**I** - Analisando aos precedentes do enunciado da súmula nº 63 deste Tribunal, constata-se que a **ratio decidendi** aplicada no paradigma divergem da situação verificada nos presentes autos.

**II** - Há distinção (distinguishing) entre o caso em apreço e os aludidos precedentes, uma vez que as provas dos autos demonstram que a parte autora tinha conhecimento que estava contratando “cartão consignado”, tendo realizado compras e efetuado pagamentos.

**III** - Não se pode falar que a autora tenha sido induzida em erro substancial, sobretudo porque demonstrado que os termos do contrato foram capazes de lhe proporcionar a formação de vontade e o entendimento dos efeitos de sua declaração. Assim, inviável o acolhimento da tese de nulidade do pacto e da dívida que dele decorre.

**IV** - Constatando-se que o desconto em folha de pagamento se refere à fatura mínima do cartão de crédito e decorre de expressa autorização concedida pela recorrente, não há falar-se em ressarcimento ou mesmo fixação de danos morais.

V - Em atenção ao disposto no art. 85, §§ 11, do CPC, majoro os honorários de sucumbência para 15% sobre o valor da causa, tendo em vista o trabalho adicional do causídico da parte apelante realizado em grau recursal

**VI - APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E PROVIDA.**

## **RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso de Apelação Cível interposto por Banco PAN S.A em face da sentença proferida pelo Juiz de direito da 11ª Vara Cível da Comarca de Goiânia, Dr. William Costa Mello, nos autos da ação de obrigação de fazer com pedido de antecipação de tutela c/c indenização por danos morais e materiais e repetição do indébito proposta pela apelada Ivane Rodrigues Galvão em face do apelado.

Cuida-se de ação de obrigação de fazer com pedido de antecipação de tutela c/c indenização por danos morais e materiais e repetição do indébito ajuizada por Ivane Rodrigues Galvão em face de Banco PAN S.A. objetivando a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais em virtude de não ter contrato cartão consignado na forma especificada, e ainda que cessem os descontos mensais no pagamento mensal da apelada, que é servidora, e por fim a repetição do indébito dos valores descontados, isso ao argumento de que não teria conhecimento da referida contratação, que se torna impagável no tempo.

Afirma que é servidora pública do município de Goiânia e que foi procurada por representante do Banco Cruzeiro do Sul, que a posterior teve seus ativos cedidos ao Banco Pan, ofertando-lhe cartão consignado, com funções de crédito e saque.

Indica que assinou o contrato sem o devido conhecimento total de suas condições, e que não foi-lhe enviada a cópia do contrato, como prometido.

Informa que não recebeu as faturas do cartão de crédito consignado, e que os descontos continuaram mês a mês, tornando impossível o pagamento dos valores, uma vez astronômicos os juros cobrados.

Requer, por conseguinte, a devolução em dobro do valor total de R\$ 9.636,50 (novo mil seiscentos e trinta e seis reais e cinquenta centavos) e ainda a fixação de indenização por danos morais.

Designada audiência para composição, junto ao CEJUSC, não foi possível a elaboração de acordo, e ato continuo foi apresentada contestação, evento 23, onde o banco Cruzeiro do sul informa sobre a cessão dos direitos creditórios ao banco PAN, e contesta o mérito da ação, requerendo a total improcedência.

Posteriormente é apresentada a contestação do titular do crédito, evento 29, Banco Pan, onde o réu confirma a cessão de crédito e refuta as alegações da apelada, confirmando que houve a contratação, inclusive com compras e pagamentos realizados pela autora.

Com a impugnação a parte autora inicialmente impugna a alegação de prescrição da parte ré, e ao mais somente reafirme os pedidos iniciais, evento 30.

O magistrado **a quo** julgou parcialmente procedente o pleito inaugural, evento 40, nos seguintes termos, **ipsis verbis**:

“Ivane Rodrigues Galvão ingressou com ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada em face de Massa Falida do Banco Cruzeiro do Sul S/A e Banco PAN S.A. Alega ter firmado contrato de empréstimo consignado no limite de R\$ 900,00 (novecentos reais) perante o Banco Cruzeiro, que teve parte de seus ativos adquiridos pelo Banco Pan. Contudo, aduz que os valores dos descontos estão sendo cobrados juros sobre juros de forma que a dívida tem se acumulado ao longo de meses, tornando-se infundável. Requereu, em caráter de tutela de urgência, a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita e cessação dos descontos mensais promovidos pela instituição financeira. Ao final, pleiteou a procedência dos pedidos para que seja declarada a abusividade e ilegalidade da cobrança. Com a inicial vieram os documentos constantes no evento 1. Tutela provisória indeferida no evento 5. Devidamente citados, o banco requerido e a massa falida apresentaram contestação. Massa Falida do Banco Cruzeiro do Sul S.A., aduz preliminar de ilegitimidade passiva, argumentando que a carteira referente ao produto cartão de crédito foi adquirida pelo Banco Pan, desta forma, a massa falida seria parte inequivocamente ilegítima para figurar no polo passivo da demanda, vez que não sendo mais o credor do Requerente, não possui condições de fornecer quaisquer informações ou subsídios acerca da cobrança ora impugnada, tampouco de cumprir determinações judiciais neste sentido. No mérito alega inexistência de ato ilícito, pugnano pela total improcedência do pleito. No evento 29, Banco PAN S/A. Também apresentou sua defesa. Alegou em preliminar a ocorrência de prescrição do direito da requerente. No mérito argumenta que não houve prejuízo para a Requerente, visto que os descontos efetuados mensalmente pelo banco não ultrapassam o valor acordado no empréstimo citado e devidamente aceito; que tomou todas as providências cabíveis para verificar a possibilidade de desconto consignado em folha, certificando-se de que havia margem suficiente para realização do empréstimo, sendo que o órgão pagador liberou tal margem para consignação. Ao final, pugnou pela não inversão do ônus da prova e improcedência do pedido. Na impugnação à resposta a Requerente rechaçou os pontos das contestações, reiterando o pedido exordial e pugnano pela procedência da ação (evento 30). Determinada a intimação das partes para se manifestarem sobre a produção de provas (evento 34), nada foi requerido. Neste ponto, vieram-me os autos conclusos. É o relatório. Decido.

Trata-se de ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada ajuizada por Ivane Rodrigues Galvão em face de Massa Falida do Banco Cruzeiro do Sul S/A e Banco PAN S.A. Passo ao julgamento antecipado da lide, nos termos do artigo 330, incisos I e II do Código de Processo Civil, uma vez que a matéria, a despeito de ser de direito e de fato, prescinde de instrução probatória para colheita de prova em audiência. Ademais, compete ao juiz, na condição de presidente e destinatário da prova, decidir sobre a necessidade ou não da realização de provas, motivo pelo qual o julgamento antecipado do mérito, com base nos documentos já apresentados pelas partes, não implica em qualquer violação aos princípios

constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Nos termos dos artigos 370 e 371, do Código de Processo Civil de 2015, diga-se de passagem, o julgador tem ampla liberdade para determinar a produção de provas que julgar necessárias à formação de seu convencimento e ao deslinde da causa, podendo, na outra vertente, indeferir o pedido de produção de prova tida por inútil ou desnecessária, face aos argumentos deduzidos pelas partes ou aos demais elementos probatórios já existentes nos autos, sem que tal situação implique no cerceamento ao direito de defesa. Havendo questões preliminares arguidas, passo à sua análise. Entendo, de plano, que merece acolhida a tese de ilegitimidade passiva da Massa Falida do Banco Cruzeiro do Sul S/A, diante da venda dos ativos referentes à Carteira de Cartão de Crédito Consignado para o Banco Panamericano. Extrai-se da documentação que acompanha a contestação da massa falida que por meio de leilão público, realizado em 26.04.2013, adquiriu os direitos creditórios sobre a Carteira de Cartão de Crédito Consignado do Banco Cruzeiro do Sul S/A, fazendo jus ao recebimento dos valores consignados referentes aos antigos clientes do Banco Cruzeiro do Sul (servidores públicos), situação que se enquadra na hipótese dos autos. Levando-se em consideração que a presente ação foi ajuizada em desfavor do Banco Cruzeiro do Sul S/A apenas no ano de 2017, entendo ser o Banco Pan a única parte legítima para figurar no polo passivo da ação e, não o Banco Cruzeiro do Sul S/A em litisconsórcio, como ocorreu, no caso. Sobre a legitimidade passiva das instituições financeiras que assumem operações bancárias de outra, mediante a compra de ativos, seguem julgados desta Corte:

III - Ao firmar o contrato de compra e venda de ativos, assunção de direitos e obrigações e outras avenças, o agravante assumiu todas as responsabilidades inerentes às obrigações decorrentes da administração das contas dos clientes do Bamerindus. Evidente, por isso, sua legitimidade passiva à ação de origem. Precedentes. IV - Compete ao agravante evidenciar eventuais dúvidas sobre os documentos apresentados pelo agravado (artigo 333, II, Código de Processo Civil), mesmo porque detentor de todos os dados bancários pertinentes ao poupador. Circunstância que, aliada à previsão do artigo 6º, VIII, Lei federal nº 8.078/1990, demonstra a dispensabilidade da apresentação, pelo agravado, dos extratos originais relativos à sua conta poupança. Precedentes. (...). (TJGO, Agravo de instrumento 344235-31.2015.8.09.0000, Rel. Dr. Fernando de Castro Mesquita, 3ª Câmara Cível, julgado em 17.11.2015, DJe 1917 de 25.11.2015).

"Apelação cível. Contrato de financiamento ação revisional de cláusulas contratuais. Legitimidade passiva '**ad causam**'. (...). I - A instituição financeira que assume operações bancárias de outra, mediante contrato de compra e venda de ativos e assunção de obrigações, constitui parte legítima para figurar no polo passivo de ação revisional de cláusulas de financiamento celebrado entre a instituição primeira e o consumidor. (...)." (TJGO, Apelação Cível 68102-8/188, Rel. Des. Arivaldo da Silva Chaves, 4ª Câmara Cível, julgado em 10.04.2003, DJe 14031 de 27.05.2003). Deste modo, a extinção do feito, sem resolução do mérito, em relação a Massa Falida do Banco Cruzeiro do Sul S/A nos termos do artigo 485, VI, do CPC/2015 é medida que se impõe. Noutro giro, no Direito Civil, a prescrição

é conceituada como a perda da pretensão do titular de um direito que não o exerceu em determinado lapso temporal. Para Câmara Leal é "a extinção de uma ação ajuizável, em virtude da inércia de seu titular durante um certo lapso de tempo, na ausência de causas preclusivas de seu curso". De plano, entendo que o prazo prescricional aplicável à hipótese é aquele previsto no Código de Defesa do Consumidor (5 anos artigo 27) e não o que consta do Código Civil (3 anos - art. 205, § 3º, inciso V). A relação jurídica travada entre as partes caracteriza-se como sendo de consumo, pois que nela figuram, de um lado, sujeito equiparado a consumidor (o autor da cizânia, vítima do evento nos termos do art. 17 do Código de Defesa do Consumidor) e, do outro, o fornecedor de serviços (banco demandado), nos conformes dos artigos 2º e 3º do Código do Consumidor. Nessa toada, aplica-se o art. 27 do diploma consumerista, o qual traz a seguinte regra prescricional: Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria. Aliás, faz-se necessário ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras, a teor do enunciado da súmula nº 297 do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual: O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras. Assim, uma vez firmado o diploma aplicável à contenda, pondero que, segundo a teoria da **actio nata**, o termo inicial da pretensão autoral para buscar, em juízo, a reparação por lesão a direito inicia-se da inequívoca ciência do autor a respeito do fato danoso. Ocorre, contudo, que há circunstâncias em que a lesão suportada pela parte repete-se no tempo, ocasionando-lhe sucessivos prejuízos, como o que ocorre nas relações de trato contínuo. Em casos tais, o termo **a quo** do prazo prescricional se protraí no tempo, não correndo a partir da primeira lesão, mas renovando-se em cada uma das ocorrências seguintes. Noutras palavras, nas obrigações de trato sucessivo, que se renovam mês a mês, o termo inicial da prescrição segue a mesma sistemática. No caso em exame, os descontos se iniciaram no ano de 2009 e até o protocolo na inicial se mantiveram. Tendo em vista que a lesão suportada pela requerente foi contínua, considero apenas a data de seu encerramento como sendo o marco inicial para fins prescricionais, de forma que o ajuizamento da ação reparatória respeitou o prazo legal, pois que observado o lapso quinquenal pertinente à relação consumerista. Sob esse prisma, cito a jurisprudência dominante desta Corte, senão vejamos: (...) Nas obrigações de trato sucessivo, a prescrição quinquenal tem seu termo inicial a partir do vencimento da última parcela do ajuste, sendo que nem mesmo o vencimento antecipado da dívida, proveniente de inadimplemento contratual tem o condão de modificá-lo, segundo precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Logo, estando o contrato em pleno vigor, não há que se falar em prescrição das parcelas inadimplidas a mais de cinco anos. (...) 1º Apelo conhecido e desprovido. 2º Apelo conhecido e parcialmente provido. (TJGO, Apelação cível 508654-22.2009.8.09.0051, Rel. Des. Walter Carlos Lemes, 3ª Câmara Cível, julgado em 13.09.2016, Dje 2118 de 26.09.2016).

Apelação cível. Ação de conhecimento. Indenização por danos morais e materiais. Contratação de empréstimo consignado sem autorização do consumidor. Fraude. Prazo

prescricional. Legitimidade passiva da instituição financeira. Responsabilidade por fortuito interno. Danos morais e danos materiais. 1. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria. 2. Nas obrigações de trato sucessivo, que se renovam mês a mês, o termo inicial da prescrição segue a mesma sistemática, de modo que o termo a quo do prazo prescricional se protraí no tempo, não correndo a partir da primeira lesão, mas renovando-se em cada uma das ocorrências seguintes. 3. No julgamento dos REsp nº 1199782/PR - 2010/0119382-8 e REsp nº 1197929/PR - 2010/0111325-0, sob o procedimento do art. 543-C do CPC/73, o STJ definiu que as instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiros, como abertura de conta corrente ou recebimento de empréstimos mediante fraude ou utilização de documentos falsos, porquanto tal responsabilidade decorre do risco do empreendimento, caracterizando-se como fortuito interno (Inteligência da súmula 479 do STJ). 4. Deve ser atendido os princípios da razoabilidade na fixação do valor da condenação dos danos morais, de modo a recompor o abalo sofrido pelo apelado sem lhe propiciar proveito econômico indevido e evitar novas ocorrências de igual natureza. 5. É ônus do autor fazer prova do fato constitutivo de seu direito, nos conformes do art. 333, I, do CPC/73 (373, I, do CPC/15). Assim, comprovados os descontos irregulares no benefício previdenciário percebido pelo requerente e inexistindo prova em sentido contrário, o caso é de manter a condenação por danos materiais. Recurso parcialmente provido. (TJGO, Apelação (CPC) 0015166-82.2015.8.09.0111, Rel. Carlos Hipolito Escher, Nazário - 2ª Vara Cível, julgado em 10.02.2017, DJe de 10.02.2017). Portanto, não merece acolhimento a prejudicial de mérito arguida. Pois bem. Passo ao julgamento do **meritum causae**. Do mérito. Impende destacar novamente que a relação entre os litigantes é tipicamente consumerista, na medida em que a Requerida é pessoa jurídica que disponibiliza serviços bancários no mercado de consumo e a Requerente é o seu destinatário final, emoldurando-se na definição disposta nos arts. 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor, **in verbis**: Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. Assim, para a inversão das provas é importante que estejam presentes a verossimilhança ou hipossuficiência do consumidor, como ensina o Professor Humberto Theodoro Júnior que diz: sem basear-se na verossimilhança das alegações do consumidor ou na sua hipossuficiência, a faculdade judicial

não pode ser manejada em favor do consumidor, sob pena de configurar-se ato abusivo, com quebra do devido processo legal. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Direitos do Consumidor. 2ª ed., Ed. Forense, 2001, p. 134.). Ainda mesmo que constatada a hipossuficiência e a verossimilhança das alegações do consumidor, fica a critério do juiz a inversão do ônus da prova, podendo assim o juiz, se achar necessário, seguir o disposto no Código de Processo Civil. Por conseguinte, perfeitamente possível a inversão do ônus da prova, por ser o consumidor, ora Requerente, a parte hipossuficiente na presente relação de consumo e por ser verossímeis suas alegações, nos termos do inciso VIII, do art. 6º do CDC. Primeiramente, esclareço que, muito embora a matéria objeto da presente ação seja contrato de direito privado celebrado entre pessoa maior e capaz e instituição financeira, verifico que a autora funcionária pública no cargo de professora P-II do Município que, por injunção legislativa, autorizou a parte requerida a realizar descontos nos contracheques da Requerente. Calha destacar que a proteção ao salário tem previsão no texto constitucional no Capítulo dos Direitos e Garantias fundamentais, em seu art. 7º, X, vejamos: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) X proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; Disciplinando a matéria o legislador federal estatuiu no artigo Art. 833 do Código de Processo Civil/2015. São impenhoráveis: IV os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º. Tais previsões visam assegurar a subsistência daquele que se encontre ameaçado por quaisquer dificuldades financeiras, evitando que, em não sendo capaz de prover sua própria subsistência, submeta-se a uma situação de indignidade. A pretensão trazida à apreciação deste juízo funda-se na hipótese de ilegalidade dos descontos levados a efeito pelo credor diretamente na folha de pagamento da promovente, tendo em vista que ultrapassam o limite previsto em lei. Infere-se dos autos que a Requerente possui junto ao Banco demandado, um contrato de cartão de crédito consignado registrado sob o número 58711633. Apesar de não constar nenhum valor sobre o limite de saque no referido contrato, em clara afronta aos princípios da informação e da transparência, consta na exordial que tal cartão possuía um limite de saque de R\$ 900,00 (novecentos reais).

Presume-se, em princípio, que a promovente teve conhecimento prévio de todas as cláusulas do negócio celebrado com o BANCO. De fato, ao entabular o contrato não alegou qualquer vício aparente resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou qualquer outro que pudesse indicar a anulação do negócio jurídico. Por tais razões, não seria razoável neste momento simplesmente alegar desconhecer ou não concordar com as cláusulas contratuais e arguir sua nulidade ao argumento de que se trata de contrato de adesão. Todavia, na sistemática implantada pelo CDC, o princípio da informação imputa ao fornecedor o dever de prestar todas as informações acerca do produto ou serviço, de maneira clara e precisa, sendo vedadas omissões. Já o princípio da transparência consagra que o consumidor tem o direito

de ser informado sobre todos os aspectos do produto ou serviço. Assim, havendo omissão de informação relevante ao consumidor em cláusula contratual, prevalece a norma expressa no artigo 47 da legislação consumerista, no sentido de que as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor. Da leitura da documentação coligida aos autos, observa-se que não há, no referido contrato, qualquer cláusula referente aos encargos financeiros que o crédito efetivamente utilizado suportaria, tampouco a estipulação do número de prestações devidas e do termo final. Constatou-se, ainda, que o valor das parcelas foram descontados na folha de pagamento de benefício da parte Requerente, concernente ao valor mínimo da fatura, acarretando o refinanciamento automático da quantia remanescente. Como visto, o banco requerido não agiu com transparência, pois do contrato firmado entre as partes não se infere qual a natureza jurídica do negócio entabulado, já que especifica a modalidade Consignação de Descontos para Pagamento de Empréstimos e Cartão de Crédito. Não há também qualquer cláusula referente aos encargos financeiros que o crédito efetivamente utilizado suportaria, tampouco a estipulação do número de prestações devidas e do termo final. Assim, com o desconto mensal, efetuado para o pagamento mínimo do cartão de crédito, somente são abatidos os encargos de financiamento, sendo que o valor principal da dívida é mensalmente refinanciado, acrescido de juros altos, e de outros encargos, presumindo-se claro que a Requerente jamais conseguirá quitar o débito inicial, apesar dos descontos sucessivos, efetuados diretamente em sua folha de pagamento. Trata-se, pois, de modalidade contratual extremamente onerosa e lesiva ao consumidor, já que a dívida, ainda que com descontos realizados rigorosamente em dia, com o passar do tempo, aumenta de forma vertiginosa, sujeitando a parte contratante a uma dívida vitalícia. Desse modo, aplicando o supratranscrito artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor, a presente avença deve ser interpretada como contrato de crédito pessoal consignado (servidor público), no intuito de restabelecer o equilíbrio contratual entre a instituição financeira e a consumidora. Ressalte-se que, nesse sentido, o Banco Central do Brasil emitiu a Circular nº 3.549, de 18.07.2011 (que alterou a Circular nº 3.512, de 25.11.2010, que dispõe sobre o pagamento do valor mínimo da fatura de cartão de crédito e dá outras providências), equiparando o cartão de crédito consignado às demais operações tradicionais de empréstimo consignado, para desestimular as operações de financiamento consignado no cartão com prazos longos e preservar os objetivos prudenciais da regulamentação. Nesse sentido é o entendimento desta Corte de Justiça:

Dupla apelação. Cartão de crédito consignado. Incidência do código de defesa do consumidor. Pagamento mínimo mensal. Dívida insolúvel. Abuso e onerosidade excessivas. Conversão do contrato à modalidade de empréstimo consignado. Precedentes. Sucumbência recíproca. Rateio de custas e despesas processuais. Desprovimento. I - Inequívoca a relação de consumo travada entre os litigantes fazendo incidir as normas protetivas contempladas pela Lei nº 8.078/90, nos termos do enunciado da Súmula 297/STJ. II - A modalidade contratual mostra-se extremamente onerosa e lesiva à consumidora se a dívida, mesmo com os descontos mensais realizados, aumenta de forma vertiginosa com o passar do tempo. III -



Tratando-se de contrato de adesão, cabe a parte que redige as cláusulas consignar com clareza, todas as obrigações assumidas pelos contratantes sob pena de atentar contra os princípios contratuais da transparência e da informação. Escorreita a conversão do contrato de cartão de crédito consignado em modalidade de empréstimo consignado comum, quando redigido de forma ardilosa e com o fito de induzir a consumidora a erro. IV – A data do empréstimo serve de marco para que o montante, a ser apurado em fase de liquidação, seja dividido em parcelas mensais que não ultrapassem a margem consignável da primeira apelante, cujos valores poderão ser descontados em folha de pagamento. V - Se cada litigante é vencedor e vencido, as despesas processuais serão proporcionalmente distribuídas entre eles. Art. 86, CPC. VI - Apelos desprovidos. (TJGO, Apelação (CPC) 0257260-85.2015.8.09.0006, Rel. Beatriz Figueiredo Franco, 3ª Câmara Cível, julgado em 02.08.2017, DJe de 02.08.2017. Desse modo, entendo que a presente avença deve ser interpretada como sendo empréstimo pessoal consignado concedido à pessoa física (servidor público), a fim de restabelecer o equilíbrio contratual entre a instituição financeira e o consumidor. Sobre o assunto, veja-se a jurisprudência deste Tribunal de Justiça: (...) II - Tratando-se de contrato híbrido, que combina a operação de cartão de crédito com empréstimo consignado, considera-se a mais favorável ao consumidor (consignado) para a fixação da taxa dos juros. (...) (TJGO/5ªCC, AC nº 200462-55.2015.8.09.0087, Rel. Des. Alan S. de Sena Conceição, DJe nº 2144 de 07.11.2016). Grifei. Quanto à revisão dos encargos contratuais, verifica-se que o contrato sob exame não contém as taxas de juros mensal e anual e, da mesma forma, não prevê expressamente a capitalização de juros, o que coloca a Requerente (consumidora) em desvantagem na relação negocial, restando caracterizada a abusividade. Nessa circunstância, os juros remuneratórios devem ser fixados segundo a taxa média de mercado apurada para o período, data da contratação, considerada a operação de crédito pessoal consignado, com a incidência de capitalização apenas na forma anual. Nesse sentido, o enunciado da súmula 530 do STJ: Nos contratos bancários, na impossibilidade de comprovar a taxa de juros efetivamente contratada - por ausência de pactuação ou pela falta de juntada do instrumento aos autos, aplica-se a taxa média de mercado, divulgada pelo Bacen, praticada nas operações da mesma espécie, salvo se a taxa cobrada for mais vantajosa para o devedor. E também este Tribunal de Justiça:

Apelação cível. Ação declaratória de nulidade contratual. Cartão de crédito consignado. Aplicação do código de defesa do consumidor. Servidor público estadual. Contrato de adesão. Desconto do valor mínimo da fatura. Refinanciamento do débito. Dívida insolúvel. Abusividade e onerosidade excessiva. Equiparação ao empréstimo consignado. Circular nº 3549/11 do BACEN. Revisão do pacto em favor da parte hipossuficiente. Capitalização mensal e juros remuneratórios não pactuados. Dano moral não configurado. Honorários advocatícios. I - Por ser de consumo a relação jurídica firmada entre a instituição financeira e o autor, incidindo as disposições do Código de Defesa do Consumidor, resta permitida a relativização do princípio do **pacta sunt servanda**, para a manifestação acerca da existência de eventuais cláusulas abusivas no contrato entabulado entre as partes. II - Tratando-se de

contrato de adesão, cabe à parte que redige as suas cláusulas consignar, com clareza, todas as obrigações assumidas pelos contratantes, sob pena de violação dos princípios contratuais da transparência e da informação. III - O contrato bancário em análise (cartão de crédito consignado em folha de pagamento) leva, mensalmente, ao refinanciamento do restante da dívida, com acréscimos de juros exorbitantes, taxas e encargos não discriminados na avença, o que torna tal modalidade extremamente onerosa e lesiva ao consumidor, vez que, apesar dos descontos realizados em sua folha de pagamento, a dívida aumenta de forma vertiginosa com o passar do tempo. IV - De acordo com a Circular nº 3549/11 do BACEN, equipara-se o cartão de crédito consignado às demais operações tradicionais de crédito pessoal consignado (servidor público). V – A capitalização em periodicidade inferior à anual é permitida, nos contratos celebrados após a publicação da Medida Provisória nº 1.963-17/2000, em vigor como MP nº 2.170-36/01, desde que expressamente pactuada, de sorte que, não havendo, **in casu**, previsão de capitalização mensal, referido encargo deve ser afastado. VI - Constatado que a taxa de juros remuneratórios cobrada nas faturas do cartão de crédito são abusivas, aplicar-se-á, por analogia, a taxa média referente ao crédito pessoal estipulada pelo Banco Central. VII - Uma vez não configurados os requisitos da obrigação de indenizar, porquanto a cobrança do débito decorreu de contrato pactuado livremente entre as partes, há que ser mantida a sentença recorrida que não reconheceu a existência de danos morais. VIII - Se cada litigante for, em parte vencedor e vencido, serão proporcionalmente distribuídas entre eles as despesas, ressalvada a inexigibilidade da parte beneficiária da justiça gratuita. Recursos conhecidos e desprovidos. Sentença mantida. (TJGO, Apelação (CPC) 0052877-14.2016.8.09.0006, Rel. Jeova Sardinha de Moraes, 6ª Câmara Cível, julgado em 04.04.2018, DJe de 04.04.2018).

Com efeito, embora a contratação de juros remuneratórios com taxa superior a 12% (doze por cento) ao ano não implique, por si só, em abusividade, comporta a redução, quando comprovada a discrepância em relação à taxa de mercado. Daí, deve restar demonstrado, nos autos, que o percentual de juros remuneratórios aplicado, no contrato, retém vantagem excessiva para uma das partes, ou seja, que houve abuso na correspondente pactuação. Nota-se que, na fatura de cartão de crédito, juntada na movimentação 29, arquivo 2, com vencimento em 10/08/2009 consta a previsão de incidência de juros remuneratórios no patamar de 6,12% (seis inteiros e doze centésimos por cento) ao mês. De acordo com o índice divulgado pelo Banco Central do Brasil (em seu site oficial <http://www.bcb.gov.br/ptbr#!r/txjuros/?path=conteudo%2Ftxcred%2FReports%2FTaxasCredit%2FOConsolidadas-porTaxasAnuais-Historico.rdl&nome=Hist%C3%B3rico%20Posterior%20a%2001%2F01%2F2012&exibeparametros=true>), à época do vencimento da citada fatura, a taxa média de juros das operações de crédito, para empréstimo concedido à pessoa física, com juros prefixados, era de 3.37% (três inteiros e trinta e sete centésimos por cento) ao mês. Assim, os juros remuneratórios pactuados, no patamar de 6,12% ao mês, estão acima da média de mercado, devendo serem reduzidos. Acerca do tema, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça e este Tribunal:

(...) 1. As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios que foi estipulada pela Lei de Usura (Decreto nº 22.626/1933), em consonância com a Súmula nº 596/STF, sendo também inaplicável o disposto no art. 591, c/c o art. 406, do Código Civil para esse fim, salvo nas hipóteses previstas em legislação específica. A redução dos juros dependerá de comprovação da onerosidade excessiva - capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada - em cada caso concreto, tendo como parâmetro a taxa média de mercado para as operações equivalentes. (AgRg no AREsp 544.154/MS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 09.06.2015, DJe 15.06.2015). grifei. No que tange à capitalização mensal de juros, permite-se a sua incidência nos contratos celebrados após a publicação da Medida Provisória nº 1.963-17 de 31 de março de 2000, em vigor como MP nº 2.170-36/01, desde que expressamente pactuada. No último ponto (expressa pactuação), a previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança. No caso em estudo, o contrato foi firmado em 2008, inexistindo cláusula que prevê a capitalização mensal, bem assim, não há taxa mensal e anual de juros, o que inviabiliza o cálculo do duodécuplo, logo, referido encargo deve ser afastado na periodicidade mensal, aplicando-se a capitalização apenas anual. Neste sentido, proclama o Superior Tribunal de Justiça, através das Súmulas: Súmula 539: É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior à anual em contratos celebrados com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional a partir de 31.03.2000 (MP nº 1.963-17/2000, reeditada como MP nº 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada. Súmula 541: A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada. Dessa forma, admite-se a repetição do indébito sempre que verificado pagamento indevido do encargo, em repúdio ao enriquecimento ilícito de quem dele se valeu. Assim, constatado que a consumidora autor pagou valores à maior, faz jus a repetição do indébito. Neste sentido, eis os seguintes precedentes desta Corte de Justiça: Apelação cível. Ação revisional c/c obrigação de fazer e c/ repetição de indébito. Código de defesa do consumidor. Possibilidade de revisão de cláusulas abusivas. Cartão de crédito consignado. Princípio da informação. Violação. Taxas de juros remuneratórios. Limitação à taxa média de mercado para operações similares. Capitalização mensal. Ausência de pactuação. Repetição de indébito. Devida. (...) 6. Verificada a abusividade contratual e não configurada a má-fé da instituição financeira devida a repetição de indébito na forma simples. Apelação cível conhecida e desprovida. Sentença mantida. (TJGO, Apelação cível 378056-04.2014.8.09.0051, Rel. Des. Itamar de Lima, 3ª Câmara Cível, julgado em 09.08.2016, DJe 2092 de 18.08.2016). Apelação cível. Ação declaratória de inexistência de débito c/c rescisão contratual e repetição de indébito. Contrato de cartão de crédito consignado em folha de pagamento. Servidora pública. Desconto somente do valor mínimo da fatura mensal. Abusividade. Juros remuneratórios. Repetição de indébito. Capitalização de juros. (...). 4. Admite-se a repetição de indébito na forma simples quando constatada a cobrança e o pagamento indevido de encargo, em repúdio ao enriquecimento ilícito de quem o recebeu. (TJGO, Apelação cível

264501-61.2015.8.09.0087, Rel. Dr. Sérgio Mendonça de Araújo, 4ª Câmara Cível, julgado em 21.07.2016, Dje 2078 de 29.07.2016).

**Ex expositis**, julgo procedente em parte os pedidos exarados na Ação Revisional, a fim de determinar a redução dos juros remuneratórios de 6,12% para 3,37% ao mês, atendendo à taxa média de mercado divulgada pelo Banco Central do Brasil à época, bem como vedar a capitalização de juros diversa da anual. Nesse sentido, utilizando os padrões agora estipulados, deve a instituição financeira refazer os cálculos para que, sendo o caso, seja expedido ofício ao órgão pagador, autorizando-se os respectivos descontos, observado o limite legal consignável, caso verificado saldo em seu favor. Após apresentação de planilha, apurados valores pagos além dos devidos, deverão ser restituídos à Requerente de forma simples. Os juros moratórios serão devidos a partir da citação, conforme determina o artigo 405 do Código Civil c/c artigo 240 do Código de Processo Civil, e incidirão, uma única vez, na taxa de juros aplicados à caderneta de poupança. Noutra quadra, a correção monetária será devida desde o desembolso, uma única vez, com base no Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E). Condeno o Requerido ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 20% (vinte por cento) do valor da condenação, consoante as disposições contidas no § 2º do artigo 85 do Digesto Processual Civil. Decorrido o prazo para o trânsito em julgado e nada sendo requerido, certifique-se e arquite-se, observadas as formalidades legais. P.R.I. Goiânia, em 5 de junho de 2018. William Costa Mello Juiz de Direito”

Interpostos Embargos de Declaração pela autora, alega que o juízo de primeiro grau não se manifestou sobre a interrupção dos empréstimos, evento 44, foi decidido pelo juiz não existir nenhum vício a ser corrigido no julgado, evento 55.

Apelação acostada no evento 48, onde o apelante Banco PAN S.A interpõe o presente recurso, questionando, em síntese, que a apelada efetivamente contratou o empréstimo, não existindo nenhum defeito de informação, uma vez que a apelada utilizou o serviço colocado à sua disposição, tendo feito compras e pago parcelas, conforme a documentação que acostou na contestação.

Demais disso, ao final, propugna pelo conhecimento e provimento do apelo interposto, julgando-se improcedente a ação proposta.

Preparo efetuado, conforme evento 48.

A apelada apresenta resposta ao brado recursal, rogando pelo desprovimento da insurgência, evento 62.

É o relatório.

Peço dia para o julgamento.

Goiânia, datado e assinado digitalmente.

Des. José Carlos de Oliveira – Relator

## VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, conheço do recurso de apelação cível.

Como relatado, trata-se de Recurso de Apelação Cível interposto por Banco PAN S.A em face da sentença proferida pelo Juiz de direito da 11ª Vara Cível da comarca de Goiânia, Dr. William Costa Mello, nos autos da ação de obrigação de fazer com pedido de antecipação de tutela c/c indenização por danos morais e materiais e repetição do indébito proposta pela apelada Ivane Rodrigues Galvão em face do apelado.

Cuida-se de ação de obrigação de fazer com pedido de antecipação de tutela c/c indenização por danos morais e materiais e repetição do indébito ajuizada por Ivane Rodrigues Galvão em face de Banco PAN S.A. objetivando a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais em virtude de não ter contrato cartão consignado na forma especificada, e ainda que cessem os descontos mensais no pagamento mensal da apelada, que é servidora, e por fim a repetição do indébito dos valores descontados, isso ao argumento de que não teria conhecimento da referida contratação, que se torna impagável no tempo.

Pois bem.

Para analisar o feito necessária uma digressão sobre a súmula 63 deste Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, observando-se a sua conformação bem como eficácia.

A Corte Especial deste Tribunal de Justiça editou o enunciado da Súmula nº 63, **in verbis**:

“Os empréstimos concedidos na modalidade ‘Cartão de Crédito Consignado’ são revestidos de abusividade, em ofensa ao CDC, por tornarem a dívida impagável em virtude do refinanciamento mensal, pelo desconto apenas da parcela mínima devendo receber o tratamento de crédito pessoal consignado, com taxa de juros que represente a média do mercado de tais operações, ensejando o abatimento no valor devido, declaração de quitação do contrato ou a necessidade de devolução do excedente, de forma simples ou em dobro, podendo haver condenação em reparação por danos morais, conforme o caso concreto.”

O Código de Processo Civil destinou especial preocupação com a necessária observância dos precedentes judiciais, ao eleger como premissas fundamentais o dever de uniformização da jurisdição e o de mantê-la estável, íntegra e coerente, incentivando, inclusive, a edição de enunciado de súmula correspondente ao entendimento dominante dos tribunais.

Nessa perspectiva, o referido diploma processual determina, em seu artigo 932, que os juízes observarão:

I) as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II) os enunciados de súmula vinculante; III) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e, V) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Desse modo, possuem eficácia vinculante as decisões colegiadas proferidas no Tribunal Pleno do STF, na Corte Especial do STJ e, ainda, as orientações dos órgãos plenos dos tribunais de segundo grau.

O precedente é algo objetivo, uma vez que utiliza-se de uma decisão específica para o julgamento de outros processos, que contêm fatos, que podem se adequar ao paradigma ou não.

Já a súmula é a consolidação objetiva da jurisprudência que o tribunal consolidou, com a observação de que as circunstâncias fáticas dos precedentes, que motivaram a sua criação, tenham similaridade.

Para a aplicação da súmula deve-se ser observada a **ratio decidendi**, o que chamamos de “razões de decidir” ou mesmo “motivos determinantes”, que é o núcleo do precedente, o que realmente é determinante para a aplicação em outros casos.

Necessário o ensinamento do professor Daniel Amorim Assumpção Neves, sobre a matéria:

“Um mesmo precedente pode ter mais de uma ratio decidendi, sendo que nesse caso todas elas tem efeito vinculante. Não se admite, portanto, uma eficácia vinculante fatiada, já que, se o que vincula no precedente é sua ratio decidendi, nada mais natural do que se concluir que havendo mais de uma, todas tenham eficácia vinculante.

Por fim, é preciso registrar que não basta ser um fundamento determinante para o resultado do julgamento para que se projete a eficácia vinculante. Significa dizer que, só a ratio decidendi vincula, mas nem sempre haverá tal eficácia vinculante.” (“Manual de Direito Processual Civil Volume único. 9 ed. rev., atual. e ampl. – Salvador BA: Editora Juspodivm, 2017, fl. 1.409)

A despeito disso, é possível que o julgador deixe de aplicar o precedente ao julgar determinado caso concreto, desde que realize a superação da tese jurídica (“overruling”) ou a distinção da hipótese sob análise (“distinguishing”), demonstrando tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa.

É certo que o legislador não previu a figura do distinguishing no artigo 927 do Código de Processo Civil, observando-se que a norma estava prevista no projeto do novo código de processo civil, não tendo sido aprovada.

Destarte disso, não pode o julgador aplicar um precedente quando este esteja, nos seus fatos, em desacordo com a **ratio decidendi** do julgamento paradigmático, vejo que seria uma afronta ao princípio da igualdade, pois ao agir sem essa observação da aplicação ou não do precedente o julgador seria um verdadeiro autômato.

Existe manifestação do fórum permanente de Processualistas Civis, no enunciado 306, senão vejamos:

Enunciado 306 - “(art. 489, § 1º, VI). O precedente vinculante não será seguido quando o juiz ou tribunal distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa”. (Grupo: Precedentes)

Ao versarem sobre a técnica da distinção, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero ensinam:

“Devidamente identificado o precedente, é preciso saber quando esse é aplicável para solução de uma questão e quando não o é. Se a questão que deve ser resolvida já conta com um precedente – se é a mesma questão ou se é semelhante, o precedente aplica-se ao caso. O raciocínio é eminentemente analógico. Todavia, se a questão não for idêntica ou não for semelhante, isto é, se existirem particularidades fático-jurídicas não presentes – e por isso não consideradas – no precedente, então é caso de distinguir o caso do precedente, recusando-lhe aplicação. É o caso de realizar uma distinção (distinguishing).” (Novo Código de Processo Civil Comentado. 3 ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, fl. 1009)

Ainda a doutrina de Fredie Didier júnior sobre a discussão:

“Fala-se em distinguishing quando houver distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à ratio decidendi (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente.” (“Curso de Direito Processual Civil Comentado. 10 ed. rev., atual. e ampl. - Salvador BA: Editora Juspodivm, 2015, fl. 492)

Arrematada pela doutrina de Daniel Amorim Assumpção Neves:

“Por outro lado, mesmo havendo identidade fática entre o processo em curso e aqueles que ensejaram a edição do precedente, é possível a sua não aplicação no caso concreto.” (“Manual de Direito Processual Civil Volume único. 9 ed. rev., atual. e ampl. - Salvador BA: Editora Juspodivm, 2017, fl. 1.409)

Desta feita, abalizado na mais relevante doutrina e precedentes é possível, e ao mais, necessário, observar no caso concreto a possível superação de precedente no presente julgamento.

Assim, resta analisar a possibilidade de aplicação da referida súmula 63, no caso concreto.

Em exame aos precedentes judiciais que embasaram o referido enunciado sumular (AC 0256416-88.2011.8.09.0067; AC 0267786-73.2015.8.09.0051; AC 0185181-11.2012.8.09.013; AC 0093499-05.2013.8.09.0051; AC 0072569-58.2016.8.09.0051; AC 0208568-69.2016.8.09.0087; AC 204438-70.2015.8.09.0 087), constata-se que todos eles tratam de situações em que os consumidores acreditaram que haviam contratado, tão somente, empréstimo consignado, o que era evidenciado pelo fato de jamais terem utilizado o cartão para compras a crédito e transações diversas.

Nesses casos, demonstrou-se que os contratantes foram ludibriados pela instituição financeira, que lhes ofereceram um mútuo feneratício disfarçado, sob a forma de cartão de crédito. Por esse motivo e em atenção à máxima do “**in dubio pro consumidor**” prevista no artigo 47 da Lei 8.078/90, os contratos foram interpretados como de “crédito pessoal consignado” e, por consequente, foram declaradas nulas as dívidas deles decorrentes.

Todavia, distinto é o caso em apreço. Examinando a petição inicial, verifica-se que a autora deixa bastante claro, em sua peça de ingresso, que contratou com o réu “cartão de crédito consignado”, veja-se:

“(..) oferecendo cartão no qual poderia realizar compras e efetuar saques em moeda corrente... Os bancos para aumentar a margem consignável criaram o conhecido “cartão consignado” por meio do qual é permitido ao funcionário público aumentar em 10% (dez por cento) sua margem de empréstimo, passando assim para 40 % (quarenta por cento) de sua remuneração (...)” (da petição inicial).

Continua a petição informando que a autora/apelada pediu ao apelante que parasse de fazer descontos e que enviasse boleto para que a mesma pudesse fazer pagamentos, o que nunca teria sido feito.

Ocorre que os fatos divergem do petitório da apelada, e as provas dos autos afrontam tal versão.

Observando-se a documentação acostada pela apelante verifico que a apelada, utilizou-se dos serviços do cartão, fazendo compras e pagamentos do mesmo, o que invalida a sua argumentação.

A autora no mês de agosto de 2009, realizou compras no seu cartão, como para Viação Aragarina no valor de R\$ 74,10; Surya cosméticos no valor de R\$ 20,10; Supermercado Marcos no valor de R\$ 10.25, etc.

Na mesma fatura foi realizado um débito de R\$ 56,96 na conta da apelada, e nos contracheques da mesma constam tais valores mensalmente, tendo a autora juntado somente esses documentos.

Ainda neste íterim efetuou um pagamento à instituição financeira no valor de R\$ 300,00, que correspondia ao valor restante da fatura.

Em vários outros meses foram realizadas outras compras e pagamentos esparsos, por óbvio que a autora/apelada tinha total conhecimento do contratado e utilizou-se desses serviços.

Não é crível que a mesma tenha desconhecimento e tenha sido enganada na contratação ou não tenha sido informada, uma vez ser uma servidora pública que teria entendimento de suas ações, tendo contratado, assinado o mesmo, utilizado o cartão fazendo compras corriqueiras e fazendo pagamentos.

Ademais, é possível verificar que o contrato deixou bastante claro quanto aos descontos em folha apenas do valor da parcela mínima da fatura mensal, bem como a responsabilização do contratante pelo pagamento do restante do saldo, necessário à quitação da dívida.

O conjunto probatório dos autos evidencia, portanto, a ciência da consumidora a respeito da modalidade contratada, uma vez que, desde 2009 recebe as faturas mensais do cartão, tendo o mínimo do cartão descontado em sua folha de pagamento, sem que houvesse qualquer contestação até a data do ajuizamento da ação, em 20.05.2017.

Destarte, não se pode falar que a autora tenha sido induzida em erro substancial, sobretudo porque demonstrado que os termos do contrato foram capazes de lhe proporcionar a formação de vontade e o entendimento dos efeitos de sua declaração.



Na verdade, a autora tentou burlar a margem de 30% (trinta por cento) do salário bruto, disponibilizada para os servidores públicos, para conseguir o empréstimo.

Assim, inviável o acolhimento da tese de nulidade do pacto e da dívida que dele decorre.

Ademais, constatando-se que o desconto em folha de pagamento se refere à fatura mínima do cartão de crédito e decorre de expressa autorização concedida pela autora, não há falar-se em ressarcimento, na forma simples ou em dobro, de valores que por ela foram conscientemente usufruídos e, todavia, não pagos na integralidade, o que justifica o acréscimo progressivo do saldo devedor.

Em análise aos precedentes judiciais que alicerçaram referido verbete (Súmula 63 do TJ/GO), é possível verificar que todos tratam de situações em que os consumidores acreditaram que haviam contratado, tão somente, empréstimo consignado, o que era evidenciado pelo fato de jamais terem utilizado o cartão para compras a crédito e transações diversas.

O caso evidentemente é distinto dos previstos na súmula 63 deste Tribunal de Justiça.

Não é outro entendimento jurisprudencial acerca dos assuntos tratados nesse recurso, **exempli gratia:**

Ementa: apelações cíveis. Ação declaratória c/c condenatória. Repetição de indébito e indenização por danos morais. Cartão de crédito consignado. Utilização para compras. Distinguishing da Súmula 63 do TJGO. Sentença reformada. 1. O caso em apreço não se adequa ao conteúdo da súmula 63 deste Tribunal. Isto porque, ao analisar os precedentes judiciais que alicerçaram referido verbete, é possível verificar que todos tratam de situações em que os consumidores acreditaram que haviam contratado, tão somente, empréstimo consignado, o que era evidenciado pelo fato de jamais terem utilizado o cartão para compras a crédito e transações diversas. 2. As faturas acostadas demonstram que o autor, ora primeiro recorrente, utilizou o cartão de crédito para a efetivação de diversas compras a crédito e saque. Destarte, tinha ele ciência da modalidade contratada, uma vez que, além de ter utilizado o cartão de crédito, recebeu as faturas mensais referentes às operações realizadas, sem qualquer impugnação durante o respectivo período. 3. Nesse contexto, se os pagamentos eram parciais, decorrentes da fatura mínima, não há como declarar a ilegalidade do débito, tampouco remanescem as teses de indenização e repetição do indébito, já que ato ilícito não há. De consequência, os juros e demais encargos contratados merecem ser mantidos. Segunda apelação conhecida e provida. Prejudicado o primeiro apelo. (TJGO, Apelação (CPC) 5517053-10.2019.8.09.0178, Rel. Leobino Valente Chaves, 2ª Câmara Cível, julgado em 18.05.2020, DJe de 18.05.2020)

Ementa: apelação cível. Recurso adesivo. Rescisão contratual. Declaração de nulidade do contrato. Restituição do indébito. Danos morais. Empréstimo consignado. Súmula 63 TJGO. Distinguishing. Utilização do cartão de crédito para compras. Sentença reformada. I. Os precedentes que alicerçaram a edição do enunciado da súmula nº 63 deste Tribunal cuidam de situações em que os consumidores acreditaram que haviam contratado tão somente empréstimo consignado, circunstância que era evidenciada pelo fato de jamais terem utilizado o cartão para compras a crédito. II. Na hipótese, deve ser aplicada a distinção (distinguishing)

entre o caso em apreço e os aludidos precedentes, uma vez que, segundo consta dos autos, a autora/recorrida utilizou o cartão de crédito para a realização de compras e operações diversas, bem como recebeu as faturas referentes às operações realizadas. III. Constatando-se que o desconto em folha de pagamento se refere à fatura mínima do cartão de crédito e decorre de expressa autorização concedida pela parte consumidora, não há que se falar em ressarcimento, na forma simples ou em dobro, de valores que por ela foram conscientemente usufruídos e, todavia, não pagos na integralidade, o que justifica o acréscimo progressivo do saldo devedor. IV. Não demonstrados os elementos que justificam a reparação por responsabilidade civil (ato ilícito, dano e nexos causal entre a ação e o dano), inexistente o dever de indenizar. Recurso conhecido e provido. Recurso adesivo conhecido e desprovido. Sentença reformada. (TJGO, Apelação (CPC) 5327480- 48.2016.8.09.0051, Rel. Carlos Roberto Favaro, 1ª Câmara Cível, julgado em 19.05.2020, DJe de 19.05.2020)

Agravo de instrumento. Ação declaratória de inexistência de débito c/c repetição de indébito e indenizatória. Tutela provisória de urgência deferida na origem. Ausência de probabilidade do direito. Cartão de crédito consignado. Utilização para compras. Ausência de engano quanto à contratação. **Periculum in mora** não comprovado. Requisitos do artigo 300 do código de processo civil não demonstrados. Revogação da ordem liminar então deferida. Decisão reformada. 1. A tutela provisória de urgência apenas será concedida se observados, concomitantemente, os requisitos do artigo 300, **caput**, do Código de Processo Civil, quais sejam, a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, não se olvidando, ainda, que a medida liminar não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão. 2. A tese exordial, na linha de que a autora/recorrida pretendia realizar um mero empréstimo consignado, esbarra justamente no conteúdo das faturas respectivas, donde se depreende que não só o cartão de crédito fora enviado à sua residência, como, também, que foram realizadas diversas compras, notadamente nos meses de fevereiro, julho, setembro e novembro de 2018 e janeiro, fevereiro, março, junho a setembro e novembro de 2019. 3. À luz das particularidades do caso concreto, mormente considerando que era frequente o uso do cartão de crédito contratado pela autora, ora agravada, é inviável, neste momento, a suspensão dos descontos mensais efetuados em sua aposentadoria, já que, como visto, a documentação que instruiu a contestação contraria a narrativa constante da petição de ingresso. 4. A autora/agravada chegou a utilizar, em 24.10.2019, isto é, após o ajuizamento da ação originária, o cartão de crédito que afirmara nunca ter recebido, o que afasta, de maneira muito clara, o *fumus boni iuris* ali invocado. 5. Se tudo isso ainda não fosse suficiente, infere-se, da análise dos documentos que instruem a exordial, mais especificadamente do extrato de empréstimos consignados, juntado ao evento nº 01, p. 32, autos de origem, que os descontos cuja suspensão foi postulada na petição de ingresso se iniciaram em fevereiro/2017, isto é, quase 03 (três) anos antes da propositura da demanda (23/09/2019), evidenciando, assim, a ausência de **periculum in mora**. 6. Agravo de instrumento conhecido e provido. (TJGO, Agravo de Instrumento ( CPC ) 5717936-

22.2019.8.09.0000, Rel<sup>a</sup>. Elizabeth Maria da Silva, 4<sup>a</sup> Câmara Cível, julgado em 19.05.2020, DJe de 19.05.2020)

Ementa: apelação cível. Ação declaratória de inexistência de débito c/c indenização por danos morais e materiais. Contrato de cartão de crédito. Empréstimo consignado. Súmula nº 63 do TJGO. "Distinguishing". Sentença mantida. 1. O contrato em discussão possui natureza híbrida que permite ao contratante utilizar o limite de crédito disponível de duas formas, por meio de compras em estabelecimentos conveniados ou através do saque de valores, ambas utilizando o mesmo cartão de crédito concedido. 2. Os precedentes que alicerçaram a edição do enunciado da súmula nº 63 deste Tribunal cuidam de situações em que os consumidores acreditaram que haviam contratado tão somente empréstimo consignado, circunstância que era evidenciada pelo fato de jamais terem utilizado o cartão para compras a crédito. 3. Na hipótese, deve ser aplicada distinção (distinguishing) entre o caso em apreço e os aludidos precedentes, porquanto as provas dos autos demonstram que o Autor usou o cartão para a realização de diversas compras. 4. Não há falar que o Apelante foi induzido em erro substancial quando demonstrado que os termos do contrato foram capazes de lhe proporcionar o entendimento dos efeitos de sua declaração de vontade. Ademais, constatando-se que o desconto em folha de pagamento se refere à fatura mínima do cartão de crédito e decorre de expressa autorização concedida pelo contratante, incabível a declaração de inexistência de débito. Recurso conhecido e desprovido. (TJGO, Apelação (CPC) 5064426-24.2018.8.09.0051, Rel. Ronnie Paes Sandre, 3<sup>a</sup> Câmara Cível, julgado em 18.05.2020, DJe de 18.05.2020)

Apelação cível. Ação declaratória de inexistência de débito c/c restituição. Contrato de cartão de crédito consignado em folha de pagamento. Súmula nº 63 deste tribunal de justiça. Distinguishing. Situação particularizada. Litigância de má-fé. Inadequação da via eleita. Sentença mantida.

1. O contrato de cartão de crédito consignado em discussão possui natureza híbrida, que permite ao contratante utilizar o limite de crédito disponível de duas formas, por meio de compras em estabelecimentos conveniados, ou através do saque de valores, ambas utilizando o mesmo cartão de crédito concedido.

2. Os precedentes que alicerçaram a edição do enunciado da Súmula nº 63 deste Tribunal de Justiça, cuida-se de situações em que os consumidores acreditaram que haviam contratado, tão somente, um empréstimo consignado, circunstância que era evidenciada pelo fato de jamais terem utilizado o cartão para compras a crédito.

3. Na hipótese, deve ser aplicada distinção (distinguishing) entre o caso em apreço e os aludidos precedentes, porquanto as provas dos autos demonstram que o Autor/Recorrente usou o cartão para a realização de compras no comércio.

4. Não há falar-se que o consumidor foi induzido em erro substancial, quando demonstrado que os termos do contrato foram capazes de lhe proporcionar o entendimento dos efeitos de sua declaração de vontade. Ademais, constatou-se que o desconto em folha de pagamento

se refere à fatura mínima do cartão de crédito e decorreu de expressa autorização concedida pelo contratante.

5. Não se conhece do pedido de condenação da parte contrária por litigância de má-fé, quando formulado em âmbito de contrarrazões, ante a inadequação da via eleita.

6. Considerando que o Autor/Apelante foi sucumbente na sentença e neste grau recursal, os honorários advocatícios deverão ser elevados de 10% (dez por cento), para 13% (treze por cento) sobre o valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil/2015. Apelação cível conhecida e desprovida. (TJGO, Apelação (CPC) 5417253-70.2017.8.09.0051, Rel. Eudécio Machado Fagundes, Goiânia - 23ª Vara Cível, julgado em 04.05.2020, DJe de 04.05.2020)

“Apelação cível. Ação declaratória de inexistência de débito c/c restituição de quantias. Empréstimo consignado com uso de cartão de crédito. Manutenção do contrato. Utilização do cartão de crédito pelo contratante. Honorários recursais. I – No caso específico dos autos, constata-se que o recorrente celebrou o contrato juntado no evento 16 e utilizou o cartão não somente para efetuar saques de valores, mas também como cartão de crédito; II - Resta evidente que o apelante tinha conhecimento do que foi contratado e, portanto, não cabe a conversão para a modalidade ‘crédito pessoal consignado’, conforme defendido no apelo; III – Em distinguishing deste caso com os levados à edição da súmula nº 63 deste Tribunal, sabe-se que o referido enunciado sumular destinou-se aos casos em que os consumidores das instituições financeiras não sabiam que aderiam a contrato de cartão consignado, não utilizando-o de forma alguma, sendo, no entanto, debitado a fatura mínima, situação diversa do que acontece aqui, já que o apelante usou os serviços bancários em saques e compras; IV - Não foi visualizado nos autos nenhuma irregularidade capaz de alterar a modalidade de contrato firmado entre as partes. De consequência, os juros e demais encargos contratados merecem ser mantidos; V - Em razão do desprovimento do apelo, majoro os honorários advocatícios para doze por cento (12%) sobre o valor atualizado da causa, nos termos da disposição contida no art.85, §§ 2º e 11, do CPC; VI - Recurso de apelação conhecido e desprovido.” (TJGO, Apelação (CPC) 5195003-90.2018.8.09.0051, Rel. Gerson Santana Cintra, 3ª Câmara Cível, julgado em 30.05.2019, DJe de 30.05.2019)

Apelação cível. Ação revisional de contrato cumulada com repetição de indébito e indenização por danos morais. Empréstimo consignado. Cartão de crédito. Cobrança a maior. Ilegalidade não verificada. Utilização do crédito. Distinguishing da Súmula 63 deste tribunal. Sentença mantida. I - Se o consumidor utilizou o cartão de crédito fazendo compras, sabia que deveria pagar por isso, o que é feito de forma ativa com a quitação da fatura total ou, na omissão, pelo desconto do valor mínimo em forma de consignação em folha de pagamento, nos termos do pactuado. II – Em distinguishing deste caso com os levados à edição da súmula nº 63 deste Tribunal, sabe-se que o referido enunciado destinou-se às situações em que os clientes das instituições financeiras não sabiam que aderiam a contrato de cartão consignado, não o utilizando de forma alguma, sendo, no entanto, debitado a fatura mínima, situação diversa da que acontece nos autos, já que a apelada usou os serviços bancários em

compras. Recurso conhecido e desprovido. (TJGO, Apelação (CPC) 5171396-37.2018.8.09.0087, Rel. Fausto Moreira Diniz, 6ª Câmara Cível, julgado em 18.12.2019, DJe de 18.12.2019)

Observo, por fim, que recentemente, em voto por mim proferido, manifestei-me nos exatos termos da súmula 63 deste Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, que **in casu** o cartão consignado tornaria a dívida impagável, por existir erro no dever de informação pela instituição financeira, por óbvio que esta jurisprudência não é o caso da tratada nos presentes autos, onde ficou evidenciado a falta de informação adequada, veja-se:

Direito processual civil. Ação declaratória de nulidade contratual c/c repetição de indébito e danos morais com pedido liminar. Parcial procedência dos pedidos. Apelação cível. Sentença mantida. 1. Cartão de crédito consignado. Dívida impagável. Erro no dever de informação. Ato ilícito. Ocorrência. Os contratos firmados entre os agentes financeiros e seus clientes devem observar os princípios da informação e da transparência, como qualquer outro havido entre fornecedor ou prestador de serviço e o consumidor, nos termos dos artigos 4º e 6º do Código de Defesa do Consumidor. O fornecedor ou prestador de serviço deve prestar todas as informações possíveis acerca do produto ou serviço oferecido, de maneira clara e precisa, não sendo admitidas quaisquer omissões, sejam dolosas ou culposas. A modalidade de empréstimo consignado com vinculação a um cartão de crédito, faz o consumidor acreditar que está contratando um empréstimo nos moldes tradicionais. Contudo, o contrato somente se aperfeiçoa mediante compras ou saques efetivados com o cartão de crédito, fato que legitima, em tese, o início do desconto em folha de pagamento do valor mínimo da fatura do cartão. Logo, a contratação de cartão de crédito e a cobrança dos encargos rotativos vinculados ao débito de apenas parcela mínima do empréstimo é abusiva e ilegal, pois afronta os princípios consumeristas, revestindo-se da nulidade estabelecida no inciso IV do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor.

2. Sucumbência recursal. honorários advocatícios. majoração. Evidenciada a sucumbência recursal do recorrente, a quem foram anteriormente imputados ônus sucumbenciais, impende majorar a verba honorária fixada na sentença, conforme previsão do § 11 do artigo 85 do Código de Processo Civil. Apelo conhecido e desprovido. (TJGO, Apelação (CPC) 5223082-79.2018.8.09.0051, Rel. José Carlos de Oliveira, 2ª Câmara Cível, julgado em 04.06.2020, DJe de 04.06.2020)

Assim, à vista das particularidades que diferem o caso concreto dos precedentes que embasaram o entendimento sintetizado na súmula nº 63 deste Tribunal de Justiça, a improcedência dos pedidos iniciais é medida que se impõe.

Desse modo, se há informação precisa e expressa sobre o objeto contratado pelo consumidor, não há falar em vício de consentimento ou propaganda enganosa por parte da instituição financeira quanto à real natureza jurídica do pacto bancário firmado, apto a ensejar a nulidade do contrato.

Dessarte, não agiu com acerto o sentenciante ao julgar parcialmente procedente os pedidos suscitados na exordial.

Por fim, à luz do artigo 85, §11, do Código de Processo Civil, majoro os honorários de sucumbência para 15% sobre o valor da causa, tendo em vista o trabalho adicional do causídico da parte apelante realizado em grau recursal.

Todavia, o referido encargo fica suspenso em razão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, evento 14.

Ao teor do exposto, conheço da apelação cível interposta pelo Banco PAN S/A e dou-lhe provimento, para julgar improcedente os pedidos contidos na inicial, e condeno a parte autora/apelada nas custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da causa, já aplicado o aumento em grau recursal, nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil.

É como voto.

Goiânia, datado e assinado digitalmente.

Des. José Carlos de Oliveira – Relator

Apelação Cível nº 0499644.72.2009.8.09.0141

Comarca de Santa Cruz de Goiás

Apelante: Juarez Magalhães de Almeida Júnior

Apelado: Município de Cristianópolis

Relator: Des. Leobino Valente Chaves

**EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NEGLIGÊNCIA NO RECOLHIMENTO DE TRIBUTOS. ISTI/ITBI. AVALIAÇÃO A MENOR DO VALOR DE IMÓVEIS. COMPETÊNCIA. PRESCRIÇÃO. DENUNCIAÇÃO À LIDE. CONFIGURAÇÃO DA CONDUTA. ART. 10, X, DA LIA. DESNECESSIDADE DA VERIFICAÇÃO DE DOLO. DESCOMPASSO ENTRE A ARRECADAÇÃO E A ESCRITA FISCAL. ATO NÃO IMPUTÁVEL AO RECORRENTE. PROVIMENTO PARCIAL.

I - O foro especial reservado aos prefeitos junto aos Tribunais de Justiça dos Estados (art. 29, inciso X, da Constituição Federal) cinge-se aos processos de caráter penal, em que se discute o cometimento de infrações comuns, o que não se estende às ações embasadas em atos de improbidade administrativa por parte dos agentes públicos. Ademais, no julgamento da ADI 2.797/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do art. 84 do Código de

Processo Penal, que garantiam a prerrogativa de foro em ações civis de improbidade administrativa.

**II** – O artigo 37, § 5º, da Constituição Federal dispõe a respeito da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, dispondo que: 'A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento'. Diante desse raciocínio, o Supremo Tribunal Federal pacificou a questão ao julgar o Tema 897.

**III** – A denúncia da lide do Coletor da Prefeitura Municipal foi corretamente afastada pelo julgador **a quo**, pois não estão configuradas as hipóteses que a respaldam, notadamente efeito regressivo, haja vista a perquirição individualizada das condutas em atos de improbidade.

**IV** – Comprovada a conduta prevista no art. 10, inciso X, da Lei nº 8.429/92, responde o recorrente pelo dano ocasionado ao erário em virtude da negligência na arrecadação do ISTI (Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis), ao autorizar a avaliação a menor de bens, e ainda algumas isenções pontuais, sendo dispensável a perquirição do elemento volitivo – dolo, eis que o dispositivo legal incide também em conduta culposa.

**V** – Ausente a comprovação de conduta atribuível ao apelante quanto à diferença de valores entre aquele que foi recolhido a título de ITBI e o lançado na escrita fiscal do Município apelado, não havendo prova de que se apoderara dos respectivos importes, afasta-se a condenação neste ponto.

**VI** – Condenação adstrita ao valor aferido quanto à evasão tributária propiciada pela conduta negligente do apelante, mais o mesmo valor a título de multa, nos termos do art. 12 da LIA, observando-se a razoabilidade e proporcionalidade.

**APELAÇÃO CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0499644.72.2009.8.09.0141, acordam os componentes da Primeira Turma Julgadora da Segunda Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, à unanimidade de votos, em conhecê-la e provê-la parcialmente, nos termos do voto do Relator.

Votaram, além do Relator, os Desembargadores Zacarias Neves Coelho e Carlos Alberto França.

Presidiu a sessão o Desembargador Amaral Wilson de Oliveira.

Como representante da Procuradoria de Justiça, o Drª Dilene Carneiro Freire.

Goiânia, 09 de junho de 2020.

Des. Leobino Valente Chaves - Relator

## VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da Apelação.

Trata o feito de ação Civil por Ato de Improbidade Administrativa proposta pelo apelado contra o recorrente, cujo pedido foi julgado parcialmente procedente em razão do reconhecimento da prática de infração pelo apelante, então Prefeito Municipal de 1998 a 2004, ao disposto no art. 10, incisos X e XII e do art. 11, ambos da Lei nº 8.429/92, consistente na renúncia de arrecadação de ITBI/ISTI (Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis), ao autorizar a avaliação a menor dos bens, implicando em recolhimento, pelo particular, do tributo aquém do devido.

Em primeiro plano, acerca da suposta incompetência do juízo de primeiro grau para o processamento da ação Civil Pública contra Prefeito Municipal, de logo afirmo ser pacífico o entendimento semeado nas Cortes da Nação acerca do foro especial reservado aos Prefeitos junto aos Tribunais de Justiça dos Estados (art. 29, inciso X, da Constituição Federal).

Cinge-se, todavia, a garantia aos processos de caráter penal, em que se discute o cometimento de infrações comuns, o que, a toda evidência, não se estende às demandas de natureza eminentemente cível, entre as quais as que se busca apurar a prática de atos de improbidade administrativa por parte dos agentes públicos.

A propósito:

“Apelações cíveis. Recurso adesivo. Ação civil pública por improbidade administrativa. Contratação de serviços de advocacia sem licitação. Preliminares. Propriedade da via eleita. Competência do primeiro grau de jurisdição. (...) 2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 2.797/DF, declarou a inconstitucionalidade das normas vertidas pelos § 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, que garantiam a prerrogativa de foro em ações civis de improbidade administrativa. Precedentes. Esta Corte segue a jurisprudência do STF na mesma questão, qual seja, prefeito não tem foro privilegiado nas ações de improbidade administrativa, devendo ser julgado pelo juiz de 1º grau. 3. (...)” (TJGO, 2ª Câmara Cível, AC 0141731-43.2015.8.09.0127, Rel. Dr. Fernando de Castro Mesquita, DJ de 06.09.2019).

“(...) 2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 2.797/DF, declarou a inconstitucionalidade das normas vertidas pelos §§ 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, que garantiam a prerrogativa de foro em ações civis de improbidade administrativa. Precedentes. 3. Esta Corte segue a jurisprudência do STF na mesma questão, qual seja, prefeito não tem foro privilegiado nas ações de improbidade administrativa, devendo ser julgado pelo juiz de primeiro grau. Precedentes.” (STJ, Segunda Turma, AgRg no AREsp. no 322.262/SP, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 28.06.2013).

Afasto, pois, a preliminar suscitada.



Quanto à apreciação da ocorrência ou não da prescrição ao direito de propor a demanda de improbidade administrativa, tem-se que o artigo 37, § 5º, da Constituição Federal dispõe a respeito da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, dispondo que:

“A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.”

A propósito, eis o Tema 897 do Supremo Tribunal Federal, que pacificou a questão, em sede de repercussão geral:

“Direito constitucional. Direito administrativo. Ressarcimento ao erário. Imprescritibilidade. Sentido e alcance do art. 37, § 5º, da constituição. 1. A prescrição é instituto que milita em favor da estabilização das relações sociais. 2. Há, no entanto, uma série de exceções explícitas no texto constitucional, como a prática dos crimes de racismo (art. 5º, XLII, CRFB) e da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, CRFB). 3. O texto constitucional é expresso (art. 37, § 5º, CRFB) ao prever que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos na esfera cível ou penal, aqui entendidas em sentido amplo, que gerem prejuízo ao erário e sejam praticados por qualquer agente. 4. A Constituição, no mesmo dispositivo (art. 37, § 5º, CRFB) decota de tal comando para o Legislador as ações cíveis de ressarcimento ao erário, tornando-as, assim, imprescritíveis. 5. São, portanto, imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa. 6. Parcial provimento do recurso extraordinário para (i) afastar a prescrição da sanção de ressarcimento e (ii) determinar que o tribunal recorrido, superada a preliminar de mérito pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento por improbidade administrativa, aprecie o mérito apenas quanto à pretensão de ressarcimento.” (Tribunal Pleno, RE 852475, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Rel. p/ ac. Min. Edson Fachin, DJ de 25.03.2019).

Destarte, já pacificada a questão de ser imprescritível as ações de ressarcimento relativas a danos causados ao erário decorrentes de improbidade administrativa, afasto a prejudicial.

Também o apelante defende a denunciação da lide do Coletor de Tributos de Cristianópolis, Antônio Inácio da Silva Neto, correta a decisão interlocutória que a refutou, e que motivou a interposição de Agravo Retido que, por força da nova ordem processual, teve suas razões incorporadas ao Apelo.

Ocorre que não se verifica nenhuma das hipóteses justificadoras da denunciação da lide, previstas no art. 70 do CPC/73 e no art. 125 do CPC/15, mesmo porque o agente responderá pelo suposto ato ímprobo sem que se tenha a configuração de regresso, analisando a atuação de per si dos respectivos atores da ação.

Nesse rumo:

“...As hipóteses de cabimento da denunciação da lide se encontravam no art. 70 do Código de Processo Civil de 1973, sendo vedado ao julgador criar outras situações para o seu cabimento que colidam com a finalidade do instituto de facilitar o direito de regresso. Na hipótese **sub judice**, mostra-se inviável a denunciação da lide da General Motors e da

concessionária de veículos apenas para que elas tragam elementos de convicção novos ao processo...”. (STJ, Segunda Turma, REsp 1790617/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ de 25.04.2019).

Esmiuçando o mérito, o ato imputado ao apelante, então Prefeito Municipal e referente ao período de 1998 a 2004, insere-se no disposto no art. 10, incisos X e XII e do art. 11, ambos da Lei nº 8.429/92, atinente à renúncia de arrecadação de ISTI (Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis), ao autorizar a avaliação a menor de bens, implicando em recolhimento, pelo particular, do tributo aquém do devido.

Forçoso concluir, em análise acurada do feito, que a autorização expressa, pelo recorrente, no sentido de a avaliação do imóvel objeto de escrituração ser realizada a menor, é incontroversa, sendo justificada, no entanto, pelo fato de ter conhecimento dos imóveis e do mercado local, de modo a afiançar-lhe a adequação de valores.

O laudo pericial descreveu como a minoração era realizada:

“Quesito 2. De quem emanava a ordem de isenção do imposto municipal

Resposta: As referidas anotações e bilhetes, invariavelmente vinham com a rubrica do Sr. Prefeito Municipal.

Quesito 3. Esta ordem era verbal ou qual o meio empregava o agente político para tal façanha Era amparado por Lei

Resposta: Os abatimentos no valor base para cálculo do imposto era informado através de anotações, algumas vezes em tiras de calculadora, onde vinha calculado o valor correto da transação do imóvel e a orientação de quanto deveria ser o valor de avaliação.

Estes valores informados sempre inferiores aos calculados.

Consultando o Código Tributário Municipal e a legislação pertinente junto à Câmara Municipal de Cristianópolis constatou que não há amparo legal para tais abatimentos.” (Evento 01 – arquivo 73).

O art. 10, inciso X, da Lei de Improbidade assim prevê:

“Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;” (Grifei)

Referido dispositivo cuida da identificação de atos que importem em lesão ao erário, e sua modalidade, quanto ao elemento subjetivo do sujeito, poderá ser efetivada tanto por dolo ou culpa. O texto legal é certo.

A jurisprudência também orienta:

“...Processual civil e administrativo. Improbidade. Contrato. Dispensa ilegal de licitação. Fundamento não atacado. Súmula 283/STF. Elemento subjetivo. Indenização. Art. 59 da lei 8.666/1993. Boa-fé não constatada pela instância ordinária. Súmula 7/STJ.

(...) 6. Os argumentos relacionados ao elemento subjetivo não prosperam, tendo em vista que a jurisprudência do STJ está consolidada no sentido de que o art. 10 da Lei 8.429/1992

admite a modalidade culposa e o art. 11 da Lei 8.429/1992 dispensa a comprovação de intenção específica de violar princípios administrativos, sendo suficiente o dolo genérico. (...)” (STJ, 2ª Turma, AgRg no Ag 1376614/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ de 19.09.2011).

“... 3. Para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso na Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. Lei 8.429/1992 - LIA), é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos dos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10 da mesma lei, ressaltando-se que o dolo exigido para caracterização do ato de improbidade administrativa previsto no referido art. 11 não precisa ser específico, bastando o dolo genérico, não se exigindo prova de prejuízo ao Erário ou de enriquecimento ilícito do agente. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça...”. (TJGO, 2ª Câmara Cível, AC 0113516-83.2012.8.09.0023, Rel. Des. Zacarias Neves Coêlho, DJ de 29.05.2020). (Grifei)

A propósito, o art. 150, § 6º da Constituição Federal dispõe:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

§ 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XII, g.”. (Grifei)

Como se vê, há carga imperativa constante em lei, e o doutrinador José dos Santos Carvalho Filho esclarece o momento em que a inércia ou a negligência do agente deixa de ser mera faculdade, passando à arbitrariedade:

“... Quando um poder jurídico é conferido a alguém, pode ele ser exercitado ou não, já que se trata de mera faculdade de agir. Essa, a regra geral. Seu fundamento está na circunstância de que o exercício ou não do poder acarreta reflexos na esfera jurídica do próprio titular.

O mesmo não se passa no âmbito do direito público. Os poderes administrativos são outorgados aos agentes do Poder Público para lhes permitir atuação voltada aos interesses da coletividade. Sendo assim, deles emanam duas ordens de consequência:

1ª) são eles irrenunciáveis; e

2ª) devem ser obrigatoriamente exercidos pelos titulares.

Desse modo, as prerrogativas públicas, ao mesmo tempo em que constituem poderes para o administrador público, impõem-lhe o seu exercício e lhe vedam a inércia, porque o reflexo desta atinge, em última instância, a coletividade, esta a real destinatária de tais poderes. Esse aspecto dúplice do poder administrativo é que se denomina de poder-dever de agir. E aqui são irretocáveis as já clássicas palavras de Hely Lopes Meirelles: ‘Se para o particular o poder de agir é uma faculdade, para o administrador público é uma obrigação de atuar, desde que se apresente o ensejo de exercitá-lo em benefício da comunidade’.

Corolário importante do poder-dever de agir é a situação de ilegitimidade de que se reveste a inércia do administrador: na medida em que lhe incumbe conduta comissiva, a omissão (conduta omissiva) haverá de configurar-se como ilegal. Desse modo, o administrado tem o direito subjetivo de exigir do administrador omissivo a conduta comissiva imposta na lei, quer na via administrativa, o que poderá fazer pelo exercício do direito de petição (art. 5º, XXXIV, 'a', da CF), quer na via judicial, formulando na ação pedido de natureza condenatória de obrigação de fazer (ou, para outros, pedido mandamental).

(...)

Illegais, desse modo, serão as omissões específicas, ou seja, aquelas que estiverem ocorrendo mesmo diante de expressa previsão legal no sentido do **facere** administrativo em prazo determinado, ou ainda quando, mesmo sem prazo fixado, a Administração permanece omissa em período superior ao aceitável dentro de padrões normais de tolerância ou razoabilidade.” (Manual de Direito Administrativo. 29. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 46/47).

Entendo, assim, de maneira discordante do parecer ministerial, que não há margem discricionária para o administrador zelar pelo recebimento da receita tributária municipal, não importando acerca do elemento volitivo ou com o deliberado intuito de lesão ao cofre, pelo que realizada pelo recorrente, neste caso, o núcleo da ação do referido art. 10, X, da LIA “...agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda...”.

A prova técnica realizada, nesse toar, detectou, quanto à lesão ao erário:

“Quesito 4. Houve com este ato renúncia indevida de receita do Município de Cristianópolis Qual o seu valor no período de janeiro/1998 a dezembro/2004

Resposta: Sim, houve renúncia de impostos. Na planilha do Anexo II este perito tabulou todas as guias recolhidas em valores inferiores e também as doações de terrenos ou isenções totais concedidas pelo poder municipal.

O valor total dos impostos não recolhidos no período de jan/1998 a dez/2004 somam R\$ 17.263,38 (dezesete mil, duzentos e sessenta e três reais e trinta e oito centavos).”

(Destaquei)

Então, definitivamente identificada e apurada a conduta do recorrente que ocasionou dano ao erário, ao fomentar o recolhimento e/ou recebimento a menor do tributo – ISTI.

Vejo, no entanto, que outra irregularidade foi apontada pela perícia, consistente no lançamento a menor do valor recolhido do imposto na escrita fiscal, nestes termos:

“2. Quanto a valores recolhidos e não lançados para o tesouro municipal este perito apurou o valor de R\$ 39.794,50 (trinta e nove mil, setecentos e noventa e quatro reais e cinquenta centavos).”

Examinando o ocorrido frente à condição do recorrente de Prefeito Municipal, realmente, correta a compreensão do Procurador de Justiça, Dr. Waldir Lara Cardoso, em seu parecer, evento 15, do qual destaco e a este incorporo o seguinte trecho:

“...Quanto à circunstância apresentada na alínea ‘b’, impende destacar que não há nenhuma mínima evidência nos autos que possa ligar o ex gestor investigado aos R\$ 39.794,50 (trinta

e nove mil, setecentos e noventa e quatro reais e cinquenta centavos) faltantes nos cofres da prefeitura.

A prova testemunhal uníssona ouvida em audiência explicou que o procedimento para recolhimento do ITBI começava com a emissão de 03 (três) vias da guia do imposto.

Assim, após o efetivo pagamento do tributo pelo cidadão, o coletor municipal batia o carimbo de quitação em uma das 03 guias, a qual era entregue para o contribuinte levar para o cartório para registro e conseqüente transferência do imóvel. As outras duas guias ficavam com a municipalidade: uma era enviada pelo coletor municipal para a tesouraria realizar a contabilização do montante recebido nos balancetes, enquanto a outra era remetida para o arquivo morto da prefeitura.

Conclui-se, portanto, que as guias somente eram liberadas para entrega e registro no cartório quando estavam devidamente quitadas pelo contribuinte, fato que era atestado pelo coletor municipal (e não pelo prefeito), que certificava a liquidação do imposto, autorizando que o cidadão levasse a guia para arquivamento perante o Tabelião.

Desse modo, não há como dizer que houve isenção do tributo por parte do ex-prefeito ora investigado quanto aos R\$ 39.794,50 (trinta e nove mil, setecentos e noventa e quatro reais e cinquenta centavos), posto que o coletor municipal apenas liberava a via do cartório quando o contribuinte realizava o efetivo pagamento do ITBI.

Poder-se-ia falar em isenção de ITBI por parte de Juarez somente se se restasse comprovado que, por autorização do prefeito, a guia era dada como quitada por Antônio mesmo sem o recebimento do imposto, hipótese que não foi levantada em nenhum momento desde o ajuizamento da ação.

A instrução processual pecou bastante quanto à real averiguação dos acontecimentos, pois os fatos levam a crer que os contribuintes realmente pagaram o ITBI devido (tanto que receberam a guia quitada pelo coletor para apresentação perante o Cartório de Registro de Imóveis), porém, não houve o envio dos valores para o caixa do município e as guias não foram remetidas pelo responsável para tesouraria a fim de serem contabilizadas nos balancetes, de onde se infere que não houve isenção, mas, sim, desvio das quantias, não existindo nenhum indício, nestes autos, de que tal desvio tenha sido praticado pelo apelante.

Os fatos acima narrados são graves e deveriam ter sido melhor apurados, posto que se repetiram na gestão do prefeito seguinte, conforme evidencia o documento do evento 03, arquivo 08, levando a crer que alguém com acesso ao dinheiro dos impostos e às guias deixou de repassar à municipalidade diversos valores recolhidos dos contribuintes.

Por esse motivo, o recorrente não pode ser condenado a ressarcir ao erário o montante de R\$ 39.794,50 (trinta e nove mil, setecentos e noventa e quatro reais e cinquenta centavos), haja vista que não há nenhum elemento de prova que demonstre que o desvio do ITBI aparentemente pago pelos cidadãos de 1998 a 2004 tenha sido de responsabilidade do ex-prefeito Juarez, afastando-se, assim, a condenação por improbidade administrativa em relação a tal questão.” (Grifei)

Descrita o modo pelo qual era realizada a quitação de guia do imposto e autorização da escrituração, a diferença entre o montante recolhido do ITBI, ano a ano, e o valor informado nos

balancetes, indicando possível desvio de receita, não pode ser imputada ao insurgente, à míngua de ato que o relacione à respectiva conduta.

Neste sentido:

“...A jurisprudência desta Corte considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a atuação do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/1992, ou pelo menos evitada de culpa, para as condutas elencadas no artigo 10 (REsp 479.812/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 27.09.2010). 5. A condenação pela prática de ato administrativo que causa lesão ao erário depende, além da comprovação de prejuízo efetivo ao patrimônio público, da existência de ação ou omissão do agente público capaz de causar, ainda que involuntariamente, resultado danoso ao patrimônio público, o qual poderia ter sido evitado caso tivesse empregado a diligência devida pelo seu dever de ofício...” (STJ, 1ª Turma, AgInt no AREsp 414786/MG, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJ de 02.04.2020).

“Apelação cível. Ação civil pública. Ato de improbidade administrativa não configurado. Uso de veículo público para fins particulares. Não comprovação. Ausência de comprovação do elemento subjetivo e de dano ao erário. 1. Para a configuração de qualquer ato de improbidade administrativa é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado no dolo ou culpa, para os tipos previstos nos artigos 9º e 11º da Lei nº 8.429/1992, ainda que de forma genérica e culposa na hipótese de lesão ao erário, artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa. O elemento subjetivo é imprescindível para a punição porque a finalidade da Lei de Improbidade Administrativa é punir o administrador público desonesto, que age com má-fé e não o inábil. 2. Não é possível a aplicação das severas penas da Lei de Improbidade Administrativa, sem que esteja cabalmente caracterizado o propósito de alcançar objetivos contrários à moralidade administrativa, a má-fé, que é da essência do tipo previsto no artigo 11 da Lei nº 8429/1992 e não pode ser presumida. Tampouco é possível a condenação do agente público por ato de improbidade previsto no artigo 9º da Lei de Improbidade, sem que reste comprovado o dolo, ainda que genérico do agente, ou seja, a simples vontade de praticar a conduta descrita na norma. 3. **In casu**, as acusações feitas pelo Parquet, exigem carga probatória robusta, inexistente nos presentes autos. Ausentes as provas das alegadas práticas de improbidade administrativa, a improcedência dos pedidos iniciais é medida impositiva. recurso de apelação cível conhecido e improvido.” (TJGO, 1ª Câmara Cível, AC 0233342-48.2015.8.09.0072, Relª. Desª Maria das Graças Carneiro Requi, DJ de 29.11.2019).

Outrossim, verifica-se que a sentença, ao estabelecer as sanções constantes do art. 12 da LIA, o fez em observância aos princípios da razoabilidade de proporcionalidade, delimitando-as ao ressarcimento do valor referente ao dano ao erário e multa no importe de 01 (uma) vez o aludido prejuízo.

Ante o exposto, dou parcial provimento à Apelação para, reformando em parte a sentença, condenar o apelante ao ressarcimento de 17.263,38 (dezesete mil, duzentos e sessenta e três reais e trinta e oito centavos) aos cofres do apelado, Município de Cristianópolis, devidamente corrigidos,

ficando mantida a multa, expressa no referido valor. Sucumbência mantida em virtude da condenação, em parte, e que será tida como parâmetro, e a ausência de má-fé do apelado.

É o voto.

Goiânia, 09 de junho de 2020.

Des. Leobino Valente Chaves – Relator

Apelação Cível nº 0331534.64.2008.8.09.0006

4ª Câmara Cível

1º Apelante: Condomínio do Residencial Flamboyant

1ª Apelada: Construtora Riomax Ltda.

2ª Apelante: Construtora Riomax Ltda.

2ºs Apelados: Condomínio do Residencial Flamboyant e Saneamento de Goiás S/A – Saneago

Agravo Retido (evento 03, doc. 27)

Agravante: Construtora Riomax Ltda.

Agravado: Condomínio do Residencial Flamboyant

Relatora: Desª. Nelma Branco Ferreira Perilo

**EMENTA:** DUPLA APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO C/C DANOS MORAIS E OBRIGAÇÃO DE FAZER. AGRAVO RETIDO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DO CPC/1973. DESENTRANHAMENTO DA IMPUGNAÇÃO À CONTESTAÇÃO. ART. 195, CPC/73. PRESCRIÇÃO. MATÉRIA JÁ DECIDIDA EM DECISÃO SANEADORA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. JULGAMENTO **EXTRA PETITA** NÃO CARACTERIZADO. RESPONSABILIDADE CIVIL DA CONSTRUTORA. MÁ EXECUÇÃO DA OBRA. ÁREA DE LAZER DO CONDOMÍNIO. INVIABILIDADE DE RECONSTRUÇÃO. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. PERDAS E DANOS. RECONHECIMENTO DE ÁREA CONSOLIDADA. IMPOSSIBILIDADE. DANO MORAL. CONDOMÍNIO. ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. SENTENÇA MANTIDA.

I - Não há que se falar em desentranhamento da impugnação à contestação, uma vez que a petição fora protocolizada atempadamente.

II - A prescrição foi analisada em decisão saneadora, não tendo a ré/2ª apelante se insurgido na oportunidade precisa, de forma que operada a preclusão na análise pretendida.

III - Deve ser afastada a tese de nulidade da sentença por ausência de

fundamentação quando o julgador aponta os motivos do seu convencimento em obediência às provas produzidas nos autos, além de obedecer todos os requisitos legais (artigo 489, inciso II, do CPC/2015 e artigo 93, inciso IX, da CF/88).

**IV** - Não incorreu em julgamento **extra petita** a sentença que, diante da impossibilidade do cumprimento da obrigação de fazer, consubstanciada na reconstrução da área de lazer do Condomínio, por ter sido edificada sobre Área de Preservação Permanente (APP), converteu a obrigação em perdas e danos, conforme previa o art. 461, § 1º, do Código de Processo Civil de 1973 (correspondente ao art. 499, do atual Código de Processo Civil).

**V** - Comprovado que os danos ocasionados na área de lazer do condomínio decorreram da má execução do aterro sobre a rede de esgoto existente na área, há que se reconhecer a responsabilidade da Construtora.

**VI** - Não sendo possível o cumprimento da obrigação de fazer, consubstanciada na reconstrução da área de lazer, em virtude de ter sido edificada sobre Área de Preservação Permanente, a obrigação deve ser convertida em perdas e danos, nos termos do art. 461, § 1º, do CPC/73, correspondente ao art. 499 do CPC/15.

**VII** – Conforme entendimento consolidado no colendo Superior Tribunal de Justiça, em matéria de meio ambiente, não se admite a incidência da teoria de fato consumado.

**VIII** - Caracterizado o condomínio como uma massa patrimonial, não há como reconhecer que seja ele próprio dotado de honra objetiva.

**IX** - Deve arcar com os ônus da sucumbência aquele que restou vencido na maior parte dos pedidos (art. 86, parágrafo único, CPC). AGRAVO RETIDO E APELAÇÕES CÍVEIS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelações Cíveis nº 0331534.64.2008.8.09.0006, figurando como 1ºapelante/2ºapelado/agravado Condomínio do Residencial Flamboyant, 1ªapelada/2ªapelante/agravante Construtora Riomax Ltda e apelado Saneamento de Goiás S/A – Saneago.

Acordam os integrantes da Segunda Turma Julgadora da Quarta Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, na sessão do dia 10 de setembro de 2020, por unanimidade de votos, conhecer dos apelos e do agravo retido, porém, desprovê-los, nos termos do voto da relatora.

Votaram além da Relatora, os Desembargadores Carlos Escher e Elizabeth Maria da Silva.

Fez sustentação oral, na sessão anterior, o Dr. Odair Oliveira Pio, em favor da 2ªapelante.

O julgamento foi presidido pela Desembargadora Elizabeth Maria da Silva.



Esteve presente na sessão o Procurador de Justiça Dr<sup>a</sup> Dilene Carneiro Freire.  
Des<sup>a</sup>. Nelma Branco Ferreira Perilo – Relatora

## RELATÓRIO

Trata-se de apelações cíveis interpostas, primeiramente, pelo Condomínio do Residencial Flamboyant e, em seguida, pela Construtora Riomax Ltda. contra a sentença proferida pelo Juiz de Direito substituto automático da 1<sup>a</sup> Vara Cível da Comarca de Anápolis, Dr. Algomiro Carvalho Neto, que, nos autos da ação de indenização c/c danos morais e obrigação de fazer ajuizada pelo primeiro apelante, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, nos seguintes termos:

“Pelo exposto, julgo procedente, em parte, o pedido inicial para o fim de reconhecer a responsabilidade da requerida pelos danos causados ao condomínio e para condená-la a promover a construção do muro de fechamento na área correta, observando os recuos da APP – Área de Preservação Permanente, efetivar a limpeza do leito do córrego e reconstituir o terreno de forma natural, a título de obrigação de fazer, fixando prazo para tanto em 180 (cento e oitenta) dias, sob pena de multa diária no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), restando indeferida a incidência das astreintes fixadas em sede de antecipação de tutela pelos motivos dantes expostos.

Condeno ainda a requerida a indenizar a parte autora pelas perdas e danos decorrentes da impossibilidade de reconstrução de sua área de lazer, cujos valores deverão ser apurados em liquidação de sentença.

Julgo improcedente o pedido em relação aos danos morais.

Decaindo o autor de parte mínima do pedido, condeno a requerida ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, nos moldes do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

Julgo improcedente o pedido formulado na lide secundária. Condeno a parte denunciante ao pagamento das custas processuais decorrentes da lide secundária e honorários advocatícios do procurador da denunciada, estes fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais) nos moldes do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

A parte devedora terá o prazo de quinze (15) dias para efetuar o pagamento do montante da condenação, sob pena de multa de 10% (dez por cento), observado o artigo 475-J, do Código de Processo Civil.

Em razão da constatação de danos ao meio ambiente, dê-se ciência ao Ministério Público da presente demanda para as providências que entender necessárias.”

Nas razões recursais (evento nº 03, doc. 134), o Condomínio do Residencial Flamboyant alega que o juiz singular, corretamente, reconheceu o ilícito praticado pela Apelada, e sua consequente responsabilidade por todos os danos causados ao Apelante, contudo, declarou como impossível a reparação da área em questão, sob o argumento de que a área de lazer do Condomínio teria sido edificada em Área de Preservação Permanente – APP.

Assevera que à época da construção do Condomínio, a empresa ré atuou respaldada em certidão de uso de solo, licença ambiental e licença para início das obras, documentação esta expedida pela Prefeitura Municipal de Anápolis.

Destaca que ao tempo da edificação da área de lazer do Condomínio, inquestionável a existência do licenciamento ambiental para tanto, conforme atestado pelo Perito em seu laudo.

Pontua que a causa do rebaixamento do terreno em que estava situado o campo de futebol que compunha a área de lazer do Condomínio foi a execução malfeita do gabião construído pela ré para conter o aterro, conforme concluiu o laudo pericial.

Pondera que embora o magistrado haja invocado o laudo pericial para embasar sua decisão, o perito judicial assinalou que é mais prejudicial tentar promover a construção do muro de fechamento da área, observando os recuos da APP, do que o próprio reparo da área em si, conforme postulado na exordial, qual seja, realizar a implantação de forma correta do muro de gabião para controle das alterações das erosões.

Defende que o juiz de 1º grau, ao determinar a inviabilidade da reparação da área de lazer, cuja afetação delimita-se ao campo de futebol, promove, por ordem judicial, nova destruição da vegetação ciliar da APP, conforme delineado no “item 9” do laudo pericial acima citado, o que confronta com o delineado no artigo 67 da Lei 12.651/2012, que proíbe novas conversões no solo que devaste a APP, acrescentando que, embora a referida Lei trate de área rural, aplica-se analogicamente à área urbana.

Sustenta que a jurisprudência pátria tem admitido a pretensão de manter-se inalteradas as edificações existentes, ainda que em áreas de preservação ambiental, quando sua demolição não trará proveito para a área afetada, ou, ao revés, acarretará ainda mais destruição, como no caso.

Prosseguindo, o recorrente argumenta que restou cabalmente comprovado nos autos os danos morais sofridos pelo Condomínio, considerando que trata-se de relação de consumo e, pelo ato ilícito cometido pela Apelada nos termos do artigo 14 do CDC, incontroverso o seu dever de reparar os danos morais causados em função deste defeito na prestação do serviço.

Ao final, requer o conhecimento e provimento do apelo para reformar a sentença, a fim de condenar a ré a obrigação de fazer, consistente em reparar os danos causados na área comum do Condomínio, bem assim para condená-la ao ressarcimento dos danos morais.

Preparo regular.

Nas razões recursais (evento nº 03, doc. 141 e 143), Construtora Riomax Ltda. aduz que a obra foi entregue há mais de 05 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento da demanda, tendo sido concedida a Carta de Habite-se na data de 23.07.2003, após a realização de fiscalização pela Secretaria de Obras do município, de sorte que teria ocorrido a prescrição do direito, ao teor do que dispõe o art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil.

Sustenta que, ainda que se entenda aplicável o Código de Defesa do Consumidor, o prazo prescricional seria de 05 (cinco) anos.

Argui a nulidade da sentença em virtude da ausência de fundamentação sobre pontos omissos apontados nos embargos de declaração.

Defende a necessidade de se apreciar o agravo retido interposto contra a decisão contida no evento 03, doc. 24, proferida sob a égide do CPC/73, ressaltando que postulou o reconhecimento da intempestividade da impugnação à contestação apresentada pelo demandante, com aplicação do art. 195 do CPC/73, desentranhando-se a referida peça e dos documentos que a instruem.

Alega que a sentença é **extra petita**, uma vez que o juiz singular decidiu fora do pedido inicial, haja vista que a autora não pleiteou na petição inicial a demolição da área de lazer.

Narra que no curso do processo foram editadas a Lei Federal nº 12.651/2012 (novo Código Florestal) e a Lei nº 11.977/2009, sendo que a primeira criou o instituto da “consolidação” de intervenções antrópicas ilícitas, ou seja, o direito à manutenção de atividades ilegalmente instaladas em áreas ambientalmente protegidas, desde que anteriores à data de 22 de julho de 2008, para áreas rurais, e 31 de dezembro de 2007, para áreas urbanas.

Afirma que, no que diz respeito às áreas urbanas, a Lei Florestal reconheceu o conceito de consolidação e cuidou unicamente da permissividade e edificação – envolvendo moradia em área de preservação ambiental – nos casos de regularização fundiária, vedando, por conseguinte, a ocupação na faixa marginal de cursos e espelhos d’água mínima de 15 metros.

Pontua que as áreas de preservação permanente às margens dos cursos de água passaram a ser medidas a partir da borda da calha do leito regular e não do seu nível mais alto, conforme prevê o art. 4º.

Destaca que, conquanto a Lei nº 12.651/12 haja mantido as metragens das áreas de preservação permanente da Lei nº 4.771/65, a modificação do parâmetro para a sua medição ocasiona redução significativa de áreas protegidas.

Sustenta que a interpretação analógica revela-se pertinente para solucionar legalmente a hipótese **sub judice**, na medida em que a configuração do Condomínio requerente caracteriza-se como área urbana consolidada, as edificações são anteriores a julho de 2008 e encontram-se além dos 15 metros do limite do leito do córrego.

Frisa que, conforme consta do laudo pericial, na resposta ao quesito nº 03-b, a obra em questão possuía a Certidão de Uso do Solo, foi executada antes da entrada em vigor da Resolução nº 069/2006, do Conselho Estadual do Meio Ambiente (CEMA) e esta autorizou, por meio da Resolução nº 077/2007, o licenciamento de vários condomínios, inclusive do demandante, além de possuir o devido Alvará de Construção.

Afiança que foi concedida a Carta de Habite-se referente à obra em 23.07.2003, após fiscalização da Secretaria de Obras do município.

Assegura que, conforme constatou o perito, os danos ao meio ambiente serão maiores que a manutenção da área de lazer do Condomínio.

Prossequindo, pondera que o autor não comprovou os danos materiais sofridos e tampouco o nexo de causalidade.

Giza que notificação coligida ao feito às f. 348/351 demonstra que a Saneamento de Goiás S/A (SANEAGO) imputou a responsabilidade pelos danos causados à tubulação à empresa Construtora WBC, que construiu e fez aterros sobre a tubulação.

Argumenta que a Saneamento de Goiás S/A (SANEAGO) não detinha direito de servidão na área, na medida em que as certidões por ela juntadas não se referem à área onde foram construídas as tubulações e o interceptor, de maneira que a ré, ora 2ª apelante, não poderia ter conhecimento da existência das tubulações e interceptor.

Destaca que a Saneamento de Goiás S/A (SANEAGO) praticou ato ilícito ao construir tubulação sem autorização dos proprietários da área e deixar que esta estrutura causasse prejuízo a terceiros, que são os proprietários.

Brada que a Saneamento de Goiás S/A (SANEAGO) agiu de má-fé, ao colacionar ao feito certidão de outro imóvel, relativo ao lado esquerdo às margens do córrego João Cesário, afirmando que se referia à área onde foi edificado o Condomínio, que não corresponde à verdade.

Obtempera que consta do laudo, na resposta ao quesito 03, que a Saneamento de Goiás S/A (SANEAGO) não notificou a ré/2ª recorrente, mas enviou notificação para a Construtora WBC e Incorporadora.

Assevera que houve confissão, por parte da Saneamento de Goiás S/A (SANEAGO), de que realizou alterações nas margens do córrego João Cesário, ao instalar tubulações e Pvs, além de ter admitido que os danos ocorridos pelo rompimento da tubulação são sua responsabilidade.

Frisa que as fotografias colacionadas ao feito evidenciam que a causa da queda do muro do Condomínio foi a construção do aterro pela Construtora WBC, ao edificar o Condomínio Dom Afonso, conclusão esta que consta do laudo pericial.

Pontua que a sentença deixou de observar a confissão da denunciada Saneamento de Goiás S/A (SANEAGO), que não negou que os danos podem ter sido causados pela tubulação, além de contradizer a notificação jungida ao feito, na qual imputa a responsabilidade à Construtora WBC.

Afirma que a Saneamento de Goiás S/A (SANEAGO) asseverou que a Construtora WBC realizou a regularização topográfica do terreno, por meio de cortes e aterros de grandes alturas, empreendendo, assim alteração nas margens do córrego João Cesário.

Sustenta que o autor decaiu da maior parte dos seus pedidos, devendo ser imputado a ele o ônus da sucumbência, ou, alternativamente, reconhecer que houve sucumbência recíproca.

Por tais razões, requer o provimento do apelo, a fim de anular a sentença, acolher a prescrição, manter a área de lazer, afastar a responsabilidade da recorrente por falta de prova e reconhecer a responsabilidade da denunciada à lide.

Preparo visto no evento 03, doc. 144.

Contrarrazões da Construtora Riomax Ltda. (evento 03, doc. 145), do Condomínio do Residencial Flamboyant (evento 03, doc. 147), e da denunciada à lide Saneamento de Goiás S/A (SANEAGO) (evento 18), pelo desprovimento das apelações.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por seu representante, Dr. Wellington de Oliveira Costa, opinou pelo conhecimento e desprovimento dos apelos interpostos (evento 13).

É, em síntese, o relatório.

Encaminhem-se os autos à Secretaria da 4ª Câmara Cível, para os fins do disposto no artigo 934 do CPC/2015 (inclusão do feito em pauta).

### VOTO

Conforme relatado, trata-se de apelações cíveis interpostas, primeiramente, pelo Condomínio do Residencial Flamboyant e, em seguida, pela Construtora Riomax Ltda. contra a sentença proferida pelo Juiz de Direito substituto automático da 1ª Vara Cível da Comarca de Anápolis, Dr. Algomiro Carvalho Neto, que, nos autos da ação de indenização c/c danos morais e obrigação de fazer ajuizada pelo primeiro apelante, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, nos seguintes termos:

“Pelo exposto, julgo procedente, em parte, o pedido inicial para o fim de reconhecer a responsabilidade da requerida pelos danos causados ao condomínio e para condená-la a promover a construção do muro de fechamento na área correta, observando os recuos da APP – Área de Preservação Permanente, efetivar a limpeza do leito do córrego e reconstituir o terreno de forma natural, a título de obrigação de fazer, fixando prazo para tanto em 180 (cento e oitenta) dias, sob pena de multa diária no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), restando indeferida a incidência das astreintes fixadas em sede de antecipação de tutela pelos motivos dantes expostos.

Condeno ainda a requerida a indenizar a parte autora pelas perdas e danos decorrentes da impossibilidade de reconstrução de sua área de lazer, cujos valores deverão ser apurados em liquidação de sentença.

Julgo improcedente o pedido em relação aos danos morais.

Decaindo o autor de parte mínima do pedido, condeno a requerida ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, nos moldes do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

Julgo improcedente o pedido formulado na lide secundária.

Condeno a parte denunciante ao pagamento das custas processuais decorrentes da lide secundária e honorários advocatícios do procurador da denunciada, estes fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais) nos moldes do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

A parte devedora terá o prazo de quinze (15) dias para efetuar o pagamento do montante da condenação, sob pena de multa de 10% (dez por cento), observado o artigo 475-J, do Código de Processo Civil.

Em razão da constatação de danos ao meio ambiente, dê-se ciência ao Ministério Público da presente demanda para as providências que entender necessárias.”

Nas razões recursais (evento nº 03, doc. 134), o Condomínio do Residencial Flamboyant alega que o juiz singular, corretamente, reconheceu o ilícito praticado pela Apelada, e sua consequente responsabilidade por todos os danos causados ao Apelante, contudo, declarou como impossível a reparação da área em questão, sob o argumento de que a área de lazer do Condomínio teria sido edificada em Área de Preservação Permanente – APP.

Assevera que à época da construção do Condomínio, a empresa ré atuou respaldada em certidão de uso de solo, licença ambiental e licença para início das obras, documentação esta expedida pela Prefeitura Municipal de Anápolis.

Destaca que ao tempo da edificação da área de lazer do Condomínio, inquestionável a existência do licenciamento ambiental para tanto, conforme atestado pelo Perito em seu laudo.

Pontua que a causa do rebaixamento do terreno em que estava situado o campo de futebol que compunha a área de lazer do Condomínio foi a execução malfeita do gabião construído pela ré para conter o aterro, conforme concluiu o laudo pericial.

Pondera que embora o magistrado haja invocado o laudo pericial para embasar sua decisão, o perito judicial assinalou que é mais prejudicial tentar promover a construção do muro de fechamento da área, observando os recuos da APP, do que o próprio reparo da área em si, conforme postulado na exordial, qual seja, realizar a implantação de forma correta do muro de gabião para controle das alterações das erosões.

Defende que o juiz de 1º grau, ao determinar a inviabilidade da reparação da área de lazer, cuja afetação delimita-se ao campo de futebol, promove, por ordem judicial, nova destruição da vegetação ciliar da APP, conforme delineado no “item 9” do laudo pericial acima citado, o que confronta com o delineado no artigo 67 da Lei 12.651/2012, que proíbe novas conversões no solo que devaste a APP, acrescentando que, embora a referida Lei trate de área rural, aplica-se analogicamente à área urbana.

Sustenta que a jurisprudência pátria tem admitido a pretensão de manter-se inalteradas as edificações existentes, ainda que em áreas de preservação ambiental, quando sua demolição não trará proveito para a área afetada, ou, ao revés, acarretará ainda mais destruição, como no caso.

Prosseguindo, o recorrente argumenta que restou cabalmente comprovado nos autos os danos morais sofridos pelo Condomínio, considerando que trata-se de relação de consumo e, pelo ato ilícito cometido pela Apelada nos termos do artigo 14 do CDC, incontroverso o seu dever de reparar os danos morais causados em função deste defeito na prestação do serviço.

Ao final, requer o conhecimento e provimento do apelo para reformar a sentença, a fim de condenar a ré a obrigação de fazer, consistente em reparar os danos causados na área comum do Condomínio, bem assim para condená-la ao ressarcimento dos danos morais.

Nas razões recursais (evento nº 03, doc. 141 e 143), Construtora Riomax Ltda. aduz que a obra foi entregue há mais de 05 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento da demanda, tendo sido concedida a Carta de Habite-se na data de 23.07.2003, após a realização de fiscalização pela Secretaria de Obras do município, de sorte que teria ocorrido a prescrição do direito, ao teor do que dispõe o art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil.

Sustenta que, ainda que se entenda aplicável o Código de Defesa do Consumidor, o prazo prescricional seria de 05 (cinco) anos.

Argui a nulidade da sentença em virtude da ausência de fundamentação sobre pontos omissos apontados nos embargos de declaração.

Defende a necessidade de se apreciar o agravo retido interposto contra a decisão contida no evento 03, doc. 24, proferida sob a égide do CPC/73, ressaltando que postulou o reconhecimento da

intempestividade da impugnação à contestação apresentada pelo demandante, com aplicação do art. 195 do CPC/73, desentranhando-se a referida peça e dos documentos que a instruem.

Alega que a sentença é **extra petita**, uma vez que o juiz singular decidiu fora do pedido inicial, haja vista que a autora não pleiteou na petição inicial a demolição da área de lazer.

Narra que no curso do processo foram editadas a Lei federal nº 12.651/2012 (novo Código Florestal) e a Lei nº 11.977/2009, sendo que a primeira criou o instituto da “consolidação” de intervenções antrópicas ilícitas, ou seja, o direito à manutenção de atividades ilegalmente instaladas em áreas ambientalmente protegidas, desde que anteriores à data de 22 de julho de 2008, para áreas rurais, e 31 de dezembro de 2007, para áreas urbanas.

Afirma que, no que diz respeito às áreas urbanas, a Lei Florestal reconheceu o conceito de consolidação e cuidou unicamente da permissividade e edificação – envolvendo moradia em área de preservação ambiental – nos casos de regularização fundiária, vedando, por conseguinte, a ocupação na faixa marginal de cursos e espelhos d’água mínima de 15 metros.

Pontua que as áreas de preservação permanente às margens dos cursos de água passaram as ser medidas a partir da borda da calha do leito regular e não do seu nível mais alto, conforme prevê o art. 4º.

Destaca que, conquanto a Lei nº 12.651/12 haja mantido as metragens das áreas de preservação permanente da Lei nº 4.771/65, a modificação do parâmetro para a sua medição ocasiona redução significativa de áreas protegidas.

Sustenta que a interpretação analógica revela-se pertinente para solucionar legalmente a hipótese **sub judice**, na medida em que a configuração do Condomínio requerente caracteriza-se como área urbana consolidada, as edificações são anteriores a julho de 2008 e encontram-se além dos 15 metros do limite do leito do córrego.

Frisa que, conforme consta do laudo pericial, na resposta ao quesito nº 03-b, a obra em questão possuía a Certidão de Uso do Solo, foi executada antes da entrada em vigor da Resolução nº 069/2006, do Conselho Estadual do Meio Ambiente (CEMA) e esta autorizou, por meio da Resolução nº 077/2007, o licenciamento de vários condomínios, inclusive do demandante, além de possuir o devido Alvará de Construção.

Afiança que foi concedida a Carta de Habite-se referente à obra em 23.07.2003, após fiscalização da Secretaria de Obras do município.

Assegura que, conforme constatou o perito, os danos ao meio ambiente serão maiores que a manutenção da área de lazer do Condomínio.

Prossequindo, pondera que o autor não comprovou os danos materiais sofridos e tampouco o nexo de causalidade.

Giza que notificação coligida ao feito às f. 348/351 demonstra que a Saneamento de Goiás S/A (SANEAGO) imputou a responsabilidade pelos danos causados à tubulação à empresa Construtora WBC, que construiu e fez aterros sobre a tubulação.

Argumenta que a Saneamento de Goiás S/A (SANEAGO) não detinha direito de servidão na área, na medida em que as certidões por ela juntadas não se referem à área onde foram construídas

as tubulações e o interceptor, de maneira que a ré, ora 2ª apelante, não poderia ter conhecimento da existência das tubulações e interceptor.

Destaca que a Saneamento de Goiás S/A (SANEAGO) praticou ato ilícito ao construir tubulação sem autorização dos proprietários da área e deixar que esta estrutura causasse prejuízo a terceiros, que são os proprietários.

Brada que a Saneamento de Goiás S/A (SANEAGO) agiu de má-fé, ao colacionar ao feito certidão de outro imóvel, relativo ao lado esquerdo às margens do córrego João Cesário, afirmando que se referia à área onde foi edificado o Condomínio, que não corresponde à verdade.

Obtempera que consta do laudo, na resposta ao quesito 03, que a Saneamento de Goiás S/A (SANEAGO) não notificou a ré/2ª recorrente, mas enviou notificação para a Construtora WBC e Incorporadora.

Assevera que houve confissão, por parte da Saneamento de Goiás S/A (SANEAGO), de que realizou alterações nas margens do córrego João Cesário, ao instalar tubulações e Pvs, além de ter admitido que os danos ocorridos pelo rompimento da tubulação são sua responsabilidade.

Frisa que as fotografias colacionadas ao feito evidenciam que a causa da queda do muro do Condomínio foi a construção do aterro pela Construtora WBC, ao edificar o Condomínio Dom Afonso, conclusão esta que consta do laudo pericial.

Pontua que a sentença deixou de observar a confissão da denunciada Saneamento de Goiás S/A (SANEAGO), que não negou que os danos podem ter sido causados pela tubulação, além de contradizer a notificação jungida ao feito, na qual imputa a responsabilidade à Construtora WBC.

Afirma que a Saneamento de Goiás S/A (SANEAGO) asseverou que a Construtora WBC realizou a regularização topográfica do terreno, por meio de cortes e aterros de grandes alturas, empreendendo, assim alteração nas margens do córrego João Cesário.

Sustenta que o autor decaiu da maior parte dos seus pedidos, devendo ser imputado a ele o ônus da sucumbência, ou, alternativamente, reconhecer que houve sucumbência recíproca.

Por tais razões, requer o provimento do apelo, a fim de anular a sentença, acolher a prescrição, manter a área de lazer, afastar a responsabilidade da recorrente por falta de prova e reconhecer a responsabilidade da denunciada à lide.

**Ab initio**, convém apreciar o agravo retido interposto e enfrentar as questões preliminares suscitadas pela 2ª apelante.

#### 1. Do agravo retido

Cumpra esclarecer, a princípio, que, não obstante tratar-se de recurso não previsto pelo Códex Processual vigente, tendo sido o agravo retido interposto durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973 (evento 03, doc. 27), imperiosa a necessidade de sua análise, em razão do princípio do **tempus regit actum**.

A respeito do assunto, confira-se o disposto no Enunciado Administrativo nº 2 do Superior Tribunal de Justiça, de 17 de março de 2016, aqui utilizado por analogia, **verbis**:

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/73 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele



prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Destarte, nos termos do artigo 14 do CPC/2015, que consagra a teoria do isolamento dos atos processuais, **in casu**, há de serem aplicadas as disposições do CPC/1973, no julgamento do presente recurso de agravo retido.

Verificado que o aludido agravo retido é tempestivo, bem assim, tendo a parte recorrente suscitado seu conhecimento, em sede de preliminar, nas razões do seu apelo, em cumprimento à determinação do § 1º do artigo 523 do CPC/73, dele conheço, passando à análise da tese nele sopesada.

A insurgência da ré/agravante diz respeito ao desentranhamento da réplica apresentada pelo autor/agravado, em virtude de o causídico ter permanecido com carga dos autos além do prazo, ao teor do que dispõe o art. 195, do Código de Processo Civil.

Todavia, razão não lhe assiste, conforme passa-se a demonstrar.

Com efeito, acerca da verificação dos prazos e das penalidades, assim estabelecia o art. 195, do Código de Processo Civil de 1973:

Art. 195. O advogado deve restituir os autos no prazo legal. Não o fazendo, mandará o juiz, de ofício, riscar o que neles houver escrito e desentranhar as alegações e documentos que apresentar.

Da análise dos autos, constata-se que após a realização da audiência preliminar de conciliação, o patrono do demandante fez carga dos autos, no dia 05.11.2008 (evento 03, doc. 18), para apresentação da impugnação à contestação, havendo protocolizado a referida peça na data de 17.11.2008 (evento 03, doc. 19).

Desta feita, embora a restituição dos autos tenha ocorrido além do prazo que lhe foi concedido para manifestar-se acerca da peça de defesa, certo é que a apresentação da réplica se deu dentro do prazo de 10 (dez) dias.

Assim, não há que se falar em desentranhamento da petição de impugnação à contestação, haja vista que fora protocolizada atempadamente.

Portanto, nego provimento ao agravo retido interposto.

## 2. Da prescrição

A questão relativa a prescrição já foi decidida pelo magistrado **a quo**, conforme se verifica do evento 03, doc. 74, nos seguintes termos:

(...) Prescrição. Alegou também a parte requerida a prescrição da pretensão da parte autora, sob o argumento de que a reparação civil tem prazo de três anos (CC, art. 206, § 3º), enquanto o Código do Consumidor prevê o prazo de cinco anos, tendo ambos já decorrido, vez que a obra foi entregue há mais de cinco anos.

Entretanto, no presente caso, não são aplicáveis tais artigos, posto que segundo entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, deve se verificar o prazo de garantia, fixado no artigo 618 do Código Civil vigente (cinco anos), o qual também não é prescricional ou decadencial, devendo ser observado tal prazo apenas para a ocorrência do evento danoso e não para a propositura da ação.

Esse é o entendimento pelo Superior Tribunal de Justiça, posto que “o evento danoso, para caracterizar a responsabilidade da construtora, deve ocorrer dentro dos 5 (cinco) anos previstos no dispositivo. Uma vez caracterizada tal hipótese, o construtor poderá ser acionado no prazo prescricional de vinte (20) anos nos termos da Súmula 194/STJ” (AgRg no Ag 991883/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho).

Entretanto, o prazo prescricional, inicialmente de vinte anos, foi reduzido para dez anos pelo novo Código Civil (CC, art. 205), devendo assim esse período ser observado para o presente caso.

A propósito: (...)

Em que pese a parte requerida não ter demonstrado a data da entrega das obras, observa-se pelo contrato de fls. 24/29 que o prazo previsto em contrato era de vinte e quatro meses, contados do início das obras (fls. 25, item 6), cujo início também não restou demonstrado.

Entretanto, considerada a data da assinatura do contrato (março/2013), as obras deveriam ser entregues aproximadamente em março de 2005, se não tivesse ocorrido prorrogação, cuja possibilidade também estava prevista no contrato, o que poderia alterar a entrega para julho de 2005.

Ocorre que na ata da assembleia ocorrida em 25.01.2007, já constava a existência das erosões e danos no Residencial Flamboyant (fls. 81), o que demonstra que os problemas iniciaram dentro do prazo de garantia de cinco anos, previstos no artigo 618, do Código Civil.

Assim considerando a provável data da entrega da obra, bem como o prazo prescricional de dez anos aplicável ao presente caso, não há que se falar em prescrição, vez que a ação foi proposta em 29.07.2008, quando sequer havia terminado o prazo de garantia do artigo supracitado.

Desse modo rejeito a preliminar.”

Por essa razão, fica vedada a abertura da discussão quanto à ocorrência da prescrição, na forma do artigo 507 do Código de Processo Civil, que assim dispõe: É vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão.

Nesse sentido:

Agravo interno na apelação cível. Ação de cobrança. Seguro DPVAT. Prescrição trienal. Matéria decidida na fase saneadora do processo. Preclusão. Marco inicial a partir da ciência inequívoca por laudo médico. Prequestionamento.

1. Encontra-se acobertada pela preclusão o debate, na via de apelação cível, acerca da prescrição, uma vez que tal tese foi afastada em decisão saneadora do feito, não tendo sido impugnada oportunamente, via agravo de instrumento, pela parte que se sentiu prejudicada.
2. (...) Agravo interno conhecido e desprovido. Decisão mantida. (TJGO, Apelação nº 0225963-80.2015.8.09.0064, Rel. Delintro Belo de Almeida Filho, 4ª Câmara Cível, julgado em 05.06.2019, DJe de 05.06.2019)

Assim, considerando a incidência do instituto da preclusão, fato é que novo debate sobre a questão retromencionada, ainda que seja de ordem pública, mostra-se impossível, uma vez que restou superado.

Saliente-se, ademais que, nos termos da orientação do colendo Superior Tribunal de Justiça, as decisões interlocutórias que versarem sobre prescrição e decadência são atacáveis, de imediato, pela via do agravo de instrumento, **in verbis**:

Recurso especial. Processo civil. Decisão interlocutória que afasta a prescrição. Decisão de mérito que desafia o recurso de agravo de instrumento. Art. 487, II, C/C art. 1.015, II, DO CPC/15. 1. Segundo o CPC/2015, nas interlocutórias em que haja algum provimento de mérito, caberá o recurso de agravo de instrumento para impugná-las (art. 1.015, II). 2. No atual sistema processual, nem toda decisão de mérito deve ser tida por sentença, já que nem sempre os provimentos com o conteúdo dos arts. 485 e 487 do CPC terão como consequência o fim do processo (extinção da fase cognitiva do procedimento comum ou da execução). 3. As decisões interlocutórias que versem sobre o mérito da causa não podem ser tidas como sentenças, pois, à luz do novel diploma, só haverá sentença quando se constatar, cumulativamente: I) o conteúdo previsto nos arts. 485 e 487 do CPC; e II) o fim da fase de cognição do procedimento comum ou da execução (CPC, art. 203, § 1º). 4. O novo Código considerou como de mérito o provimento que decide sobre a prescrição ou a decadência (art. 487, II, do CPC), tornando a decisão definitiva e revestida do manto da coisa julgada. 5. Caso a prescrição seja decidida por interlocutória, como ocorre na espécie, o provimento deverá ser impugnado via agravo de instrumento. Já se a questão for definida apenas no âmbito da sentença, pondo fim ao processo ou a capítulo da sentença, caberá apelação nos termos do art. 1.009 do CPC. 6. Recurso especial não provido. (STJ, REsp 1778237/RS, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 19.02.2019, DJe 28.03.2019)

Rejeita-se, portanto, aludida prejudicial.

### 3. Da ausência de fundamentação

A ré/2ª apelante argui a nulidade da sentença em virtude da ausência de fundamentação sobre pontos omissos apontados nos embargos de declaração.

Sem razão, contudo. Ao proferir o ato decisório, o magistrado singular declinou os motivos do convencimento adotado, atendendo as peculiaridades da causa.

Com efeito, verifica-se que a matéria objeto da lide foi apreciada minuciosamente, em conformidade com a legislação pertinente à espécie, tendo à oportunidade, inclusive sido deliberado sobre os pontos controvertidos trazidos à baila pela recorrente, atendendo-se, assim, ao disposto nos artigos 11 do CPC e 93, inciso IX, da Constituição Federal. Neste sentido, a jurisprudência:

(...) I. O artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal exige que o ato judicial seja fundamentado, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada alegação ou prova, nem que esteja correto o direcionamento empreendido. (STF, Repercussão Geral na Questão de Ordem no AI 791.292/PE). II. (...) Agravo regimental conhecido e improvido. (TJGO, Órgão Especial, Ag. Reg. nº 449716-80.2015.8.09.0000, Rel. Des. Gilberto Marques Filho, DJe de 13.09.2018)

(...) I. O dispositivo constitucional contido no inciso IX, do art. 93, da Constituição Federal, exige que a decisão seja fundamentada, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o

exame pormenorizado das alegações ou provas. (TJGO, 2ª Câmara Cível, AC nº 129009-74.2016.8.09.0051, Rel. Des. Ney Teles de Paula, DJe de 10.09.2018)

Nessa ordem, fundamentada a decisão, bem assim declinadas as razões do julgador, não resta caracterizada ofensa aos artigos 93, inciso IX, da Constituição Federal e 489, §1º, do novo Diploma Processual Civil.

#### 4. Do julgamento **extra petita**

A ré/2ª apelante sustenta que a sentença é **extra petita**, uma vez que o juiz singular decidiu fora do pedido inicial, haja vista que a autora não pleiteou na petição inicial a demolição da área de lazer. Razão não lhe assiste, entretanto.

Na presente hipótese, a obrigação de fazer pretendida pelo demandante foi convertida em perdas e danos, diante da impossibilidade de atendimento da tutela específica, conforme autorizava o art. 461, § 1º, do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época, que assim dispunha:

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

A referida norma foi reproduzida no art. 499, do atual Estatuto Processual Civil. Confira-se:

Art. 499. A obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Portanto, diante da impossibilidade de reconstrução da área de lazer do Condomínio, por ter sido edificada sobre área de preservação permanente (APP), não incorreu em julgamento **extra petita** o magistrado, ao condenar a ré/2ª apelante em perdas e danos, a serem apurados em liquidação de sentença.

A propósito:

Apelação cível. Ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais. Vício de qualidade. Reiteração de defeitos na bomba de alta pressão. Responsabilidade objetiva e solidária da fabricante e da concessionária. Sentença **extra petita**. Não configurada. Perda parcial do objeto por causa superveniente. Vício não sanado no prazo máximo de 30 dias. Danos morais configurados. Minoração. Astreintes. Não incidência. I - Não se revela extra petita a sentença que converte a obrigação de fazer em perdas e danos. Inteligência do artigo 499, do CPC/15. (...) Apelações conhecidas. Terceira desprovida. Primeira e segunda parcialmente provida. Sentença reformada em parte. (TJGO, Apelação (CPC) 0122652-53.2015.8.09.0006, Rel. Jeova Sardinha de Moraes, 6ª Câmara Cível, julgado em 10.07.2019, DJe de 10.07.2019)

#### 5. Do mérito

A ré/2ª apelante, Construtora Riomax Ltda., sustenta que o autor não comprovou os danos materiais sofridos e tampouco o nexos de causalidade. Ademais disso, imputa a responsabilidade pelos danos ocorridos na área de lazer do Condomínio à Saneamento de Goiás S/A (SANEAGO).

A irresignação não merece acolhida.

Consoante laudo pericial coligido ao feito no evento 03, doc. 100, ao ser questionado quanto ao provável motivo para os danos ocorridos no local, o perito assim se manifestou (item 4.4):

“4) “Qual o motivo provável para os danos ocorridos no local?”

R.: A confecção do aterro, sobre o interceptor existente e a execução deste aterro sem a devida preparação quanto à sua contenção, concorreram para o aparecimento dos danos relatados e vistoriados.”

Mais adiante, perguntado sobre a responsabilidade da concessionária de saneamento, o perito respondeu (item 4.8):

“8) “É possível associar os danos estruturais a alguma conduta ou omissão da companhia de água e abastecimento – SANEAGO?”

R.: Não. Os danos ocorreram por causa do deslizamento do aterro executado pela Construtora Riomax sobre o interceptor, daí não se pode associar à SANEAGO os danos ocorridos.”

Ao responder a mais de um dos quesitos formulados pela ré/2ª apelante, o perito assim se manifestou (item 5.1, 5.2, ):

“1 - “Se a tubulação arrebitada da SANEAGO poderia causar os danos apresentados nos fundos do Condomínio, à margem do Córrego João Cesário, **in casu**, o rebaixamento do terreno, como aparece nas fotos juntas aos autos?”

R.: O rompimento de uma tubulação, como um interceptor pode sim causar os danos apresentados. Mas temos que levar em consideração o que provocou este rompimento. Sobre este interceptor foi executado um grande aterro, inclusive sobre o PV – poço de visita, e não foram feitas obras de contenção à época, para se assegurar a estabilidade deste aterro.”

“2 - “Se a SANEAGO efetuou a regularização topográfica do terreno, através de cortes e aterros de grandes alturas (fl. 309 e 347), ou seja, se houve alguma alteração nas margens do Córrego João Cesário, com eventuais danos ambientais, ambos por atuação da SANEAGO?”

R.: De acordo com que consta nas folhas 309 e 347, quem regularizou a topografia do terreno foi a “notificada”, ou seja a Construtora WBC e Incorporadora Ltda., empresa que não faz parte deste processo.

Já no caso da Construtora Riomax, Indústria e Comércio Ltda., a mesma procedeu também com a regularização topográfica do terreno em tela e não a SANEAGO.”

“3 - “Se a área de preservação porventura existente foi destruída por ação da SANEAGO, conforme documentos de folhas 309 e 346/349?”

R.: A SANEAGO não foi a responsável pelos danos causados na área de preservação permanente – APP. Mais uma vez, os documentos das folhas 309 e 346/349 dizem respeito à Construtora WBC.”

“4 - “Se as erosões que estão ocorrendo atualmente surgiram ou foram agravadas pela regularização topográfica do terreno, através de cortes e aterros de grandes alturas e pelas tubulações de esgoto, efetuadas pela SANEAGO”

R.: Mais uma vez, não foi a SANEAGO quem efetuou a regularização topográfica no local e sim a Construtora Riomax.

“5 - “Se o recalque ou rebaixamento do terreno ocorreu em decorrência do rompimento das tubulações de esgoto da SANEAGO (fotos nos autos)? Se a SANEAGO efetuou os reparos? E se há qualquer risco aos Blocos residenciais Flamboyant?”

R.: Não, como foi descrito anteriormente, os danos ocorreram em consequência do aterro executado fora dos padrões, sobre o interceptor e dentro da APP – Área de Preservação Permanente. Sim, a SANEAGO efetuou os reparos no interceptor de sua responsabilidade. Os blocos residenciais estão com suas estruturas e alvenarias intactas, e não há qualquer risco que possa afetar sua estabilidade.”

Desse modo, acerca da questão, assim bem fundamentou o juízo **a quo**:

“(…) Verifica-se, portanto, que de fato existem danos ao condomínio, bem como ao meio ambiente, sendo os mesmos causados pelo aterro sobre o interceptor da rede de esgoto existente na área e a execução do aterro sem a sua contenção de forma correta e segura, obras estas realizadas pela requerida em Área de Preservação Permanente – APP, conforme constatado pela perícia, o que demonstra a sua responsabilidade tanto na obrigação de fazer, como na reparação dos danos.

Entretanto, diante da irregularidade da obra que foi realizada, não há possibilidade de efetuar os reparos na forma postulada na inicial, baseada na planilha de fls. 47, posto que não poderá a área de lazer ser recuperada, vez que construída de forma irregular, dentro da APP, não tendo a requerida sequer comprovado que possuía autorização específica para tanto.

Deverá sim, a parte requerida, promover a construção do muro de fechamento na área correta, observando os recuos da APP – Área de Preservação Permanente, efetivar a limpeza do leito do córrego e reconstruir o terreno de forma natural.

Observa-se ainda que não há que se falar em reparos em relação aos blocos do edifício, vez que não foi constatada qualquer alteração em sua estrutura decorrentes das erosões notificadas, estando os mesmos intactos, conforme apurado na perícia.

Anote-se, por oportuno, que os defeitos da construção do empreendimento promovida pela empresa requerida atentam não só contra os condôminos, mas também contra o meio ambiente.

Por outro lado, a parte requerida não fez qualquer prova para afastar as alegações da parte autora e a conclusão da perícia, cujo ônus lhe cabia, nos moldes do artigo 333, inciso II, do Código de Processo Civil e artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Logo, deve a empresa requerida, além de promover os reparos supracitados, também indenizar a parte autora pelas perdas e danos, decorrentes da impossibilidade de reconstrução de sua área de lazer, cujos valores deverão ser apurados em liquidação de sentença.”

Mais adiante, ao tratar da responsabilidade da denunciada à lide, Saneamento de Goiás S/A (SANEAGO), o juiz singular assim pontuou:

“Em que pese a parte denunciante ter atribuído a culpa também à Construtora que edificou o Residencial Dom Afonso, esta somente denunciou à lide a SANEAGO.

Entretanto, não restou comprovado nos autos que a SANEAGO tenha contribuído para o evento danoso, pelo contrário, a mesma sofreu também danos em sua tubulação, decorrentes do aterramento irregular feito pela denunciante.

Anote-se, que o fato da área não ter sido desapropriada é irrelevante para a presente lide, vez que a tubulação já existia quando da construção, sendo a mesma ainda realizada em área que não poderia ser construída.

Ora, a denunciante ao realizar uma obra dessa magnitude, tem que se cercar de todos os cuidados necessários para a respectiva construção, inclusive a verificação da existência de servidão administrativa subterrânea, ainda mais em se tratando de área à beira de córrego onde passa rede de esgoto, não tendo demonstrado nos autos que tomou tais cuidados.

Ademais, a perícia deixou claro que inexistiu culpa da SANEAGO no evento que causou o desmoronamento da área de lazer do Residencial Flamboyant.”

Desta feita, não merece reparos a sentença que reconheceu a responsabilidade da ré/2ª apelante, julgando procedente o pedido inicial e improcedente a denunciação à lide.

Diante da constatação de que a área de lazer do Condomínio, ora demandante, havia sido construída em Área de Preservação Permanente, o magistrado **a quo**, por consequência, condenou a ré/2ª apelante a realizar a construção do muro de fechamento na área correta, atentando-se para os recuos da APP, e a indenizar a parte autora/1ª apelante pelas perdas e danos decorrentes da impossibilidade de reconstrução de sua área de lazer, cujos valores deverão ser apurados em liquidação de sentença.

Neste ponto, insurgem-se tanto autor/1º apelante, quanto ré/2ª apelante, visando a reconstrução da área de lazer, com o reconhecimento de que se trata de área consolidada, nos termos da legislação ambiental.

Ao tratar do regime de proteção das Áreas de Preservação Permanente, a Lei nº 12.651/2012, atual Código Florestal, vedou a regularização de futuras intervenções ou supressões de vegetação nativa, além das previstas no referido diploma legal.

Veja-se, **in verbis**:

Art. 8º A intervenção ou supressão de vegetação nativa em Área de Preservação Permanente somente ocorrerá nas hipóteses de utilidade pública, de interesse social ou de baixo impacto ambiental previstas nesta Lei.

(...)

§ 4º Não haverá, em qualquer hipótese, direito à regularização de futuras intervenções ou supressões de vegetação nativa, além das previstas nesta Lei.

Especificamente no que diz respeito à possibilidade de autorização para permanência em Área de Preservação Permanente, a Lei nº 12.651/2012 assim dispõe:

Art. 61-A. Nas Áreas de Preservação Permanente é autorizada, exclusivamente, a continuidade das atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural em áreas rurais consolidadas até 22 de julho de 2008.

Para áreas urbanas, o Código Florestal prevê a possibilidade de regularização fundiária de núcleos urbanos informais que ocupam Áreas de Preservação Permanente, estando condicionada, contudo, à aprovação de projeto de regularização fundiária, ao teor do que preceitua o art. 64 do Código Florestal. Confira-se:

Art. 64. Na Reurb-S dos núcleos urbanos informais que ocupam Áreas de Preservação Permanente, a regularização fundiária será admitida por meio de aprovação do projeto de regularização fundiária, na forma da lei específica de regularização fundiária urbana.

Da leitura dos dispositivos legais, verifica-se a impossibilidade de reconhecimento de que, no caso em exame, se trata de área consolidada, primeiro porque não se trata de área rural e sequer há o desenvolvimento de atividades previstas na norma pertinente. Ademais disso, não se tem um núcleo urbano que demande regularização fundiária.

Cabe destacar ainda que, no curso do processo, ao realizar as obras determinadas na decisão que deferiu a tutela antecipada, a Construtora Riomax Ltda. foi notificada pela Secretaria Municipal do Desenvolvimento Urbano Sustentável do Município de Anápolis-GO, para paralisá-las de imediato, conforme documentação coligida ao feito no evento 03, doc. 55.

É certo que o colendo Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que, em matéria ambiental, não se admite a incidência da teoria do fato consumado. Confira-se:

Administrativo e processual civil. Agravo interno no recurso especial. Ação civil pública. Ocupação e edificação em área de preservação permanente, nas proximidades do Rio Ivinhema/MS. Supressão da vegetação. Concessão de licença administrativa. Ilegalidade. Inaplicabilidade da teoria do fato consumado, em matéria de direito ambiental. Dever de reparação do agente causador do dano ambiental. Precedentes do STJ, em casos idênticos. Agravo interno improvido. I. Agravo interno ajuizado contra decisão publicada em 20.02.2017, que, por sua vez, julgara Recurso Especial interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/73. II. Na origem, trata-se de ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, com o objetivo de obter a condenação do ora agravante em obrigação de fazer, consistente em desocupar, demolir e remover todas as construções, cercas e demais intervenções realizadas em área de preservação permanente, localizada nas proximidades do Rio Ivinhema/MS, bem como em reflorestar toda a área degradada. III. O Tribunal de origem, apesar de reconhecer a existência de edificações, em área de preservação permanente, com supressão da vegetação, em afronta à legislação ambiental, reformou a sentença, para julgar improcedente a ação, sob o fundamento de que a situação encontra-se consolidada, em razão de prévia licença concedida pelo Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul - IMASUL, sendo, assim, descabida a aplicação das medidas de desocupação, demolição de edificações e reflorestamento da área, determinadas pela sentença, sob pena de ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. IV. O STJ, em casos idênticos, firmou entendimento no sentido de que, em tema de Direito



Ambiental, não se admite a incidência da teoria do fato consumado. Nesse contexto, devidamente constatada a edificação, em área de preservação permanente, a concessão de licenciamento ambiental, por si só, não afasta a responsabilidade pela reparação do dano causado ao meio ambiente, mormente quando reconhecida a ilegalidade do aludido ato administrativo, como na hipótese. Nesse sentido: STJ, REsp 1.394.025/MS, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe de 18.10.2013; REsp 1.362.456/MS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 28.06.2013. V. Na forma da jurisprudência, "o novo Código Florestal não pode retroagir para atingir o ato jurídico perfeito, os direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada, tampouco para reduzir de tal modo e sem as necessárias compensações ambientais o patamar de proteção de ecossistemas frágeis ou espécies ameaçadas de extinção, a ponto de transgredir o limite constitucional intocável e intransponível da 'incumbência' do Estado de garantir a preservação e a restauração dos processos ecológicos essenciais (art. 225, § 1º, I)' (AgRg no REsp 1.434.797/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 17.05.2016, DJe 07.06.2016)" (STJ, AgInt no AgInt no AREsp 850.994/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 19.12.2016). Ademais, as exceções legais, previstas nos arts. 61-A a 65 do Código Florestal (Lei 12.651/2012), não se aplicam para a pretensão de manutenção de casas de veraneio, como na hipótese. Nesse sentido: STJ, AgInt nos EDcl no REsp 1.447.071/MS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 02.02.2017; AgInt nos EDcl no REsp 1.468.747/MS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 06.03.2017; AgRg nos EDcl no REsp 1.381.341/MS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 25.05.2016. VI. Estando o acórdão recorrido em dissonância com o entendimento atual e dominante desta Corte, deve ser mantida a decisão ora agravada, que deu provimento ao Recurso Especial do Ministério Público de Mato Grosso do Sul, para restabelecer a sentença, que julgara parcialmente procedente a presente Ação Civil Pública. VII. Agravo interno improvido. (STJ, AgInt no REsp 1382576/MS, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 13.06.2017, DJe 27.06.2017)

Nessa linha, posiciona-se este egrégio Tribunal de Justiça:

Apelação cível. Ação civil pública ambiental. Construção em área de preservação permanente - APP. Margens de usina hidrelétrica. Impossibilidade. Direito adquirido ao poluidor. Fato consumado. Descabimento. Remoção de toda edificação. Recomposição da área. 1. A Carta Magna é a fonte principal do direito ambiental brasileiro, secundada pelas Cartas estaduais e Leis específicas. Segundo o texto legal, o meio ambiente não pertence a indivíduos isolados, mas à generalidade da sociedade (bem de uso comum do povo), devendo ser assegurado e protegido em prol do uso coletivo. 2. Em tema de direito ambiental, não se cogita direito adquirido à devastação, nem se admite a incidência da teoria do fato consumado. Precedentes do STJ. 3. Evidenciado que a edificação encontra-se dentro da área de 100 metros em torno dos lagos formados por hidrelétricas, a qual, por força de lei, é considerada de preservação permanente, impõe-se a remoção da construção e promoção da recomposição da área. Apelação Cível Conhecida e Provida. (TJGO, Apelação Cível 21310-

11.2012.8.09.0036, Rel. Des. Alan S. de Sena Conceição, 5ª Câmara Cível, julgado em 10.12.2015, Dje 1945 de 11.01.2016)

Portanto, deve ser mantida a sentença objurgada que reconheceu a impossibilidade de reconstrução da área de lazer do Condomínio demandante, condenando a ré/2ª apelante a indenizá-lo por perdas e danos.

Prosseguindo, inconforma-se o autor/1º apelante com a improcedência do pedido de indenização por danos morais.

A irresignação, contudo, não prospera.

Com efeito, o condomínio não possui legitimidade para pleitear ressarcimento por danos extrapatrimoniais que porventura tenham sido experimentados pelos condôminos.

Corroborar-se, portanto, a natureza personalíssima do dano imaterial, que diz respeito ao foro íntimo do ofendido.

No mesmo sentido é o entender do Superior Tribunal de Justiça:

Recurso especial. Ação de indenização por danos materiais e compensação de dano moral. Negativa de prestação jurisdicional. Ausência. Legitimidade ativa do condomínio. Pretensão exercida para defender interesse próprio. Natureza jurídica do condomínio. Ente despersonalizado. Violação da honra objetiva. Dano moral não configurado. Julgamento: CPC/15. 1. (...) 5. No âmbito das Turmas que compõem a Segunda Seção do STJ, prevalece a corrente de que os condomínios são entes despersonalizados, pois não são titulares das unidades autônomas, tampouco das partes comuns, além de não haver, entre os condôminos, a **affectio societatis**, tendo em vista a ausência de intenção dos condôminos de estabelecerem, entre si, uma relação jurídica, sendo o vínculo entre eles decorrente do direito exercido sobre a coisa e que é necessário à administração da propriedade comum. 6. Caracterizado o condomínio como uma massa patrimonial, não há como reconhecer que seja ele próprio dotado de honra objetiva, senão admitir que qualquer ofensa ao conceito que possui perante a comunidade representa, em verdade, uma ofensa individualmente dirigida a cada um dos condôminos, pois quem goza de reputação são os condôminos e não o condomínio, ainda que o ato lesivo seja a este endereçado. 7. Diferentemente do que ocorre com as pessoas jurídicas, qualquer repercussão econômica negativa será suportada, ao fim e ao cabo, pelos próprios condôminos, a quem incumbe contribuir para todas as despesas condominiais, e/ou pelos respectivos proprietários, no caso de eventual desvalorização dos imóveis no mercado imobiliário. 8. Hipótese em que se afasta o dano moral do condomínio, ressaltando que, a par da possibilidade de cada interessado ajuizar ação para a reparação dos danos que eventualmente tenha suportado, o ordenamento jurídico autoriza o condomínio a impor sanções administrativas para o condômino nocivo e/ou antissocial, defendendo a doutrina, inclusive, a possibilidade de interdição temporária ou até definitiva do uso da unidade imobiliária. 9. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp 1736593/SP, Relª. Minª. Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 11.02.2020, Dje 13.02.2020)

Agravo interno. Recurso especial. Processual civil. Decisão de admissibilidade. Omissão no julgado. Inexistência. Acórdão em harmonia com a jurisprudência do STJ. Precedentes. 1. O

acórdão recorrido enfrentou coerentemente as questões postas a julgamento, mediante clara e suficiente fundamentação, de modo que não merece reparo algum. 2. O entendimento adotado pelo Tribunal de origem está em harmonia com a mais recente jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que os condomínios não possuem personalidade jurídica própria, nem detém legitimidade para demandar direitos dos condôminos em ação de indenização por danos morais. Precedentes. 3. Agravo interno a que se nega provimento. (STJ, AgInt no REsp 1812546/MG, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 26.11.2019, Dje 09.12.2019)

No que tange ao ônus de sucumbência, não merece guarida a pretensão recursal da ré/2ª apelante, que sustenta que o autor decaiu da maior parte dos seus pedidos ou que houve sucumbência recíproca.

Ao revés, há que se reconhecer que a ré/2ª apelante restou vencida na maior parte dos pedidos, devendo ser a ela atribuído integralmente o ônus da sucumbência, tal qual decidido na sentença de 1º grau.

Ao teor do exposto, conheço do agravo retido e das apelações cíveis e nego-lhes provimento, para manter inalterada sentença por estes e seus próprios fundamentos.

Sem majoração dos honorários advocatícios, no que diz respeito à lide principal, porque já foram arbitrados no grau máximo na 1ª instância.

Quanto à lide secundária, nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, majoro os honorários advocatícios em favor do causídico da denunciada à lide para R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

É como voto.

Des<sup>a</sup>. Nelma Branco Ferreira Perilo – Relatora

Apelação Cível nº 0306807.09.2014.8.09.0175

Comarca de Goiânia

Apelante: Eva Divina Fernandes dos Santos Machado

Apelado: Manuel de Sousa Machado

Redator: Des. Norival Santomé

**EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DEVOLUÇÃO DE BENS. ANULAÇÃO DE COMPRA E VENDA. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE. DECADÊNCIA. PRAZO AFASTADO. JULGAMENTO **EXTRA PETITA** RECONHECIDO DE OFÍCIO. ADEQUAÇÃO. PRINCIPIO DA ADSTRIÇÃO. CASAMENTO REALIZADO NO ESTRANGEIRO. BENS ADQUIRIDOS NO BRASIL EM NOME DE UM SÓ DOS CÔNJUGES. RECONHECIMENTO DA

NULIDADE PARCIAL (ART. 167, § 1º, II, CC). RETIFICAÇÃO NA ESCRITURAÇÃO DOS BENS, PARA CONSTAR O REAL ESTADO CIVIL DA CÔNJUGE VIRAGO E INCLUIR O NOME DO CÔNJUGE VARÃO. PARCIAL PROVIMENTO DO APELO. REDISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS, PRO RATA.

**I** - Como não corre a decadência durante o casamento (artigo 197, I, Código Civil), o prazo decadencial de 4 (quatro) anos, para anulação do negócio jurídico, inicia-se a partir da separação do casal, não transcorrendo, no caso dos autos, mais de 4 (quatro) anos até o ajuizamento da demanda, impõe-se a rejeição da prefacial.

**II** - Constatado que a sentença recorrida extrapola os limites do pedido inicial, cumpre proceder à sua adequação aos pedidos exordiais, em observância ao princípio da adstrição, decotando a parcela excedente, sem a necessidade de se fulminar o ato decisório em sua integralidade.

**III** - Não comprovado nos autos que os bens adquiridos na constância do casamento foram pagos com recursos exclusivos de um dos cônjuges, e estando esses escriturados apenas em nome da cônjuge virago, impõe-se o reconhecimento da nulidade, **ex vi** do art. 167, II, CC, para determinar a retificação na escrituração, fazendo constar o real estado civil dos adquirentes, qual seja o de “casado”, bem como para incluir o nome do cônjuge varão, também, como comprador dos imóveis descritos na inicial.

**IV** - Tendo em vista o parcial provimento do recurso, impõe-se a redistribuição dos ônus sucumbenciais, devendo cada parte arcar com 50% dos honorários advocatícios, em observância à sucumbência recíproca.

**V** - Apelação conhecida e parcialmente provida.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 0306807.09, acordam os integrantes da 3ª Turma Julgadora da 6ª Câmara Cível, por maioria, em conhecer e parcialmente prover o recurso, nos termos do voto do Desembargador Norival Santomé, designado redator do acórdão. Ficou vencido o relator, Desembargador Fausto Moreira Diniz. Fez sustentação oral, em sessão anterior, Dr. Newton Lins Teixeira de Carvalho, pelo apelante.

Presidiu a sessão o Desembargador Jeová Sardinha de Moraes.

Votaram com o redator a Desembargadora Sandra Regina Teodoro Reis e os Desembargadores Jairo Ferreira Júnior e Jeová Sardinha de Moraes.

Participou da sessão a ilustre Procuradora de Justiça Dra. Sandra Beatriz Feitosa de Paula Dias.

Des. Norival Santomé - Redator

(Datado e assinado digitalmente conforme arts. 10 e 24 da Resolução nº 59/2016 do TJGO)

## VOTO PREVALECENTE

Conforme relatado, trata-se de recurso de apelação cível interposto por Eva Divina Fernandes dos Santos Machado (Movimentação de nº 97), contra a sentença (Movimentação de nº 94) proferida em audiência pelo MM. Juiz de Direito da 12ª Vara Cível da comarca de Goiânia, Dr. Silvânio Divino de Alvarenga, nos autos da ação de devolução de bens movida por MANUEL DE SOUSA MACHADO.

Na inicial, Manuel de Sousa Machado, português, narra que ajuizou ação de devolução de bens em desfavor de Eva Divina Fernandes dos Santos Machado, brasileira, em virtude de casamento contraído no exterior, no dia 24.11.1998, em San José, Estado da Califórnia - EUA, separando-se de corpos em junho/2012, afirmando que, neste período, adquiriu bens no Brasil, mediante repasse de patrimônio próprio e exclusivo para a requerida que, por sua vez, adquiriu os imóveis e veículos no Brasil em nome próprio.

Na parte dispositiva, o magistrado julgou procedente o pedido inicial, nos seguintes termos:

*“Isto posto, julgo procedente a presente ação para declarar todos os bens da inicial como do autor uma vez que ficou comprovado no processo que eles foram adquiridos com recursos exclusivamente do autor pela venda de imóveis e pelo recebimento de uma herança na ilha dos açores. Condeno a autora em honorários de R\$ 10.000,00 em razão do valor atribuído a causa ser baixo e nas custas judiciais.*

*Intime-se as partes pelo site.” (sic).*

O voto do eminente Relator, Desembargador Fausto Moreira Diniz, foi no sentido de dar provimento ao recurso apelatório para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido inicial, invertendo-se, de consequência, os ônus de sucumbência, posto que vencido o autor/apelado.

Pedi então vista dos autos para melhor avaliação quanto ao mérito recursal, diante das peculiaridades do caso.

Primeiramente, insta esclarecer, no tocante à alegada ocorrência do prazo decadencial de 4 (quatro) anos para a pretensão de anulação dos negócios jurídicos de compra e venda discutidos.

De acordo com o artigo 178 do Código Civil:

“Art. 178 – É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulabilidade do negócio jurídico contado:

I - (...).

II – no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico.

Ocorre que, durante o casamento, não corre prazo prescricional ou decadencial, conforme estabelece o artigo 197 do Código Civil:

“Art. 197. Não corre a prescrição:

I - entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal;”

Destarte, no caso, o prazo decadencial somente passa a correr após o encerramento da sociedade conjugal.

Neste sentido, já me posicionei:

Apelação cível. Ação anulatória de ato jurídico. Pacto antenupcial. Alegação de coação. Decadência reconhecida. 1. Para se anular pacto antenupcial sob alegação de coação, incide o prazo decadencial de quatro anos, previsto no art. 178, I, CC, o qual não flui durante a constância do casamento (arts. 197, I, c/c 207, CC). 2. No caso dos autos, a coação cessou com a separação de fato do casal, sendo que a respectiva ação foi protocolizada após escoado o prazo decadencial. Recurso conhecido e desprovido. (TJGO, 6ª CC, AC nº 0137090-80.2014.8.09.0051, Rel. Des. Norival Santomé, DJe de 25.06.2020). Grifei.

Dessa forma, não correndo o prazo decadencial durante o casamento (artigo 197, I, Código Civil), esse passa a correr a partir da separação do casal que, conforme consta nos autos, foi em junho/2012. Assim, sendo o prazo decadencial de 4 (quatro) anos para anulação do negócio jurídico, não há falar em decadência se a demanda foi ajuizada em 22.08.2014.

Rechaçada, pois, a prefacial.

2. Quanto ao mérito recursal, consta da inicial que o casal se conheceu nos Estados Unidos da América, onde se casaram em Regime de Comunhão Parcial de Bens, tendo o casamento sido formalizado e homologado em Consulado Brasileiro (arquivo 4 – Movimentação nº 3),.

Alega, ainda, o autor/apelado, que durante o convívio do casal, foram adquiridos bens imóveis e veículos, no Brasil, exclusivamente no nome da cônjuge virago, Eva Divina Fernandes dos Santos Machado, e que a aquisição de tais bens fora realizada com dinheiro exclusivamente do autor, em decorrência da venda de bens em Portugal, recebidos em herança dos seus pais, colacionando aos autos cópias dos contratos de compra e venda dos imóveis em Portugal.

Afirma, ainda, o apelado a nulidade do negócio jurídico, nos termos do artigo 167 do Código Civil, uma vez que a Requerida na primeira aquisição do Imóvel do Setor Coimbra com escritura datada de 23.10.2003, (doc. fis. 27 a 29) declarou falsamente ser divorciada. Sendo que no segundo imóvel do setor Parque Maracanã, com escritura datada de 05.11.2004, declarou ser casada em regime de separação total de bens, (doc. fls. 30 a 32) com o Requerente (Manuel de Sousa Machado).

Busca, assim, o autor/apelado a devolução integral dos imóveis registrados em nome da apelante.

Por seu turno, a requerida/apelada justificou que a supressão da condição de casada se deu pelo simples fato de que para a aquisição dos imóveis no Brasil, há a necessidade de ter o adquirente registro no Cadastro de Pessoa Física – CPF junto à Receita Federal. Portanto, se se tratar de pessoa casada, há a necessidade de que os cônjuges tenham o cadastro na RFB, para fins de declaração e controle dos impostos a serem pagos no país.

Pois bem. De início, analisada a natureza da ação, bem como os pedidos declinados pela parte autora constato a ocorrência de error in procedendo quanto ao reconhecimento, pelo magistrado a quo, de matéria afeta à ação de divórcio e partilha a ser ajuizada pelo casal, ao fundamentar que:

15. A presente ação tem base no artigo 1659, I e II, do CC. Cito esse dispositivo:

Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:

I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;

II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;

A ação também tem suporte no artigo 1661. Cito esse artigo literalmente:

Art. 1.661. São incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento.

Veja-se que, o autor, ora apelado, afirma, tão somente, a existência de nulidade do negócio jurídico, nos termos do artigo 167 do Código Civil, por ter a Requerida na aquisição do primeiro imóvel, o sobrado do Setor Coimbra, com escritura datada de 23.10.2003, (doc. fls. 27 a 29) declarado, falsamente, ser divorciada. Sendo que no segundo imóvel, do setor Parque Maracanã, com escritura datada de 05.11.2004, declarou ser casada em regime de separação total de bens, (doc. fls. 30 a 32) com o Requerente (Manuel de Sousa Machado).

Assim, na inicial, o Autor/Apelado delimita sua causa de pedir no sentido de que sejam os bens ali enumerados, reconhecidos de sua propriedade, em razão de eventual nulidade quando da respectiva escrituração, afirmando que foram adquiridos com recursos exclusivos da parte autora.

Em nenhum momento, o autor questiona o regime de bens e/ou a exclusão, ou incomunicabilidade de bens adquiridos pelo casal, como reconhecido na sentença, no citado item nº 15.

Observe-se, na íntegra, o requerimento deduzido na inicial, **verbis**;

- Seja julgada procedente a presente ação para que condene a ré a devolver todos os imóveis e os veículos acima discriminados e elencados, transferindo as propriedades ao Autor, junto aos Registros de imóveis respectivos e Departamento Estadual de Trânsito de Goiás - DETRAN;

d) seja julgada procedente a presente ação para declarar a anulação parcial das "Escrituras Públicas de Compra e Venda" no tocante a inserção do nome da ré, com o objetivo de retificar e devolver ao acervo de bens do autor que foi lavrada sob efeito fraude contra o cônjuge e/ou falsidade ideológica perante Serviço Notarial do 7º Tabelionato de Notas, Flaminio Franco de Castro, com Protocolo 119.584, Livro 1136, Folha 112, lavrada em 23.10.2003 - da casa do setor Coimbra (doc. fls. 27 a 29) - que constou como "Outorgada Compradora" Eva Divina Fernandes dos Santos, para que passe a figurar como comprador o autor e seu marido, Manuel de Sousa Machado, ambos qualificados no preâmbulo.

E via de consequência expedindo mandado dirigido ao 1º Cartório de registro de imóveis desta Comarca, ordenando-se a anulação parcial dos Registros feitos na matrícula R15-39.528, cadastrado na Prefeitura Municipal de Goiânia sob o nº 408.081.0416.001-8, determinando que figurem como adquirentes o autor;

Se retifique em mesmo sentido perante o 7º Tabelionato de Notas, Flaminio Franco de Castro, Protocolo 123.554, Livro 1190, Folha 39, lavrada em 05.11.2004 - dos dois terrenos do setor Parque Maracanã - (doc. fls. 30 a 32), que constou como "Outorgada Compradora" Eva Divina Fernandes dos Santos Machado, para que passe a figurar como comprador o autor e seu marido, Manuel de Sousa Machado, já qualificados no preâmbulo.

Consequente expedindo mandado dirigido ao 2º Cartório de Registro de Imóveis desta Comarca, ordenando-se a anulação parcial dos Registros feitos na matrícula R 6.9268, cadastrado na Prefeitura Municipal de Goiânia sob o nº 443.006.0360.000-3 e 443.006.1136.000-3 determinando que figurem como adquirentes o autor;

e) A condenação da ré a devolução de todos os pagamentos que recebeu pelo aluguel da casa do Setor Coimbra e que não repassou ao autor desde junho de 2012.

f) Determinação para que a imobiliária deposite os valores dos aluguéis na conta do autor Manuel de Sousa Machado. Banco do Brasil AG 4864-x CC10.681-x agência portal shopping.

g) a condenação da ré aos pagamentos das custas processuais e honorários advocatícios;

Nos ensinamentos de Daniel Assumpção (**in** Manual de Direito Processual Civil - Volume único. 8 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016), que bem se aplica ao caso “(...) a sentença **extra petita** é tradicionalmente considerada como a sentença que concede algo diferente do que foi pedido pelo autor. O art. 322, **caput**, do Novo CPC exige do autor que o pedido formulado seja certo, regra aplicável ao pedido imediato e mediato, sendo que a sentença que não respeita a certeza do pedido gera vício que a torna nula, sendo **extra petita** sempre que conceder ao autor algo estranho à certeza do pedido. Sentença **extra petita** é, portanto, sentença que concede tutela jurisdicional diferente da pleiteada pelo autor, como também a que concede bem da vida de diferente gênero daquele pedido do autor.”

Logo, o magistrado **a quo** ao reconhecer a exclusão de comunhão de bens, e a incomunicabilidade dos bens adquiridos no Brasil, e julgar procedente a ação para declarar todos os bens da inicial como do autor uma vez que ficou comprovado no processo que eles foram adquiridos com recursos exclusivamente do autor pela venda de imóveis e pelo recebimento e uma herança a ilha dos açores, extrapolou o pedido inicial, restando caracterizado o julgamento **extra petita**.

Não se ignora que “É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida (...)” (art. 492, CPC), e que o julgamento **extra petita** enseja o decotamento da parte em que excede o limite da inicial, conforme entendimento deste Tribunal de Justiça, inclusive, com julgado de minha Relatoria:

“Apelação cível. Ação de indenização por danos patrimoniais e morais. Julgamento **extra petita**. Adequação. Princípio da adstrição. Vício de construção. Danos materiais configurados. Responsabilidade da construtora. Danos morais. Presumidos. Direito à moradia. 1. Constatado que a sentença recorrida extrapola os limites do pedido inicial cumpre proceder à sua adequação aos pedidos exordiais, em observância ao princípio da adstrição, decotando a parcela excedente, sem a necessidade de se fulminar o ato decisório em sua integralidade. 2. (...) 4. Apelação cível conhecida e provida. (TJGO, Apelação (CPC) 0268426-76.2015.8.09.0051, Rel. Norival de Castro Santomé, 6ª Câmara Cível, julgado em 21.11.2018, DJe de 21.11.2018)

Portanto, reconhecido o **error in procedendo** cumpre tornar sem efeito a parte da sentença em que reconheceu no item nº 15, a incidência do preceito do artigo 1.659, incisos I e II do Código Civil, que dispõem acerca dos bens que se excluem da comunhão, e artigo 1.661 do Código Civil que



estabelece a incomunicabilidade de bens, matéria essa a ser dirimida na ação de divórcio a ser ajuizada no país em que realizado o casamento.

3. Em relação à origem dos recursos para a aquisição dos bens no Brasil, o autor/apelado afirmou que a compra dos bens no Brasil foram realizadas com recursos financeiros advindos de venda de bens particulares, recebidos por herança, em Portugal.

Primeiramente, insta salientar que não foi acostado aos autos qualquer documento comprobatório do recebimento de herança, pelo autor/apelado, mas tão somente demonstrado nos autos de que ele possuía bens em Portugal e que os alienou.

Verifica-se que as Escrituras Públicas de fls. 27/32 dos autos digitalizados, correspondentes aos imóveis objetos da presente ação, são datados, o primeiro (sobrado) de 23.10.2003 e o segundo (gleba de terras) de 05.11.2004.

Da análise dos autos e toda documentação colacionada, constata-se que, de fato, Manuel de Sousa Machado vendeu um prédio rústico a Albano de Sousa Matos, localizado na Ilha de São Jorge, Açores, Portugal, conforme Contrato de Promessa de Compra e Venda, datado de 07.03.2005, pelo valor de U\$ 30.000,00 (trinta mil dólares americanos) (movimentação 3, arquivo 6).

De igual forma, constatada a venda, de outro imóvel de propriedade do autor, também um imóvel rústico, composto de mato, em Vinhas de Dentro ou Jesus, Maria e José, freguesia de Urzelina, alienado à Arnaldo Serafim de Sousa Matos, representado por seu procurador, João Lucas de Barcelos, conforme contrato de compra e venda datado de 14.06.2006, no valor de £ 30.000,00 (trinta mil euros), conforme documentos acostados no evento nº 03, doc. 06, fl.17/18 e 19/21.

Constam, também, nos autos, documentos comprobatórios de transferência bancária efetuada pelo autor para a conta da requerida, no Banco do Brasil S/A, no valor de US\$ 25.000,00, datado de 27.03.2010 (fl. 26, doc. 06 – evento nº 3).

De outro lado, a requerida/apelada afirma que, assim como o Autor, que exercia o ofício de carpinteiro, a Contestante sempre trabalhou e o fruto do seu labor era mensalmente depositado na conta conjunta do casal, dinheiro que era utilizado para a aquisição de bens, para a realização de investimentos e para o sustento do casal, e que nenhum documento colacionado nos autos pelo Autor leva à conclusão de que este fora o responsável pelo pagamento dos bens objeto da presente demanda, os quais foram adquiridos na constância do casamento e com esforços conjuntos (juntou extratos bancários).

Paralelamente, todas as testemunhas ouvidas em juízo, quando da realização da audiência de instrução e julgamento, apenas afirmaram que o autor/apelado, lhes contou que os bens adquiridos foram pagos com recursos provenientes da venda de bens particulares do autor, mediante transferência para conta da requerida/apelante (Testemunhas: Erika Leal Marques, Cleiryston Leal Marques Pereira e Albenice Pereira de Almeida e Lourismar Alves Ribeiro – movimentação nº 93).

Acerca do ônus da prova, prescreve o artigo 373 do Código de Processo Civil, **verbis**:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor

Veja-se, assim, que o autor comprovou possuir bens particulares, em seu nome, em Portugal mas não provou que foi por meio da venda dos referidos bens que possibilitou adquirir os bens relacionados na inicial, até porque como dito em linhas volvidas, as transações comerciais realizadas em Portugal, são posteriores às datas das escrituras dos imóveis, não restando provado que os recursos dispendidos com o pagamento dos imóveis comprados no Brasil, eram pertencentes exclusivamente ao autor.

De outro lado, restou comprovado pela requerida/apelante, conforme extratos bancários colacionados, que o casal possuía conta bancária, em conjunto, nos Estados Unidos, e, ainda, a existência de conta individual em seu nome (Eva Machado), também, naquele país, a comprovar que auferia renda com seu trabalho (movimentação nº 11- arquivos 6 e 7).

Resta inconteste, no entanto, que a requerida/apelante, por sua procuradora constituída, declarou quando da escrituração do primeiro imóvel adquirido, qual seja o sobrado nº 1 do Residencial Renata, no Setor Coimbra, em Goiânia, ser divorciada (fls. 27/29 dos autos digitalizados) e, quando da segunda escrituração, referente à compra das duas glebas de terras nº 166 e 167 no Parque Maracanã (fls. 30/32 dos autos digitalizados) declarou ser casada sob o regime de separação total de bens.

Dispõe o artigo 167 do Código Civil, **verbis**:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º. Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I – aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

Dessa forma, da análise das provas colacionadas, é estreme de dúvidas a nulidade dos atos jurídicos perpetrados, referentes a compra e venda dos imóveis, objeto da presente ação, a ensejar a sua retificação, relativamente à pessoa do comprador, nas Escrituras de Compra e Venda lavradas perante o 7º Tabelionato de Notas de Goiânia, uma vez devidamente comprovado que o casal possuía renda em comum, tanto pela conta bancária em conjunto, nos Estados Unidos, como pela transferência de valores em 2010, para conta bancária da cônjuge virago no Brasil. Portanto, adquiriram os bens no Brasil, durante a constância do casamento, devendo constar nos respectivos assentos, o correto estado civil da Requerida, Eva Divina Fernandes dos Santos Machado, de casada, e conseqüentemente, também o nome de Manuel de Sousa Machado, na condição de cônjuge/comprador, nas Escrituras lavradas.

Acerca da Retificação de Registro, dispõe a Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73), **verbis**:

Art. 176 - O Livro nº 2 - Registro Geral - será destinado, à matrícula dos imóveis e ao registro ou averbação dos atos relacionados no art. 167 e não atribuídos ao Livro nº 3.

Parágrafo único - A escrituração do Livro nº 2 obedecerá às seguintes normas:

§ 1º A escrituração do Livro nº 2 obedecerá às seguintes normas: (Renumerado do parágrafo único, pela Lei nº 6.688, de 1979)

I - cada imóvel terá matrícula própria, que será aberta por ocasião do primeiro registro a ser feito na vigência desta Lei;

II - são requisitos da matrícula:

1) o número de ordem, que seguirá ao infinito;

2) a data;

3) a identificação do imóvel, feita mediante indicação de suas características e confrontações, localização, área e denominação, se rural, ou logradouro e número, se urbano, e sua designação cadastral, se houver;

3) a identificação do imóvel, que será feita com indicação:

a - se rural, do código do imóvel, dos dados constantes do CCIR, da denominação e de suas características, confrontações, localização e área;

b - se urbano, de suas características e confrontações, localização, área, logradouro, número e de sua designação cadastral, se houver.

4) o nome, domicílio e nacionalidade do proprietário, bem como:

a) tratando-se de pessoa física, o estado civil, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda ou do Registro Geral da cédula de identidade, ou à falta deste, sua filiação; destaquei

Art. 212. Se o registro ou a averbação for omissa, imprecisa ou não exprimir a verdade, a retificação será feita pelo Oficial do Registro de Imóveis competente, a requerimento do interessado, por meio do procedimento administrativo previsto no art. 213, facultado ao interessado requerer a retificação por meio de procedimento judicial.

Art. 213. O oficial retificará o registro ou a averbação:

I - de ofício ou a requerimento do interessado nos casos de:

g) inserção ou modificação dos dados de qualificação pessoal das partes, comprovada por documentos oficiais, ou mediante despacho judicial quando houver necessidade de produção de outras provas; grifei

Art. 216 - O registro poderá também ser retificado ou anulado por sentença em processo contencioso, ou por efeito do julgado em ação de anulação ou de declaração de nulidade de ato jurídico, ou de julgado sobre fraude à execução.

Assim sendo, se mostra impositiva a modificação da sentença conforme declinado em linhas volvidas, para determinar, a retificação nas Escrituras Públicas de Compra e Venda, lavradas no 7º Tabelionato de Notas da comarca de Goiânia: 1) constante no Livro 1136, fls. 112/114, Protocolo 119.584, referente ao Sobrado nº 1, do Residencial Renata, situado à Rua 261, esquina com a Rua 284, zona residencial, no Setor Coimbra, nesta capital; 2) constante do Livro 119, fls. 39/41, Protocolo 123.554, referente a duas glebas de terras de números 166 e 167, situadas na Fazenda São Domingos, lugar denominado Parque Maracanã, nesta capital, para incluir, também, como comprador Manuel de Sousa Machado, na condição de cônjuge de Eva Divina Fernandes dos Santos Machado.

No que pertine à propriedade dos veículos automotores descritos na inicial, na impossibilidade de registro de veículo em nome de duas pessoas, junto ao Departamento de Trânsito

do Estado de Goiás, mantenho-os no nome da requerida, o que não causará prejuízo uma vez que serão objeto de partilha em ação própria a ser ajuizada pelo casal, nos Estados Unidos.

É se se consignar, ainda, quanto aos pedidos do autor de condenação da ré a devolução de todos os pagamentos que recebeu pelo aluguel da casa do Setor Coimbra e que não repassou ao autor desde junho de 2012, e determinação para que a imobiliária deposite os valores dos aluguéis na conta do autor Manuel de Sousa Machado. Banco do Brasil AG 4864-x CC10.681-x agência portal shopping, devem ser postulados em ação própria.

De consequência, impõe-se a redistribuição dos ônus sucumbenciais, mantendo-os em R\$10.000,00 (dez mil reais) divididos pro rata (50% para cada parte), em observância à sucumbência recíproca.

Ao teor do exposto, divergindo do posicionamento adotado pelo eminente Desembargador Relator, conheço do recurso interposto, e de ofício reconhecendo o *error in procedendo* cumpre tornar sem efeito a parte da sentença em que reconheceu no item nº 15, a incidência do preceito do artigo 1.659, incisos I e II do Código Civil, que dispõem acerca dos bens que se excluem da comunhão, e artigo 1.661 do Código Civil que estabelece a incomunicabilidade de bens, matéria essa a ser dirimida na ação de divórcio a ser ajuizada no país em que realizado o casamento; e dar parcial provimento ao apelo para determinar a retificação nas Escrituras Públicas de Compra e Venda, lavradas no 7º Tabelionato de Notas da comarca de Goiânia: 1) constante no Livro 1136, fls. 112/114, Protocolo 119.584, referente ao Sobrado nº 1, do Residencial Renata, situado à Rua 261, esquina com a Rua 284, zona residencial, no Setor Coimbra, nesta capital; 2) constante do Livro 119, fls. 39/41, Protocolo 123.554, referente a duas glebas de terras de números 166 e 167, situadas na Fazenda São Domingos, lugar denominado Parque Maracanã, nesta capital, para incluir como comprador Manuel de Sousa Machado, na condição de cônjuge de Eva Divina Fernandes dos Santos Machado, nos termos retro expostos.

É o voto.

Desembargador Norival Santomé - Redator

Datado e assinado digitalmente conforme arts. 10 e 24 da Resolução nº 59/ 2016 do TJGO

Apelação Cível nº 118754-10.2015.8.09.0175

Comarca de Goiânia

Apelantes: Odini Alves Gomes e Outro(s)

Apelada: Jordana Alves de Melo

Relatora: Desª. Sandra Regina Teodoro Reis

**EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE MATERNIDADE POST MORTEM COM PEDIDO LIMINAR. FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA. REQUISITOS. AUSÊNCIA. POSSE DO ESTADO DE

FILHO INEXISTENTE. AUSENTE VOLUNTARIEDADE DA PRETENSA MÃE. SENTENÇA REFORMADA. INVERSÃO DOS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA.

**I** - Insta salientar que a constituição da filiação socioafetiva perpassa, necessariamente, pela vontade e pela voluntariedade do apontado pai ou mãe, ao despende afeto, de ser reconhecido como tal.

**II** - O reconhecimento da filiação socioafetiva não pode ser presumida, sobretudo porque a falecida teve um longo período de vida para externar de modo expresso e inequívoco sua vontade de reconhecer o vínculo materno e não o fez.

**III** - Ausente, no caso concreto, a vontade inequívoca da pretensa mãe socioafetiva, não há se falar em caracterização da maternidade socioafetiva entre a sra. Maria das Dores Cândido Rosa e a sra. Jordana Alves de Melo.

**IV** - Imperativa a modificação da sentença verberada, para o fim de afastar o reconhecimento da maternidade socioafetiva **post mortem**, vez que o vínculo afetivo existente entre a falecida e a apelada era de caráter familiar, desprovido do intento materno filial.

**V** - Tendo em vista o resultado ora preconizado, mister inverter os encargos sucumbenciais, para o fim de condenar a autora/apelada ao pagamento das custas processuais e verba honorária, esta arbitrada em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), observada a suspensão de sua exigibilidade decorrente da concessão dos benefícios da justiça gratuita.

APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E PROVIDA.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 118754-10.2015.8.09.0175 da Comarca de Goiânia, em que figura como apelantes Oदिni Alves Gomes e Outro (s) e como apelada Jordana Alves de Melo.

Acordam os integrantes da Quarta Turma Julgadora da 6ª Câmara Cível, à unanimidade de votos, em conhecer e prover a Apelação Cível, nos termos do voto da Relatora.

A sessão foi presidida pelo Desembargador Jeová Sardinha de Moraes.

Votaram com a Relatora, Desembargador Jeová Sardinha de Moraes e Desembargador Fausto Moreira Diniz que completou a turma.

Presente o Ilustre Procurador de Justiça Dr. Eliseu José Taveira Vieira.

Desª. Sandra Regina Teodoro Reis – Relatora

Datado e Assinado digitalmente conforme artigos. 10 e 24 da Resolução nº 59/2016 do TJGO

### VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

Consoante relatado, trata-se de recurso apelatório veiculado por Odini Alves Gomes, Luzia Alves Gomes de Almeida, Nerciomar Rufino Alves, Sebastião Rufino Alves, Donizete Rufino Alves, Pedro Rufino Alves, Donizete Rufino Alves, Ângelo Antônio Rufino Alves, Ozana Joaquina de Moura, Adriana Moura Rufino, Juliana Moura Rufino, Luciana Moura Rufino, Adélia Rodrigues de Ávila, Rosilene Alves da Silva, Maria Helena Ávila da Silva, Rosângela Amélia Silva Soares, Sueli de Jesus Alves, Ermida Helena Nery Alves, Carmem Lúcia Nery Alves, Carlos Augusto Nery Alves e Cláudia Helelna Nery Alves contra sentença<sup>1</sup> prolatada pela MM<sup>a</sup> Juíza de Direito da 4<sup>a</sup> Vara de Família e Sucessões da comarca de Goiânia, Dra. Denise Gondim de Mendonça, nos autos da “ação de investigação de maternidade post mortem com pedido de liminar” ajuizada em seu desproveito por Jordana Alves de Melo que julgou procedente o pleito inaugural, reconhecendo e declarando a existência de maternidade socioafetiva entre a autora/apelada e Maria das Dores Cândido Rosa, extinguindo o feito com resolução do mérito, nos termos do art. 487, I do CPC.

Por efeito de sucumbência, foram os Vencidos/Apelantes (com exceção de Maria Aparecida Alves) condenados ao pagamento das custas processuais e verba honorária, esta arbitrada em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais).

Funda a insurgência a tese de que a relação estabelecida entre a falecida e a apelada era de caráter afetivo familiar, desprovida, todavia, do intuito materno-filial (sem a manifestação de vontade da falecida de ter a recorrida como filha).

Primeiramente, insta salientar que a constituição da filiação socioafetiva perpassa, necessariamente, pela vontade e, mesmo, pela voluntariedade do apontado pai ou mãe, ao despendar afeto, de ser reconhecido como tal.

Isso significa que as manifestações de afeto e carinho por parte de pessoa próxima àquele que se diz filho somente terão o condão de convolarem-se numa relação de filiação, se, além da caracterização do estado de posse de filho, houver, por parte daquele que despende o afeto, clara e inequívoca intenção de ser concebido como pai ou mãe.

Vale dizer que a Constituição Federal rompeu com os fundamentos da filiação na origem biológica e na legitimidade, quando igualou os filhos de qualquer origem, inclusive os gerados por outros pais.

De igual forma, o Código Civil de 2002 girou completamente da legitimidade e de sua presunção, em torno da qual a legislação anterior estabeleceu os requisitos da filiação, para a paternidade/maternidade de qualquer origem, não a radicando mais e exclusivamente na origem genética. Portanto, a origem genética, por si só, não é suficiente para atribuir ou negar a paternidade, por força da interpretação sistemática do Código Civil e de sua conformidade com a Constituição.

Neste flanco, consolidou-se o entendimento de que a noção de família norteia-se pela afetividade, sendo tal posicionamento já sedimentado no âmbito do colendo STJ. Confira-se:

“Direito de família. Ação negatória de paternidade. Exame de DNA negativo. Reconhecimento de paternidade socioafetiva. Improcedência do pedido.

1. Em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de

filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado na convivência familiar. Vale dizer que a pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode prosperar, quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade socioafetiva.

2. No caso, as instâncias ordinárias reconheceram a paternidade socioafetiva (ou a posse do estado de filiação), desde sempre existente entre o autor e as requeridas. Assim, se a declaração realizada pelo autor por ocasião do registro foi uma inverdade no que concerne à origem genética, certamente não o foi no que toca ao desígnio de estabelecer com as então infantes vínculos afetivos próprios do estado de filho, verdade em si bastante à manutenção do registro de nascimento e ao afastamento da alegação de falsidade ou erro.

3. Recurso especial não provido” (STJ, 4ª Turma, REsp 1059214/RS, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, julgado em 16.02.2012, publ. DJe 12.03.2012).

“reconhecimento de filiação. Ação declaratória de nulidade. Inexistência de relação sanguínea entre as partes. Irrelevância diante do vínculo socioafetivo. (...)

- O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo socioafetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação socioafetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado e registro civil.

- O STJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação socioafetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai socioafetivo. A **contrario sensu**, se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica.

Recurso conhecido e provido” (STJ, 3ª Turma, REsp 878.941/DF, Relª. Minª. Nancy Andrighi, julgado em 21.08.2007, publ. DJ 17.09.2007, p. 267). grifou-se

Acerca da filiação socioafetiva, tem-se que esta se lastreia em ato de vontade “(...) cimentada, cotidianamente, no tratamento e na publicidade, colocando em xeque, a um só tempo, a verdade biológica e as presunções jurídicas. Socioafetiva é aquela filiação que se constrói a partir de um respeito recíproco, de um tratamento em mão-dupla como pai e filho. Apresenta-se, desse modo, o critério socioafetivo de determinação do estado de filho como um tempero ao império da genética, representando uma verdadeira de biologização da filiação, fazendo com que o vínculo paterno-filial não esteja aprisionado somente na transmissão de genes.”

Por sua vez, a jurisprudência do STJ3 elenca duas circunstâncias bem definidas para que haja o reconhecimento da filiação socioafetiva, a saber:

I) a vontade clara e inequívoca da pretensa mãe/pai socioafetiva (o), ao despender expressões de afeto, de ser reconhecida (o), voluntariamente, como tal; II) a configuração da denominada “posse de estado de filho”, compreendida como a presença do tratamento entre as

partes como pai/mãe e filho ou como a notória fama tanto no âmbito familiar como na comunidade em que vivem da relação de filiação que, naturalmente, deve apresentar-se de forma sólida e duradoura.

No caso concreto, tem-se que a autora/recorrida foi “entregue”, por sua mãe biológica, sra. Maria Aparecida Alves, aos cuidados da sra. Maria das Dores Cândido Rosa, sua irmã (tia da apelada), quando tinha 08 (oito) meses de idade, com esta convivendo até os 24 (vinte e quatro) anos de idade, ocasião em que houve seu falecimento.

Desde então, a autora/apelada recebeu amparo na criação, educação e formação, todavia, estes não se confundem com a intenção da falecida em tê-la como filha. Explico.

De fato, a vontade de ser reconhecida como mãe deve ser externada de forma indene de dúvidas e desprovida do caráter assistencial, não podendo ser presumida ou subentendida.

Com efeito, ao dispensar à recorrida carinho e afeto a sra. Maria das Dores Cândido Rosa o fez com arrimo nas relações afetivo-familiares, próprias do trato tia/sobrinha que, por sua vez, não se confundem com a vontade clara e inequívoca de ser reconhecida como mãe socioafetiva, até porque a falecida teve um longo período de vida (mais de 20 anos) para externar de modo expresso e inequívoco sua vontade de reconhecer o vínculo materno e não o fez.

Além disso, impende registrar que a extinta, por ocasião do decesso de seu esposo, sr. Álvaro Cândido Rosa, em 25.6.2001, manejou o necessário inventário de bens, contratando advogado para tal desiderato, circunstância que demonstra a aptidão intelectual e financeira da falecida para a busca e regularização de seus direitos e, certamente, denota a inexistência de qualquer intenção de adotar ou ter a autora/apelada como filha.

Deste modo, não obstante os momentos de convivência da recorrida com a tia, demonstrados pelas fotos jungidas ao processado, não há indícios da intenção desta em reconhecê-la como filha. E para existir socio afetividade é necessário, além da caracterização da posse do estado de filho, a comprovação do elemento volitivo de quem despende o afeto, em ser reconhecido como genitor/genitora.

Ora, admitir que o Poder Judiciário supra a vontade de um casal que, movido pela solidariedade, abrigou a jovem/apelada em sua residência e passou a dar suporte material e educacional, tendo prazo suficiente para manifestar a vontade de tê-la como filha (mais de 20 anos) e não o fez, seria desvirtuar toda a interpretação conferida ao instituto da paternidade/maternidade socioafetiva, bem como violar o regramento inerente ao direito sucessório.

Deste modo, patente a inexistência dos requisitos autorizadores do reconhecimento da maternidade socioafetiva requestada, notadamente no que diz respeito à vontade inequívoca da pretensa mãe e à posse do estado de filha, vez que inexistente o tratamento mãe/filha e a fama no meio social em que viviam.

Por pertinente ao tema, traz-se à colação a jurisprudência desta Corte:

“Apelação cível. Ação declaratória de paternidade e maternidade socioafetiva **post mortem**. Ausência de provas robustas da vontade dos de cujus. Vínculo socioafetivo não configurado.

1. Na esteira da evolução do direito de família, a doutrina e jurisprudência reconhecem a possibilidade do reconhecimento da parentalidade socioafetiva, consubstanciado no princípio da dignidade da pessoa humana e proteção à família. 2. Não estando comprovada nos autos,



mediante prova robusta, irrefutável e incontestável, a vontade dos de cujus de ter o recorrente como filha no sentido jurídico da palavra, descaracterizado está o vínculo afetivo apto a ensejar o reconhecimento da parentalidade socioafetiva. Apelação Cível conhecida e desprovida”. (TJGO, 6ª CC, AC nº 318509-88.2010.8.09.0175, minha relatoria, julgado em 22.11.2017, publ. DJe de 22.11.2017).

“Apelação cível. Ação de reconhecimento de paternidade socioafetiva post mortem. Ausência de demonstração inequívoca da posse do estado de filho. Sentença mantida. Honorários recursais. 1. Em análise do conjunto probatório colacionado aos autos, não restou preenchidos os requisitos para o reconhecimento da paternidade socioafetiva post mortem, quais sejam, a posse do estado de filho, a reciprocidade entre os interesses das partes e o conhecimento público dessa condição, conforme prova testemunhal colhida nos autos. 2. O reconhecimento da filiação socioafetiva buscada não pode ser presumida, sobretudo porque o falecido teve um longo período de vida para externar de modo expresso e inequívoco sua vontade de reconhecer o vínculo paterno e não o fez. (...) Apelação cível conhecida e desprovida” (TJGO, 1ª CC, AC nº 0344576-34, Relª. Desª. Maria das Graças Carneiro Requi, julgado em 11.12.2019, DJe de 11.12.2019).

“Apelação cível. Ação de declaração de paternidade socioafetiva **post mortem** c/c petição de herança. Ausência de provas robustas e firmes acerca da vontade de reconhecimento da filiação socioafetiva. Improcedência do pedido mantida. I - A doutrina, com fundamento no CC 1.593, abriu as portas de nosso ordenamento jurídico para o chamado parentesco socioafetivo, fundado na posse do estado de filho, que, nas palavras de Luiz Edson Fachin, 'se revela tanto na sua manifestação perante o grupo social, como, especialmente, na esfera psicológica e afetiva dos sujeitos.' II - Em relação ao reconhecimento **post mortem** do ascendente socioafetivo, muito embora a lei permita tal possibilidade, por se tratar de questão que demanda prova substancial da intenção das partes, de cunho subjetivo, tais casos exigem cautela redobrada, pois não se pode olvidar que o acolhimento da pretensão afetará diretamente a esfera dos direitos de personalidade do de cujus e ainda trará repercussões aos demais membros da família, notadamente aos herdeiros. III - No presente caso, não há um conjunto probatório robusto e firme apto a demonstrar que o reconhecimento espontâneo da relação de filiação só não ocorreu por razões alheias à vontade do suposto pai.

(...)

V - De todo o contexto apresentado e, principalmente, da conduta do de cujus de se dirigir ao cartório para reconhecer sua filha Dediane e, de igual modo, sua omissão em não fazer o mesmo com a autora, denotam, com clareza solar, que este não tinha a vontade/intenção de reconhecer a paternidade em relação à requerente. VI - Ausentes os requisitos para a configuração da paternidade socioafetiva, visando salvaguardar os direitos da personalidade, a improcedência do pedido é medida que deve ser mantida. Recurso de apelação conhecido e desprovido” (TJGO, 1ª CC, AC nº 0246599-59, Rel. Des. Luiz Eduardo de Sousa, julgado em 20.11.2019, DJe de 20.11.2019)

Acrescente-se, também, a existência de várias postagens em redes sociais que evidenciam o tratamento entre a apelada e a sra. Maria das Dores Cândido Rosa como sendo tia e sobrinha, de molde a demonstrar a ausência do conhecimento notório no meio social em que viviam da pretensa relação maternal entre a falecida e a apelada.

Ressalte-se, ainda, que a mãe biológica da recorrida, sra. Maria Aparecida Alves, ingressou com ação judicial visando a cobrança de alimentos do pai em favor da então filha menor, conforme se depreende dos autos nº 41817-46.1992.8.09.0051 (920418171), constatação fática que, seguramente, afasta a existência de vínculo filial, de natureza socioafetiva, entre a apelada a sua tia, sra. Maria das Dores Cândido Rosa.

Destarte, inexistente a vontade inequívoca da pretensa mãe socioafetiva e a necessária posse do “estado de filha” por parte da recorrida, não há que se falar em maternidade socioafetiva existente entre a sra. Maria das Dores Cândido Rosa e a sra. Jordana Alves de Melo.

Conclusivamente, patenteada a ausência de vínculos afetivos próprios do estado de filho, verdade social essencial ao reconhecimento da maternidade socioafetiva, bem assim a vontade inequívoca da pretensa mãe em ter a apelada como filha, força convir pelo provimento do apelo, ao fito de se reformar a sentença atacada.

Conseqüentemente, imperativa a modificação da sentença verberada, para o fim de afastar o reconhecimento da maternidade socioafetiva **post mortem**, vez que o vínculo afetivo existente entre a falecida e a apelada era unicamente de caráter familiar, desprovido do intento materno-filial.

Tendo em vista o resultado ora preconizado, mister promover a inversão dos encargos sucumbenciais, para o fim de condenar a autora/apelada ao pagamento das custas processuais e verba honorária, esta arbitrada em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), observada a suspensão de sua exigibilidade decorrente da concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Na confluência do exposto, conheço do recurso apelatório e dou-lhe provimento, a fim de reformar a sentença vituperada e julgar improcedentes os pedidos contidos na inicial.

É como voto.

Des<sup>a</sup>. Sandra Regina Teodoro Reis - Relatora

Datado e Assinado digitalmente conforme arts. 10 e 24 da Resolução nº 59/2016 do TJGO

---

<sup>1</sup> Evento nº 191

<sup>2</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 590.

<sup>3</sup> Resp nº 1328380/MS

Apelação Cível nº 0248567.19.2015.8.09.0134

Comarca de Quirinópolis (2ª vara cível)

Apelante: Antônio Soares da Silva

Apelado: Inácio de Souza Paula

Relator: Des. Zacarias Neves Coêlho

**EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. INEXECUÇÃO VOLUNTÁRIA DA OBRIGAÇÃO PELO COMPRADOR. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DAS PARCELAS AVENÇADAS. RESOLUÇÃO CONTRATUAL. MULTA PENAL.

**I** - Estando o feito instruído com documentos comprobatórios da hipossuficiência da parte apelante, reveladores de sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais sem prejuízo do próprio sustento e de sua família, a concessão da gratuidade da justiça é medida imperativa.

**II** - Configurado o inadimplemento do comprador, é cabível a resolução do contrato de compromisso de compra e venda, o que abarca, inclusive, a retomada da posse do imóvel pelo vendedor, resguardado àquele o direito ao ressarcimento pelas eventuais benfeitorias úteis e necessárias realizadas no bem, em procedimento a ser efetivado na fase de liquidação de sentença.

**III** - Diante do inadimplemento do comprador, correta a imposição da cláusula penal contratual, cujo percentual, que era de 20% sobre o débito remanescente, foi, inclusive, reduzido na sentença para 10%. 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, conhecer da apelação cível e negar-lhe provimento, nos termos do voto do relator.

Votaram com o relator, os Desembargadores Carlos Alberto França e Amaral Wilson de Oliveira, que presidiu a sessão.

Participou da sessão a Procuradora de Justiça, Drª Lívia Augusta Gomes Machado.

Custas de lei.

Goiânia, 15 de setembro de 2020.

Des. Zacarias Neves Coêlho – Relator

### VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do apelo.

Consoante relatado, cuidam estes autos de apelação cível interposta por Antônio Soares DA Silva, da sentença proferida nos autos da ação de rescisão contratual c/c restituição de quantia e reintegração de posse que lhe move Inácio de Souza Paula, ora apelado, por meio da qual a ilustre Magistrada, Dra. Adriana Maria dos Santos Queiroz de Oliveira, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, para declarar rescindido o contrato de compra e venda celebrado entre as partes e, convalidando a liminar outrora deferida, consolidou a posse exclusiva e plena do autor sobre o imóvel descrito nos autos. Em consequência, condenou o réu ao pagamento da multa, por descumprimento contratual (conforme cláusula nona do contrato), e ainda em custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor de referida penalidade, a ser aferida em sede de cumprimento de sentença.

Irresignado, busca o recorrente a reforma do **decisum** de primeiro grau, a fim de que sejam julgados improcedentes os pedidos exordiais, ao argumento de que “*a quebra do contrato de compra e venda se deu por causa continua do apelado.*” (sic)

1. Da gratuidade da justiça:

Nas razões deste recurso, o apelante postula os benefícios da assistência judiciária gratuita, alegando ser aposentado por invalidez, com ganho mensal de um salário-mínimo e não possuir condições de arcar com as custas processuais e honorários advocatícios sem prejuízo do próprio sustento e de sua família, ressaltando que “o patrono que acompanha o recurso o faz de maneira humanitária”.

O apelante realizou o preparo do recurso (evento nº 03, arq. 81), o que, em princípio, ocasionaria a preclusão lógica do pedido, pois o pagamento das custas recursais afigura-se ato incompatível com a condição de hipossuficiente da parte postulante do benefício<sup>1</sup>.

Não obstante isso, analisando atentamente a súplica do recorrente, depreende-se que a benesse foi solicitada não somente no intuito de isentá-lo do preparo recursal, mas sim para os ônus processuais, em geral. Tanto é assim que entre os documentos comprobatórios da hipossuficiência, está uma nota promissória que, segundo afirma o apelante, foi emitida em garantia ao pagamento do empréstimo realizado para o adimplemento do preparo deste apelo (evento n. 03, arq. 83).

Nesse contexto, passo a analisar referido pedido. Sobre o tema, cumpre expor, que a concessão da gratuidade da justiça deve estar fundamentada nas provas dos autos e na análise das circunstâncias peculiares do caso concreto, de modo que o benefício deve ser deferido a quem demonstrar insuficiência de recursos (não se exige que o postulante esteja em estado de miserabilidade), como prevê o art. 5º, inc. LXXIV, da CF, e o art. 98, **caput**, do CPC.

Além disso, o § 1º do art. 98 do CPC lista uma série de isenções conferidas aos beneficiários da gratuidade da justiça, não apenas aquelas relacionadas ao pagamento das custas processuais.

**In casu**, ao analisar os documentos jungidos aos autos (histórico de créditos do INSS e relatórios/receitas médicas relativos ao tratamento da doença que a comente a esposa do apelante - epilepsia e toxoplasmose congênita -, coligidos ao evento n. 03, arq. 83), e considerando o fato de ter sido cancelada a distribuição da demanda em apenso, proposta em desfavor do apelado visando compeli-lo a providenciar a reabertura da conta corrente necessária ao depósito das parcelas do financiamento do imóvel ora em discussão, por falta de pagamento das custas iniciais, verifica-se que

o recorrente faz jus à gratuidade da justiça, eis que comprovada sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais, sem prejuízo de seu sustento e de sua família.

Sendo assim, defiro ao apelante os benefícios da assistência judiciária gratuita.

## 2. Mérito

Consta dos autos que em 06.07.2012, o autor/apelado, na condição de vendedor, firmou com o réu/apelante instrumento particular de compra e venda do imóvel urbano (na verdade, trata-se de cessão de direitos). O objeto do negócio foi o imóvel situado na Rua Lázaro Abadio, Quadra 32, Lote 21, Residencial Jardim Vitória, em Quirinópolis/GO. O preço do ágio foi fixado em R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais), a ser pago na data de 25.07.2012, mediante transferência bancária.

O contrato previu, ainda, que o apelante/comprador se responsabilizaria, a partir de então, pelo pagamento das 235 (duzentas e trinta e cinco) parcelas restantes do financiamento do imóvel, em nome do vendedor/apelado, perante a Caixa Econômica Federal, mediante depósito em conta específica, mensalmente, todo dia 20 de cada mês.

Pois bem. Consoante é cediço, os contratos firmados entre particulares, regulados pela lei civil, podem ser extintos pelo simples cumprimento da obrigação (forma normal), em razão de fatos anteriores à contratação (invalidade contratual, cláusula de arrependimento, cláusula resolutive expressa) ou, ainda, em virtude de fatos que sucedem à contratação e que dão causa à chamada rescisão contratual, nas modalidades resilição (vontade unilateral ou bilateral) ou resolução (em decorrência de descumprimento contratual).

No caso vertente, o autor/apelado postulou a rescisão do contrato celebrado com o réu/apelante, sob o argumento deque este incorreu em inadimplemento voluntário da obrigação assumida, pois deixou de efetuar os depósitos relativos ao pagamento das prestações avençadas e, mesmo depois de notificado extrajudicialmente para fazê-los, ficou-se inerte. Além disso, aduziu que pagou referidas parcelas, a fim de não ter seu nome inscrito nos cadastros dos órgãos de restrição ao crédito.

Para essa situação – de inadimplemento decorrente de inexecução voluntária do contrato –, assiste, de fato, ao contratante lesado pelo descumprimento contratual, o direito de postular a resolução do contrato, na forma como autoriza o art.475, do Código Civil, **verbis**:

“Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.”

Nesse cenário, a despeito da alegação do réu/apelante de que deixou de efetuar o pagamento das prestações tão somente em razão de o autor/apelado ter encerrado a conta bancária na qual realizava o depósito dos valores, não há nos autos nenhuma comprovação de tal fato. Ao revés, dos elementos de prova colacionados ao processo, é possível verificar que a sua inadimplência é anterior ao encerramento de referida conta, e somente após quase dois anos da ausência de pagamentos é que tentou solucionar a questão frente o autor/apelado.

Com efeito, os documentos constantes do feito comprovam que o autor/apelado pagou as prestações atrasadas, relativas aos meses de junho a outubro/2013, bem como as subsequentes, e que a notificação extrajudicial para a purgação da mora, datada de 11.02.2015, foi regularmente

entregue ao réu/apelante, o qual, conforme certificado pelo Tabelião Oficial, recusou-se a lançar sua assinatura no termo de ciência e recebimento (evento nº 03, arq. 04).

Não obstante a conta corrente para depósito das parcelas contratadas ter sido encerrada em 29.11.2013 (evento nº 03, arq. 72), o réu/apelante só veio a ajuizar ação de obrigação de fazer, visando compelir o autor/apelado a providenciar a reabertura de tal conta bancária em 20.02.2015, feito este cuja distribuição foi cancelada por falta de recolhimento das custas iniciais (autos em apenso nº 0053524.47.2015.8.09.0134), deixando de demonstrar efetivamente, por qualquer outro meio, sua intenção em retomar os pagamentos.

Na audiência de instrução e julgamento, como bem analisado pela Juíza sentenciante, as testemunhas ouvidas nada acrescentaram para o deslinde processual. Em depoimento pessoal, o autor/apelado reiterou as alegações iniciais, no sentido da falta de cumprimento das obrigações contratuais pelo comprador do imóvel. Por sua vez, o réu/apelante, apesar de afirmar que não atrasou o pagamento de nenhuma parcela antes do encerramento de aludida conta corrente, não apresentou os comprovantes de depósito do período, tendo jungido aos autos apenas os recibos anexados ao evento 03, arq. 69, relativos a meses pretéritos (julho, agosto, setembro e novembro de 2012, janeiro e março de 2013).

Além disso, apesar alegar dolo e má-fé contratual por parte do autor/apelado, e que este, possivelmente insatisfeito com o preço fixado no negócio, desejou sua resolução, o réu/apelante também não fez nenhuma prova nos autos nesse sentido, não se desincumbindo, portanto, de seu ônus processual (artigo 373, inciso II, do CPC).

Embora o causídico do réu/apelante, em sustentação oral, tenha insistido na tese de que seu cliente deixou de regularizar o débito das prestações atrasadas perante o autor/apelado, pois já teria cumprido sua obrigação contratual em relação a este, estando inadimplente somente em face da CEF, conforme exposto alhures, restou demonstrado no feito que o vendedor (autor/apelado) retomou o pagamento das prestações do imóvel em virtude da mora do comprador (réu/apelante), razão pela qual, para fins de obstar a rescisão contratual, deveria pagar os valores inadimplidos ao próprio apelado, e não à instituição bancária, a qual, além de não ter anuído com o negócio entabulado entre as partes, caso não estivesse recebendo regularmente os valores das parcelas, certamente já teria iniciado os procedimentos cabíveis para a retomada do bem, uma vez que financiada sua aquisição mediante a prestação da garantia em alienação fiduciária.

Deste modo, de rigor o acolhimento do pedido de rescisão do contrato, o que abarca, inclusive, a retomada da posse do imóvel pelo autor/apelado, tal como determinado na sentença recorrida.

No entanto, por medida de justiça, a reintegração de posse deve ser precedida de avaliação, de modo a resguardar ao réu/apelante o direito à indenização pelas eventuais benfeitorias úteis e necessárias, conforme noticiado nos autos, visto que sua posse era de boa-fé (art. 1.219 do CC2) e fundada em contrato. A apuração dessas benfeitorias dar-se-á na subseqüente fase de liquidação de sentença, sob pena de enriquecimento ilícito do autor/apelado.

A propósito:

Apelação cível. Ação de resolução de compromisso de compra e venda de imóvel c/c pedido de reintegração de posse e indenização por perdas e danos. (...). II – Diante do inadimplemento da promitente compradora, que reconheceu ter pago apenas 30 (trinta) das 120 (cento e vinte) prestações ajustadas, o direito de resolução do contrato de compra e venda é medida que se impõe, resguardado o direito de retenção deste em relação às benfeitorias necessárias e úteis. Apelação cível conhecida e desprovida. (TJGO, AC 0206869-38.2015.8.09.0003, Rel. Roberto Horácio de Rezende, 1ª Câmara Cível, DJe de 04.10.2019)

Apelação cível. Ação de rescisão contratual c/c reintegração de posse. Inadimplência do devedor. Retomada do bem. Possibilidade. Fruição pelo uso do imóvel. Benfeitorias. Sentença mantida. 1. Configurado o inadimplemento do promitente comprador é cabível a resolução do contrato de compromisso de compra e venda. E como consequência natural da resolução do instrumento, exsurge o direito da autora/apelada, promitente vendedora do imóvel, à reintegração de posse.(...). 3. Quanto as benfeitorias (artigo 96 do Código Civil), haverá a indenização do comprador, sob pena de enriquecimento ilícito, a ser apurada em fase de liquidação. Apelação cível conhecida e desprovida. (TJGO, AC 0433080-21.2015.8.09.0006, Rel. Amaral Wilson de Oliveira, 2ª Câmara Cível, DJe de 10.10.2018)

No mesmo sentido, ainda: TJGO, AC 505455-21.2011.8.09.0051, Rel. Des. Fausto Moreira Diniz, 6ª Câmara Cível, DJe 2072 de 20.07.2016.

Em relação à cláusula penal, extrai-se do contrato objeto do pedido de rescisão, que restou convencionado o seguinte:

“Cláusula Nona: as partes contratantes que deixarem de cumprir pontualmente qualquer de suas obrigações, pagará a parte inocente a título de cláusula penal, independentemente de aviso ou notificação judicial/extrajudicial, uma multa de vinte por cento (20%) sobre o valor total descrito na cláusula segunda, devidamente corrigido pelo INPC, além de juros mensais de um por cento (1%).”

A mencionada cláusula, de natureza acessória e estipulada para o caso de inadimplemento da obrigação, foi aceita pelas partes como forma de indenização da parte prejudicada por eventuais danos decorrentes da inexecução voluntária provocada pela outra parte, sendo lícita a sua conversão em alternativa a benefício do prejudicado.

Assim, uma vez caracterizada a inexecução contratual por parte do apelante/comprador, sobre ele deve recair a incidência da multa penal contratual, nos moldes do pactuado, por se tratar de consectário lógico daí decorrente.

Perfilha essa diretiva, o entendimento desta Casa de Justiça:

Embargos de declaração. Ação declaratória. Inadimplência dos compradores. Cláusula penal prevista no contrato. (...) 4. Diante do inadimplemento dos embargantes correta a imposição da cláusula penal ao caso em vertente, pois prevista na avença firmada.(TJGO, AC 0335117-71.2016.8.09.0137, Rel. Amaral Wilson de Oliveira, 2ª CC, DJe de 23.03.2020)

Frise-se, ainda, que, por reputá-lo excessivo, a Magistrada **a quo**, reduziu o percentual arbitrado a título de multa penal compensatória, de 20% (vinte por cento) para 10% (dez por cento), o que certamente beneficiou o réu/apelante.

Por fim, no que tange à petição inserida no evento nº 18 pelo réu/apelante, protocolada às 21:26h do dia anterior ao designado para a sessão de julgamento do presente recurso (20.08.2020), calha consignar que, embora assevere que a ausência de citação de sua companheira, Rosely Batista da Silva, com quem detém em conjunto a posse direta e copropriedade do imóvel em litígio, implica na nulidade do processo desde a sua origem, tal alegação só foi suscitada em segundo grau de jurisdição, após estarem os autos prontos para julgamento, o que, além de revelar genuína inovação recursal, vedada pelo art.1.014 do CPC, constitui estratégia processual reprimida pelo ordenamento jurídico vigente.

Nesse sentido, **in verbis**:

Direito processual civil. Agravo interno. Embargos de divergência. Recurso especial. Matéria de ordem pública. Necessidade de prequestionamento para seu exame nesta corte superior. Julgados do STJ e do STF. Nulidade de algibeira. agravo interno desprovido. (...) 4. Não cabe aos agravantes imputar a esta Corte o dever de sanear questão de ordem pública ocorrida na instância de origem, se optaram por não suscitá-la no momento oportuno. Tal conduta se equipara às hipóteses nas quais esta Corte Superior reconheceu a denominada nulidade de algibeira ou de bolso, que ocorre justamente quando a parte deixa para arguir o vício apenas em momento posterior, dada a conveniência para a sua defesa, e em afronta ao princípio da boa-fé processual, norteador do atual processo civil. 5. Agravo interno desprovido. (STJ - AgInt nos EREsp 582.776/AL, Rel. Min. Jorge Mussi, Corte Especial, julgado em 11.06.2019, DJe 14.06.2019)

Agravo interno no agravo em recurso especial. Usucapião extraordinário. Requisitos preenchidos. Nulidade. Questão de ordem pública. Necessidade de prequestionamento. Inovação recursal. Processo utilizado como difusor de estratégias. Impossibilidade do manejo da chamada "nulidade de algibeira". Alegada confissão judicial. Ausência de prequestionamento. Incidência das Súmulas 282/STJ e 356/STJ. Revisão das conclusões do tribunal estadual. Impossibilidade. Necessidade de reexame do conjunto fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula 7 do STJ. Recurso não provido. 1. A suposta nulidade absoluta somente foi trazida pela parte recorrente quando teve negado provimento ao seu agravo em recurso especial, constituindo em inovação recursal. Precedente. 2. No atinente à questão de ordem pública, esta Corte pacificou entendimento de que é necessário o prequestionamento. Precedentes. 3. "A alegação de que seriam matérias de ordem pública ou traduziriam nulidade absoluta não constitui fórmula mágica que obrigaria as Cortes a se manifestar acerca de temas que não foram oportunamente arguidos ou em relação aos quais o recurso não preenche os pressupostos de admissibilidade" (REsp 1439866/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 24.04.2014, DJe 06.05.2014). 4. "A jurisprudência do STJ, atenta à efetividade e à razoabilidade, tem repudiado o uso do processo como instrumento difusor de estratégias, vedando, assim, a utilização da chamada "nulidade de algibeira ou de



bolso"" (EDcl no REsp1424304/SP, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12.08.2014, DJe 26.08.2014). (...). 7. Agravo interno a que se nega provimento. (STJ - AgInt no AREsp1181699/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 06.03.2018, DJe 09.03.2018)

Impassível de conhecimento, portanto, a tese de nulidade processual por ausência de citação do cônjuge.

Destarte, tenho que o ato judicial de primeiro grau não merece reparos, observada, no entanto, como já dito, a necessidade de liquidação do julgado, por arbitramento (art. 510, CPC), para a apuração do valor das benfeitorias realizadas no imóvel. Deverá ser apurado também o valor desembolsado pelo apelante com o pagamento de algumas prestações antes da propositura da ação (a serem corrigidas monetariamente, pelo INPC); igualmente, deve ser corrigido monetariamente (pelo INPC) o numerário que pagou a título de "ágio" (R\$35.000,00).

Já com relação ao apelado, deverá ser apurado todo o valor das prestações por ele amortizadas perante a Caixa Econômica Federal até a efetiva devolução do imóvel (esses valores serão corrigidos monetariamente, pelo INPC, sobre os quais incidirão juros de 1% ao mês, a partir da citação do réu).

Ante o exposto, nego provimento à apelação cível. Como consequência, majoro a verba advocatícia fixada pelo Juízo **a quo**, de 10% (dez por cento) para 12% (doze por cento) sobre o valor da condenação, a título de honorários recursais (art. 85,§11, CPC), cuja exigibilidade fica suspensa, tendo em vista que o apelante é beneficiário da assistência judiciária gratuita (art.98, § 3º, CPC).

É como voto.

Goiânia, 15 de setembro de 2020.

Des. Zacarias Neves Coêlho - Relator

Apelação Cível nº 0306640.43.2008.8.09.0129

Comarca de Pontalina – 1ª vara cível

Apelante: Banco Bradesco S/A

Apelada: Nayara Dutra do Carmo

Relator: Des. Zacarias Neves Coêlho

### 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 provimento, nos termos do voto do relator.

Votaram com o relator os desembargadores Carlos Alberto França e Amaral Wilson de Oliveira, que presidiu a sessão.

Presente o Procurador de Justiça, Dr. Waldir Lara Cardoso.

Custas de lei.

Goiânia, 24 de agosto de 2020.

Des. Zacarias Neves Coêlho – Relator

## VOTO

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, conheço do apelo. Conforme relatado, pretende o recorrente a reforma da sentença de primeiro grau, por meio da qual sua prolatora, Dr<sup>a</sup>. Danila Cláudia Le Sueur Ramaldes, julgou procedente o pleito exordial para declarar nulo o aval prestado por Adriano Ferreira do Carmo – cônjuge da autora/apelada -, no contrato de empréstimo firmado entre o Banco Bradesco e Edmar Ferreira do Carmo, ante a ausência da necessária outorga uxória.

Em suas razões, o recorrente alega que o marido da apelada não assinou o contrato de empréstimo na condição de avalista, mas sim, de interveniente garantidor e devedor solidário, para o qual a lei não exige outorga uxória. Ademais, aduz que a anuência do cônjuge somente é necessária quando se trata de título de crédito inominado – o que não é o caso, e mesmo que houvesse a necessidade de outorga uxória, não se pode anular toda a garantia prestada, mas somente em relação ao cônjuge não anuente.

Analisando pormenorizadamente os autos em testilha, vejo que razão assiste ao apelante, pelas razões que passo a expor.

Infere-se do caderno processual que o Banco Bradesco S/A concedeu empréstimo a Edmar Ferreira do Carmo, no valor de R\$ 39.476,35 (trinta e nove mil, quatrocentos e setenta e seis reais e trinta e cinco centavos), para pagamento em 24 (vinte e quatro) parcelas mensais, vencíveis a partir de 01/10/2006, tendo figurado no contrato, como interveniente garantidor solidário, o cônjuge da apelada, Adriano Ferreira do Carmo. Aliás, é o que prevê a cláusula 7, do pacto:

“7º - O(s) Interveniente(s) mencionado(s), coobrigado(s) e signatário(s) deste Contrato, comparecem também neste ato na condição de Devedor(es) Solidário(s), os quais se responsabilizam incondicionalmente com o Devedor de maneira irrevogável e irretroatável, pelo total cumprimento de todas as obrigações, pecuniárias ou não, assumidas neste instrumento.”

Ainda, depreende-se do instrumento contratual que o cônjuge da recorrida assinou uma nota promissória emitida como garantia do contrato – no campo destinado ao “avalista” –, em atenção ao disposto na cláusula 6ª, **verbis**:

“6ª – Para melhor garantir a presente operação, o Devedor emite e entrega ao Banco, pró-solvendo uma Nota Promissória com vencimento à vista, de valor correspondente ao indicado no campo.

“Valor da Nota Promissória” devidamente avalizada pelos Interveniente(s) Garantidor(es). Ocorrendo o vencimento antecipado ou extraordinário da dívida, tal título, pelo valor do saldo credor do Banco tornar-se-á imediatamente exigível do Devedor.”

Nesse contexto, constata-se que o marido da apelada – Adriano Ferreira do Carmo –, não assumiu a obrigação na condição de avalista, mas, sim, de devedor solidário, tendo assinado uma nota promissória vinculada e subordinada ao contrato de empréstimo, que não se presta, por si só, à execução do débito, pois, estando expressamente atrelada ao pacto, perdeu sua autonomia.

Neste sentido:

Agravo regimental no recurso especial. Nota promissória vinculada a contrato. Perda da autonomia. Precedentes. 1. A nota promissória vinculada a um contrato de mútuo bancário perde a autonomia. 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1320883/PR, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 05.12.2013, DJe 17.02.2014).

Assim, resta claro que o Sr. Adriano Ferreira do Carmo se obrigou não só pelo valor da mencionada nota promissória, mas sim por toda a dívida constante do contrato, porquanto o assinou na condição de devedor solidário. Em razão disso, não se cogita a necessidade de ser prestada a outorga uxória para a validade da garantia, pois não se está diante de fiança ou aval, mas de solidariedade entre o devedor principal e o interveniente garantidor, que assumiu a responsabilidade pelo cumprimento das obrigações principais e acessórias previstas no contrato.

Este, inclusive, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual a figura do interveniente garantidor solidário não se confunde com a do avalista ou mesmo com a do fiador, sendo despicienda a outorga uxória para preservar a validade do contrato. Vejamos:

Agravo interno no agravo em recurso especial. 1. Ação anulatória de fiança. Condição de devedor solidário afirmada pelas instâncias ordinárias. Desnecessidade de outorga uxória. Harmonia entre o acórdão recorrido e a jurisprudência do STJ. 2. Inversão da conclusão alcançada na origem. Reconhecimento do instituto da fiança. Impossibilidade. Reexame de fatos e provas e interpretação de cláusula contratual. Súmulas 5 e 7/STJ. 3. Agravo improvido. 1. As instâncias de origem decidiram em conformidade com a orientação jurisprudencial desta Corte no sentido de que, estabelecido no acórdão estadual que o cônjuge da recorrente obrigou-se como devedor solidário, e não como fiador, torna-se impertinente a fundamentação adotada pela parte no sentido de se exigir a outorga uxória para se alcançar a eficácia plena da garantia. (...) (STJ, AgInt no AREsp 931.556/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 22.11.2016, DJe 28.11.2016).

Ação de anulação de fiança por falta de outorga uxória. Natureza da garantia. Precedentes da Corte. Indenização. Inscrição na SERASA. 1. Na forma de precedentes da Corte, o "interveniente garantidor solidário" não se confunde com o avalista nem com o fiador, sendo inaplicável, portanto, a disciplina positiva sobre a fiança, com o que se afasta a necessidade de outorga uxória (REsp nº 6.268/MG, julgado em sessão de 15.04.1991; no mesmo sentido, do mesmo Relator: REsp nº 3.238/MG, DJ de 19.11.1990). 2. Se a inscrição foi feita em função de processo executivo movido pelo banco, refletindo a realidade, não há como identificar conduta ilícita. 3. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp 538.832/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 10.02.2004, DJ 12.04.2004, p. 207). Grifei.

No mesmo sentido:

Apelação cível. Embargos à execução. Exigibilidade do título comprovada. Renúncia da dívida por recebimento de prestação posterior ao ajuizamento da ação. Não ocorrência. Interveniente/devedor solidário. Outorga uxória. Desnecessidade. Sentença mantida. (...) 3. Tendo o embargante firmado o pacto na condição de devedor solidário, não se cogita a necessidade de ser prestada a outorga uxória para a validade da garantia, pois não se está diante da figura da fiança ou aval, mas de solidariedade entre os devedores principais e interveniente garantidor, que assumiu a responsabilidade pelo cumprimento das obrigações principais e acessórias previstas no contrato. 4. Apelo conhecido e desprovido. (TJGO, Apelação Cível 92789-24.2009.8.09.0051, Rel. Des. Gerson Santana Cintra, 3ª Câmara Cível, julgado em 24.03.2015, DJe 1759 de 06.04.2015). Grifei.

Apelação cível. Ação declaratória de nulidade do aval. Execução embasada em contrato bancário. Garantidor solidário. Desnecessidade de outorga uxória. Eficácia da garantia e validade do contrato. Consoante entendimento firmado e pacificado pelo Colendo STJ, a figura do "interveniente garantidor solidário" não se confunde com a do avalista nem com a do fiador, e não está sujeita à disciplina positiva sobre a fiança, dispensando a necessidade de outorga uxória. Assim, reputa-se plenamente eficaz a garantia prestada pelo garante solidário, independentemente da outorga de seu cônjuge, não havendo que se cogitar pela nulidade ou anulabilidade do contrato bancário em que foi prestada a garantia. (TJMG - AC: 10024141672261002 MG, Rel. Arnaldo Maciel, Data de Julgamento: 27.08.2019, Data de Publicação: 30.08.2019). Grifei.

Sendo assim, correto é reputar-se válida a obrigação assumida pelo marido da apelada junto ao Banco apelante, restando a ela, diante de ameaça de lesão ao seu patrimônio, a possibilidade de opor embargos de terceiro, a fim de resguardar da constrição os bens correspondentes a sua meação.

Por conseguinte, impõe-se a reforma da sentença de primeiro grau, uma vez que, não sendo caso de incidência do art. 1.647, inciso III, do Código Civil, não há falar em anulação da garantia prestada por Adriano Ferreira do Carmo no contrato de empréstimo firmado com o apelante.

Ante o exposto, dou provimento à apelação cível aviada por Bando Bradesco S/A para, em reforma à sentença vergastada, julgar improcedente o pleito inicial. Como consequência, ficam invertidos os ônus sucumbenciais fixados na origem.

É o voto.

Goiânia, 24 de agosto de 2020.

Des. Zacarias Neves Coêlho - Relator

Arguição de Inconstitucionalidade na Apelação Cível nº 0200792-16.8.09.0120

Arguente: Cláudio Almeida faria

Arguido: Município de Paraúna

Relator: Des. Carlos Escher

Órgão Especial

**EMENTA:** ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM APELAÇÃO CÍVEL. ART. 346 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO DO MUNICÍPIO DE PARAÚNA. INSTITUIÇÃO DE TAXA COMO CONTRAPRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS URBANOS DE VARRIÇÃO DE LOGRADOUROS PÚBLICOS; COLETA DE LIXO EM LOGRADOUROS; CONSERVAÇÃO DE VIAS PAVIMENTADAS; E LIMPEZA DE GALERIAS PLUVIAIS, BUEIROS E BOCAS DE LOBO. SERVIÇOS PÚBLICOS GERAIS E INDIVISÍVEIS. VIOLAÇÃO DO ART. 101, II, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE GOIÁS E DO ART. 145, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Os serviços públicos de varrição de logradouros públicos; coleta de lixo em logradouros (e não domiciliar); conservação de vias pavimentadas; e limpeza de galerias pluviais, bueiros e bocas de lobo, não se revestem da especificidade e divisibilidade necessárias, (art. 145, II, da CF; art. 101, II, da Constituição do Estado de Goiás; art. 79 do CTN; art. 6º do Código Tributário do Estado de Goiás), sendo, ao contrário, de caráter universal e indivisível, de modo que é inconstitucional remunerá-los por meio de taxa. ARGUIÇÃO PROCEDENTE.

### ACÓRDÃO

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

Acordam os componentes do Órgão Especial do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, à unanimidade de votos, em julgar procedente a arguição, nos termos do voto do Relator.

Presidiu a sessão o Desembargador Walter Carlos Lemes.

Presente o(a) ilustre Procurador(a) de Justiça.

Documento datado e assinado digitalmente.

Des. Carlos Escher – Relator

### RELATÓRIO

Trata-se de incidente de arguição de inconstitucionalidade admitido pelo acórdão constante no evento nº 30, em sede do recurso de apelação interposto por Cláudio Almeida Faria, qualificado e representado, contra a sentença de fls. 196/205 do volume 1 dos autos digitais, da lavra da Drª. Wanderlina Lima de Moraes Tassi, MMª. Juíza de Direito da Comarca de Paraúna, prolatada na ação

revisional c/c consignação em pagamento movida em face do Município de Paraúna, também representado.

O apelante arguiu a inconstitucionalidade do art. 346 do Código Tributário do Município de Paraúna (instituído pela Lei Municipal nº 1.691/2005 e revogado pela Lei complementar municipal nº 02/2018), o qual tratava da taxa de serviços urbanos de varrição de logradouros públicos; coleta de lixo em logradouros; conservação de vias pavimentadas; e limpeza de galerias pluviais, bueiros e bocas de lobo).

Ouvida a respeito (evento nº 45), a ilustre Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo acolhimento da arguição formulada, com a declaração incidental da inconstitucionalidade do art. 346 do Código Tributário do Município de Paraúna, entendendo que a taxa de serviços urbanos foi cobrada relativamente a serviços públicos gerais e indivisíveis, devendo ser custeados por valores do erário captados por meio de outras espécies tributárias (como os impostos), não se conformando à exigência do art. 101, II, da Constituição Estadual e do art. 145, II, da Constituição Federal.

É, em síntese, o relatório.

Peço dia para julgamento.

Documento datado e assinado digitalmente.

Des. Carlos Escher - Relator

## VOTO

Conforme relatado, trata-se de incidente de arguição de inconstitucionalidade admitido pelo acórdão constante no evento nº 30, em sede do recurso de apelação interposto por Cláudio Almeida Faria, qualificado e representado, contra a sentença de fls. 196/205 do volume 1 dos autos digitais, da lavra da Dr<sup>a</sup>. Wanderlina Lima de Moraes Tassi, MM<sup>a</sup>. Juíza de Direito da comarca de Paraúna, prolatada na ação revisional c/c consignação em pagamento movida em face do Município de Paraúna, também representado.

O apelante arguiu a inconstitucionalidade do art. 346 do Código Tributário do Município de Paraúna (instituído pela Lei municipal nº 1.691/2005 e revogado pela Lei complementar Municipal nº 02/2018), o qual tratava da taxa de serviços urbanos de varrição de logradouros públicos; coleta de lixo em logradouros; conservação de vias pavimentadas; e limpeza de galerias pluviais, bueiros e bocas de lobo).

Ouvida a respeito (evento nº 45), a ilustre Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo acolhimento da arguição formulada, com a declaração incidental da inconstitucionalidade do art. 346 do Código Tributário do Município de Paraúna, entendendo que a taxa de serviços urbanos foi cobrada relativamente a serviços públicos gerais e indivisíveis, devendo ser custeados por valores do erário captados através de outras espécies tributárias (como os impostos), não se conformando à exigência do art. 101, II, da Constituição Estadual e do art. 145, II, da Constituição Federal.

Pois bem.

Do exame dos autos, observo ser o caso de acolher a arguição de inconstitucionalidade do art. 346 do Código Tributário do Município de Paraúna.

Segundo a própria municipalidade transcreveu em sua peça de defesa no evento nº 21, referido diploma legal assim dispõe sobre a cobrança de taxa de serviços urbanos pela prestação dos seguintes serviços:

Art. 346. A taxa de serviços urbanos pela prestação dos seguintes serviços:

I – varrição de logradouros públicos: 0,01 UFM, por metro quadrado da área do terreno;

II – coleta de lixo em logradouros: 0,01 UFM, por metro quadrado da área do terreno;

III – conservação de vias pavimentadas: 0,02 UFM, por metro quadrado da área do terreno;

IV – limpeza de galerias pluviais, bueiros, bocas de lobo: 0,01 UFM, por metro quadrado da área do terreno;

Art. 347. O sujeito passivo da taxa é o proprietário, o titular do domínio útil ou o possuidor a qualquer título, de imóvel situado em via ou logradouro público em que haja a prestação de quaisquer dos serviços relacionados no artigo anterior.

Todavia, a Constituição Federal, em seu art. 145, II, limita a instituição de taxa aos serviços específicos e divisíveis, senão vejamos:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

(...)

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

A Constituição do Estado de Goiás, por sua vez, reproduz a ordem no seu art. 101, II, ao assim prescrever:

Art. 101 - O Estado e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

(...)

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição;

No mesmo sentido, o Código Tributário Nacional, em seu art. 79, diz que os serviços públicos a serem remunerados pela taxa devem ser específicos e divisíveis, senão vejamos:

Art. 79. Os serviços públicos a que se refere o artigo 77 consideram-se:

I - utilizados pelo contribuinte:

a) efetivamente, quando por ele usufruídos a qualquer título;

b) potencialmente, quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento;

II - específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade, ou de necessidades públicas;

III - divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários. (destaquei)

Já o Código Tributário do Estado de Goiás reproduz no **caput** do seu art. 6º a obrigatoriedade do serviço público remunerado pela taxa ser específico e divisível.

Na presente hipótese, os serviços públicos de varrição de logradouros públicos; coleta de lixo em logradouros (e não domiciliar); conservação de vias pavimentadas; e limpeza de galerias pluviais, bueiros e bocas de lobo, não se revestem da especificidade e divisibilidade necessárias, sendo, ao contrário, de caráter universal e indivisível, de modo que é inconstitucional remunerá-los por meio de taxa.

Nesse sentido, assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal nos seguintes julgados:

RE 348470 / MG - Minas Gerais

Recurso Extraordinário

Relatora: Min<sup>a</sup>. Ellen Gracie

Julgamento: 22.04.2004

Publicação

DJ 10.05.2004 PP-00069

Partes

Recurso Extraordinário nº 348.470-2

Proced.: Minas Gerais

Relatora : Min<sup>a</sup>. Ellen Gracie

Recorrente.(s): Maria de Lourdes Baeta Azevedo

Advogado: Heros Pinto de Almeida

Recorrido: Município de Belo Horizonte

Advogada: Cristiana Rodrigues Gontijo e Outro(a/s)

Decisão

1. Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que julgou constitucional a taxa de limpeza pública cobrada pelo Município de Belo Horizonte, por entender que tal tributo custeia serviço de caráter divisível e específico.

2. Conforme explicitado no acórdão recorrido, a taxa ora impugnada remunera tanto a varrição de ruas, quanto a remoção de lixo domiciliar. A jurisprudência desta Corte tem entendido que o serviço de coleta domiciliar possui caráter divisível e específico, sendo possível sua remuneração mediante taxa. A varrição de ruas, entretanto, é prestação com caráter geral que beneficiam todos os cidadãos e, por este motivo, deve ser remunerada pelo produto da arrecadação de impostos.

Em caso análogo, referente ao Município do Rio de Janeiro, a Primeira Turma desta Corte manifestou-se nos termos da ementa abaixo transcrita:

“tributário. Município do rio de janeiro. Ilegalidade da taxa de coleta de lixo e limpeza pública. Art. 145, II, da Constituição Federal.

Tributo vinculado não apenas à coleta de lixo domiciliar, mas também à limpeza de logradouros públicos, hipótese em que os serviços são executados em benefício da população em geral (**uti universi**), sem possibilidade de individualização dos respectivos usuários e, conseqüentemente, da referibilidade a contribuintes determinados, não se prestando para custeio mediante taxa. Impossibilidade, no caso, de separação das duas



parcelas. Agravo regimental improvido.” (AI 245.539-AgR, Rel. Min. Ilmar Galvão, unânime, DJ de 03.03.2000)

Neste mesmo sentido, cite-se o RE 206.777, Rel. Min. Ilmar Galvão, Plenário, unânime, DJ de 30.04.1999, referente a taxa similar criada pelo Município da Santo André.

3. Estando o acórdão recorrido em confronto com o entendimento pacificado desta Corte, com fundamento no art. 557, § 1º-A, do CPC, conheço do recurso extraordinário e dou-lhe provimento. Custas **ex lege**.

Publique-se.

Brasília, 22 de abril de 2004.

Min<sup>a</sup>. Ellen Gracie - Relatora

AI 497488 AgR / MG - Minas Gerais

Ag. Reg. no Agravo de Instrumento

Relator: Min. Eros Grau

Julgamento: 16.12.2004

Publicação: 08.04.2005

Órgão julgador: Primeira Turma

Publicação DJ 08-04-2005 PP-00020 Ement Vol-02186-07 PP-01240

Partes

Agente: Município de Belo Horizonte

Advogada: Dayse Maria Andrade Alencar

Advogada: Vitória Jorge e Outro (A/S)

Advogado: David Gonçalves de Andrade Silva e Outro (a/s)

Ementa

Ementa: Agravo regimental em agravo de instrumento. Cobrança. Taxa. Caráter universal e indivisível. Impossibilidade. Precedente. É inviável a cobrança de taxa quando vinculada não somente a serviço público de natureza específica e divisível, como a coleta de lixo domiciliar, mas também a prestações de caráter universal e indivisível como a limpeza de logradouros públicos, varrição de vias públicas, limpeza de bueiros, de bocas-de-lobo e das galerias de águas pluviais, capina periódica e outros. Agravo regimental a que se nega provimento.

Decisão

- A Turma negou provimento ao agravo regimental no agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator. Unânime. 1ª. Turma, 16.12.2004.

RE 591621 / SP - São Paulo

Recurso Extraordinário

Relator: Min. Marco Aurélio

Julgamento: 11/09/2018

Publicação

Processo Eletrônico

DJe-192 Divulg 12.09.2018 Public 13.09.2018

Partes

Recorrente: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT

Advogada: Raimunda Mônica Magno Araújo Bonagura e Outro(a/s)

Recorrido: Município de Araçatuba

Procurador-Geral do Município de Araçatuba

Advogada: Maria Conceição de Macedo

Decisão

Decisão

Recurso extraordinário. Taxas municipais de combate a incêndio, conservação e limpeza pública. Inconstitucionalidade. Precedentes. Provimento.

1. Afasto o sobrestamento anteriormente determinado.

2. O Tribunal Regional Federal da 3ª Região decidiu em dissonância com a jurisprudência do Supremo. O Supremo, no exame do recurso extraordinário nº 643.247, de minha relatoria, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 19 de dezembro de 2017, apreciou o Tema nº 16 de repercussão geral, fixando a seguinte tese: A segurança pública, presentes a prevenção e o combate a incêndios, faz-se, no campo da atividade precípua, pela unidade da Federação, e, porque serviço essencial, tem como a viabilizá-la a arrecadação de impostos, não cabendo ao Município a criação de taxa para tal fim. Relativamente à taxa de limpeza pública, conservação de pavimentação e de remoção de lixo comercial, também o Pleno, no julgamento do recurso extraordinário nº 204.827-5/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, assentou a inconstitucionalidade da cobrança, decidindo em síntese:

Município de São Paulo. Tributário. Lei nº 10.921/90, que deu nova redação aos arts. 72, 87 e incs. I e II, e 94 da Lei nº 6.989/66, do Município de São Paulo. Imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana. Taxas de limpeza pública e de conservação de vias e logradouros públicos. Inconstitucionalidade dos dispositivos sob enfoque. O primeiro, por instituir alíquotas progressivas alusivas ao IPTU, em razão do valor do imóvel, com ofensa ao art. 182, § 42, II, da Constituição Federal, que limita a faculdade contida no art. 156, § 1º, à observância do disposto em lei federal e à utilização do fator tempo para a graduação do tributo. Os demais, por haverem violado a norma do art. 145, § 2º, ao tomarem para base de cálculo das taxas de limpeza e conservação de ruas elemento que o STF tem por fator componente da base de cálculo do IPTU, qual seja, a área de imóvel e a extensão deste no seu limite com o logradouro público. Taxas que, de qualquer modo, no entendimento deste Relator, tem por fato gerador prestação de serviço inespecífico, não mensurável, indivisível e insuscetível de ser referido a determinado contribuinte, não tendo de ser custeado senão por meio do produto da arrecadação dos impostos gerais. Não conhecimento do recurso da Municipalidade. Conhecimento e provimento do recurso da contribuinte.

3. Ante os precedentes, conheço do extraordinário e o provejo para afastar a cobrança das taxas municipais taxas de remoção de lixo comercial, de limpeza pública, de conservação de pavimentação, de vigilância e de prevenção contra incêndios.

4. Publiquem.

Brasília, 11 de setembro de 2018.

Min. Marco Aurélio - Relator

Logo, é o caso de acolher a arguição de inconstitucionalidade aduzida.

Ante o exposto, acolho o parecer da douta Procuradoria de Justiça e julgo procedente a arguição formulada, para declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 346 do Código Tributário do Município de Paraúna, porquanto, nos termos do art. 101, II, da Constituição Estadual e do art. 145, II, da Constituição Federal, não pode ser remunerado por taxa o serviço urbano de varrição de logradouros públicos; coleta de lixo em logradouros; conservação de vias pavimentadas; e limpeza de galerias pluviais, bueiros e bocas de lobo; porquanto se tratam de serviços públicos gerais e indivisíveis.

Ainda, retornem os autos ao órgão colegiado fracionário de origem para os fins de mister.

É o voto.

Documento datado e assinado digitalmente.

Des. Carlos Escher – Relator

Dupla Apelação Cível nº 0352814.09.2015.8.09.0051

5ª Câmara Cível

Comarca de Goiânia

1º Apelante: Planalto Indústria Mecânica

1º Apelados: Mônica Cristina de Melo Lemes e Outros

2º Apelantes: Mônica Cristina de Melo Lemes e Outros

2º Apelado: Planalto Indústria Mecânica

Relator: Des. Guilherme Gutemberg Isac Pinto

**EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ACIDENTE DE HELICÓPTERO. MORTE DE PAI DE FAMÍLIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRELIMINARES. CERCEAMENTO DE DEFESA. OPORTUNIZADO REQUERER PROVAS. JUIZ DESTINATÁRIO FINAL DOS ELEMENTOS PROBATÓRIO. ARTS. 370 E 371, CPC. NÃO ACOLHIMENTO. SENTENÇA SEM FUNDAMENTAÇÃO. OMISSÃO SOBRE MATÉRIA DE DEFESA ALEGADA EM CONTESTAÇÃO. AFASTAMENTO DE JURISPRUDÊNCIA CITADA EM DEFESA. DISTINGUISHING/OVERRULING. NÃO ACOLHIMENTO. PRELIMINAR. LEGITIMIDADE PASSIVA PROPRIETÁRIO EMPRESA. NÃO ACOLHIMENTO. MÉRITO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PROPRIETÁRIO/EXPLORADOR AERONAVE. ARTS. 122 A 124. CÓDIGO BRASILEIRO DE AERONÁUTICA. CULPA DO PILOTO NO ACIDENTE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR POR

SEU PREPOSTO/EMPREGADO. SÚMULA Nº 341/STJ. ARTS. 932, III E 933, CC. VÍTIMA “CARONEIRA”. CULPA GRAVE. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 145/STJ. NÃO INCLUSÃO DO PROPRIETÁRIO DA EMPRESA NO POLO PASSIVO. DANOS MORAIS. NÃO TARIFAÇÃO SEGUNDO OTN (OBRIGAÇÕES DO TESOURO NACIONAL). RAZOABILIDADE-PROPORCIONALIDADE. SÚMULA Nº 32/TJGO. REDUÇÃO INDENIZAÇÃO. SEGURO OBRIGATÓRIO (RETA). DESCONTO SOBRE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. PRECEDENTES STJ. DANOS MATERIAIS. PENSIONAMENTO. BASE CÁLCULO. VALORES PERCEBIDOS DE FORMA VITALÍCIA. DIREITO DE ACRESER DA VIÚVA. DIREITO AO PENSIONAMENTO POR FILHO INCAPAZ (SÍNDROME DE DOWN). DIREITO DE ACRESER DO INCAPAZ. NÃO COMPENSAÇÃO NO PENSIONAMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIOS. PRECEDENTES STJ. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL. GARANTIA DE ADIMPLENTO DA OBRIGAÇÃO. INDEPENDENTE DA SITUAÇÃO ECONÔMICA DO OBRIGADO E DE INCLUSÃO EM FOLHA DE PAGAMENTO. SÚMULA Nº 313/STJ. PAGAMENTO PARCELAS VENCIDAS EM PARCELA ÚNICA. PRECEDENTE STJ. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. RELAÇÃO EXTRACONTRATUAL. SÚMULAS Nº 54, 43 E 362/STJ. SUCUMBÊNCIA EM PRIMEIRO GRAU. MANTIDA. SEM MAJORAÇÃO EM GRAU RECURSAL. REDIMENSIONAMENTO. BENEFICIÁRIO GRATUIDADE DA JUSTIÇA. SUSPENSÃO EXIGIBILIDADE. ART. 98, §3º, CPC.

#### 1. Preliminares.

1.1. Cerceamento de Defesa. Considerando que foi oportunizado às partes o requerimento de prova, não há que se falar em cerceamento de defesa e que o juiz é o destinatário final das provas carreadas nos autos tendo a liberalidade de determinar a produção de provas que entender como necessárias/úteis ao deslinde da demanda e indeferir aquelas que são apenas protelatórias (arts. 370 c/c 371, ambos do CPC). Não acolhimento.

1.2. Sentença sem fundamentação. o Julgador não está obrigado a analisar todos os artigos e matérias arguidos. Art. 489, § 1º, inciso IV, CPC/15 e precedentes STJ. Não acolhimento.

1.3. Jurisprudência citada em contestação que não guardam relação com o tema dos autos. É permitido ao magistrado decidir pela adoção ou não destes. O CPC/2015 adotou a Teoria dos Precedentes Judiciais (art. 927), inclusive, com as possibilidades de afastamento destes (distinguishing/overruling).

1.4. Preliminar dos autores. Reinclusão do proprietário da pessoa jurídica no polo passivo. Não conduta dolosa/culposa por parte da pessoa física.

Empresa solvente. Não condenação (solidária) não importa em prejuízo para os indenizados.

## 2. Mérito.

2.1. É considerado explorador de aeronave o seu proprietário, ainda que esta seja destinada apenas para transporte próprio, mesmo que sem fins lucrativos, ainda que seja por meio de seu preposto, vide arts. 122 a 124., Código Brasileiro de Aeronáutica. O Comandante da aeronave designado pelo empregador será o responsável e o preposto deste durante o voo. Arts. 165 a 169 do diploma alhures.

2.2. Reconhecida a culpa do piloto/empregado/preposto pelo acidente, o seu empregador responde de forma objetiva e solidária, sendo possível ação regressiva. Art. 932, III c/c art. 933, CPC. Súmula nº 341/STJ.

2.3. Vítima “caroneira”. A Súmula nº 145/STJ enuncia que o condutor de veículo somente será responsável pelos danos causados aos caroneiros se houve culpa grave daquele na ocorrência do evento danoso. Considerando que o piloto atuou com culpa grave, causando do acidente, impõe-se o dever de indenizar. Aplicação da Súmula nº 145/STJ.

2.4. Sendo a empregadora do piloto pessoa jurídica, não há que se falar em legitimidade passiva do proprietário da empresa.

2.5. Danos morais. Redução do **Quantum**. “A verba indenizatória do dano moral somente será modificada se não atendidos pela sentença os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na fixação do valor da condenação”. Súmula nº 32/TJGO. Fixação segundo binômio razoabilidade-proporcionalidade.

2.6. Desconto seguro obrigatório. Reta. Em havendo valores pagos a título de seguro obrigatório, estes devem ser deduzido da indenização por danos materiais e não por danos morais. Súmula nº 246/STJ e precedentes do STJ.

2.7. Danos materiais. Valor base para cálculo do pensionamento. Deve ser fixado segundo os valores que o **de cujus** receberia até a data que completasse 75 anos de idade (segundo estudos do IBGE), devendo ser incluídos valores transitórios somente durante o período que os perceberia, in casu, subsídio de vereador somente até o término do mandato eletivo.

2.8. Pensão de filho incapaz (Síndrome de Down). Ainda que seja possível que o portador de Síndrome de Down trabalhe e proveja o próprio sustento, não havendo provas nos autos neste sentido, impõe-se estender o pensionamento do alimentando até quando o seu genitor a data que completasse 75 anos e garantindo o seu direito de crescer os valores percebidos por sua genitora, caso venha falecer antes do termo final do pensionamento.

2.9. Não exclusão de benefício previdenciário. A indenização por danos materiais resultantes de responsabilidade civil possui natureza jurídica diversa de pensão por morte previdenciária, não sendo o caso de compensação.

2.10. Constituição de Capital. Súmula nº 313/STJ: “Em ação de indenização, procedente o pedido, é necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para a garantia de pagamento da pensão, independentemente da situação financeira do demandado”.

3. Juros de mora e correção monetária.

3.1. Danos Morais. Juros de mora de 1% a.m., a partir do evento danoso (Súmula nº 54/STJ) e correção monetária, pelo INPC, a partir do arbitramento (Súmula nº 362/STJ).

3.2. Danos materiais. Juros de mora de 1% a.m., a partir do evento danoso (Súmula nº 54/STJ) e correção monetária, pelo INPC, a partir do efetivo prejuízo (Súmula nº 43/STJ). Sendo as parcelas vencidas pagas em parcela única, em razão de sua natureza alimentar, conforme art. 950, CC. Precedentes do STJ.

4. Honorários Sucumbenciais e Recursais.

Redimensionamento dos honorários. Não majoração em sede recursal. Suspensão da exigibilidade do crédito em favor dos autores beneficiários da gratuidade da justiça. Art. 98, §3º, CPC. Apelações conhecidas e parcialmente providas.

## VOTO

Tratam-se de Apelações Cíveis (evento 115 e 116) interpostas por Planalto Indústria Mecânica (ré) e por Mônica Cristina de Melo Lemes, Elisa Cristina de Melo Lemes, Daniel Felipe de Melo Lemes e Davi de Melo Lemes (autores), respectivamente, contra sentença do evento 78, proferida pelo Juiz de Direito da 13ª Vara Cível da Comarca de Goiânia, Otacílio de Mesquita Zago, nos autos de Ação de Reparação de Danos Materiais e Morais.

Na sentença hostilizada, a magistrado singular julgou parcialmente procedente os pedidos exordiais condenando a 1ª apelante ao pagamento de danos morais e materiais (pensionamento) aos autores.

Ambos litigantes apelaram.

1. Juízo de Admissibilidade das Apelações.

Preenchidos os requisitos e pressupostos dos apelos interpostos, deles conheço em sua totalidade. Passo à sua análise.

2. Preliminares. Apelação Cível de Planalto Indústria Mecânica – Evento 115.

2.1. Cerceamento de defesa.

Verbera a empresa apelante que o magistrado sentenciante, ao julgar antecipadamente a lide, acabou por cercear o seu direito de defesa, pois arguiu matéria de fato na contestação, o que impediria o julgamento antecipado da contenda; logo, a sentença recorrida seria nula.

No caso, nos eventos 20 e 64, a ré pugnou pela oitiva pessoal dos autores, prova testemunhal e perícia. Entretanto, o juiz indeferiu a produção das provas, sob o argumento de que o apelante não justificou a necessidade das provas sem antes oportunizar que o fizesse.

Pois bem. Em proêmio, consigno que, ao contrário do que alega o apelante, foi oportunizado ambas as partes a indicação das provas que pretendiam produzir no evento 12, dando início à fase instrutória, com a consequente manifestação dos autores no evento 19 e da ré no evento 20.

Outrossim, acerca da prova pericial requerida pela recorrente, ressalto que consta nos autos relatório final elaborado pelo CENIPA (Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos), órgão especialista análise de acidentes aéreos e que realizou perícia no local e no helicóptero logo após o acidente. Assim sendo, entendo que qualquer outra perícia técnica que fosse realizada não seria tão completa e específica quanto a elaborada pelo ente alhures, sendo desnecessária a determinação de nova prova perícia.

Isto registrado, consigna-se que o mero indeferimento das provas não importa em cerceamento de defesa.

Neste sentido, cito o seguinte julgado desta Corte:

“(...) II. Cerceamento de defesa, Não configurado. Os litigantes não podem impor ao magistrado a realização de determinada prova, haja vista que, como destinatário dos elementos de convicção, permite-se que indefira as que reputar inúteis ou meramente protelatórias (artigo 370 do Código de Processo Civil/2015). Deste modo, não se pode supor que o mero indeferimento da produção de dado meio de prova redundará em cerceamento de defesa, sendo que, para que haja violação desse preceito fundamental ao processo, deve a parte demonstrar que a não realização da prova postulada prejudicou seus interesses, isto é, se produzida, conduziria o julgamento a outro desfecho, o que não se observa no caso em tela.(...)”. (TJGO, 2ª CC, AC nº 5049518-59.2018.8.09.0051, Rel. Des. Carlos Alberto França, DJ de 02.10.2019)

Desta forma, considerando que as partes tiveram oportunidade de querer provas (e o fizeram) e que o juiz é o destinatário final das provas carreadas nos autos e, como tal, tem a liberalidade de determinar a produção de provas que entender como necessárias/úteis ao deslinde da demanda e indeferir aquelas que são apenas protelatórias (arts. 370 c/c 371, ambos do CPC), entendo que não houve cerceamento de defesa na presente demanda, devendo esta preliminar ser afastada.

## 2.2. Sentença sem fundamentação.

Ainda defendendo que a sentença recorrida é nula e merece ser cassada, aduz a apelante, mesmo que para fins de prequestionamento, que o magistrado limitou-se a colacionar dispositivos legais e julgados desta Corte, deixa de debater acerca da Súmula nº 145/STJ e do art. 736, CC e ignora julgados indicados na contestação e que iriam ao encontro com as suas teses de defesa.

Em que pese os argumentos da recorrente, entendo que a sentença hostilizada está devidamente fundamentada sendo que o juiz **a quo** apresenta os artigos legais em que se baseia o

juízo e faz subsunção do caso concreto à norma em abstrato. A meu ver, é inegável a apresentação de fundamentação por parte do magistrado singular, de modo que foram obedecidos todos os requisitos legais do artigo 93, inciso IX, da Carta Magna, bem como do artigo 489 do Código de Processo Civil/2015.

Acerca do argumento de que a decisão é omissa em alguns pontos levantados em contestação, trago posicionamento pacífico do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o Julgador não está obrigado a analisar todos os artigos e matérias arguidos, bem como dispõe o art. 489, § 1º, inciso IV, CPC/15: STJ, 2ª Turma, REsp 1775870/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ de 21.11.2018. Nesta mesma esteira, é o entendimento majoritário deste Tribunal de Justiça, **vide**: TJGO, 3ª CC, ED na AC nº 0460332-12.2009.8.09.0005, Rel. Des. Gilberto Marques Filho, DJ de 23.08.2019.

Por fim, acerca dos julgados trazidos pela ré em sua contestação, entendo que estes não guardam correspondência à situação retratada nos autos, sendo apenas jurisprudência de persuasão. Desta forma, é permitido ao magistrado decidir pela adoção ou não destes, visto que o Código de Processo Civil de 2015 adotou a Teoria dos Precedentes Judiciais (art. 927), inclusive, com as possibilidades de afastamento destes (*distinguishing/overruling*).

Isto posto, entendo que esta segunda preliminar também deve ser afastada.

2. Preliminar. Apelação Cível de Mônica Cristina de Melo Lemes e Outros – Evento 116.

Os autores, por sua vez, em preliminar de Apelação, pretende a reinclusão do sócio da empresa (Sr. Alberto Pereira Nunes Neto) na lide. Por se tratar de matéria diretamente relacionada com o mérito, postergo a sua análise para apreciação conjunta àquele.

4. Mérito.

4.1. Da responsabilidade civil.

Como introito, discorro sobre os eventos que levaram à presente demanda.

Tem-se que, no dia 07.06.2014, em razão de acidente aéreo envolvendo o helicóptero PT-YJJ, de propriedade da Planalto Indústria Mecânica, o sr. Edmilson de Sousa Lemes (marido/genitor dos segundo apelantes) veio a óbito.

Neste dia, por volta das 19h o helicóptero, pilotado pelo Comandante Coronel Milton Ananias, contratado da empresa alhures, saiu da casa do Sr. Alberto Pereira Nunes Neto, em Aruanã, por determinação deste último, levando passageiros até um acampamento em uma praia no Rio Araguaia.

Por volta da 1h, decidiram os passageiros por retornarem à Aruanã, sendo que levantaram voo e, poucos minutos depois, o helicóptero colidiu com o chão, vindo todos os seus cinco ocupantes a óbito.

Antes de adentrar na matéria, consigno que a perícia foi realizada pelo CENIPA (Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos), o qual é órgão do Comando da Aeronáutica responsável pelas atividades de investigação de acidentes aeronáuticos da aviação civil e da Força Aérea Brasileira. Tais investigações são embasadas no Anexo 13 à Convenção Internacional de Aviação Civil da ICAO – International Civil Aviation Organization, órgão de referência mundial, que normatiza as leis sobre aviação civil internacional.



No Brasil, é regulamentado pelo Decreto nº 6.834/2009 e tem por finalidade planejar, gerenciar, controlar e executar as atividades relacionadas com a prevenção e investigação de acidentes aeronáuticos, o que inclui análise técnico-científica do acidente ou incidente aeronáutico que se retiram valiosos ensinamentos.

Portanto, não haveria melhor órgão para investigar e realizar perícias sobre o acidente em questão, seja por sua imparcialidade seja por sua comprovada habilitação técnica.

Isto posto, no relatório final sobre o acidente aéreo, o CENIPA concluiu que as atitudes do Comandante, a sua indisciplina de voo, o seu poder decisório e o sistema de apoio (local de decolagem e pouso) foram fatores que contribuíram para o acidente. Enquanto que a desorientação, fadiga, ilusões visuais, motivação e percepção, apesar de não poder apontar como elementos fundamentais no acidente, não podem ser totalmente desconsiderados. Relatório final jungido no evento 9.

Outrossim, apontou que o Comandante Milton Ananias, embora piloto experiente, inclusive com voos pela Polícia Militar do Estado de Goiás, não tinha habilitação técnica para operações noturnas, bem como a aeronave não possuía equipamentos para voos por instrumento, os quais são essenciais para operar a noite com decolagem/pouso em local sem homologação pela Aeronáutica, como era o caso.

Ademais, indicou que nos casos de voos durante a noite é recomendado ao piloto que permaneça em ambiente escuro, para adaptação, por período mínimo de 30 minutos, o que não ocorreu, e sobre as condições ambientais do momento/local da decolagem que levaram à desorientação do piloto, a qual é a incapacidade de dizer para que lado é “para cima” (definição dada pelo FAA, EUA, 1983), a conclusão do órgão investigativo traz:

“Os resultados indicaram que, com a aeronave a 30m de altura (última altimetria registrada no GPS que estava a bordo do PT-YJJ), a área de iluminação dos faróis é pouco efetiva para definir um plano horizontal que possa orientar o piloto. No momento em que o piloto procura uma definição de linha de horizonte, essa situação favorece a desorientação em termos de atitude longitudinal e lateral.”

Acerca, por fim, da suposta experiência do Comandante Milton para operações noturnas com aquela aeronave e como piloto particular, o relatório do acidente apontou que, embora houvesse no diário de bordo, voos noturnos, estes não se davam nas condições do que ocorreu no dia do acidente. Tem-se que as decolagens se davam durante o dia com pousos a noite e em áreas com a devida sinalização (aeródromo, heliporto, etc.).

Não obstante, explicou, que as repetidas operações irregulares realizadas com sucesso fez nascer/crescer no piloto e no seu empregador a falsa noção de segurança e capacidade para voos noturnos, bem como o desconforto do piloto em se recusar a voar naquelas condições (informado por algumas testemunhas) podem ser considerados elementos influenciadores do acidente.

Com os fatos narrados pelas testemunhas e constatados e analisados pelo CENIPA, conclui-se que o acidente ocorreu por um conjunto fatal de fatores: a) inabilitação do piloto e da aeronave para voos noturnos; b) condições ambientais (noite); c) local de decolagem não homologado, ou seja, sem as luzes e sinais necessários para orientar o piloto; d) reincidência de voos noturnos bem-

sucedidos geram confiança no piloto e as constantes solicitações do empregador por este tipo de voo.

Vislumbra-se assim, que a falha que levou ao fatídico acidente se deu em razão de fatores humanos e não da máquina, a qual estava em dia com sua manutenção. Impõe-se, assim, reconhecer que a culpa pelo acidente recai sobre o piloto, que também faleceu no episódio, mas que pode ser imputado à empresa proprietária do helicóptero e empregadora do Comandante. Explico.

Primeiro, porque o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/1986) aponta que o proprietário da aeronave é considerado explorador para os fins legais, ainda que esta seja destinada apenas para transporte próprio, mesmo que sem fins lucrativos, ainda que seja por meio de seu preposto, **vide** arts. 122 a 124.

O mesmo codex estabelece que o Comandante da aeronave designado pelo empregador será o responsável e o preposto deste durante o voo, sendo o responsável pela segurança dos tripulantes, passageiros e aeronave, bem como tem o dever de decisão sobre a operação, incluindo adiar ou suspender o voo segundo as circunstâncias que se apresentam (arts. 165 a 169).

Ante o colocado pela norma especial para atividades aeronáuticas, o piloto de uma aeronave quando em suas atividades atua como preposto de seu empregador, tendo todo o poder de decisão durante as atividades, sendo responsável pela segurança de todos os envolvidos, sejam dentro ou fora do veículo.

Considerando que há uma relação de empregador e empregado/preposto, a responsabilidade da empresa proprietária da aeronave é solidária a do piloto que, por culpa, causou o acidente. Este já era o posicionamento firmado pelo STF na Súmula nº 341: “é presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”. E que foi inserido no Código Civil de 2002 nos arts. 932, III e 933, ambos do CC, transcrevo-os:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: (...)

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; (...)

Art. 933. 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.”

Assim sendo, temos que há uma responsabilidade objetiva por parte do empregador pelos danos eventualmente causados pelos seus empregadores/prepostos, desde que fique provado a culpa deste último pelo fato danoso. Outrossim, não cabe análise se o empregador escolheu bem ou mal o empregado (culpa **in eligendo**). Neste ponto, Cristiano Chaves, Felipe Peixoto Netto e Nelson Rosenvald (**in** Novo Tratado de Responsabilidade Civil, 3ª ed. 2018, 728) citam Carlos Alberto Gonçalves:

“quando o art. 933 do Código Civil enuncia que os empregadores, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados, serviçais e prepostos, está-se referindo aos atos ilícitos, aos atos culposos em sentidos lato, compreendendo a culpa e o dolo do empregado. Havendo dolo ou culpa **stricto sensu** do empregado na causação do dano, presume-se, ipso facto e de forma irrefragável, a responsabilidade (e não a culpa, por se tratar de responsabilidade objetiva) do empregador”.

Cabe salientar que, para o empregador responder pelos danos provocados pelo seu empregado/preposto, é fundamental que haja nexos causal entre o dano e o trabalho desempenhado. Sobre esse nexo, acrescentam os estudiosos citados anteriormente, é irrelevante se, no momento da conduta danosa, o agente atuou contra as ordens do empregador ou que houvesse subordinação técnica, o que não é o caso dos autos, posto que o Comandante Milton atuou seguindo ordens do chefe e eram quem tinha todas o conhecimento técnico.

Conclui-se, assim, que o piloto Milton Ananias, Comandante da aeronave que se acidentou, atuava naquele momento como preposto e empregado da ré/apelante Planalto Indústria Mecânica como deve ser inferido pela aplicação das previsões do Código Brasileiro de Aeronáutica citados acima, bem como atuou com culpa (negligência, imprudência e imperícia) no evento danoso. Logo, a empresa pela qual atuava tem o dever de indenizar a família de quem faleceu no evento, de forma objetiva e solidária, sendo cabível ação de regresso contra quem causou o acidente que, infelizmente, também veio a óbito naquele dia.

Neste sentido, cito julgado desta Corte de Justiça:

“Apelação cível. Ação de indenização por danos morais e materiais. Acidente de trânsito. Morte do genitor. Ilegitimidade passiva. Não comprovação da propriedade do veículo ou outro vínculo subjetivo. Honorários recursais. 1. O proprietário de automóvel envolvido em acidente de trânsito, responde solidariamente pelos danos causados por terceiro que estava na direção do veículo. De igual modo, a pessoa jurídica empregadora (empresa de materiais de construção), é objetivamente responsável pelo ato imprudente de seu preposto (condutor do veículo causador do acidente) (...)” (TJGO, 6ª CC, AC nº 0137711-97.2015.8.09.0130, Rel. Dr. Roberto Horácio de Rezende, DJ de 30.08.2019)

**In casu**, acrescento, não vislumbro qualquer excludente de responsabilidade seja por caso fortuito/força maior, seja por responsabilidade exclusiva/concorrente da vítima. Do mesmo modo, entendo que o fato de ser a vítima “caroneira” na aeronave não afasta o dever de indenizar.

Quanto à aplicação da Sumula nº 145/STJ que enuncia que “no transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave”, entendo que neste caso, como já aferido acima, ficou devidamente comprovada a culpa grave do piloto no evento e que a sua conduta como preposto/empregado da Planalto Indústria Mecânica impõe a ela do dever de indenizar, devendo aplicar o enunciado ao caso mas em favor da pretensão dos autores.

Em resumo:

Determina o Código Brasileiro de Aeronáutica o Comandante da aeronave é o responsável e o preposto do empregador durante as operações, possuindo o dever-poder de decisão sobre a operação, incluindo adiar ou suspender o voo segundo as circunstâncias que se apresentam.

Considerando que os arts. 932, III e 933, CC e a Súmula nº 341/STJ enunciam que o empregador é responsável objetivamente pelos danos causados pelo seu preposto, a empresa ré tem o dever de indenizar os autores.

Por fim, acerca da aplicação ou não da Súmula nº 145/STJ, esta traz que o condutor de veículo somente será responsável pelos danos causados aos caroneiros se houve culpa grave daquele na ocorrência do evento danoso, **in casu**, seria aplicada por analogia.

Desta forma, em sendo o piloto a pessoa que tinha a habilitação técnica para a operação da aeronave, a qual é muito específica e não se comparada com a habilitação para condução de carros, este tinha o poder e dever de se negar a operar em circunstâncias para as quais tinha ciência de que não poderia atuar, fosse por falta de licença específica, fosse pelas condições da aeronave e do ambiente.

Logo, ao não atuar conforme é esperado de um piloto experiente, este atuou de culpa grave, o que impõe a aplicação da Súmula nº 145/STJ, em favor das alegações e pretensões dos autores.

#### 4.1.1. Da responsabilidade do Sr. Alberto Pereira Nunes Neto.

O Sr. Alberto Pereira Nunes Neto é proprietário da empresa ré Planalto Indústria Mecânica e foi incluído, inicialmente, no polo passivo, mas reconhecida a sua ilegitimidade passiva na sentença, sendo esta decisão ponto de insurgência dos autores/apelantes.

Pois bem. Acerca da não condenação do Sr. Alberto Pereira Nunes Neto, entendo que a sua exoneração do dever de indenizar foi medida correta e justa por parte do magistrado sentenciante, pois ao ordenar que o piloto levasse seus convidados até a praia não agiu com dolo ou culpa grave, na verdade, entendo que nem “culpa leve”, visto que cabia ao Comandante o dever de se opor àquela operação noturna pois tinha a ciência da irregularidade desta e os conhecimentos técnicos.

Ademais, observo que a empresa é solvente, possuindo bens e que, em caso de eventual insolvência que impeça a quitação das indenizações, seria o caso de desconsideração da personalidade jurídica desta para alcançar os ativos do seu sócio. Portanto, a não condenação deste, de forma solidária não importa em prejuízo para os indenizados.

Destarte, sigo para a análise das indenizações pertinentes ao caso.

#### 4.2. Dos danos morais.

O dano moral tem por fundamento a ofensa à dignidade humana, vale dizer, é a lesão que atinge os bens mais fundamentais inerentes à personalidade. É cediço que o dano moral indenizável é o proveniente de constrangimento e dor psíquica imputados à pessoa, em razão de atos que ofendem seus sentimentos, provocando tristeza, mágoa ou atribulações graves na esfera íntima. Ademais, o ato ensejador de reparação moral deve perturbar o âmago da vítima, causar grave situação vexatória e constrangedora perante terceiros, além da comprovação de abalo extrapatrimonial.

Isto posto, passa-se à discussão o valor fixado na sentença de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada um dos autores totalizando R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), devendo ser deduzido o valor já pago pelo seguro obrigatório, ou seja: R\$ 25.774,27 (Mônica), R\$ 8.591,42 (Elisa), R\$ 8.591,42 (Daniel) e R\$ 8.591,42 (Davi).

Sobre o **quantum** indenizatório, a recorrente Planalto Indústria Mecânica pugna pela aplicação ao caso a tarifação ditada pelo Código Brasileiro de Aeronáutica e, alternativamente, a minoração dos valores com a aplicação do Código Civil. Enquanto os apelantes Mônica Cristina de Melo Lemes e outros pugnam pela majoração do valor da indenização.

Acerca da tarifação, entendo que não é o caso, porque, a meu ver, os dispositivos indicados pela recorrente (267 e 269 do codex aeronáutico) referem-se a danos causados ao **staff** a bordo da aeronave e pessoas/bem na superfície, o que não é o caso destes autos, posto que o sr. Edmilson era passageiro do helicóptero, ainda que não pagante.

Pois bem. Na fixação de danos morais, ressaem duas grandes questões. Como mensurar o imensurável? Como quantificar o que não aceita quantificação? A doutrina pátria tenta auxiliar neste ponto ao apontar um critério bifásico norteador: primeiro, a ocorrência/não do fato danoso; depois, a individualização do quantum indenizatório. A quantificação, segundo os estudiosos, deve-se fazer uma comparação da situação da vítima antes e depois do acontecimento que o lesionou e os reflexos dos fatos para a sua vida, **in casu**, a morte do marido e genitor dos autores.

Ademais, há que se levar em conta os critérios da razoabilidade, proporcionalidade e equidade, sem olvidar o grau de culpa dos envolvidos, a extensão do dano, bem como a necessidade da efetiva punição do ofensor, a fim de evitar reincidência na sua conduta lesiva. Sobre o binômio proporcionalidade-razoabilidade, este Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 32 com o seguinte enunciado:

“A verba indenizatória do dano moral somente será modificada se não atendidos pela sentença os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na fixação do valor da condenação”.

Outrossim, dispõe o art. 944, Código Civil, que a indenização mede-se pela extensão do dano. À colação, os dizeres de Rui Stocco (Tratado de Responsabilidade Civil, 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1.709.): “(...) Segundo nosso entendimento a indenização da dor moral, sem descurar desses critérios e circunstâncias que o caso concreto exigir, há de buscar, como regra, duplo objetivo: caráter compensatório e função punitiva da sanção (prevenção e repressão), ou seja:

- a) condenar o agente causador do dano ao pagamento de certa importância em dinheiro, de modo a puni-lo e desestimulá-lo da prática futura de atos semelhantes;
- b) compensar a vítima com uma importância mais ou menos aleatória, em valor fixo e pago de uma só vez, pela perda que se mostrar irreparável, ou pela dor e humilhação impostas. (...)”

Em suma, a estimativa da indenização por danos morais não se prende, necessariamente, ao pedido formulado na inicial. Tem o julgador a liberdade e discricionariedade para avaliar e sopesar a dor do 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 com as circunstâncias e a extensão do evento danoso.

Sem dúvida, a perda de um marido em um evento tão trágico, ficando para criar sozinha três filhos é um abalo emocional imensurável, bem como o sofrimento destes filhos ao terem, de maneira repentina, o seu pai retirado de sua convivência. Entretanto, entendo que o valor da indenização deve ser reduzido, a meu ver, devendo ser fixado segundo os preceitos dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, uma vez que a quantia revela-se exacerbada, apesar da angústia sofrida pela recorrida.

Destarte, reduzo a verba indenizatória para o montante de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), devendo ser tocado R\$ 37.500,00 (trinta e sete mil e quinhentos reais) para cada um dos autores.

#### 4.2.1. Descontos do seguro obrigatório RETA.

Ainda sobre os danos morais, pretendem os recorrentes Mônica Cristina de Melo Lemes e outros que a dedução do seguro RETA deve ser feita do montante final a ser recebido na ação e não especificamente da verba atinente ao dano moral.

Esta insurgência dos autores merece ser provida.

Explico.

Determina o art. 281 do Código Brasileiro de Aeronáutica que todos os exploradores de aeronaves devem contratar seguro para garantir eventual indenização por danos derivados de operações aéreas, é o chamado RETA (Responsabilidades do Explorador ou Transportador Aéreo).

Desta forma, tem-se que citado seguro é obrigatório para quem explora atividade de transporte aéreo, equiparado a este o proprietário de aeronave para uso particular, mesmo que sem fins lucrativos, arts. 122 a 124 do CAB. E, por ser obrigatório, entende o STJ que se deve fazer aplicação da sua Súmula nº 246 que enuncia que qualquer valor pago a título de seguro obrigatório deve ser deduzido de indenização civil.

Não obstante, o mesmo Sodalício esclarece que o importe pago pelo seguro será abatido do valor de indenização por danos materiais e não morais, como foi estipulado pelo magistrado singular. Neste sentido, é o julgado do STJ no REsp 1422873/SP de relatoria do Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Dje de 20.03.2018. No voto deste, esclarece o Ministro Relator:

“Quanto ao seguro obrigatório, a jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que é devido o desconto do valor de tal seguro no montante fixado a título de indenização pelos danos materiais sofridos, sob pena de haver indevido ‘bis in idem’, consoante cristalizado na Súmula nº 246/STJ (vide REsp nº 1.319.526/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Dje 18.05.2015).” (grifei)

Destarte, deve ser deferido o pleito da apelante para que o valor recebido em razão de apólice de seguro (R\$ 25.774,27 para viúva e R\$ 8.591,42 para os filhos) não seja abatido dos valores fixados a título de indenização por danos morais (R\$ 37.500 para cada autor).

#### 4.3. Dos danos materiais.

Constam dos autos que o falecido, quando de sua morte (07.06.2014), era Policial Militar aposentado e percebia proventos mensais no valor de R\$ 3.474,04. Era, ainda, Vereador do Município de Palmeira de Goiás (mandado legislativo de 2013/2016), com um subsídio de R\$ 3.270,70, totalizando R\$ 6.744,14.

Assim, para fins de pensionamento e desde a data do óbito (07.06.2014), o magistrado sentenciante fixou-os em 2/3 da renda do **de cujus** da seguinte forma: R\$ 6.744,14 até dezembro/2016, quando se extinguiria o mandado legislativo, e de R\$ 3.474,04 a partir de janeiro/2017.

Neste ponto, pretendem os apelantes Mônica Cristina de Melo Lemes, Elisa Cristina de Melo Lemes, Daniel Felipe de Melo Lemes e Davi de Melo Lemes que a fração/percentual do

pensionamento incida sempre sobre devem incidir sobre a renda líquida total percebida pelo falecido na data de sua morte, ou seja, R\$ 6.744,14.

Não obstante válida a insurgência da parte recorrente, esta não merece prosperar. Explico.

A renda do falecido, à época do fato, perfazia o valor alhures em razão da soma de dois rendimentos, um provento e um subsídio de vereador, o qual, por óbvio não era garantido por toda a vida daquele, pois, não havia garantias de que, nas eleições seguintes, seria reeleito para o cargo.

Logo, não se pode firmar o pensionamento sobre um valor incerto visto que não se pode presumir que o sr. Edmilson se manteria como vereador até quando completasse 75 anos de idade, o que não ocorre com a sua aposentaria, a qual, seria paga até a sua morte, qual fosse a sua idade. Portanto, correta a fixação do juiz **a quo**.

#### 4.3.1. Direito de acrescer.

Estabelecido que há o dever de indenizar por danos materiais as partes lesadas e que o pensionamento foi feito de forma correta, passo à análise da possibilidade do direito de acrescer.

Firmou-se na sentença que os 2/3 da renda do **de cujus**, conforme já explicado acima, será devido à viúva até quando o falecido completasse 75 anos e para os filhos, menores à época do fato, até que estes completassem 25 anos de idade, sendo que o percentual que cabia a eles sejam acrescidos no quinhão da viúva.

Neste ponto, ambos litigantes recorreram. A apelante Planalto Indústria Mecânica (ré) pretende que seja excluído o direito de acrescer da viúva, enquanto os apelantes Mônica Cristina de Melo Lemes, Elisa Cristina de Melo Lemes, Daniel Felipe de Melo Lemes e Davi de Melo Lemes (autores) defendem que o direito de acrescer seja estendido ao último autor, o qual é portador de Síndrome de Down e, portanto, incapaz, bem como o seu pensionamento vitalício.

Acerca do dano material, o art. 948, II, CC estabelece que, no caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações, na prestação de alimentos às pessoas “a quem o morto os devia”, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Primeiro, consigno que a expressão “homicídio” não importa em uma condenação criminal por homicídio doloso/culposo. Outro ponto a ser esclarecido é que quando o código fala em “alimentos a quem o morto devia” não se limita a uma obrigação judicialmente constituída, mas sim uma obrigação legal como para com descendentes/ascendentes/cônjuge que dele dependiam financeiramente do falecido.

Ademais, acrescento, que no presente caso, temos um dano reflexo (dano em ricochete), pois ocorre um prejuízo em virtude de um dano sofrido por outrem. O evento não apenas atinge a vítima direta (o falecido), mas, reflexamente, os interesses de outra pessoa. Daí a expressão ricochete, pois o dano sofrido por um repercute em outro, pelo fato de haver alguma ligação entre este e aquele.

Em sendo o **de cujus** o responsável pelo sustento do lar e ficando esta dependência econômica provada nos autos, deve o agente causador do dano pagar alimentos ao cônjuge sobrevivente e aos filhos menores, na forma que foi feito na sentença.

**In casu**, os 2/3 de pensionamento será repartido em quatro quinhões, sendo 50% tocado à viúva e 16,6% para cada um dos 3 filhos, ou seja, não é 2/3 para cada um dos herdeiros. Assim sendo, tem-se um pensionamento partilhado por muitos valendo trazer à baila a observação feita

pelos estudiosos Cristiano Chaves, Felipe Peixoto Netto e Nelson Rosenvald (in Novo Tratado de Responsabilidade Civil, 3ª ed. 2018, p. 350):

“(...) se o valor da pensão é partilhado por muitos, cessando, em ralação a qualquer deles, o direito à percepção do benefício, o valor se dividirá entre os demais beneficiários da pensão. Se apenas houver um filho menor, ou se todos alcançarem a idade-limite, é direito da mãe e viúva do falecido acrescer o valor da pensão mensal percebida por ele (s) quando cessar o pensionamento”.

No trecho alhures, os estudiosos fazem remissão ao julgado do STJ no REsp nº 1.155.739/MG de 03.12.2010 e noticiado no Informativo STJ nº 458, o qual possui a seguinte ementa:

“(...) Direito civil e processual civil. Indenização por danos materiais. Morte de pai de família. Pensão mensal. Direito de acrescer. Cabimento. Decorrência lógica do pedido de indenização. Julgamento **extra petita**. Inexistência. (...)

3. O direito de acrescer decorre logicamente do pedido formulado na petição inicial das ações de natureza indenizatória, cujo escopo é recompor o estado das coisas existente antes do evento danoso. Assim, o direito de acrescer encontra fundamento no fato de que a renda da vítima sempre seria revertida em benefício dos demais familiares quando qualquer deles não mais necessitasse dela.

4. Não se afigura razoável que, cessado o direito de um dos familiares ao recebimento da pensão, o valor correspondente simplesmente deixe de ser pago pelo réu. Para manter a coerência da premissa que justifica a própria imposição da pensão mensal – de que o pai de família participaria do orçamento doméstico até a sua morte natural - esta deve continuar a ser paga integralmente. A saída de um dos filhos do núcleo familiar não permite inferir que a contribuição do pai diminuiria; apenas significa que esse valor seria distribuído de forma diferente.

Recurso especial a que se nega provimento”. (grifei)

Destarte, manter o direito de acrescer da sra. Mônica Cristina de Melo Lemes é medida que se impõe, devendo este ponto do apelo da Planalto Indústria Mecânica ser improvido.

Firmado o direito de acrescer da viúva o quinhão dos filhos quando estes completarem 25 anos de idade, passo à situação do apelante Davi de Melo Lemes, menor e portador de Síndrome de Down.

Para este, a meu ver, deve ser reformada a sentença de primeiro grau para garantir que continue a receber a pensão mensal pelo falecimento do pai após completar 25 anos.

Isto porque, em razão de sua doença, poderá ser considerado incapaz para a vida civil e para garantir a própria subsistência.

Por óbvio, com as possibilidades de acompanhamento terapêutico atuais, o indivíduo pode atingir pelas condições de viver, sustentar-se e subsistir de forma autônoma, trabalhando e mantendo uma família como qualquer outra pessoa.

Entretanto, tudo isto depende do grau de limitação da pessoa, pois nem todos acometidos pela Síndrome de Down possuem as mesmas dificuldades, não sendo uma situação padrão, dependendo de laudos de especialistas para definir qual as capacidades e limitações da pessoa.



No caso em tela, não há nos autos elementos que apontem, incontestemente, que o recorrente Davi de Melo Lemes terá plenas condições de trabalhar e prover o seu próprio sustento, razão pela qual o seu quinhão do pensionamento deve ser mantido, ainda após completar 25 anos de idade, até a data que o falecido completaria 75 anos de idade.

Quanto ao direito de crescer, julgo que este deve ser deferido, tão somente, no caso de falecimento da sua genitora (a viúva) e responsável legal, a qual já crescerá os percentuais tocados aos outros filhos.

Desta forma, esta insurgência deve ser parcialmente provida para fixar o pensionamento do apelante Davi de Melo Lemes ainda após completar 25 anos de idade, até a data que o falecido completaria 75 anos de idade e deferir-lhe o direito de crescer os percentis de sua genitora, no caso de falecimento desta antes do termo final da obrigação.

#### 4.3.2. Não exclusão do valor pago a título de pensão por morte (benefício previdenciário).

Ainda no tocante ao pensionamento, pretende a apelante ré a exclusão dos cálculos os valores pagos à viúva a título de pensão por morte. Mais uma vez, a insurgência da recorrente não merece prosperar.

Neste ponto, Cristiano Chaves, Felipe Peixoto Netto e Nelson Rosendal (in Novo Tratado de Responsabilidade Civil, 3ª ed. 2018, p. 347) esclarecem:

“Pensão previdenciária: O empregado acidentado auferir os benefícios da previdência social, cujo pagamento independe da caracterização da culpa, já que a cobertura securitária está fundamentada na teoria da responsabilidade objetiva. Em nada impede que também possa receber uma indenização decorrente de responsabilidade civil quando o causador do dano tiver agido com dolo ou culpa. A reparação infortunistica decorre da teoria do risco, amparado pelo seguro social, de solidariamente mais ampla. As causas e sujeitos passivos da obrigação de reparar são distintos. A pensão previdenciária, entende o STJ, por ter causa diversa da ação civil de reparação de danos, não é dedutível do valor pago a este título, sendo, portanto, cumuláveis”.

Nesta esteira, cito os seguintes julgados do STJ:

REsp 1306395/RJ, Relª. Minª. Nancy Andrighi, DJe de 04.12.2012; e REsp 1062692/RJ, Relª. Minª. Nancy Andrighi, DJe de 11.12.2011.

Assim sendo, os danos materiais, na forma de pensionamento, serão devidos aos lesados na forma aqui determinada e sem a exclusão de qualquer valor devido ou pago com natureza previdenciária, sendo o pleito da ré desprovido.

#### 4.3.3. Constituição de capital. Súmula nº 313/STJ.

Na sentença apelada, o magistrado singular entendeu que, em que pese a redação da Súmula nº 313/STJ, a inclusão dos autores na folha do pagamento da empresa ré seria suficiente para garantir o seu pensionamento, sendo dispensada a constituição de capital, em razão do disposto no art. 533, §2º, CPC.

A Súmula nº 313/STJ, publicada em 06.06.2005, doutra banda, enuncia: “Em ação de indenização, procedente o pedido, é necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para a garantia de pagamento da pensão, independentemente da situação financeira do demandado”.

Muito embora o enunciado alhures seja anterior à edição do CPC/2015, o posicionamento ali colocado continua plenamente aplicável naquele Sodalício, como se observa nos seguintes julgados: REsp 1243487/PR, Rel. Min. Marcos Buzzi, DJe de 04.12.2019; REsp 1791676/RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 26.08.2019; REsp 1377652/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 04.06.2019.

Desta maneira, considerando a plena aplicação da Súmula nº 313/STJ e em razão de haver interesse de menores e incapaz nos autos, entendo que o pleito dos autores e apelantes deve ser provido e, portanto, estabelecido que a empresa ré Planalto Indústria Mecânica constitua capital para garantir o cumprimento da obrigação a ela imposta (pensionamento).

#### 4. Dos juros de mora e correção monetária.

Reconhecida a responsabilidade civil do agente e condenado este ao pagamento de indenizações por danos morais e materiais, com a fixação dos valores pertinentes, passa-se à estipulação do termo inicial da incidência dos juros de mora e da correção monetária.

Primeiramente, consigno que a relação jurídica existente entre os autores e a ré é de natureza extracontratual, visto que não há negócio jurídico prévio entre as partes e nem da ré com o falecido, como já exaustivamente colocado neste voto.

Desta forma, os juros e a correção devem assim incidir:

a) Danos morais: juros de mora de 1% a.m., a partir do evento danoso (Súmula nº 54/STJ) e correção monetária, pelo INPC, a partir do arbitramento (Súmula nº 362/STJ);

b) Danos materiais: juros de mora de 1% a.m., a partir do evento danoso (Súmula nº 54/STJ) e correção monetária, pelo INPC, a partir do efetivo prejuízo (Súmula nº 43/STJ). Sendo as parcelas vencidas pagas em parcela única, em razão de sua natureza alimentar, conforme art. 950, CC, entendimento do STJ (v.g. REsp 524972/MG, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe de 26.04.2017) e julgado recente desta Corte de Justiça (AC/RN 0187200-49.2015.8.09.0051, Rel. Des. Maria das Graças Carneiro Requi, DJ de 26.09.2019).

#### 5. Dos julgados não aplicáveis

Os julgados acostados nas razões dos apelos não merecem acolhimento, vez que não guardam correspondência à situação retratada nos autos e ao posicionamento predominante deste Sodalício, sendo apenas jurisprudência de persuasão.

#### 6. Dos honorários sucumbenciais e recursais.

Ambos litigantes questionam as verbas sucumbenciais. Entretanto, entendo que o valor fixado na origem é devido, correto e proporcional, mas entendo que não é o caso de majoração em sede recursal, tendo em vista o parcial provimento de ambas as Apelações Cíveis.

Não obstante, considerando a alteração da sucumbência final no tocante a tudo o que foi discutido nos autos, opto pelo redimensionamento do ônus sucumbencial, ficando este fixado em 10% sobre o valor da condenação, sendo que destes, 70% a cargo da empresa ré e 30% a cargo dos autores, os quais favorecem-se da suspensão da exigibilidade de sua exigência por serem beneficiários da gratuidade da justiça.

#### 7. Dispositivo.

Ante o exposto, conheço de ambas apelações cíveis e dou-lhes parcial provimento para reformar parcialmente a sentença apelada ficando assim decidido:

a) Apelação Cível da Planalto Indústria Mecânica para reduzir o valor da indenização por danos morais de R\$ 200.000,00 para R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), devendo ser tocado R\$ 37.500,00 (trinta e sete mil e quinhentos reais) para cada um dos autores.

b) Apelação Cível de Mônica Cristina de Melo Lemes e Outros:

b.1) afastar o abatimento do valor já pago a título de seguro obrigatório do montante da indenização por danos morais, o qual deverá ser reduzido do valor das parcelas vencidas referentes ao dano material;

b.2) quanto ao direito de pensionamento do autor Davi de Melo Lemes, determinar que este receba os valores mensais que lhe são devidos até a data que o falecido completaria 75 anos de idade, ainda que tenha completado 25 anos de idade, e deferir-lhe o direito de acrescer os percentis de sua genitora, no caso de falecimento desta antes do termo final da obrigação;

b.3.) determinar que a empresa ré constitua capital para garantir o cumprimento da obrigação a ela imposta (pensionamento), com fulcro na Súmula nº 313/STJ.

Sem majoração de honorários sucumbenciais em grau recursal. Redimensionamento do ônus ficando este fixado em 10% sobre o valor da condenação, sendo que destes, 70% a cargo da empresa ré e 30% a cargo dos autores, os quais favorecem-se da suspensão da exigibilidade de sua exigência por serem beneficiários da gratuidade da justiça.

É como voto.

Datado e assinado em sistema próprio

Des. Guilherme Gutemberg Isac Pinto - Relator

Duplo Grau de Jurisdição nº 0273199.65.2016.8.09.0105

Comarca de Mineiros

4ª Câmara Cível

Autores : Alessandra Borges Paniago de Rezende e Outros

Réus : Estado de Goiás e Outra

Apelação Cível

1º apelante : Estado de Goiás

2ª apelante : Goiás Previdência (Goiasprev)

1ª apelada : Goiás Previdência (Goiasprev)

2os apelados : Alessandra Borges Paniago de Rezende e Outros

3º apelado : Estado de Goiás

Relatora : Desª. Elizabeth Maria da Silva

**EMENTA:** DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DECLARATÓRIA C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER. GOIÁS PREVIDÊNCIA (GOIASPREV). LEGITIMIDADE CONFIGURADA. PARTICIPANTES DO SERVIÇO NOTARIAL E REGISTRAL. EMISSÃO E AVERBAÇÃO DE CERTIDÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PARA FINS DE APOSENTADORIA E DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS. POSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL Nº 15.150, DE 19 DE ABRIL DE 2005. IRRELEVÂNCIA. HONORÁRIOS RECURSAIS. MAJORAÇÃO.

**I** - A GOIÁS PREVIDÊNCIA (Goiasprev), enquanto autarquia sucessora do Instituto de Assistência dos Servidores Públicos do Estado de Goiás (IPASGO) nas funções de administrar o regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos do Estado de Goiás, tem como parte de suas atribuições

averbar tempo de serviço e fornecer certidão de tempo de contribuição para fins de aposentadoria, sendo, desse modo, irrefragável a sua legitimidade para integrar a polaridade passiva da lide.

**II** - Com o advento da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, passou-se a entender que o regime previdenciário próprio dos servidores públicos, previsto no artigo 40 da Constituição Federal, não se aplicaria mais aos auxiliares e escreventes das serventias extrajudiciais, por não serem eles detentores de cargo público efetivo, resguardando o direito, apenas, aos notários e registradores que reuniram os requisitos para sua aposentação em momento anterior às alterações promovidas no texto constitucional.

**III** - Na espécie, mesmo após a Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, a qual definiu que o Regime Próprio de Previdência

Social (RPPS) destinava-se apenas aos servidores titulares de cargo efetivo e não mais se aplicava aos serventuários notariais e de registro, o Estado de Goiás continuou admitindo o recolhimento das contribuições previdenciárias dos autores pelo Regime Próprio de Previdência Social, emitindo, inclusive, as guias de recolhimento de contribuições colacionadas aos autos, razão pela qual fazem jus à Declaração de Tempo de Serviço e Contribuição para fins de averbação junto ao Regime Geral da Previdência Social.

**IV** - Os direitos sociais ao trabalho e à previdência tem um valor normativo e axiológico para a Constituição Federal, sendo o motivo de serem reconhecidos como direitos fundamentais, de modo a garantir a proteção social à luz do princípio supremo da dignidade da pessoa humana.

**V** - Não obstante a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 15.150, de 19 de abril de 2005, pelo excelso Supremo Tribunal Federal, por meio da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4639/GO, inclusive com a modulação de seus efeitos, tal fato terá relevância apenas para o eventual deferimento do pedido previdenciário, o que não é o caso dos autos.

**VI** - Cuidando-se de recurso interposto contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, impõe-se o aumento dos honorários arbitrados, à luz do disposto no § 11, do artigo 85 da atual Lei Adjetiva Civil.

**VII** - REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÕES CÍVEIS CONHECIDAS, MAS DESPROVIDAS.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Duplo Grau de Jurisdição Nº 0273199.65.2016.8.09.0105 da Comarca de Mineiros, em que figuram como autores Alessandra Borges Paniago de Rezende E Outros e como réus Estado de Goiás e Outra. Dupla Apelação Cível em que figura como 1º apelante Estado de Goiás; 2ª apelante Goiás Previdência (Goiasprev) e como 1ª apelada Goiás Previdência (Goiasprev); 2ºs apelados Alessandra Borges Paniago de Rezende e Outros; 3º apelado Estado de Goiás.

Acorda o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, pela Quarta Turma Julgadora de sua Quarta Câmara Cível, à unanimidade de votos, em conhecer da remessa necessária e das apelações cíveis, mas desprovê-las, tudo nos termos do voto da Relatora.

Presidiu a sessão de julgamento, a Excelentíssima Senhora Desembargadora Elizabeth Maria da Silva.

Votaram acompanhando a Relatora Desembargadora Elizabeth Maria da Silva, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Delintro Belo de Almeida Filho e Beatriz Figueiredo Franco.

Representou a Procuradoria Geral de Justiça, a Doutora Ana Maria Rodrigues da Cunha.

Goiânia, 22 de junho de 2020

Des<sup>a</sup>. Elizabeth Maria da Silva – Relatora

## RELATÓRIO

Trata-se de Reexame Necessário e de Apelações Cíveis interpostas pelo Estado de Goiás e pela Goiás Previdência (Goiasprev), já qualificados nos autos, contra a sentença reproduzida no evento nº 03, volume 04, p. 187/196, da lavra do excelentíssimo Juiz de Direito da Vara das Fazendas Públicas, Registros Públicos, Ambiental e 2ª Cível da comarca de Mineiros/GO, Dr. Fábio Vinícius Gorni Borsato, nos autos da ação declaratória c/c obrigação de fazer ajuizada Alessandra Borges Paniago de Rezende, Lucilene Rosário Cordeiro, Siglene Silva Rezende, Vanderlene Pereira Cardoso, Maria Socorro Carrijo Brandão Neves e Westerley Barbosa Rodrigues, também individualizados no feito.

Ação (evento nº 03, volume 01, p. 02/16): cuida-se de ação declaratória c/c obrigação de fazer ajuizada por Alessandra Borges Paniago de Rezende, Lucilene Rosário Cordeiro, Siglene Silva Rezende, Vanderlene Pereira Cardoso, Maria Socorro Carrijo Brandão Neves e Westerley Barbosa Rodrigues em face da Goiás Previdência (Goiasprev) e do Estado de Goiás, alegando que prestaram serviços em serventias extrajudiciais localizadas na comarca de Mineiros/GO, exercendo atribuições como de auxiliar de serviço notarial e de registro, escrevente, suboficial e respondente interino. Assinalam que no ano de 2014 foram desligados de seus vínculos estatutários junto a tais serventias.

Desta forma, objetivam reconhecimento de vínculo jurídico entre os autores e a autarquia estadual ré, gestora do Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos do Estado de Goiás, bem como a condenação dos demandados a emitir Declaração de Tempo de Serviço e Contribuição em favor dos autores, para fins de averbação junto ao Regime Geral de Previdência Social: “i. relativamente ao período de 16.12.1998 a 12.04.2014, para as autoras Alessandra Borges Paniago de Rezende, Lucilene Rosário Cordeiro, Siglene Silva Rezende e Vanderlene Pereira Cardoso; ii. relativamente ao período de 16.12.1998 a 04.06.2014 para a autora Maria do Socorro Carrijo Brandão Neves; e iii. relativamente aos períodos de 19.07.1982 a 23.04.1991 e 16.12.1998 a 12.04.2014, para o autor Westerley Barbosa Rodrigues” (p. 15/16).

Sentença (evento nº 03, volume 04, p. 187/196): o magistrado **a quo** julgou procedente o pleito inaugural, nos seguintes termos, **in verbis**:

Diante do exposto, e nos termos da fundamentação supra, julgo procedentes os pedidos formulados na inicial por Alessandra Borges Paniago de Rezende, Lucilene Rosário Cordeiro, Siglene Silva Rezende, Vanderlene Pereira Cardoso, Maria do Socorro Carrijo Brandão Neves e Westerley Barbosa Rodrigues em face do Estado de Goiás e Goiasprev, para:

- a) declarar a existência de vínculo jurídico das partes autoras com o Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos do Estado de Goiás;
- b) reconhecer o tempo de serviço e contribuição das partes autoras com o Regime Próprio da Previdência dos Servidores Públicos do Estado de Goiás;

c) condenar as partes réis para que seja emitida Declaração de Tempo de Serviço e Contribuição em favor das partes autoras, para fins de averbação junto ao Regime Geral da Previdência Social, nos seguintes termos:

i) relativamente ao período de 16.12.1998 a 12.04.2014, para as autoras Alessandra Borges Paniago de Rezende, Lucilene Rosário Cordeiro, Siglene Silva Rezende e Vanderlene Pereira Cardoso;

ii) relativamente ao período de 16.12.1998 a 04.06.2014 para a autora Maria do Socorro Carrijo Brandão Neves;

iii) relativamente aos períodos de 19.07.1982 a 23.04.1991 e 16.12.1998 a 12.04.2014, para o autor Westerley Barbosa Rodrigues.

De consequência, declaro extinto o processo, com a resolução do mérito, nos termos do art. 487, inc. I, do Código de Processo Civil.

Sem custas, face a isenção legal de que goza o ente público (art. 4º, inc. I, da Lei nº 9.289/96).

Fixo honorários advocatícios em R\$ 1.000,00 (mil reais) em favor do advogado da parte autora, nos termos do art. 85, § 8º, do CPC, observados os parâmetros do § 2º e incisos do mesmo artigo.

1ª Apelação Cível (evento nº 03, volume 04, p. 207/224): aduz o Estado de Goiás que “os notários ou tabeliães, os oficiais de registro ou registradores, os escreventes e os auxiliares, não remunerados pelos cofres públicos e os facultativos com contribuição em dobro, nos termos da Lei nº 15.150/2005, caso dos autores, foram expressamente excluídos do Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos estaduais, pela Lei Complementar nº 77/2010, que dispõe sobre a adequação do Regime Próprio de Previdência dos Servidores – RPPS – e Regime Próprio de Previdência dos Militares – RPPM – de que trata a Lei Complementar nº 66, de 27 de janeiro de 2009” (p. 213).

Diz que “os recolhimentos foram feitos conforme a Lei Estadual nº 15.150/05, em que, por meio de seu art. 1º, inciso I e art. 3º, parágrafo único, fica claro e evidente que o financiador e gerenciador das aposentadorias dos agentes com atividade notarial e de registro e dos facultativos dobristas é a Secretaria de Estado da Fazenda e não a Goiasprev” (p. 214).

Assinala que “inexiste vínculo entre as partes autora e o Regime Próprio da Previdência dos Servidores Públicos do Estado de Goiás, e, sem vínculo previdenciário, impossível a expedição de certidão de tempo de contribuição, notadamente após a EC 20/98, que levou às alterações do **caput** do artigo 40 da Constituição Federal e inclusão do seu § 13, que limitou aos cargos efetivos o regime próprio de previdência dos entes públicos” (p. 215).

Defende que “os autores faziam sua contribuição ancorados na Lei 15.150/2005, que regulamenta as aposentadorias dos participantes do serviço notarial e registral não remunerados pelos cofres públicos, a qual foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade, por criar um regime previdenciário em desacordo com a previsão constitucional” (p. 215).

Giza que “foram ressalvados apenas os direitos daqueles que já haviam integralizado os requisitos para a obtenção do benefício da aposentadoria, o que não é o caso dos requerentes” (p. 217).

Salienta que “a instituição de um terceiro regime previdenciário pela Lei estadual 15.150/2005, em regime paralelo, afronta o artigo 40, **caput**, § 13 e artigo 149, § 1º, da CF/88, visto que a ordem constitucional somente admite a existência do Regime Próprio de Previdência Social e o Regime Geral de Previdência Social, do qual não participam os autores, porquanto não ocupantes de cargo efetivo. De consequência, a contagem recíproca de tempo e de contribuição só é válida entre regimes de previdência pública autorizados no nosso ordenamento jurídico” (p. 218).

Assevera que “a emissão da certidão de tempo de serviço e de contribuição, para fins da contagem recíproca, só é admissível entre o Regime Geral de Previdência Social e os Regimes Próprios de Previdência dos entes federativos, estes últimos tendo como destinatários exclusivos os ocupantes de cargo efetivo, repita-se” (p. 221).

Brada que “o princípio da segurança jurídica e da boa-fé objetiva, diferente do que entendeu o juízo primevo, não impõe a procedência dos pedidos dos autores, mas asseguram a estes o direito à restituição das quantias pagas, com a dedução prevista em lei” (p. 223).

Arremata asseverando que “no que pertine à parte da sentença que determinou a emissão de Certidão de Tempo de Contribuição ao autor Westerley, relativamente ao período de 19.07.1982 a 23.04.1991, objeto de justificação judicial, visando a averbação junto ao Regime Geral de Previdência Social, não há interesse processual na medida, vez que, conforme já argumentado em sede de contestação, a irregularidade está na emissão de certidões para período posterior a 15/12/1998” (p. 223).

Nessa ordem de ideias, prequestiona a matéria e tenciona o provimento do recurso.

Preparo: não houve recolhimento de preparo, por força do § 1º do artigo 1.007 do Código de Processo Civil.

2ª Apelação Cível (evento nº 24, p. 28/39): afirma a Goiás Previdência (Goiasprev) que “é parte ilegítima para figurar no polo passivo da ação, bem como cumprir qualquer ordem judicial que eventualmente venha emanar neste feito quanto ao objeto nele tratado, vez que compete com exclusividade ao Secretário da Fazenda toda competência e atribuição de gestão do sistema de benefícios dos abrangidos pela Lei nº 15.150/2005” (p. 31).

Afiança que “para exercer legitimamente tal verdadeiro direito de receber de cada regime de origem compensação financeira, deve-se observar as estritas balizas normativas incidentes, sob pena de o regime de previdência e todos seus participantes, segurados e beneficiários, atuais e futuros, além de todos os demais contribuintes goianos que arcam com seus tributos, ficarem no prejuízo, quando o regime de origem de determinado tempo averbado recusar-se a pagar a compensação por entender desrespeitadas as normas” (p. 34).

Elucida que, “no caso presente, reside exatamente aí o sério risco, justamente pela ausência de legitimidade do sistema de benefícios regulado pela Lei nº 15.150/2005” (p. 34).

Explica que “o STF asseverou que, ao se criar um sistema previdenciário especial para amparar agentes públicos não efetivos, o Estado de Goiás não observou as regras contidas no art. 40



da Constituição Federal, bem como usurpou a competência legislativa da União, prevista no art. 24, XII do texto constitucional” (p. 35).

Sustenta que “a parte autora, até a data limite estabelecida no julgamento do STF, não reuniu requisitos necessários para obtenção do benefício” (p. 35).

Frisa que, “caso não tenha havido utilização de tal tempo para concessão de aposentadoria junto ao INSS, o que seria outra razão impeditiva da pretensão da parte autora, caso inexistissem as fartas razões acima, a certeza de que a vontade da parte interessada seria aproveitar tal tempo integral de lá para uma segunda aposentadoria, no regime geral de previdência (INSS), só virá a partir dela mesma. Sem isto e sem respeitar os cuidados impostos pelas normas, não há como dar guarida ao pleito, já que, além do equilíbrio financeiro da previdência, estar-se-ia a vulnerar o também constitucional princípio da segurança jurídica” (p. 36).

Enfatiza que “não há que se falar, portanto, na responsabilidade da GOIASPREV pela certificação dos períodos posteriores à EC nº 20/98” (p. 39).

Por fim, pugna pelo provimento do recurso.

Contrarrazões (evento nº 03, volume 05, p. 06/16 e evento nº 31, p. 47/55): os autores apresentaram resposta aos apelos, rebatendo as teses recursais em sua integralidade.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça (evento nº 12, volume recursal, p. 12/13): a douta Procuradoria Geral de Justiça, por intermédio de seu representante, Dr. José Carlos Mendonça, entendeu ser desnecessária a intervenção ministerial no feito.

É o relatório.

Nos termos do artigo 934 do Código de Processo Civil, encaminhem-se os autos para inclusão em pauta de sessão virtual.

Goiânia, 29 de maio de 2020.

Des<sup>a</sup>. Elizabeth Maria da Silva – Relatora

## VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento da remessa obrigatória e dos recursos voluntários interpostos.

Primeiramente, importa salientar que, uma vez que a sentença de mérito foi proferida contra o Estado de Goiás e a Goiás Previdência (Goiasprev), vislumbro que esta decisão sujeita-se ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo Tribunal, consoante o disposto no artigo 496, inciso I, do Código de Processo Civil, **ad litteram**:

Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;

Insta gizar que, por se confundirem as matérias submetidas à remessa obrigatória com as razões recursais, impende apreciá-las concomitantemente.

No caso dos autos, os autores ajuizaram ação declaratória em face do Estado de Goiás e da Goiás Previdência (Goiasprev), visando compelir o ente estatal a reconhecer o vínculo jurídico entre os demandantes, então pertencentes ao quadro da serventia extrajudicial da comarca de Mineiros/GO, e a Goiás Previdência (Goiasprev), enquanto gestora do Regime Próprio de Previdência Social do Estado de Goiás, relativamente ao período compreendido entre 15 de dezembro de 1998, data de publicação da Emenda Constitucional nº 20, até o desligamento de cada um dos suplicantes do serviço notarial e de registro que prestavam na serventia do município de Mineiros/GO.

Salientaram que, à época em que assumiram suas funções na serventia do município de Mineiros/GO, a legislação vigente reconhecia a natureza pública da prestação de serviços notariais e de registro, razão pela qual permitia a vinculação dos serventuários ao Regime Próprio de Previdência Social, então administrado pelo Instituto de Assistência dos Servidores Públicos do Estado de Goiás (IPASGO).

Afirmaram, ainda, que, ao serem desvinculados de suas funções na serventia extrajudicial da comarca de Mineiros/GO, no ano de 2014, como não preenchiam os requisitos necessários para se aposentarem junto ao Regime Próprio de Previdência Social, requereram, junto à Goiás Previdência (Goiasprev), a emissão de Certidão de Tempo de Serviço e Contribuição para fins de averbação no Regime Geral de Previdência Social, a qual foi emitida apenas relativamente ao período anterior à 15 de dezembro de 1998, sendo-lhes negado o pedido referente ao período posterior a esta data, sob o argumento de que a legislação estadual não permitia a emissão do documento reconhecendo a integralidade do tempo de contribuição.

Ao final, pugnaram pela expedição da certidão de tempo de contribuição do período em que laboraram na serventia extrajudicial da comarca de Mineiros/GO, após 15 de dezembro de 1998, para fins de averbação no Regime Geral de Previdência Social.

O magistrado **a quo** entendeu por bem julgar procedentes os pedidos iniciais, nos seguintes termos, **in verbis**:

Diante do exposto, e nos termos da fundamentação supra, julgo procedentes os pedidos formulados na inicial por Alessandra Borges Paniago de Rezende, Lucilene Rosário Cordeiro, Siglene Silva Rezende, Vanderlene Pereira Cardoso, Maria Socorro Carrijo Brandão Neves e Westerley Barbosa Rodrigues em face do Estado de Goiás e Goiasprev para

- a) declarar a existência de vínculo jurídico das partes autoras com o Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos do Estado de Goiás;
- b) reconhecer o tempo de serviço e contribuição das partes autoras com o Regime Próprio da Previdência dos Servidores Públicos do Estado de Goiás;
- c) condenar as partes rés para que seja emitida Declaração de Tempo de Serviço e Contribuição em favor das partes autoras, para fins de averbação junto ao Regime Geral da Previdência Social, nos seguintes termos:
  - i) relativamente ao período de 16.12.1998 a 12.04.2014, para as autoras Alessandra Borges Paniago de Rezende, Lucilene Rosário Cordeiro, Siglene Silva Rezende e Vanderlene Pereira Cardoso;

ii) relativamente ao período de 16.12.1998 a 04.06.2014 para a autora Maria do Socorro Carrijo Brandão Neves;

iii) relativamente aos períodos de 19.07.1982 a 23.04.1991 e 16.12.1998 a 12.04.2014, para o autor Westerley Barbosa Rodrigues.

De consequência, declaro extinto o processo, com a resolução do mérito, nos termos do art. 487, inc. I, do Código de Processo Civil.

Sem custas, face a isenção legal de que goza o ente público (art. 4º, inc. I, da Lei nº 9.289/96).

Fixo honorários advocatícios em R\$ 1.000,00 (mil reais) em favor do advogado da parte autora, nos termos do art. 85, § 8º, do CPC, observados os parâmetros do § 2º e incisos do mesmo artigo. (evento nº 03, volume 04, p. 187/196)

Irresignados com o édito sentencial, o Estado de Goiás e a Goiás Previdência (GOIASPREV) interuseram recursos apelatórios, alegando, de início, que compete ao Secretário da Fazenda, e não à Goiás Previdência (Goiasprev), a expedição do ato concessivo ou declaratório das aposentadorias dos participantes do serviço notarial e registral não remunerados pelos cofres públicos, nos termos da Lei estadual nº 15.150, de 19 de abril de 2005.

Assinalam, em síntese, que inexistente vínculo entre as partes autoras e o Regime Próprio da Previdência dos Servidores Públicos do Estado de Goiás, e, sem vínculo previdenciário, impossível a expedição de certidão de tempo de contribuição, notadamente após a Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, que levou às alterações do **caput** do artigo 40 da Constituição Federal e inclusão do seu § 13, que limitou aos cargos efetivos o regime próprio de previdência dos entes públicos.

Nessa ordem de ideias, tencionam o provimento dos recursos.

Sem razão, contudo. Explico.

De início, cumpre salientar que o colendo Superior Tribunal de Justiça já firmou o entendimento, no enunciado sumular nº 242, de que “cabe ação declaratória para reconhecimento de tempo de serviço para fins previdenciários”, o que se aplica ao caso dos autos.

Desta forma, tenho que a presente ação declaratória é instrumento hábil para que os autores, ora recorridos, postulem o reconhecimento do tempo de serviço prestado na serventia extrajudicial da comarca de Mineiros/GO para fins de averbação junto ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

Prosseguindo, sobre a Goiás Previdência (Goiasprev), tem-se que a Lei complementar estadual nº 77, de 22 de janeiro de 2010, que dispõe sobre a adequação do Regime Próprio de Previdência dos Servidores (RPPS) e Regime Próprio de Previdência dos Militares (RPPM) atribuiu, em seu artigo 123, à mencionada autarquia a competência pra averbação de tempo de contribuição. Confira-se, **ad litteram**:

Art. 123. A averbação de tempo de contribuição dos segurados do RPPS e do RPPM será de competência exclusiva da Goiasprev.

Desta feita, a Goiás Previdência (Goiasprev), enquanto autarquia sucessora do Instituto de Assistência dos Servidores Públicos do Estado de Goiás (IPASGO) nas funções de administrar o

Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos do Estado de Goiás, tem como parte de suas atribuições averbar tempo de serviço e fornecer certidão de tempo de contribuição para fins de aposentadoria, sendo, desse modo, irrefragável a sua legitimidade para integrar a polaridade passiva da lide.

Outrossim, cumpre esclarecer que os autores, ora apelados, prestaram serviços na serventia extrajudicial da comarca de Mineiros/GO, nas funções de escreventes, suboficiais e auxiliares, e que estavam submetidos, inicialmente, ao Regime Próprio de Previdência, recolhendo a contribuição previdenciária ao Instituto de Assistência dos Servidores Públicos do Estado de Goiás (IPASGO), em razão da previsão contida na Lei estadual nº 4.190, de 22 de outubro de 1962, disposta nos seguintes termos, **in verbis**:

Art. 3. São segurados obrigatórios do IPASGO:

(...)

IV – os empregados das serventias da justiça, na base do que percebem, devendo os titulares dos Ofícios contribuir com quantia correspondente à devida pelos seus servidores.

Por sua vez, a Lei estadual nº 10.459, de 22 de fevereiro de 1988, estabeleceu em seu artigo 4º, § 3º, **ad litteram**:

Art. 4º - Os escreventes e os suboficiais não oficializados, assim como os auxiliares, são empregados contratados pelos titulares de serventias não oficializadas, ou seus substitutos, e por estes remunerados para a prestação de serviços específicos.

§ 3º - Será igualmente considerado como público, para os fins previstos no parágrafo anterior, o tempo de serviço anteriormente prestado por escrevente ou suboficial não oficializado, desde que provado o efetivo exercício da função e recolhidas ao IPASGO, se ainda não o houver feito, as contribuições previdenciárias devidas.

Após, com o advento da Lei federal nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, restou estabelecido que os serventuários e demais funcionários do serviço notarial seriam submetidos ao Regime Geral da Previdência Social a partir de sua vigência, salvo aqueles que já exerciam a atividade e não optassem pela transformação do regime jurídico, mantendo-se, com isso, o regime previdenciário especializado. Confira-se, verbo **ad verbum**:

Art. 40. Os notários, oficiais de registro, escreventes e auxiliares são vinculados à previdência social, de âmbito federal, e têm assegurada a contagem recíproca de tempo de serviço em sistemas diversos.

Parágrafo único. Ficam assegurados, aos notários, oficiais de registro, escreventes e auxiliares os direitos e vantagens previdenciários adquiridos até a data da publicação desta lei.

Art. 48. Os notários e os oficiais de registro poderão contratar, segundo a legislação trabalhista, seus atuais escreventes e auxiliares de investidura estatutária ou em regime especial desde que estes aceitem a transformação de seu regime jurídico, em opção expressa, no prazo improrrogável de trinta dias, contados da publicação desta lei.

§ 1º Ocorrendo opção, o tempo de serviço prestado será integralmente considerado, para todos os efeitos de direito.

§ 2º Não ocorrendo opção, os escreventes e auxiliares de investidura estatutária ou em regime especial continuarão regidos pelas normas aplicáveis aos funcionários públicos ou pelas editadas pelo Tribunal de Justiça respectivo, vedadas novas admissões por qualquer desses regimes, a partir da publicação desta lei.

Logo, àqueles servidores submetidos ao Regime Próprio de Previdência dos Servidores do Estado de Goiás, anteriormente ao advento da Lei Federal nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, restou garantida a manutenção do vínculo com o Estado de Goiás quando não houvesse expressa opção pelo Regime Geral de Previdência Social.

Já com o advento da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, passou-se a entender que o regime previdenciário próprio dos servidores públicos, previsto no artigo 40 da Constituição Federal, não se aplicaria mais aos auxiliares e escreventes das serventias extrajudiciais, por não serem eles detentores de cargo público efetivo, resguardando o direito, apenas, aos notários e registradores que reuniram os requisitos para sua aposentação em momento anterior às alterações promovidas no texto constitucional.

Nesse sentido, passou a dispor o artigo 40 da Constituição Federal de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1988, os seguintes termos, **in verbis**:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

Apenas a título de esclarecimento, o artigo 40 da Carta Maior foi novamente alterado pela Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019, passando a preconizar, **ad litteram**:

Art. 40. O regime próprio de previdência social dos servidores titulares de cargos efetivos terá caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente federativo, de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

Desse modo, os antigos servidores de cartório extrajudicial, após 15 de dezembro de 1998, não mais estariam vinculados ao regime previdenciário próprio, o qual passou a ser exclusivo aos servidores públicos titulares de cargos efetivos.

Todavia, no caso dos autos, não obstante as mudanças promovidas pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, relativas à exclusividade do regime próprio de previdência social aos detentores de cargo público efetivo, o recolhimento das contribuições previdenciárias dos autores permaneceu sendo realizado e admitido pela Goiás Previdência (Goiasprev), entidade gestora única do Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos (RPPS), até o ano de 2014, quando foram desligados de suas atividades.

Desta forma, fazem jus os autores à obtenção da certidão de declaração de tempo de serviço e contribuição recolhida ao Regime Próprio de Previdência Social durante o tempo de serviço prestado junto às serventias extrajudiciais da comarca de Mineiros/GO relativamente ao período compreendido entre 15 de dezembro de 1998, data de vigência da Emenda Constitucional nº 20, até o desligamento de cada um deles do serviço notarial e de registro.

Nesse contexto, tenho que não se pode negar aos demandantes o direito de obterem a contagem do tempo de serviço prestado em serventia não oficializada para fins de aposentadoria, uma vez que exerceram efetivamente a função para os quais foram designados, bem como as contribuições previdenciárias devidas durante o período laborado foram devidamente recolhidas pelos seus empregadores.

Com efeito, na espécie, o tempo de serviço prestado por cada um dos autores foi devidamente comprovado nos autos, tendo sido, inclusive, reconhecido pelo próprio Estado de Goiás em sua contestação.

Nesta senda, os suplicantes colacionaram aos autos as portarias de designação aos cargos em serventias extraoficiais e as certidões de tempo de contribuição para a seguridade já fornecidas pelo ente estatal recorrente referentes ao período de ingresso em suas atividades notariais até a data de 15 de dezembro de 1998, em que constam as datas de admissão e de desligamento de cada autor à respectiva serventia.

Ressai das mencionadas certidões de tempo de contribuição para a seguridade já fornecidas pelo ente estatal que:

a) a autora Alessandra Borges Paniago de Rezende iniciou suas atividades em 25 de maio de 1994, na condição de escrevente e suboficial junto ao Cartório de Registro de Imóveis e Tabelionato 1º de Notas da comarca de Mineiros/GO e foi desligada de suas atividades em 12 de abril de 2014 (evento nº 03, volume 01, p. 37);

b) a autora Lucilene Rosário Cordeiro iniciou suas atividades em 27 de setembro de 1988, na condição de escrevente e suboficial junto ao Cartório de Registro de Imóveis e Tabelionato 1º de Notas da comarca de Mineiros/GO e foi desligada de suas atividades em 12 de abril de 2014 (evento nº 03, volume 01, p. 41);

c) a autora Siglene Silva Rezende iniciou suas atividades em 03 de dezembro de 1987, na condição de escrevente e suboficial junto ao Cartório de Registro de Imóveis e Tabelionato 1º de Notas da comarca de Mineiros/GO e foi desligada de suas atividades em 12 de abril de 2014 (evento nº 03, volume 01, p. 46);

d) a autora Vanderlene Ferreira Cardoso iniciou suas atividades em 16 de fevereiro de 1987, na condição de escrevente e suboficial junto ao Cartório de Registro de Imóveis e Tabelionato 1º de Notas da comarca de Mineiros/GO e foi desligada de suas atividades em 12 de abril de 2014 (evento nº 03, volume 01, p. 56);

e) o autor Westerley Barbosa Rodrigues iniciou suas atividades em 23 de abril de 1991, na condição de auxiliar junto ao Cartório de Registro de Imóveis e Tabelionato 1º de Notas da comarca de Mineiros/GO e foi desligado de suas atividades em 12 de abril de 2014 (evento nº 03, volume 01, p. 62). Todavia, em relação a este demandante, por meio do procedimento de justificação judicial, o ente estatal réu/apelante concordou com a emissão da certidão de tempo de contribuição pelo período compreendido também entre 19 de julho de 1982 a 23 de abril de 1991; e

f) a autora Maria do Socorro Carrijo Brandão Neves iniciou suas atividades em 27 de maio de 1986, na condição de suboficial junto ao registro das Pessoas Naturais da comarca de Mineiros/GO e foi desligada de suas atividades em 04 de junho de 2014 (evento nº 03, volume 01, p. 158).

Ainda, vislumbro dos autos as guias de recolhimento de contribuição devidamente quitadas até o desligamento dos autores de suas atividades no ano de 2014 (evento nº 03, volume 01, p. 164/237; evento nº 03, volume 02, p. 02/201; evento nº 03, volume 03, p. 02/201 e evento nº 04, p. 02/95).

Nesse ponto, no bojo de sua peça de defesa (evento nº 03, volume 04, p. 138/153), o Estado de Goiás sequer contesta que houve o recolhimento das contribuições previdenciárias pelos suplicantes, ora recorridos. O ente estatal, a bem da verdade, apenas defende não ser juridicamente possível a emissão de certidão de tempo de contribuição relativamente ao período posterior a 15 de dezembro de 1998, por força das alterações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 20.

Desse modo, a questão posta à apreciação está relacionada à declaração do tempo efetivamente trabalhado pelos autores, após 15 de dezembro de 1998 até o desligamento do serviço notarial, durante o qual foram recolhidas as contribuições previdenciárias ao Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), a fim de ser averbado no Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e, assim, contabilizado em um pedido futuro de aposentadoria.

Na espécie, tenho que, mesmo após a Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, a qual definiu que o Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) destinava-se apenas aos servidores titulares de cargo efetivo e não mais se aplicava aos serventuários notariais e de registro, o Estado de Goiás continuou admitindo o recolhimento das contribuições previdenciárias dos autores pelo Regime Próprio de Previdência Social, emitindo, inclusive, as guias de recolhimento de contribuições colacionadas aos autos.

Sendo assim, o recolhimento das contribuições previdenciárias dos autores realizado junto ao Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), após o advento da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, também se deu em razão de conduta do ente estatal.

Portanto, tenho que deve ser mantida a sentença que julgou procedentes os pleitos exordiais, reconhecendo o tempo de serviço e de contribuições dos demandantes/apelados junto ao Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos do Estado de Goiás e condenando as partes rés/apelantes à emissão da Declaração de Tempo de Serviço e Contribuição em favor dos suplicantes para fins de averbação junto ao Regime Geral da Previdência Social.

Pensar diferente seria negar aos ora apelados o próprio direito fundamental à previdência social, insculpido no artigo 6º da Constituição Federal, disposto nos seguintes termos, **in verbis**:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (g.)

Com efeito, os direitos sociais ao trabalho e à previdência tem um valor normativo e axiológico para a Constituição Federal, sendo o motivo de serem reconhecidos como direitos fundamentais, de modo a garantir a proteção social à luz do princípio supremo da dignidade da pessoa humana.

Nessa mesma linha hermenêutica, ensina Alexandre de Moraes que “a previdência social, por sua natureza solidarista, é um instrumento de proteção social que se destina, em última análise, à

garantia jurídica da proteção da dignidade da pessoa humana” (in Direito Constitucional, 2014, p. 76/77).

Acerca do reconhecimento do direito à previdência social como direito humano fundamental, é possível colacionar o entendimento jurisprudencial do colendo Superior Tribunal de Justiça, **ad exemplum**:

Processual civil e previdenciário. Agravo regimental no recurso especial. Benefício assistencial. Prescrição do fundo de direito. Não ocorrência. Agravo regimental não provido. 1. A controvérsia debatida nos autos é relativa à prescrição da pretensão ao recebimento de benefício assistencial. 2. Os benefícios previdenciários estão ligados ao próprio direito à vida digna e são direitos sociais que compõem o quadro dos direitos fundamentais. 3. A pretensão ao benefício previdenciário em si não prescreve, mas tão somente as prestações não reclamadas em certo tempo que vão prescrevendo uma a uma, em virtude da inércia do beneficiário. 4. Com efeito, a Segunda Turma do STJ, no julgamento do REsp 1.349.296/CE, assentou entendimento, quanto ao benefício assistencial, de que a prescrição atinge apenas as prestações vencidas ou quaisquer restituições ou diferenças devidas pela previdência social, mas não o fundo de direito. 5. Agravo regimental não provido. (STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.376.033/PB/ Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 03.04.2014, publicado no DJe em 09.04.2014, g.)

Avançando, não merece prosperar a alegação recursal de que os autores faziam suas contribuições previdenciárias ancorados na Lei estadual nº 15.150, de 19 de abril de 2005, e, sendo ela declarada inconstitucional pelo excelso Supremo Tribunal Federal, não haveria que se falar em contagem do mencionado tempo de contribuição para fins de averbação no Regime Geral de Previdência Social. Explico.

Da leitura atenta do pedido inicial, verifica-se que os autores buscam o reconhecimento de vínculo jurídico com o Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos do Estado de Goiás a fim de que seja declarado o tempo de contribuição para fins de averbação no Regime Geral de Previdência relativamente ao período de 15 de dezembro de 1998 até o desligamento do serviço notarial e de registro, com a consequente emissão da certidão de tempo de serviço e contribuição para cada um dos demandantes.

Desta feita, a lide cinge-se à discussão sobre o reconhecimento do tempo de serviço e contribuição prestado por empregados de serventia não oficializada, nada tendo haver com o próprio pleito de aposentadoria.

Com efeito, a Lei estadual nº 15.150/2005, a qual disciplinou sobre a aposentadoria dos participantes do serviço notarial e registral, não remunerados pelos cofres públicos, estabelecendo regras para a fixação e reajustamento dos proventos, foi declarada inconstitucional pelo excelso Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4639/GO, cuja relatoria coube ao saudoso Ministro Teori Zavascki, ao tempo que modulou os efeitos dessa pronúncia de invalidade, em prestígio a segurança jurídica, nos seguintes termos, **ad litteram**:

Nada obstante, é de ser acolhido o pedido de modulação dos efeitos da decisão formulado nas informações prestadas pela Assembleia Legislativa do Estado de Goiás. Isso porque, como visto,



muitos dos segurados abrangidos pela lei impugnada foram inseridos naquele regime previdenciário, efetuaram o recolhimento das contribuições previdenciárias devidas e, cumpridos os requisitos legais, passaram a receber os benefícios a que faziam jus.

(...)

Por essa razão, a fim de preservar as situações jurídicas consolidadas no tempo, insuscetíveis de desfazimento sem graves consequências à segurança jurídica dos seus titulares, proponho sejam ressalvadas dos efeitos da presente decisão as situações dos destinatários da Lei estadual 15.150/05 (aposentados ou pensionistas) que estejam percebendo ou tenham reunido as condições para obter os benefícios previstos no diploma invalidado até a data da publicação da ata deste julgamento.

Ante o exposto, julgo procedente a ação direta de inconstitucionalidade, para declarar a inconstitucionalidade integral da Lei 15.150/2005, do Estado de Goiás, ressalvados os direitos dos agentes que, até a data da publicação da ata deste julgamento (**ex nunc**), já houvessem reunido os requisitos necessários para obter os correspondentes benefícios de aposentadoria ou pensão. (STF, Tribunal Pleno, ADI nº 4639/GO, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe-065 de 08.04.2015, g.)

A excelsa Suprema Corte, por ocasião do julgamento da ADI nº 4639/GO, modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em face dos destinatários da norma estadual que, até 08 de abril de 2015 (data da publicação do acórdão), já preenchiam os requisitos legais para usufruir dos benefícios de aposentadoria ou pensão, situação que não se enquadram os ora demandantes/apelados.

Contudo, a modulação dos efeitos da norma não é capaz de obstar a análise do objeto da presente demanda, mormente porque a pretensão inaugural é de ver reconhecido o tempo de serviço prestado como serventários do cartório após a data de 15 de dezembro de 1998, pleito que não se confunde com eventual direito à aposentadoria nos moldes do mencionado diploma legal.

Veja-se que o objeto da presente ação não é a efetiva concessão do benefício previdenciário, mas sim o reconhecimento de um período de labor que acrescerá aos demais quando do pedido de aposentação.

Em mais de uma ocasião, em situação análogas à presente, este egrégio Sodalício já se manifestou, senão, veja-se, **ipssima verba**:

(...) Aqueles servidores submetidos ao Regime Próprio de Previdência dos Servidores do Estado de Goiás, anteriormente ao advento da Lei Federal nº 8.935/1994, é garantida a manutenção do vínculo com o Estado de Goiás, hoje representado pela Goiasprev, autarquia que substituiu o IPASGO para gerir o regime de previdência social, caso não tenha havido requerimento para a alteração do regime previdenciário, após a vigência da referida legislação. 3. De acordo com as disposições contidas na Lei 10.459/88, em seu artigo 4º, que considera como público o serviço prestado por suboficiais não oficializados, assim como os auxiliares, aliado às provas carreadas aos autos, mostrasse patente a pretensão inaugural ao reconhecimento (declaração) do tempo de serviço prestado pela autora junto ao Cartório de Registro de Imóveis da 2ª Circunscrição de Goiânia, circunstância que atribui à GOIASPREV a responsabilidade pela averbação e fornecimento de certidão de tempo de serviço para fins

de aposentadoria e direitos previdenciários. (...) (TJGO, 3ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 5290626-21.2017.8.09.0051, Rel. Des. Gilberto Marques Filho, julgado em 22.05.2019, Dje de 22.05.2019)

Apelação cível. Avocação do duplo grau de jurisdição. Ação declaratória de tempo de serviço. Auxiliar de cartório. Ilegitimidade passiva afastada. Prescrição. Não ocorrência. Lei 15.150/05. Inconstitucionalidade declarada pelo STF. Modulação. Irrelevância. Provas documentais que atestam o labor reclamado. I - O reexame necessário é condição imposta a sentenças proferidas em desfavor da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias, bem como no julgamento de embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública, nos termos do que dispõe o art. 475, I do CPC. II - Àqueles servidores submetidos ao Regime Próprio de Previdência dos Servidores do Estado de Goiás, anteriormente ao advento da Lei Federal n. 8.935/1994, é garantida a manutenção do vínculo com o Estado de Goiás, hoje representado pela Goiasprev, autarquia que substituiu o IPASGO para gerir o regime de previdência social. De consequência, não há que se falar em ilegitimidade dessa autarquia. III - O decurso do prazo prescricional quinquenal para o reconhecimento da contagem de tempo de serviço somente é deflagrado a partir do indeferimento do pleito administrativo, circunstância não evidenciada na espécie (precedentes do STJ), restando, pois, afastada a prescrição. IV- Malgrado a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº. 15.150/05 pelo STF, inclusive com a modulação de seus efeitos, tal fato terá relevância apenas para o eventual deferimento do pedido previdenciário, o que não é o caso dos autos. V - De acordo com as disposições contidas na Lei 10.459/88, em seu artigo 4º, que considera como público o serviço prestado por suboficiais não oficializados, assim como os auxiliares, aliada às provas carreadas aos autos, mostra-se patente o direito do apelado, inicialmente auxiliar de cartório, e, após, escrevente juramentado, ao reconhecimento (declaração) do tempo de serviço prestado junto ao Cartório da Comarca de São Miguel do Araguaia, atribuindo-se à GOIASPREV que proceda a averbação e forneça a certidão de tempo de serviço para fins de aposentadoria e direitos previdenciários. Remessa oficial e recurso de apelação conhecidos e desprovidos. (TJGO, 1ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 172006-29.2012.8.09.0143, Rel. Des. Luiz Eduardo de Sousa, julgado em 28.06.2016, Dje 2077 de 28.07.2016)

Agravo regimental no duplo grau de jurisdição e na apelação cível. Ação declaratória para averbação tempo serviço. Ilegitimidade passiva **ad causam** do estado de goiás afastada. Provas documentais e testemunhais que atestam o labor reclamado. Ausência de fato novo a justificar a reconsideração. Recurso improvido. 1. Inviável a discussão acerca da ilegitimidade passiva **ad causam** do Estado de Goiás, uma vez que o seu ingresso no feito decorreu justamente de pedido dele neste sentido, acatado outrora por esta Corte de Justiça, por meio de acórdão já transitado em julgado. 2. Convincentes as provas colhidas em juízo no sentido de que o autor laborou no Cartório do 1º Ofício da Comarca de Jandaia-GO, no período reclamado (de 30.03.1970 a 06.05.1973), faz ele jus a averbação de tal tempo de serviço para fins previdenciários. 3. Se o agravo regimental não apresenta fundamento jurídico novo e relevante a justificar a reconsideração, forçoso seu improvido. Agravo regimental

conhecido e desprovido. (TJGO, 6ª Câmara Cível, Duplo Grau de Jurisdição nº 473971-70.2008.8.09.0090, Relª Desª Sandra Regina Teodoro Reis, julgado em 09.12.2014, DJe 1691 de 16.12.2014)

Apelação cível. Ação declaratória. Contagem de tempo de serviço. Prova documental e testemunhal. Honorários advocatícios (art. 20, § 4º, CPC). I - A ação declaratória visa a declaração sobre a existência ou não de uma relação jurídica. II – Sendo convincentes as provas colhidas no sentido de que a autora exerceu a atividade de suboficial e escrevente de Cartório de Registro de Pessoas Jurídicas, Títulos Documentos e Protesto, 2º de Notas e Escrivania 2º Cível da Comarca de Goianópolis, impõe-se o reconhecimento do serviço prestado ao ente público, para efeito de averbação e contagem de tempo para futura e eventual aposentadoria. III - Tendo o autor demonstrado a existência do fato constitutivo de seu direito, caberia ao réu comprovar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, consoante art. 333, II, do CPC, sob pena de ver acolhido o pedido inicial. IV - Vencida a Fazenda Pública, os honorários advocatícios são fixados em quantia certa, de forma equitativa, considerando os critérios elencados no § 4º, do artigo 20, do Código de Processo Civil (CPC, artigo 20, § 4º). Apelo conhecido e parcialmente provido. (TJGO, 3ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 168566-56.2011.8.09.0047, Rel. Des. Walter Carlos Lemes, julgado em 26.11.2013, DJe 1439 de 03.12.2013, g.)

Apelação cível. Ação declaratória de prestação de serviço público como escrevente oficializado. Averbação do tempo de serviço. Possibilidade. Uma vez comprovado o período de prestação de serviços, há que ser o mesmo averbado para todos os efeitos legais, mormente por não ter o estado produzido nenhuma prova capaz de ilidir os documentos e testemunhas trazidas pelo autor. Apelação e remessa obrigatória improvidas. (TJGO, 4ª Câmara Cível, Duplo Grau de Jurisdição nº 360502-42.2007.8.09.0038, Rel. Des. Carlos Escher julgado em 10.06.2010, DJe 608 de 29.06.2010)

À luz dessa baliza, impõe-se a manutenção da sentença de 1º grau que declarou a existência de vínculo jurídico dos autores/apelados com o Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos do Estado de Goiás e condenou os demandados a emitir a Declaração de Tempo de Serviço e Contribuição em favor das partes autoras, para fins de averbação junto ao Regime Geral de Previdência Social.

Por sua vez, não procede o pleito de prequestionamento, visto que o *decisum* observou as disposições constantes do § 1º do artigo 489 do atual Código de Processo Civil, tendo, pois, enfrentado todos os argumentos deduzidos no processo, capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

Por fim, cuidando-se de recurso interposto contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, impõe-se o aumento dos honorários arbitrados, à luz do disposto no § 11 do artigo 85 da atual Lei Adjetiva Civil.

Ao teor do exposto, conheço do reexame necessário e das apelações cíveis interpostas, mas nego-lhes provimento, pelas razões já alinhavadas.

No mesmo ato, majoro a verba honorária devida em favor dos autores para o importe de R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), nos termos do § 11 do artigo 85 do Código de Processo Civil.

Atenta ao fato de que as partes poderão peticionar no presente feito a qualquer momento independente da fase processual, determino a remessa dos autos ao juízo de origem, com as respectivas baixas necessárias, retirando o feito do acervo desta Relatoria.

É como voto.

Goiânia, 22 de junho de 2020.

Des<sup>a</sup>. Elizabeth Maria da Silva – Relatora

Duplo Grau de Jurisdição nº 0397814.79.2012.8.09.0134

Comarca de Quirinópolis

Autora: Marli Vieira Barbosa

Rés: Goiás Previdência - Goiasprev e outra

Apelação Cível

Apelante: Marli Vieira Barbosa

Apeladas: Goiás Previdência - Goiasprev e outra

Relator: Des. Leobino Valente Chaves

**EMENTA:** DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. PENSÃO PREVIDENCIÁRIA POR MORTE. DESNECESSIDADE DE DEPENDÊNCIA EXCLUSIVA. DIREITO EVIDENCIADO. TERMO INICIAL. CITAÇÃO. CORREÇÃO E JUROS DE MORA. TEMA 905/STJ.

I - A legislação previdenciária não determina que a dependência econômica dos pais para com os filhos, para o fim de recebimento de pensão previdenciária por morte de servidor estadual (arts. 14, VIII, e 65, VIII, ambos da Lei Complementar nº 77/2010), seja total e exclusiva, pelo contrário, deixou ao arbítrio do julgador a análise das condições que pudessem formar a sua convicção, até porque a dependência não exige comprovação de miserabilidade do dependente, porquanto se faz entendida como auxílio substancial, cuja falta acarreta desequilíbrio nos meios de subsistência do assistido.

II - Tratando-se de família de baixa renda, na qual o instituidor da pensão, até a data de seu falecimento, residia junto de sua genitora, inclusive tendo-a como dependente declarada em seus informes de Imposto de Renda, verifica-se que o auxílio material por ele prestado,

embora, talvez, monetariamente singelo, representava substancial parcela para o custeio das despesas domésticas e absolutamente necessária para a subsistência do conjunto familiar, situação que evidencia a relação de dependência apta a assegurar o direito à percepção do benefício previdenciário.

III - Forçosa, assim, a reforma da sentença, para julgar procedente o pedido, a fim de conceder o benefício, cujo termo inicial, na falta de requerimento administrativo formalizado, é a data da citação da autarquia previdenciária, com a incidência, a partir dessa mesma data até o efetivo pagamento, de correção pelo INPC e juros de mora segundo os índices aplicáveis à caderneta de poupança, tudo conforme a tese fixada no julgamento do Tema 905/STJ.

REEXAME NECESSÁRIO E APELO VOLUNTÁRIO CONHECIDOS E PROVIDOS.

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de reexame necessário e apelação cível nº 0397814.79.2012.8.09.0134, acordam os componentes da Primeira Turma Julgadora da Segunda Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, à unanimidade de votos, em conhecer do reexame e do recurso voluntários e provê-los, nos termos do voto do relator.

Votaram, além do relator, o Desembargador Zacarias Neves Coêlho e o Desembargador Carlos Alberto França.

Presidiu a sessão o desembargador Amaral Wilson de Oliveira.

Presente, como representante da Procuradoria-Geral de Justiça, Osvaldo Nascente Borges.

Goiânia, 09 de março de 2020.

Des. Leobino Valente Chaves – Relator

### **VOTO**

Sendo próprio e tempestivo, estando o preparo comprovado e possuindo a recorrente interesse e legitimidade para pleitear a reforma do ato judicial, merece ser conhecido o presente recurso, assim como o reexame necessário.

Restringe-se a controvérsia à análise da existência dos requisitos legais para a concessão, em favor da autora/apelante, de pensão previdenciária por morte de seu filho, então servidor estadual.

Na espécie, a despeito dos argumentos lançados na sentença, a insurgência merece prosperar.

O benefício previdenciário da pensão por morte aos pais do segurado encontra amparo legal nos artigos 14 e 65 da Lei Complementar nº 77/2010, que regulamente o Regime Próprio dos Servidores Civis e Militares do Estado de Goiás, assim dispondo, **in verbis**:

Art. 14. São beneficiários do RPPS ou do RPPM, na qualidade de dependentes do segurado, exclusivamente:

(...)

VIII – os pais, desde que comprovem judicialmente que a dependência econômica e financeira em relação ao segurado é anterior à data do óbito do instituidor do benefício;

Art. 65. São beneficiários da pensão por morte do segurado, exclusivamente:

(...)

VIII – os pais, desde que comprovem judicialmente que a dependência econômica e financeira em relação ao segurado seja anterior à data do óbito deste; e

Para a sua concessão, destarte, é necessária a demonstração da dependência econômica mantida entre o segurado e o pretense beneficiário, sendo que, na hipótese dos pais do segurado, esta não é presumida, mas depende de prova, conforme o disposto no § 1º do artigo 100 da referida legislação. Senão vejamos:

Art. 100. Considera-se companheira ou companheiro, para efeito do disposto no art. 65, inciso II, desta Lei Complementar, a pessoa que, sem ser casada ou legalmente impedida, mantenha com o filiado, união estável reconhecida por sentença transitada em julgado, nos termos da legislação em vigor.

§ 1º A dependência econômica do cônjuge, filho e da(o) companheira(o) é presumida e a dos demais dependentes deve ser comprovada por meio de sentença ou decisão judicial, que constituirá em um dos requisitos constantes em regulamento e obrigatórios para fundamentar a concessão da pensão. (Grifei)

**In casu**, verifica-se que a parte autora logrou êxito em demonstrar a relação de dependência para com seu filho, ex-servidor público, até a data do óbito.

Nesse sentido, importa transcrever, pela acurada análise do acervo probatório, o teor do parecer emitido pela Procuradoria-Geral da Justiça:

Em interpretação do dispositivo legal supracitado, extrai-se que os pais são considerados dependentes dos filhos filiados que, na data do óbito, comprovem a dependência econômica em relação ao filho falecido, inexistindo, pois, exigência de que a dependência econômica seja total e exclusiva, até porque a dependência não exige comprovação de miserabilidade do dependente, porquanto se faz entendida como auxílio substancial, cuja falta acarreta desequilíbrio nos meios de subsistência do assistido.

No caso em apreço, em análise detida do acervo probatório, das declarações da testemunha Maria Aparecida Barbosa (arquivo audiovisual de fl. 120), podemos inferir que o “de cujus” Márcio Willian Vieira Barbosa Andrade além de residir com seus genitores, prestava colaboração significativa para a manutenção destes e da residência onde habitavam.

Ademais, ressalta-se que a Apelante é pessoa idosa e, conforme relatou em seu depoimento pessoal, mora de favor no local aonde reside, não trabalha para prover seu próprio sustento e

reside com seu companheiro que faz eventuais bicos, já que não consegue manter constância na realização de trabalho por ser deficiente físico.

Portanto, verifica-se que a Autora/Apelante faz jus à pensão por morte em face dos elementos trazidos, ante a comprovação de sua dependência econômica em relação ao seu filho, razão pela qual a sentença merece reforma. (Grifei)

De fato, a legislação previdenciária não determina que a dependência econômica dos pais para com os filhos, para o fim de recebimento de pensão previdenciária por morte de servidor estadual (arts. 14, VIII, e 65, VIII, ambos da Lei Complementar nº 77/2010), seja total e exclusiva, pelo contrário, deixou ao arbítrio do julgador a análise das condições que pudessem formar a sua convicção, até porque a dependência não exige comprovação de miserabilidade do dependente, porquanto se faz entendida como auxílio substancial, cuja falta acarreta desequilíbrio nos meios de subsistência do assistido.

Na espécie, tratando-se de família de baixa renda, na qual o instituidor da pensão, até a data de seu falecimento, residia junto de sua genitora, inclusive tendo-a como dependente declarada em seus informes de Imposto de Renda, verifica-se que o auxílio material por ele prestado, embora, talvez, monetariamente singelo, representava substancial parcela para o custeio das despesas domésticas e absolutamente necessária para a subsistência do conjunto familiar, situação que evidencia a relação de dependência apta a assegurar o direito à percepção do benefício previdenciário.

Nesse sentido, inclusive, já decidiu este Tribunal de Justiça:

Reexame necessário e Apelação Cível. Pensão por morte. Dependência econômica da genitora do segurado comprovada nos autos. I. Em se tratando de família de baixa renda, o fato do filho coabitar com os pais e trabalhar regularmente faz nascer em favor da autora presunção juris tantum de que o mesmo contribuía para o pagamento de parte das despesas domésticas, não havendo necessidade de dependência econômica exclusiva. Ademais, no caso concreto, restou comprovado, através de provas documentais e testemunhais, que o filho falecido era o alicerce econômico da genitora, ajudando no seu sustento, donde se conclui ser imperioso o reconhecimento da dependência econômica da autora/apelada em relação ao seu descendente. II. (...) Apelação Cível e Remessa Necessária providas em parte. (TJGO, Apelação / Reexame Necessário 0337097-48.2008.8.09.0100, Rel. Des. Carlos Alberto França, 2ª Câmara Cível, julgado em 08.04.2019, DJe de 08.04.2019) (Grifei)

Duplo grau de jurisdição e apelação cível. Ação declaratória de dependência econômica c/c pensão por morte. Genitora da segurada. Dependência econômica comprovada. 1. Demonstrada a dependência econômica da mãe em relação a filha falecida, ex-servidora pública estadual, devida é a sua inclusão como beneficiária de pensionamento por morte. 2. A legislação previdenciária não estabelece nenhum tipo de limitação ou restrição aos mecanismos de prova que podem ser manejados para a verificação da dependência econômica da mãe em relação a filha falecida. 3. Comprovada a relação de dependência econômica da autora com a filha falecida, por meio de prova documental e testemunhal, impõe-se o deferimento do benefício vindicado, conforme restou decidido na sentença

objurgada. Duplo grau de jurisdição e apelação cível conhecidos e desprovidos. (TJGO, Apelação / Reexame Necessário 0381938-61.2010.8.09.0132, Rel. Des. Jeová Sardinha DE Moraes, 6ª Câmara Cível, julgado em 19.02.2020, DJe de 19.02.2020) (Grifei)

Remessa necessária. Apelação cível. Pensão por morte. Falecimento de filho. Dependência econômica demonstrada. Termo **a quo**. Consectários legais. Honorários advocatícios. Revisão de ofício. Fixação de honorários recursais. 1. Em se tratando de família de baixa renda, o fato do filho coabitar com os pais e trabalhar regularmente faz nascer em favor da autora presunção juris tantum de que a mesma contribuía para o pagamento de parte das despesas domésticas, não havendo necessidade de dependência econômica exclusiva, fazendo jus a mãe da segurada morta ao pensionamento previdenciário. No caso, resalto, que esta condição restou devidamente comprovada pelas provas jungidas e formadas nos autos. (...) 6. Remessa Necessária conhecida e parcialmente provida. Apelação Cível conhecida e desprovida. (TJGO, Apelação / Reexame Necessário 5508579-31.2018.8.09.0034, Rel. Des. Guilherme Gutemberg Isac Pinto, 5ª Câmara Cível, julgado em 08.11.2019, DJe de 08.11.2019) (Grifei)

Estando evidenciada, por meio das provas documentais e testemunhais colhidas, a dependência econômica da apelante para com seu filho, forçosa a reforma da sentença, para julgar procedente o pedido.

Frente ao exposto, conheço do reexame necessário e do recurso voluntário e dou-lhes provimento para, reformando a sentença, julgar procedente o pedido, reconhecer a dependência econômica da autora para com seu filho Márcio Willian Vieira Barbosa Andrade.

Condeno a Goiasprev à implementação do benefício de pensão por morte em favor da autora, a ser rateado na proporção de 50% (cinquenta por cento) para ela, e o restante em favor da Ré Mable Vitória Mosconi Andrade.

Condeno a Goiasprev, outrossim, ao pagamento das parcelas já vencidas do benefício, retroativas à data da citação (posto não ter sido comprovado prévio requerimento administrativo), as quais deverão sofrer, desde a mesma data e até o efetivo pagamento, atualização monetária pelo INPC e juros de mora segundo os índices aplicados à caderneta de poupança, tudo conforme a tese firmada pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos (Tema 905).

Em razão da reversão da sucumbência, condeno os Réus, na proporção de 50% (cinquenta por cento) cada, ao pagamento de verba honorária que, a teor do disposto no inciso II do § 4º do artigo 85 do Código de Processo Civil, terá a fixação do percentual postergada para o final da fase de liquidação.

Sem custas, por ser a autora beneficiária da gratuidade processual.

Diante do provimento do recurso, inaplicável, na espécie, a regra de majoração de honorários prevista no § 11 do artigo 85 do Código de Processo Civil.

É o voto.

Goiânia, 09 de março de 2020.

Des. Leobino Valente Chaves – Relator



Duplo Grau de Jurisdição nº 5169598.52.2018.8.09.0051

Comarca de Goiânia

Autor: Município de São Simão

Réu: Presidente do Conselho Deliberativo dos Índices de Participação dos Municípios

Apelação Cível

Apelante: Estado de Goiás

Apelado: Município de São Simão

Relator: Des. Carlos Roberto Fávaro

**EMENTA:** DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. VALOR ADICIONADO FISCAL GERADO PELA HIDRELÉTRICA DE SÃO SIMÃO. REMESSA DE ENERGIA À DISTRIBUIDORA DE MESMA TITULARIDADE EM OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR FEDERAL 158/2017. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO DEMONSTRADO. SENTENÇA REFORMADA.

**I** - Tratando-se de controvérsia judicial relacionada ao cálculo do Valor Adicionado Fiscal (VAF) do ICMS a ser destinado aos municípios, o Superior Tribunal de Justiça perfilha o entendimento de que é necessária a formação de litisconsórcio passivo necessário entre os entes públicos prejudicados.

**II** - O Valor Adicionado Fiscal (VAF) constitui um indicador econômico-contábil utilizado pelos Estados para calcular o índice de participação, a proporcionalidade ou a cota-parte de cada um de seus municípios na repartição do ICMS (Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias) a que se refere o artigo 158, inciso IV e parágrafo único, da Constituição Federal.

**III** - Na espécie, a energia elétrica gerada pela Usina Hidrelétrica situada em São Simão/GO, de propriedade da CEMIG, é remetida para o estabelecimento da citada companhia energética (sede), localizado em Minas Gerais, onde é comercializada.

**IV** - Nas operações interestaduais de energia elétrica (art. 155, § 2º, X, alínea b, da CF), o ICMS será integralmente devido ao Estado destinatário onde se dá o consumo, hipótese em que caberá a este proceder à distribuição do VAF.

**V** - A jurisprudência sedimentada pelo Superior Tribunal de Justiça caminha no sentido de que o elemento espacial do fato gerador do ICMS se dá no local onde a energia elétrica é consumida, razão pela qual a

concessão da ordem no presente caso, inevitavelmente, conduziria à confirmação de tese em sentido contrário.

**VI** - Lado outro, a comprovação da irregularidade no cálculo de repartição do ICMS, pela suposta aplicação retroativa da Lei Complementar 158/2017, demandaria dilação probatória, porquanto a prova documental amealhada aos autos não é suficiente para comprovar cabalmente o direito pleiteado. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDAS E PROVIDAS.

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Duplo Grau de Jurisdição e da Apelação Cível nº 5169598.52, acordam os componentes da quinta Turma Julgadora da Primeira Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, à unanimidade de votos, em conhecer da remessa e do apelo e lhes dar provimentos, nos termos do voto deste Relator.

Votaram, com o relator, a Desembargadora Amélia Martins de Araújo e o Dr. Roberto Horácio Rezende em substituição a Des<sup>a</sup> Maria das Graças Carneiro Requi.

Fez sustentação oral na sessão anterior, o Dr. Daniel Ricardo Davi Sousa, em favor do recorrido.

Presidiu a sessão o Desembargador Orloff Neves Rocha.

Fez-se presente, como representante da Procuradoria-Geral de Justiça, a Dr<sup>a</sup>. Laura Maria Ferreira Bueno.

Goiânia, 03 de setembro de 2020.

Des. Carlos Roberto Fávaro - Relator

### **RELATÓRIO**

Trata-se de Duplo Grau de Jurisdição e de recurso de Apelação Cível interposto pelo Estado de Goiás em face da sentença proferida pela Juíza de Direito da 5ª Vara da Fazenda Pública Estadual, Dra. Patrícia Dias Bretas, nos autos do Mandado de Segurança impetrado pelo Município de São Simão contra ato coator atribuído ao Presidente do Conselho Deliberativo dos Índices de Participação dos Municípios (COÍNDICE/ICMS), consubstanciado na aplicação retroativa da Lei Complementar Federal nº 158/2017 para alcançar movimentos econômicos ocorridos e consolidados anteriormente à sua vigência, o que teria, por consectário, provocado a apuração irregular do Valor Adicionado Fiscal (VAF) menor ao real em decorrência e da geração de energia elétrica produzida pela Usina Hidrelétrica (UHU) São Simão no exercício de 2016.

Na petição inicial, o impetrante narrou que a Secretaria de Meio Ambiente, Recursos Hídricos, Infraestrutura, Cidades e Assuntos Metropolitanos de Goiás solicitou e recebeu da Companhia Energética de Minas Gerais (CEMIG) o Ofício CR/TB 01618/2017, de 26.06.2017, contendo informações sobre a fixação do Valor Adicionado Fiscal (VAF) atribuído ao Município de

São Simão, em decorrência da geração de energia elétrica produzida pela Usina Hidrelétrica (UHU) ali localizada. Para o exercício de 2016, tendo por base o valor megawatt hora (MWh) gerado em R\$ 101,70, foi indicado o Valor Adicionado Fiscal (VAF) de R\$ 1.001.510.057,29, o qual foi repassado ao Conselho Deliberativo dos Índices de Participação dos Municípios (COINDICE) em 16.08.2017, para fins de repartição.

Acrescentou que, em 24.10.2017, a CEMIG, seguindo novas orientações estabelecidas pela Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais, expediu o ofício CR/TB 02634/2017, em que retificou as informações anteriormente prestadas quanto ao cálculo do VAF referente ao consumo de energia elétrica no mesmo ano, o que significou a importância total de R\$ 1.001.029.408,64, tendo como referência o valor médio de R\$ 120,16 por megawatt hora (MWh) gerado.

Aduziu que os respectivos valores, referentes ao exercício do ano de 2016, foram fixados pela Secretaria de Fazenda do Estado de Minas Gerais por meio de critérios equivocados, porquanto aplicou retroativamente a Lei Complementar nº 158, de 23 de fevereiro de 2017, a qual estabeleceu nova fórmula de cálculo do valor adicionado de energia hidrelétrica para fins de repartição do produto da arrecadação do ICMS pertencente aos Municípios, alterando a Lei Complementar nº 63/1990.

A novel legislação definiu que, para fins de repartição do produto da arrecadação do ICMS pertencente aos municípios, a produção de energia proveniente de usina hidrelétrica será valorada pelo preço médio da energia hidráulica comprada pelas distribuidoras das geradoras.

Articula que a nova norma não poderia alcançar fatos e movimentos econômicos ocorridos anteriormente à sua vigência, o que resultou na redução da parcela do valor decorrente de ICMS que lhe caberia.

Destaca que a LC nº 63/90, em sua redação original, sempre contemplou os municípios produtores de energia elétrica com o valor adicionado gerado pela UHE instalada no seu território, sendo que a apuração do valor adicionado levava em consideração a redação do inciso I do §1º do art. 3º da LC 63/90, pelo qual o valor adicionado é o valor das mercadorias saídas, acrescido do valor das prestações de serviços, deduzido o valor das mercadorias entradas, em cada ano civil.

Reporta que, diante da aplicação retroativa da Lei Complementar nº 158/2017, os Municípios mineiros de Sacramento, Nova Ponte, Araguari, Planura, Fronteira, Santa Vitória, Ibiraci, São João Batista do Glória e São José da Barra impetraram o mandado de segurança nº 1.0000.17.100571-3/000 perante o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, tendo sido deferida medida judicial que, em dezembro de 2017, suspendeu a aplicação retroativa da LC nº 158/2017 para apuração do cálculo do VAF referente ao exercício de 2016.

Pondera que, em virtude da respectiva decisão judicial, foi recalculado o Valor Adicionado Fiscal (VAF) da Usina Hidrelétrica de São Simão, sendo encontrada a quantia de R\$ 2.306.907.070,76, diante do afastamento da aplicação retroativa da Lei Complementar nº 158/2017.

Defende que este deve ser o valor observado pelo Conselho Deliberativo dos Índices de Participação dos Municípios (COÍNDICE) na apuração da repartição das receitas tributárias a que o Município de São Simão tem direito.

Sustentou a ilegalidade da conduta do referido colegiado ao cancelar os primeiros valores apresentados, invocando afronta ao princípio da irretroatividade da lei, previsto no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal.

Requeru a concessão de medida liminar, a fim de determinar à autoridade impetrada que, na apuração do cálculo do VAF referente ao exercício de 2016, se abstenha de aplicar retroativamente a Lei Complementar Federal nº 158/2017, devendo, por conseguinte, ser elaborado novo cálculo do índice de participação do impetrante na receita de ICMS relativo àquele ano, considerando a importância total de R\$ 2.306.907.070,76.

Ao final, postulou a confirmação, em definitivo, do provimento liminar, com a concessão da segurança.

A liminar pleiteada foi deferida (mov. 8 e 14).

Decorrida a regular marcha, foi proferida sentença de mérito (mov. 44), nos seguintes termos:

“(…) O Estado de Goiás arguiu, em sede de preliminar, a necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário com todos municípios goianos.

Deve ser afastado de plano tal argumento, porquanto o art. 114, do Código de Processo Civil, assim dispõe: (…).

Em tempo, apesar de o condutor processual à época ter determinado a inclusão da Associação Goiana de Municípios, entendo que tal não possui legitimidade passiva para figurar no polo passivo do feito, motivo pelo qual determino sua exclusão do polo passivo.

Superadas tais questões, adentro ao mérito da causa.

(…).

Comungando desse entendimento, vislumbro que a impossibilidade de retroação da Lei Complementar nº 158/2017 é garantia constitucional positivadora do princípio da segurança jurídica, externado no art. 5º, XXXVI, da CF/88.

Nesta vertente, impõe-se, de toda forma, a concessão da segurança para que o cálculo do VAF da parte impetrante não seja feita nos moldes previstos pela legislação vigente a partir de 24 de fevereiro de 2017, posto que a apuração dos valores do citado valor adicionado refere-se a período anterior.

Posto isto, concedo a segurança em definitivo à parte impetrante, pelos fatos e fundamentos jurídicos acima expostos, determinando à autoridade coatora que, na apuração do cálculo do VAF referente ao exercício do ano de 2016 da Usina Hidrelétrica de São Simão, se abstenha de fazê-lo utilizando-se da aplicação retroativa da Lei Complementar nº 158/2017, uma vez que a legislação mencionada não estava vigente à época, restabelecendo o disposto no art. 3º, inciso I, § 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 63/1990, vigente no ano de 2016.

Incabível a condenação em honorários advocatícios, por força do artigo 25 da Lei nº 12.016/09 e da Súmula 512 do STF.

Nos termos do artigo 14, § 1º, da Lei nº 12.016/2009, a sentença que conceder o mandado, estará sujeita ao duplo grau de jurisdição, caso não haja recurso voluntário.”

Irresignado, o Estado de Goiás interpôs o presente recurso de Apelação Cível (mov. 49).

Em suas razões, o Ente Estadual apelante defende, preliminarmente, a existência de litisconsórcio passivo unitário, a exigir a inclusão de todos os municípios goianos à lide, haja vista o potencial dano patrimonial a que estariam sujeitos quando do julgamento da causa, bem como em razão da possibilidade de decisões judiciais conflitantes em caso de ajuizamento de ações autônomas com o mesmo objeto.

Colaciona precedentes das Cortes Superiores para reforçar a tese arguida, sobrelevando a necessidade de cassação do édito recorrido, a fim de que seja ordenada a notificação de todos os municípios do Estado de Goiás para apresentação de resposta à ação mandamental, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito, na forma do artigo 114, parágrafo único, e 485, inciso IV, ambos do Código de Processo Civil.

No mérito, sobreleva que não houve a prática de ato coator, haja vista que não houve a aplicação retroativa da Lei Complementar nº 158/2017 aos fatos ocorridos anteriormente à sua vigência.

Assevera que, para a consolidação do IPM de 2017, foram consideradas apenas as informações constantes do Ofício CR/TB 01618/2017, de 26.06.2017, que elenca de forma individualizada e isolada o valor adicionado gerado pela Usina Hidrelétrica de São Simão, sem interferência de outros fatores ou critérios específicos de declaração.

Articula que a segunda informação prestada pela CEMIG, em 24.10.2017, corresponde ao preço médio obtido considerando a movimentação econômica ocorrida em todas as usinas hidrelétricas por ela operadas em solo mineiro e não aquela específica da operação e do preço médio praticado pela UHE São Simão.

Preconiza que a sistemática das transferências constitucionais de receitas é afeta aos princípios de direito financeiro, de modo que questão atinente à aplicação de lei em matéria de repartição de receitas deve ser resolvida sob a ótica da disciplina que lhe é própria e não sob a ótica da realização do fato gerador/hipótese de incidência tributária.

Conclui que, deste modo, nova lei vigente e eficaz teria efeito imediato no ano de cálculo do IPM com repercussão no valor adicionado apenas do ano-base de cálculo.

Verbera que, conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o valor adicionado fiscal relativo à incidência de ICMS relativo às usinas hidrelétricas deve ser computado exclusivamente em favor do município onde a energia é gerada.

Ao final, requer o conhecimento e provimento do apelo, a fim de que, em reforma à sentença, seja denegada a segurança requestada na petição inicial.

Instado, o Município de São Simão ofertou contrarrazões (mov. 53), em que rebate as teses preliminares e meritórias arguidas na insurgência, rogando pela manutenção do édito proferido em primeira instância.

Embora tenha sido devidamente intimada, a autoridade coatora Presidente do Conselho Deliberativo dos Índices de Participação dos Municípios não apresentou resposta (mov. 65 e 66).

Remetido o feito à Procuradoria-Geral de Justiça, o Procurador-Geral de Justiça da 3ª Procuradoria de Justiça do Ministério Público Estadual, Dr. José Eduardo Veiga Brava, manifestou-se “pelo desprovemento da remessa obrigatória e do recurso voluntário”.

É, em síntese, o relatório.

Peço dia para julgamento.

Goiânia, 22 de junho de 2020.

Des. Carlos Roberto Fávaro - Relator

### VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade do duplo grau de jurisdição e do recurso de apelação cível, deles conheço.

Como visto, trata-se de duplo grau de jurisdição e de recurso de apelação cível interposto pelo Estado de Goiás em face da sentença proferida pela Juíza de Direito da 5ª Vara da Fazenda Pública Estadual, Dra. Patrícia Dias Bretas, nos autos do Mandado de Segurança impetrado pelo Município de São Simão contra ato coator atribuído ao Presidente do Conselho Deliberativo dos Índices de Participação dos Municípios (COÍNDICE/ICMS), consubstanciado na aplicação retroativa da Lei Complementar Federal nº 158/2017 para alcançar movimentos econômicos ocorridos e consolidados anteriormente à sua vigência, o que teria, por consectário, provocado a apuração irregular do Valor Adicionado Fiscal (VAF) menor ao real em decorrência e da geração de energia elétrica produzida pela Usina Hidrelétrica (UHU) São Simão no exercício de 2016.

Em sua petição inicial, o impetrante narrou que a Secretaria de Meio Ambiente, Recursos Hídricos, Infraestrutura, Cidades e Assuntos Metropolitanos de Goiás solicitou e recebeu da Companhia Energética de Minas Gerais (CEMIG) o Ofício CR/TB 01618/2017, de 26.06.2017, contendo informações sobre a fixação do Valor Adicionado Fiscal (VAF) atribuído ao Município de São Simão, em decorrência da geração de energia elétrica produzida pela Usina Hidrelétrica (UHU) ali localizada. Para o exercício de 2016, tendo por base o valor megawatt hora (MWh) gerado em R\$ 101,70, foi indicado o Valor Adicionado Fiscal (VAF) de R\$ 1.001.510.057,29, o qual foi repassado ao Conselho Deliberativo dos Índices de Participação dos Municípios (COINDICE) em 16.08.2017, para fins de repartição.

Apontou que posteriormente, em 24.10.2017, a CEMIG, seguindo novas orientações estabelecidas pela Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais, expediu o ofício CR/TB 02634/2017, em que retificou as informações anteriormente prestadas quanto ao cálculo do VAF referente ao consumo de energia elétrica no mesmo ano, o que significou a importância total de R\$ 1.001.029.408,64, tendo como referência o valor médio de R\$ 120,16 por megawatt hora (MWh) gerado.

Apontou que os respectivos valores, referentes ao exercício do ano de 2016, foram fixados pela Secretaria de Fazenda do Estado de Minas Gerais por meio de critérios equivocados,

porquanto aplicou retroativamente a Lei Complementar nº 158, de 23 de fevereiro de 2017, a qual estabeleceu nova fórmula de cálculo do valor adicionado de energia hidrelétrica para fins de repartição do produto da arrecadação do ICMS pertencente aos Municípios, alterando a Lei Complementar nº 63/1990.

A novel legislação definiu que, para fins de repartição do produto da arrecadação do ICMS pertencente aos municípios, a produção de energia proveniente de usina hidrelétrica será valorada pelo preço médio da energia hidráulica comprada pelas distribuidoras das geradoras.

Articulou que a nova norma não pode alcançar fatos e movimentos econômicos ocorridos anteriormente à sua vigência, o que resultou na redução da parcela do valor decorrente de ICMS que lhe caberia.

Destacou que a LC nº 63/90, em sua redação original, sempre contemplou os municípios produtores de energia elétrica com o valor adicionado gerado pela usina hidrelétrica instalada no seu território, sendo que a apuração do valor adicionado levava em consideração a redação do inciso I do §1º do art. 3º da LC 63/90, pelo qual o valor adicionado é o valor das mercadorias saídas, acrescido do valor das prestações de serviços, deduzido o valor das mercadorias entradas, em cada ano civil.

Reportou que, diante da aplicação retroativa da Lei Complementar nº 158/2017, os Municípios mineiros de Sacramento, Nova Ponte, Araguari, Planura, Fronteira, Santa Vitória, Ibiraci, São João Batista do Glória e São José da Barra impetraram o mandado de segurança nº 1.0000.17.100571-3/000 perante o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, tendo sido deferida medida judicial que, em dezembro de 2017, suspendeu a aplicação retroativa da LC nº 158/2017 para apuração do cálculo do VAF referente ao exercício de 2016.

Ponderou que, em virtude da respectiva decisão judicial, proferida em 19.12.2017, foi recalculado o Valor Adicionado Fiscal (VAF) da Usina Hidrelétrica de São Simão, sendo encontrada pela CEMIG a quantia de R\$ 2.306.907.070,76, diante do afastamento da aplicação retroativa da Lei Complementar nº 158/2017.

Defendeu que este deve ser o valor observado pelo Conselho Deliberativo dos Índices de Participação dos Municípios (COÍNDICE) na apuração da repartição das receitas tributárias a que o Município de São Simão tem direito.

Sustentou a ilegalidade da conduta do referido colegiado ao cancelar os primeiros valores apresentados, invocando afronta ao princípio da irretroatividade da lei, previsto no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal.

Requeriu a concessão da ordem de segurança, a fim de determinar à autoridade impetrada que, na apuração do cálculo do VAF referente ao exercício de 2016, se abstivesse de aplicar retroativamente a Lei Complementar Federal nº 158/2017, devendo, por conseguinte, ser elaborado novo cálculo do índice de participação do impetrante na receita de ICMS relativo àquele ano, considerando a importância total de R\$ 2.306.907.070,76.

A liminar pleiteada foi deferida (mov. 8 e 14).

Decorrida a regular marcha, a magistrada singular proferiu sentença (mov. 40), em que concedeu a segurança invocada pelo Município de São Simão, “determinando à autoridade coatora que, na apuração do cálculo do VAF referente ao exercício do ano de 2016 da Usina Hidrelétrica de

São Simão, se abstenha de fazê-lo utilizando-se da aplicação retroativa da Lei Complementar nº 158/2017, uma vez que a legislação mencionada não estava vigente à época, restabelecendo o disposto no art. 3º, inciso I, § 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 63/1990, vigente no ano de 2016”.

Em suas razões de apelação (mov. 49), o Estado de Goiás defende, preliminarmente, a existência de litisconsórcio passivo unitário, a exigir a inclusão de todos os municípios goianos à lide, haja vista o potencial dano patrimonial a que estariam sujeitos quando do julgamento da causa, bem como em razão da possibilidade de decisões judiciais conflitantes em caso de ajuizamento de ações autônomas com o mesmo objeto.

No mérito, sustenta, em breve síntese, a inexistência de prática de ato coator, sob a premissa de que não houve a aplicação retroativa indevida da Lei Complementar nº 158/2017, porquanto, para a consolidação do IPM de 2017, foram consideradas apenas as informações constantes do Ofício CR/TB 01618/2017, de 26.06.2017, que elenca de forma individualizada e isolada o valor adicionado da UHE São Simão, sem interferência de outros fatores ou critérios específicos de declaração, de modo a segunda informação prestada pela CEMIG, de 24.10.2017, corresponde ao preço médio obtido considerando a movimentação econômica ocorrida em todas as usinas hidrelétricas por ela operadas em solo mineiro e não aquela específica da operação e do preço médio praticado pela UHE São Simão.

Por verificar que as matérias articuladas no voluntário inserem-se no âmbito de cognição do reexame necessário, passo a analisá-las conjuntamente.

#### 1) Do litisconsórcio passivo necessário

Preliminarmente, o Estado de Goiás apontou a nulidade da sentença por inobservância da formação do litisconsórcio passivo necessário, sustentando, em síntese, a necessidade de inclusão dos demais municípios goianos ao feito, sob a premissa de que todos serão afetados em caso de concessão definitiva da ordem pleiteada pelo ente impetrante.

A respeito, dispõe o artigo 114 do Código de Processo Civil:

“Art. 114. O litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes.”

Portanto, o litisconsórcio é necessário quando a lei ou a natureza da relação jurídica material o exigir.

Na espécie, é certo que qualquer decisão judicial alterando o Valor Adicional Fiscal (VAF) atribuído a um dos municípios produzirá efeitos sobre os demais.

Destaque-se que o Estado de Goiás não poderia arcar sozinho com o pagamento do valor suplementar invocado pelo ente impetrante. Isto porque o cálculo leva em consideração o Valor Adicional Fiscal (VAF) de cada município, devendo haver nova publicação de índices, seguida de compensação.

Não por outro motivo, o artigo 107, § 2º, da Constituição do Estado de Goiás garante aos Municípios o direito de audiência e de recurso nos atos de fixação dos índices de repartição do ICMS.



Especificamente sobre a matéria, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que há necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário quando a pretensão de município, em relação ao repasse de sua cota-parte de ICMS, afetar o patrimônio de outros entes políticos, senão vejamos:

“Administrativo e financeiro. Agravo interno no recurso em mandado de segurança. Ato judicial que determinou cumprimento de sentença. Retificação de índice de valor adicionado fiscal - VAF realizada por meio de compensação determinada por resolução da secretaria de fazenda. Existência de pressupostos da impetração. Legitimidade do município impetrante. Necessidade de observância da sistemática de precatórios prevista no art. 100 da CF/88. Concessão parcial da segurança. (...) 3. De outra parte, tratando-se de controvérsia judicial relacionada ao denominado Valor Adicionado Fiscal (VAF) do ICMS a ser destinado aos municípios, nota-se que esta Corte Superior firmou compreensão de que subsiste litisconsórcio necessário entre os entes municipais de determinado Estado. Precedente: AgRg no AREsp 126.036/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 07.12.2012. (...)” (AgInt no RMS 34.930/MG, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 08.06.2017, DJe 14.06.2017. Negritei)

“Processual civil e tributário. ICMS. Repasse constitucional aos municípios. Art. 158 da CF. Discussão quanto ao índice de participação. Litisconsórcio passivo necessário. 1. Hipótese em que os municípios recorrentes pretendem recalcular as suas cotas de ICMS. Discute-se se há litisconsórcio necessário em relação aos demais municípios do Estado, em razão do art. 47 do Código de Processo Civil. 2. Há duas situações que não se confundem: a) município que pretende receber a sua cota, sem que seja afetada a esfera patrimonial dos demais municípios; b) município que pretende recalcular a sua cota, atingindo a esfera patrimonial dos demais entes municipais. 3. Se houver o reconhecimento, pelo Tribunal de Origem, de que a pretensão do município afetará os interesses econômicos dos demais entes do estado, a hipótese é de litisconsórcio necessário. Citação obrigatória de todos os municípios envolvidos. 4. No caso, foi reconhecido o atingimento da esfera patrimonial dos demais municípios do Estado de Goiás, haja vista a pretensão de recálculo dos repasses de ICMS. Mudar o entendimento do Tribunal encontra óbice na súmula 7 desta Corte. Agravo Regimental Improvido”. (STJ, AgRg no REsp 1.487.860/GO, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 24.03.2015. Negritei).

Observo que, recentemente, esse entendimento foi repisado, em julgamento monocrático, pelo Tribunal da Cidadania (REsp 1.489.010/PR, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Assusete Magalhães, Data de Publicação: DJ 31.03.2020), o que demonstra a subsistência da tese.

Não obstante, no caso em testilha revela-se dispensável a declaração de nulidade da sentença no caso em testilha.

Isto porque não resta evidenciado, como adiante se verá, o direito líquido e certo reclamado pelo Município de São Simão, atraindo a aplicação da regra do artigo 282, § 2º, do Código de Processo Civil, segundo a qual “quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta”.

Por esse motivo, passo à análise do mérito da impetração.

## 2. Do mérito

Nessa quadra, rememoro que a petição inicial do mandado de segurança deve preencher os requisitos indicados no artigo 6º, **caput**, da Lei 12.016/2009, no sentido de que deve trazer consigo todos os argumentos e documentos necessários para a perfeita inteligência do pedido.

Mencionada regra decorre da natureza excepcional do **mandamus**, que exige, no momento da sua impetração, que os fatos alegados na peça exordial estejam demonstrados de forma incontroversa, sem a necessidade de dilação probatória, considerando que a prova é pré-constituída.

### 2.1. Do Valor Adicionado Fiscal (VAF)

**In casu**, o ato impugnado consiste na suposta aplicação retroativa da Lei Complementar Federal nº 158/2017 para alcançar movimentos econômicos ocorridos e consolidados anteriormente à sua vigência, o que teria, segundo o Município de São Simão/GO, provocado a apuração irregular do Valor Adicionado Fiscal (VAF) gerado pela Usina Hidrelétrica de São Simão/GO, referente ao exercício do ano de 2016.

Cumpra esclarecer que o Valor Adicionado Fiscal (VAF) constitui um indicador econômico-contábil utilizado pelos Estados para calcular o índice de participação, a proporcionalidade ou a cota-parte de cada um de seus municípios na repartição do ICMS (Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias) a que se refere o artigo 158, inciso IV e parágrafo único, da Constituição Federal.

Nos termos do art. 158, inciso IV, da Constituição Federal, 25% (vinte e cinco por cento) do produto da arrecadação do imposto pertence aos municípios.

Eis os exatos termos da citada regra constitucional:

“Art. 158. Pertencem aos Municípios: (...)

IV – vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. (...)

Parágrafo único. As parcelas de receita pertencentes aos municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios:

I – três quartos, no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios;

II – Até um quarto, de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso de Territórios, lei federal.”

Destarte, o ICMS, desde a sua criação, já pertence a mais de uma entidade política, nos exatos limites constitucionais fixados. O Estado a quem é acometida a missão de criar, fiscalizar e arrecadar, por questão de praticidade, deve devolver o **quantum** pertencente aos municípios, por expressa determinação constitucional.

Sobre essa sistemática de devolução, o art. 107, §1º, da Constituição Estadual, estabelece os critérios de composição do índice de participação dos Municípios (IPM) em Goiás, nos seguintes termos:

“Art. 157. Pertencem aos Municípios: (...)

IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação;

§ 1º. As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas nos incisos IV e VI deste artigo, serão creditadas conforme os seguintes critérios:

I - 85% (oitenta e cinco por cento), na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios;

II – 10% (dez por cento), distribuído em quotas iguais entre todos os Municípios.

III - 5% (cinco por cento), distribuídos na proporção do cumprimento de exigências estabelecidas em lei estadual específica, relacionadas com a fiscalização, defesa, recuperação e preservação do meio ambiente.”

No tocante ao valor adicionado, também reconhecido como VAF (valor adicionado fiscal), o artigo 161, inciso I, da Constituição Federal estabelece que cabe a lei complementar “definir valor adicionado para fins do disposto no art. 158, parágrafo único, I”.

Ao dispor sobre critérios e prazos de crédito das parcelas do produto da arrecadação de impostos de competência dos Estados e de transferências por estes recebidos, pertencentes aos Municípios, a Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990, assim estipula:

“Art. 3º. 25% (vinte e cinco por cento) do produto da arrecadação do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação serão creditados, pelos Estados, aos respectivos Municípios, conforme os seguintes critérios: (...).

§ 1º O valor adicionado corresponderá, para cada Município: (Redação dada pela Lei Complementar nº 123, de 2006)

I – ao valor das mercadorias saídas, acrescido do valor das prestações de serviços, no seu território, deduzido o valor das mercadorias entradas, em cada ano civil; (...).

§ 2º Para efeito de cálculo do valor adicionado serão computadas:

I – as operações e prestações que constituam fato gerador do imposto, mesmo quando o pagamento for antecipado ou diferido, ou quando o crédito tributário for diferido, reduzido ou excluído em virtude de isenção ou outros benefícios, incentivos ou favores fiscais;” (Negritou-se).

Conforme se extrai, o § 1º do artigo 3º da Lei Complementar nº 63/90 determina que o valor adicionado corresponderá, para cada Município, ao valor das mercadorias saídas acrescido do valor das prestações de serviços, no seu território, deduzido o valor das mercadorias entradas em cada ano civil.

Pois bem. Em sua peça vestibular, o Município de São Simão parte do pressuposto de que o Valor Adicionado Fiscal (VAF) na operação de circulação de energia elétrica produzida por hidrelétrica deve ser atribuído integralmente ao município onde localizada a unidade geradora.

Este entendimento, no entanto, não coaduna com a melhor orientação doutrinária e jurisprudencial.

A respeito das operações interestaduais de energia elétrica, o tributarista Kiyoshi Harada adverte que o ICMS somente é devido ao Estado de destino, a quem caberá a distribuição do VAF entre os seus Municípios:

"(...) O VAF só existe se presente o ICMS devido, e este só é devido no local da ocorrência do fato gerador.

O local do consumo só é relevante nas operações interestaduais de petróleo, inclusive, lubrificantes, combustíveis líquidos gasosos dele derivados, e energia elétrica (art. 155, § 2º, X, b da CF), quando o ICMS será integralmente devido no Estado destinatário onde se dá o consumo, hipótese em que caberá ao Estado destinatário proceder à distribuição do VAF segundo os critérios previstos na LC nº 63/90 que se harmoniza com o preceito constitucional do parágrafo único, do art. 158. (HARADA, Kiyoshi. "A quem pertence o valor adicionado do ICMS - VAF". Tributário, 10.07.2019. Disponível em: <https://tributario.com.br/harada/a-quem-pertence-o-valor-adicionado-do-icms-vaf/>. Acesso em 20 de junho de 2020).

Por sua vez, a jurisprudência sedimentada pelo Superior Tribunal de Justiça caminha no sentido de que o elemento espacial do fato gerador do ICMS se dá no local onde a energia elétrica é consumida, razão por que o Valor Adicionado Fiscal deve ser atribuído proporcionalmente aos municípios consumidores.

Na espécie, a energia elétrica gerada pela Usina Hidrelétrica situada em São Simão/GO, de propriedade da CEMIG, é remetida para o estabelecimento da citada companhia energética (sede), localizado em Minas Gerais, onde é comercializada.

Com efeito, a remessa da energia elétrica no âmbito de uma mesma empresa não significa a transferência de titularidade do bem.

Assim, a mera saída física da mercadoria do estabelecimento produtor para o estabelecimento distribuidor não configura operação tributável pelo ICMS, cujo fato impositivo demanda a circulação econômica do bem, razão pela qual não pode ser computada pelo Estado de Goiás para o cálculo do valor adicionado de participação do Município de São Simão na arrecadação de ICMS.

Essa orientação foi consolidada pela Primeira Seção por ocasião do julgamento do EREsp 811.712/SP, sintetizado nos termos da seguinte ementa:

"Embargos de divergência em recurso especial. Dissídio configurado. ICMS. Repartição. VAF. Regra constitucional. Critério. Energia elétrica. Elemento temporal e espacial da obrigação tributária. Consumo. Limites do processo. Eleição de terceira tese no julgamento de embargos de divergência. Precedentes. 1. Os arestos embargado e paradigmas decidiram que o Valor Adicionado Fiscal, para efeito de repartição da receita do ICMS, deve ser computado ao município onde se concretiza a hipótese de incidência tributária. Divergiram, todavia, quanto à definição dos elementos espacial e temporal da obrigação tributária do ICMS incidente sobre energia elétrica: (a) o aresto embargado adotou o critério

da produção e, por isso, atribuiu o VAF ao Município de Ubarana, onde localizados os geradores da usina hidrelétrica; e (b) os paradigmas acolheram o critério da distribuição e, conseqüentemente, destinaram o VAF ao Município de Promissão, onde situada a subestação elevadora, a partir de onde é distribuída a energia elétrica produzida na municipalidade vizinha. Dissídio configurado. Embargos de divergência admitidos. 2. O critério eleito pelo art. 158, parágrafo único, inciso I, da CF/88 para definir a quem pertence o valor adicionado fiscal relativo a uma operação ou prestação sujeita, em tese, à incidência do ICMS é, unicamente, espacial, ou seja, local onde se concretiza o fato gerador do imposto. 3. Conforme posição doutrinária e jurisprudencial uniforme, o consumo é o elemento temporal da obrigação tributária do ICMS incidente sobre energia elétrica, sendo o aspecto espacial, por dedução lógica, o local onde consumida a energia. 4. A produção e a distribuição de energia elétrica, portanto, não configuram, isoladamente, fato gerador do ICMS, que somente se aperfeiçoa com o consumo da energia gerada e transmitida. 5. Como o critério de rateio do ICMS leva em conta o valor adicionado fiscal que ocorre no território de cada município e não há incidência tributária pela geração da energia ou por sua distribuição, conseqüentemente, não se justifica a participação do município produtor ou distribuidor na partilha do ICMS incidente sobre as operações com energia elétrica, que somente contemplará os municípios consumidores. 6. Conhecidos os embargos de divergência, incumbe ao órgão julgador aplicar o direito à espécie, mesmo que, para isso, seja necessária a adoção de uma terceira tese, diversa das que foram acolhidas nos arestos embargado e paradigma. Precedentes da Corte Especial e de todas as Seções do STJ. 7. Atualmente, só o Município de Promissão, onde situada a Subestação elevadora, tem direito de adicionar ao seu índice de participação as operações vinculadas à Usina de mesmo nome. A ação judicial objetiva compelir o Estado de São Paulo a computar essas operações, em sua totalidade, a favor do Município de Ubarana, onde se acham localizados os geradores da Usina. 8. As conclusões adotadas conduzem à procedência, em parte, da pretensão autoral, devendo a Fazenda Pública ré acrescer ao índice de participação do Município autor as operações da Usina de Promissão proporcionalmente ao consumo de energia elétrica verificado em seu respectivo território. 9. Embargos de divergência acolhidos em parte para julgar procedente, também em parte, a pretensão do autor, ora embargado”. (EREsp 811.712/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Rel. p/ Acórdão Min. Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 12.12.2012, DJe 06.03.2013. Negritei).

Destaco que a discussão envolvendo o suposto valor gerado pela Usina Hidrelétrica de São Simão já foi objeto de deliberação do Superior Tribunal de Justiça em diversas oportunidades, nas quais se reconheceu que a saída de energia elétrica do estabelecimento produtor (Usina de São Simão) para o distribuidor (CEMIG) não configura operação de circulação de mercadoria e, conseqüentemente, fato gerador de ICMS.

Por oportuno, transcrevo as ementas dos julgados:

“ICMS. Valor adicionado. Energia elétrica. Município. Súmula nº 166/STJ. I - Dispõe a Súmula n.º 166 desta Corte que “não constitui fato gerador do ICMS o simples

deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte". O acórdão recorrido está em harmonia com a orientação firmada na jurisprudência deste Tribunal, valendo destacar o trecho em que se evidencia que "a saída de energia elétrica do estabelecimento produtor (usina de São Simão) para o distribuidor (CEMIG) não configura operação de circulação de mercadoria, em sentido técnico jurídico, pois trata-se de simples deslocamento físico de mercadoria, não ocorrendo, de consequência, operação mercantil" (fl. 335). Tem-se que a mera saída física da mercadoria do estabelecimento produtor para o estabelecimento distribuidor não é hipótese de incidência do ICMS, cujo fato gerador pressupõe a circulação econômica do bem, razão pela qual não pode ser computada para o cálculo do valor adicionado de participação do Município na arrecadação da exação pelo Estado-Membro. Precedentes: RMS nº 19.010/GO, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 23/11/2006, p. 213; RMS nº 18.191/GO, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 31.08.2006, p. 196; RMS nº 9.704/GO, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 11.09.2000, p. 146. II - A configuração da hipótese de incidência do ICMS reclama a ocorrência de ato de mercancia, vale dizer, a venda da mercadoria (AgRg no REsp nº 601.140/MG, Relª. Minª. Denise Arruda, DJ de 10.04.2006; AgRg no Ag nº 642.229/MG, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 26.09.2005; REsp nº 659.569/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 09.05.2005), fato que, segundo o suporte fático delineado no acórdão recorrido, não ocorre no caso concreto. III - Agravo regimental improvido". (AgRg no REsp 933.890/GO, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 07.08.2007, DJ 03.09.2007, p. 147. Negritei).

"Recurso ordinário. Mandado de segurança. Tributário. ICMS. Energia elétrica. Produto da arrecadação do ICMS. Participação dos municípios. Cálculo do valor adicionado. Remessa da energia da usina hidrelétrica para o distribuidor de energia, ambos estabelecimentos de propriedade da CEMIG. Circulação econômica da mercadoria. Inocorrência. Mero deslocamento físico. Não caracterização da hipótese de incidência do ICMS. 1. Valor adicionado do produto da arrecadação do ICMS pertencente aos Municípios. 2. **Mandamus** no qual se pretende o reconhecimento do direito líquido e certo do Município de São Simão ao crédito do valor adicionado do produto da arrecadação do ICMS pelo Estado de Goiás sobre as saídas de energia elétrica gerada pela Usina Hidrelétrica localizada no aludido Município, de propriedade da CEMIG, para o estabelecimento da citada companhia energética (distribuidora) situada em Minas Gerais, nos termos do artigo 155, parágrafo único, I, da Constituição Federal de 1998, em combinação com seu artigo 161, I, bem assim com o artigo 3º, § 1º, da Lei Complementar Federal nº 67/90.

3. O Sistema Tributário Nacional delineado na Constituição Federal de 1988, ao tratar da Repartição das Receitas Tributárias, preceitua, em seu artigo 158, que pertence ao Município "vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação", conferindo-lhes crédito de três quartos, no mínimo, na proporção do valor adicionado nas mencionadas operações realizadas em seus territórios. 4. A Lei Complementar 63/90 estabelece o critério para

definição do valor adicionado, determinando que o mesmo corresponderá, para cada Município, ao valor das mercadorias saídas acrescido do valor das prestações de serviços, no seu território, deduzido o valor das mercadorias entradas, em cada ano civil, sendo computadas: "I - as operações e prestações que constituam fato gerador do imposto, mesmo quando o pagamento for antecipado ou diferido, ou quando o crédito tributário for diferido, reduzido ou excluído em virtude de isenção ou outros benefícios, incentivos ou favores fiscais; e II - as operações imunes do imposto, conforme as alíneas a e b do inciso X do § 2º do art. 155, e a alínea d do inciso VI do art. 150, da Constituição Federal" (artigo 3º, § 2º). 5. **In casu**, contudo, não se vislumbra a ocorrência de fato imponível da tributação pelo ICMS, sobre o qual recaia a imunidade dantes mencionada. Isto porque, a jurisprudência cristalizada no âmbito do STJ é no sentido de que "não constitui fato gerador de ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte" (Súmula 166).

6. É cediço na Corte que a configuração da hipótese de incidência do ICMS reclama a ocorrência de ato de mercancia, vale dizer, a venda da mercadoria (AgRg no REsp 601140/MG, Relª. Minª. Denise Arruda, Primeira Turma, DJ de 10.04.2006; AgRg no Ag 642229/MG, desta relatoria, Primeira Turma, DJ de 26.09.2005; e REsp 659569/RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 09.05.2005). 7. Deveras, a energia elétrica gerada pela Usina Hidrelétrica situada em São Simão - GO, de propriedade da CEMIG, foi remetida para o estabelecimento da citada companhia energética (sede), localizado em Minas Gerais, no qual restou comercializada. A remessa da energia elétrica se deu no âmbito de uma mesma empresa, inexistindo a transferência de titularidade do bem, vale dizer, a venda da mercadoria. 8. A mera saída física da mercadoria do estabelecimento produtor para o estabelecimento distribuidor não configura operação tributável pelo ICMS, cujo fato imponível demanda a circulação econômica do bem, razão pela qual não pode ser computada para o cálculo do valor adicionado de participação do Município na arrecadação da exação pelo Estado Membro. 9. Destarte, não se trata de operação imune, mas, sim, de hipótese fática que refoge da regra-matriz de incidência do ICMS sobre energia elétrica: "... tal tributação, em face das peculiaridades que cercam o fornecimento de energia elétrica, só é juridicamente possível no momento em que a energia elétrica, por força de relação contratual, sai do estabelecimento do fornecedor, sendo consumida"

(Roque Antônio Carraza, **in** ICMS, 10ª Ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2005, pág. 215).

10 Precedente do STJ que versou sobre questão idêntica: RMS 9704/GO, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, DJ de 11.09.2000. 11. Recurso ordinário desprovido". (RMS 19.010/GO, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 03.10.2006, DJ 23.11.2006, p. 213).

"Processual civil e tributário. Mandado de segurança. ICMS. Energia elétrica. Operação interestadual de geração e remessa de energia à distribuidora de mesma titularidade. Não ocorrência de fato gerador. Inexistência do direito ao cômputo dos valores referentes à operação no IVA/FPM. Precedente. 1. A simples transmissão da energia elétrica da Usina

São Simão, no Estado de Goiás, onde é gerada, para a sua distribuidora, localizada no Estado de Minas Gerais, ambas da CEMIG, não constitui fato gerador de ICMS. E "se a energia elétrica gerada em São Simão é transferida para a CEMIG, a fim de ser ali comercializada, não incidindo, por isso, o ICMS, não há como estabelecer-se o IVA-FPM (Índice do Valor Adicionado do Fundo de Participação dos Municípios) (...)" (RMS 9.704, 2ª T., Min. Peçanha Martins, DJ de 28.10.2002). 2. Recurso ordinário a que se nega provimento". (RMS 18.191/GO, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 17.08.2006, DJ 31.08.2006, p. 196. Negritei).

"Recurso ordinário. Mandado de segurança. Tributário. ICMS. Energia elétrica. Operação interestadual. Incidência do tributo. IVA/FPM. Inexistência do direito. 1. A teor do art. 3º, III, da LC 87/96, o imposto não incide "nas operações interestaduais relativas à energia elétrica (...), quando destinadas à industrialização ou à comercialização". Sendo assim, é indevido o ICMS na transferência da energia gerada em São Simão/GO para a CEMIG, integrante da mesma empresa no Estado de Minas Gerais, onde é comercializada, não havendo como pretender-se o valor Adicionado do Fundo de Participação dos Municípios. 2. Recurso ordinário conhecido, mas, improvido". (RMS 9.704/GO, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 20.06.2000, DJ 11.09.2000, p. 231).

Portanto, se a energia elétrica gerada em São Simão é transferida para a CEMIG (Companhia Energética de Minas Gerais S/A), a fim de ser ali comercializada, não é gerado ICMS para o Estado de Goiás, razão pela qual não haveria como pretender a inserção do valor adicionado no cálculo do Fundo de Participação dos Municípios.

Destaco, inclusive, que o Estado de Minas Gerais e a CEMIG atribuem todo o VAF (Valor Adicionado Fiscal) gerado pela usina hidrelétrica de São Simão ao Município de Santa Vitória/MG (movimento nº 01 – arquivo 08).

A concessão da ordem, inevitavelmente, conduziria à confirmação de tese diferente daquela sedimentada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Por conseguinte, esse é o primeiro motivo pelo qual não resta clarividente o direito líquido e certo invocado pelo ente impetrante.

2.2. Da incerteza quanto à aplicação retroativa da Lei Complementar nº 158/2017 no cálculo do Valor Adicionado Fiscal

Noutra quadra, não bastasse o posicionamento acima esquadrihado, pondero que também paira incerteza quanto à aplicação retroativa da Lei 158/2017, de sorte que a alegada irregularidade no cálculo do VAF (Valor Adicionado Fiscal) demanda dilação probatória, o que é inadmissível na via eleita.

No tocante ao cerne da questão, observo que, em 23 de fevereiro de 2017, foi publicada a Lei Complementar nº 158, que acrescentou o § 14 ao artigo 3º da Lei Complementar nº 63/1990, "para dispor sobre o cálculo do valor adicionado de energia hidrelétrica para fins de repartição do produto da arrecadação do imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços pertencentes aos Municípios", assim estabelecendo:



“§ 14. O valor da produção de energia proveniente de usina hidrelétrica, para fins da apuração do valor mencionado no inciso I do § 1º, corresponderá à quantidade de energia produzida, multiplicada pelo preço médio da energia hidráulica comprada das geradoras pelas distribuidoras, calculado pela Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel). (Incluído pela Lei Complementar nº 158, de 2017).” (Negritou-se).

Nesse contexto, a partir de 23 de fevereiro de 2017, foi conferida à ANEEL a atribuição de realizar o cálculo do preço médio da energia hidráulica comprada pelas distribuidoras, a qual deveria corresponder à quantidade de energia produzida multiplicada pelo preço médio da energia hidráulica comprada das geradoras pelas distribuidoras.

Assim, apenas com a indicação definitiva do preço médio exclusivamente por aquela autarquia federal, o dispositivo se tornaria passível de aplicabilidade.

O Município de São Simão articula que o Estado de Goiás, na repartição do ICMS referente ao ano de 2016, a partir de informações da CEMIG, indicou o Valor Adicionado Fiscal (VAF) de R\$ 1.001.510.057,29 ao município, o qual foi repassado ao Conselho Deliberativo dos Índices de Participação dos Municípios (COINDICE) em 16.08.2017, tendo por base o valor do megawatt hora (MWh) gerado em R\$ 101,70 (mov. 1 – arquivo 5).

Ponderou que, em 24.10.2017, a CEMIG, seguindo novas orientações estabelecidas pela Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais, expediu o ofício CR/TB 02634/2017, em que retificou as informações anteriormente prestadas quanto ao cálculo do VAF referente ao consumo de energia elétrica no mesmo ano, o que significou a importância total de R\$ 1.001.029.408,64, tendo como referência o valor médio de R\$ 120,16 por megawatt hora (MWh) gerado (mov. 1 – arquivo 6).

O ponto controverso surgiu a partir desta base de cálculo, na medida em que o Município impetrante alega que estes cálculos foram realizados mediante aplicação retroativa da Lei Complementar nº 158, de 23.03.2017.

O Município de São Simão reporta que, após decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, proferida em 19.12.2017, a CEMIG recalculou o Valor Adicionado Fiscal (VAF) derivado da Usina Hidrelétrica de São Simão, atribuindo ao Município de Santa Vitória/MG a quantia de R\$ 2.306.907.070,76, referente ao ano base de 2016, com a aplicação do valor médio de R\$ 276,78 por megawatt hora (MWh) gerado (mov. 1 – arquivo 9).

Embora o novo cálculo tenha sido elaborado sob o pretexto de afastamento da aplicação retroativa da Lei Complementar nº 158/2017, ressaltou-se que a singela planilha coligida no mov. 1 – arquivo 9 não é suficiente para comprovar cabalmente esta circunstância, já que o cálculo exato do VAF deveria partir da análise de todos os documentos fiscais emitidos pela Usina de São Simão no ano de 2016, demandando dilação probatória.

Observo que a matéria fática é complexa, chamando a atenção o fato de que a Lei Complementar 158/2017, em tese, foi aprovada para beneficiar os municípios produtores de energia e não para prejudicá-los<sup>1</sup>.

Como é cediço, o mandado de segurança não comporta dilação probatória, de modo que a prova da violação a direito líquido e certo deve vir comprovada de plano, ser pré-constituída e independe de qualquer outro fator que precise ser demonstrado após a impetração.

Considera-se líquido e certo o direito que emana de prova documental pré-constituída, podendo ser conceituado da seguinte forma, segundo ensinamento de Hely Lopes Meirelles:

“Direito Líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.” (In Mandado de Segurança. 22 ed. São Paulo: Malheiros, p. 21-22).

Ademais, 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 o insigne Celso Antônio Bandeira de Melo 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 da instância do impetrante, se o documento necessário estiver em poder de autoridade que recuse fornecê-lo (Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 32ª edição, pág. 982).

Nesse diapasão, não demonstrado o direito pleiteado, impõe-se a reforma da sentença, a fim de denegar a ordem impetrada.

### 3. Parte dispositiva

Ao teor do exposto, conheço da remessa e do recurso de apelação e dou-lhes provimento, a fim de, em reforma à sentença proferida, denegar a ordem impetrada.

Sem honorários recursais (art. 25 da Lei 12.016/09).

É o voto.

Goiânia, 03 de setembro de 2020.

Des. Carlos Roberto Fávaro – Relator

Duplo Grau de Jurisdição e Apelação Cível nº 0057810-60.2014.8.09.0051

Comarca de Goiânia

4ª Câmara Cível

Autor : Kora Veículos Automotores Ltda.

Réu : Estado de Goiás

Apelação Cível

Apelante : estado de goiás

Apelado : Kora Veículos Automotores Ltda.

Relatora : Des<sup>a</sup>. Elizabeth Maria da Silva

**EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA C/C RESTITUIÇÃO DE IMPORTÂNCIAS PAGAS. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO DE PEÇAS ORIGINAIS POR CONCESSIONÁRIA DE VEÍCULOS. BASE DE CÁLCULO. MARGEM DE VALOR AGREGADO (MVA-ST). REDUÇÃO DE ALÍQUOTA (36,56%). ART. 8º, LEI FEDERAL Nº 6.729/1979. PROTOCOLO ICMS Nº 41/2008 (CONFAZ). NÃO ATENDIMENTO AOS REQUISITOS LEGAIS. NÃO COMPROVAÇÃO. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. INAPLICÁVEL. LEGALIDADE DOS TRIBUTOS EXIGIDOS. INEXISTÊNCIA DE VALORES RESTITUÍVEIS.

I - Nos termos da Lei federal nº 6.729, de 28 de novembro de 1979 c/c o Protocolo ICMS nº 41, de 04 de abril de 2008, emitido pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), a alíquota de 36,56% (trinta e seis vírgula cinquenta e seis por cento) do Imposto sobre Circulação de Mercadorias, em substituição tributária (ICMS-ST), incidente nas aquisições de peças genuínas de fabricantes pelas suas concessionárias de veículos, somente é aplicável acaso a marca exija a compra e utilização exclusiva daquelas pela última ou, ainda, se volte ao atendimento de determinado índice de fidelidade imposto contratualmente.

II - Na hipótese, a multinacional Volvo não impôs no contrato de revenda entabulado com a concessionária de veículo apelada, a exclusividade no fornecimento de peças automotivas, enquanto a adquirente não logrou êxito em demonstrar que as compras de peças realizadas junto a subsidiária brasileira da marca, objetiva o cumprimento de determinado índice de fidelidade imposto contratualmente pela marca. Razão pela qual, não desincumbiu do seu ônus processual (art. 333, I, CPC).

III - As disposições tributárias que concedem benefícios fiscais demandam interpretação literal, a teor do disposto no art. 111 do CTN, sendo defeso ao julgador corrigir eventuais distorções tributárias, com objetivo de resguardar

o princípio da isonomia. Precedentes do colendo Superior Tribunal de Justiça.

**IV** - Não se amoldando a concessionária demandante ao tipo normativo estabelecido pela alínea b do inciso I do § 2º da Cláusula Segunda do Protocolo ICMS nº 41/2008, eis que deve ser enquadrada no MVA-ST de alíquota 71,78% (setenta e um vírgula setenta e oito por cento), previsto aos demais casos, conforme consta do inciso II do mesmo dispositivo normativo.

**V** - Inexistindo pagamentos indevidos de ICMS pela sociedade empresária recorrida, relativo às transações envolvendo aquisição de peças originais, eis que a improcedência do pedido de restituição de importâncias pagas, é medida que se impõe, uma vez que os tributos exigidos se deram de acordo com o princípio da legalidade tributária.

**VI** - Reformada integralmente a sentença apelada, cabível é a readequação do ônus processual imposto na origem, mediante a sua respectiva inversão, de modo a recair exclusivamente em desfavor da autora/apelada.

**VII** - REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CONHECIDAS E PROVIDAS.

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Duplo Grau de Jurisdição e Apelação Cível nº 0057810-60.2014.8.09.0051 da Comarca de Goiânia, em que figura como autor Kora Veículos Automotores Ltda. e como réu Estado de Goiás. Apelação Cível em que figura como apelante Estado de Goiás e como apelado Kora Veículos Automotores Ltda.

Acorda o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, pela Quarta Turma Julgadora de sua Quarta Câmara Cível, à unanimidade de votos, em conhecer da remessa necessária e da apelação cível e provê-las, tudo nos termos do voto da Relatora.

Presidiu a sessão de julgamento, a Excelentíssima Senhora Desembargadora Elizabeth Maria da Silva.

Votaram acompanhando a Relatora Desembargadora Elizabeth Maria da Silva, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Delintro Belo de Almeida Filho e Beatriz Figueiredo Franco.

Representou a Procuradoria Geral de Justiça, a Doutora Orlandina Brito Pereira.

Goiânia, 07 de dezembro de 2020.

Des<sup>a</sup>. Elizabeth Maria da Silva – Relatora

### **RELATÓRIO**

Trata-se de reexame necessário e apelação cível interposta pelo Estado de Goiás, devidamente qualificado e representado nos autos, contra a sentença registrada no evento nº 63, p. 87/95, proferida pela excelentíssima Juíza de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública Estadual da

comarca de Goiânia/GO, Dr<sup>a</sup> Zilmene Gomide da Silva Manzolli, figurando como apelada, a Kora Veículos Automotores Ltda., também individualizada no feito.

Ação (evento nº 03, p. 01/16): cuida-se de ação declaratória c/c repetição de indébito ajuizada pela Kora Veículos Automotores Ltda. em face do Estado de Goiás, objetivando que a redução da alíquota do ICMS incidente nas operações relacionadas ao comércio de peças automotivas, em substituição tributária, de modo a atingir o patamar de 33,08% (trinta e três vírgula oito por cento) sobre a margem de valor agregado (MVS-ST).

Narra que se trata de concessionária autorizada da marca automotiva Volvo, cuja natureza dos seus serviços prestados implica na recorrente aquisição de produtos da fabricante/montadora, com vistas a suprir as necessidades dos clientes.

Sustenta que o Fisco Estadual vem lhe exigindo elevadas quantias de ICMS, como substituto tributário, cujo fato, a seu ver, resta demonstrado nas notas fiscais acostadas à inaugural.

Assevera que de acordo com o contrato entabulado com a Volvo Car Corporation, a concessionária demandante deve prioritariamente promover a venda de peça e acessórios da marca, fornecer e utilizar apenas peças originais nos serviços de assistência técnica, garantia, recall e manutenção gratuita, além de manter estoques em níveis definidos pela fabricante.

Afirma que adquire peças e acessórios da montadora, em atendimento do índice de fidelidade de compra, ora previsto no art. 8º, da Lei federal nº 6.729, de 28 de novembro de 1979.

Salienta que a Volvo Cars Brasil é quem revende as peças a sociedade empresária autora, uma vez se tratar da filial da própria fabricante (Volvo Car Corporation) no país.

Obtempera que de acordo com a Cláusula 1ª, § 6º, do Protocolo ICMS 41, de 04 de abril de 2008, “estabelecimento atacadista de peças que seja controlado pelo fabricante de veículo, operando mediante contrato de fidelidade junto aos concessionários integrantes de sua rede de distribuição, a ele se equipara” (evento nº 03, p. 07).

Prossegue que a Cláusula 2º, do aludido normativo fiscal, prevê a alíquota de 33,08% (trinta e três vírgula oito por cento), na hipótese de saída de estabelecimento de fabricante de veículos automotores, para atender índice de fidelidade de compra prevista no art. 8º, da Lei Federal nº 6.729/1979.

Neste sentido, requer a procedência do pleito, mediante a restituição das importâncias pagas a maior, cujo **quantum** deverá ser apurado mediante produção de prova pericial.

Decisão liminar (evento nº 03, p. 608/611): a magistrada condutora do feito indeferiu a tutela provisória concernente a redução da alíquota do ICMS pleiteada à inaugural.

Contestação (evento nº 03, p. 614/633): citado, o Estado de Goiás defendeu-se arguindo, preliminarmente, ilegitimidade ativa da concessionária de veículos, uma vez atuar na relação tributária discutida como mera substituta da contribuinte Volvo Cars Brasil.

No mérito, aduz que a fidelidade observada na revenda de carros da marca Volvo, não se estende ao fornecimento de suas peças e acessórios pela concessionária, visto, a seu ver, o contrato de concessão/revenda firmado, permite que a última empregue peças de outras marcas, acaso não se trate de prestação de serviço de assistência técnica.

Argumenta que, ainda a exigência de contratual de que a demandante mantenha os produtos Volvo em níveis estabelecidos pela marca, não impõe a fidelização entre a revendedora Volvo Cars Brasil Importação e Comércio de Veículos Ltda. e a concessionária.

Acrescenta que “a Volvo Cars Brasil Importação e Comércio de Veículos Ltda., apesar de ter a maioria do capital pertencente à Volvo Car Corporation, constitui pessoa jurídica distinta, com objetivos sociais diversos, que, apesar de terem atividades complementares, não se confundem, não procedendo a assertiva da autora de que a Volvo Cars Brasil, que revende as peças e acessórios, equipara-se a Volvo Car Corporation, que os fabrica” (evento nº 03, p. 622).

Opugna, também, que o contrato de revenda colacionado na inaugural não há nenhuma indicação do índice de fidelidade que deve ser observado pela concessionária de veículos Volvo, com relação à compra de peças e acessórios da marca.

Salienta, por oportuno, que a matéria já foi submetida a apreciação na Comissão Técnica Permanente do ICMS (GT-34), cuja definição uniforme dos Fiscos Estaduais do país foi de que, não pertencendo o importador ao mesmo grupo econômico da empresa distribuidora, não se enquadraria no índice de fidelidade para fins de aplicação da margem reduzida, razão pela qual, a seu ver, não integrando a Volvo Cars Brasil ao grupo econômico da autora, esta não atende ao requisito legal para a redução da alíquota do ICMS.

Ao final, rechaça a repetição de indébito.

Agravo de instrumento (evento nº 03, p. 660/675): foi conhecido, mas desprovido o recurso avariado pela Kora Veículos Automotores Ltda., mantendo-se incólume a tutela provisória de origem.

Sentença (evento nº 63, p. 87/95): a magistrada singular julgou procedente os pedidos exordiais, nos seguintes termos, **in verbis**:

No caso trazido à colação, vejo que a Volvo Car do Brasil Automóveis Ltda é substituta tributária. Sendo assim, a requerente, substituta tributária é responsável solidária pelo imposto que porventura não seja retido e recolhido pela substituta tributária.

Entretanto, não merece acolhida por parte deste Juízo a argumentação do Estado de Goiás de condicionar a utilização do MVA-ST reduzido para os produtos “autopeças”, uma vez que tal entendimento configuraria um desrespeito ao princípio da isonomia tributária, haja vista o fato da autora estar em situação equivalente às concessionárias, posto que adquire seus produtos de fabricante, estando sujeita ao índice de fidelidade.

(...) Ante o exposto, julgo procedente o pedido verberado na exordial, a fim de declarar o direito da requerente à aplicação da MVA-ST reduzida, para atender ao índice de fidelidade, nas operações realizadas entre ela e a Empresa Volvo Car do Brasil Automóveis Ltda, bem como em condenar o requerido à restituição dos valores referentes ao imposto recolhido maior, o qual deverá ser apurado em fase de liquidação de sentença.

No que refere-se a correção monetária, cediço que o Pretório Excelso quando do julgamento do RE nº 870947/SE, com repercussão geral, declarou inconstitucional o art. 1º- F, da Lei 9.494/2009, com a redação da Lei nº 11.960/2009, na parte que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança (TR – Taxa Referencial), determinando a adoção do Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial

(IPCA-E) como critério de correção de todas as condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, assim, a TR não poderia ser adotada em nenhum período.

Ocorre que foi concedido efeito suspensivo aos embargos de declaração opostos contra o r. acórdão proferido pelo STF, sendo assim, as condenações impostas à Fazenda Pública devem ser corrigidas pela TR a partir de 30.06.2009, data de entrada em vigor da Lei nº 11.960, até 25.03.2015 (data da modulação dos efeitos da ADIN 4357 pelo STF), após devem ser atualizadas pelo IPCA-E, até que o Excelso Pretório julgue os embargos declaratórios.

De consequência, condeno o requerido ao pagamento da verba honorária, que arbitro em 10% sobre o valor da causa, com fulcro no artigo 85, § 3º, inciso I, do Código de Processo Civil.

Apelação cível (evento nº 66, p. 98/121): inconformado, o Estado de Goiás interpôs o presente recurso.

Brada que no “no regime de substituição tributária, a responsabilidade pelo recolhimento do tributo é atribuída originariamente a um terceiro”, de modo que, “a lei atribui a um determinado responsável tributário por substituição (substituto) a obrigatoriedade de recolher o ICMS, cujo fato gerador ocorrerá posteriormente. Tal recolhimento antecipado, se dá com base numa presunção do valor que será realizada na comercialização do produto pelo contribuinte (substituído)” (evento nº 66, p. 106).

Giza que “consoante prevê o art. 102 do CTN, os convênios e protocolos que dispõem sobre substituição tributária têm o condão de dar extraterritorialidade à lei tributária de cada Estado e Distrito Federal” (evento nº 66, p. 106).

Assevera que a recorrida invocou, sem razão, o Protocolo de ICMS 41/2008, que trata da substituição tributária nas operações interestaduais com autopeças, já que defende na inaugural que a relação comercial que possui com a empresa Volvo Cars Brasil se compara àquela existente entre concessionária e estabelecimento fabricante.

Alega que a sociedade empresária autora é concessionária autorizada da Volvo, tendo celebrado o contrato de revenda com a Volvo Cars Brasil Importação e Comércio de Veículos, subsidiária da Volvo Cars Corporation, cujo pacto prevê a venda de veículos e prestação de serviço de assistência técnica da marca, bem como, neste último caso, a obrigatoriedade do uso de peças genuínas.

Aduz que “a fidelidade observada na revenda de carros da marca Volvo não se estende ao fornecimento de peças e acessórios, já que a exclusividade de utilização de peças originais Volvo fica restrita aos casos de Assistência Técnica que especifica, enquanto nas demais situações de serviços realizados pela oficina, a revendedora deve priorizar a venda de peças e acessórios da Volvo, entretanto sem reserva de exclusividade, que possibilita o emprego, na realização de serviços, de peças de outra marca, embora tenha obrigação de manter estoque de produtos da Volvo em níveis por ela estabelecidos, o que afasta qualquer alegação de fidelização quanto ao fornecimento de peças e acessórios, como fez crer a autora” (evento nº 66, p. 107/108).

Salienta que “as aquisições de produtos Volvo pela autora são feitos junto a Volvo Cars Brasil Importações e Comércio de Veículos Ltda., que apesar de ter a maioria do capital pertencente a Volvo Cars Corporation, constitui pessoa jurídica distinta, com objetos sociais diversos, que, apesar

de terem atividades complementares não se confundem, não havendo procedência ao argumento de que Volvo Cars Brasil que revende as peças e acessórios, equipara-se a Volvo Cars Corporation fabricante” (evento nº 66, p. 108).

Reforça que “do contrato de revenda colacionado aos autos pela autora, não consta nenhum índice de fidelidade que deva ser por ela observado, até mesmo porque essa exclusividade está restrita” (evento nº 66, p. 108/109).

Discorre que o art. 8º, da Lei federal 6.729/1979, exclui do índice de fidelidade os acessórios que a revendedora adquire da concedente Volvo Cars Brasil.

Argumenta, ainda, que o pleito vindicado pela concessionária recorrida, foi objeto de resposta negativa pelo Fisco Estadual, após consulta à Gerência de Representação na COTEPE e Relações Federativas Tributárias, a qual definiu que “o índice de MVA a ser aplicado nas operações de compra de peças fornecidas pela Volvo Cars Brasil Importação e Comércio de Veículos Ltda., é o índice ajustado de 78,83% e não a MVA original de 33,08%” (evento nº 66, p. 111).

Obtempera que a orientação externada nas consultas feitas à Fazenda Pública Estadual tem efeito vinculante e constitui-se legislação tributária, nos termos do art. 100, inciso II, do Código Tributário Nacional.

Finaliza dizendo que a jurisprudência utilizada pela magistrada singular na sentença apelada, extraída do julgamento do agravo de instrumento nº 5435808-94.2017, resta superada, já que no momento do julgamento do apelo interposto no feito em que se deu a decisão agravada (5315283-27.2017), a Relatora redefiniu o seu posicionamento anterior, mantendo-se, assim, a alíquota aplicada pelo Fisco Estadual.

Neste viés, tenciona o provimento do recurso aviado, para que a sentença recorrida seja reformada e os pedidos exordiais julgados improcedentes.

Preparo: dispensado, nos termos do disposto no § 1º do artigo 1.007 da Lei Adjetiva Civil.

Contrarrazões (evento nº 70, p. 136/142): a Kora Veículos Automotores Ltda. apresentou resposta ao apelo, defendendo o seu desprovimento.

Parecer da ilustrada Procuradoria Geral de Justiça (evento nº 80, p. 154/157): o Órgão Ministerial de Cúpula, representado pela ilustre Procuradora de Justiça, Drª Laura Maria Ferreira Bueno, deixou de intervir no feito, ao argumento de que inexistente interesse público na demanda sub examine.

É o relatório.

Nos termos do artigo 934 do Código de Processo Civil, encaminhem-se os autos para inclusão em pauta de sessão virtual.

Goiânia, 18 de novembro de 2020.

Desª. Elizabeth Maria da Silva – Relatora

## VOTO

**Ab initio**, esclareço que tendo a Fazenda Pública Municipal sucumbido e a sentença ser ilícida, esta decisão sujeita-se ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de



confirmada pelo Tribunal, conforme preconizava o art. 496 da Lei Adjetiva Civil e, ainda, nos termos da Súmula 490 do colendo Superior Tribunal de Justiça, **ad litteram**:

Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;

Súmula 490. A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas.

Assim, presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento da remessa obrigatória e do recurso voluntário interposto.

Pois bem. Conforme relatado, a demandante ajuizou a presente lide visando a redução da alíquota do ICMS lhe exigida, em substituição tributária, para o patamar de 33,08% (trinta e três vírgula oito por cento) sobre a margem de valor agregado (MVS-ST), nas compras de peças veiculares da marca Volvo, ao argumento de que tais transações visam o atendimento do índice de fidelidade exigido pela montadora, em razão do contrato de revenda firmado com a aludida fornecedora.

Não obstante, da análise das provas colacionadas no curso da instrução processual, vejo que a Kora Veículos Automotores Ltda. não desincumbiu do seu ônus probatório imposto no art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil.

Isto, porque, não há comprovação alguma do índice de fidelidade contratual a que é obrigada a cumprir mensalmente, trimestralmente, semestralmente ou anualmente, no que concerne às aquisições de peças automotivas da marca Volvo, em testilha.

Em que pese aduzir à inaugural que as compras de mercadorias constantes nas notas fiscais ali carreadas (evento nº 03, p. 31/489), ocorreram de maneira vinculada ao contrato de revenda entabulado com a Volvo Cars Brasil Importação e Comércio de Veículos, subsidiária nacional da multinacional sueca Volvo Cars Corporation, nos autos, como já dito, inexistente qualquer indicação do índice voltado ao quantitativo de peças e/ou do respectivo volume financeiro exigível à manutenção do seu pacto com a fabricante.

Outrossim, da leitura desta avença firmada com a sociedade empresária multinacional, nem todas as peças adquiridas pela concessionária necessitam serem provenientes exclusivamente da marca Volvo, mas, apenas, àquelas adstritas à prestação de serviços de assistência técnica, a qual abrange consertos de Garantia, Recall e Manutenção Gratuita, conforme se infere, **ipsis litteris**:

Cláusula 5 – Manutenção, Peças e Acessórios Volvo

1. O Revendedor deverá:

- a) fornecer Serviços de Assistência Técnica para qualquer veículo Volvo que lhe for encaminhado, independentemente do local onde foram vendidos;
- b) prestar todos os serviços de Garantia, Recall e Manutenção Gratuita em todos os veículos Volvo que lhe forem encaminhados, independentemente do local onde foram vendidos, e realizar a inspeção de pré-entrega em Veículos Volvo;
- c) prioritariamente, promover a venda de Peças e Acessórios Volvo;

- d) fornecer e utilizar apenas Peças Originais Volvo na realização dos serviços de assistência técnica, incluindo serviços de Garantia, Recall e Manutenção Gratuita;
- (e) prioritariamente, vender Acessórios Volvo para os clientes Volvo;
- (f) manter seu estoque de Peças e Acessórios Volvo nos níveis definidos pela "Volvo", e
- (g) informar imediatamente a "Volvo" sobre qualquer assunto relacionado a segurança e qualidade relativa aos produtos Volvo. (evento nº 03, p. 496/497, g.)

A respeito do tema, dispõe a Lei Federal nº 6.729, de 28 de novembro de 1979, **ipsis litteris**:  
Art. 2º Consideram-se:

I – produtor, a empresa industrial que realiza a fabricação ou montagem de veículos automotores;

II – distribuidor, a empresa comercial pertencente à respectiva categoria econômica, que realiza a comercialização de veículos automotores, implementos e componentes novos, presta assistência técnica a esses produtos e exerce outras funções pertinentes à atividade;

III – veículo automotor, de via terrestre, o automóvel, caminhão, ônibus, trator, motocicleta e similares; (Redação dada pela Lei nº 8.132, de 1990)

IV – implemento, a máquina ou petrecho que se acopla o veículo automotor, na interação de suas finalidades;

V – componente, a peça ou conjunto integrante do veículo automotor ou implemento de série;  
(...) Art. 8º. Integra a concessão o índice de fidelidade de compra de componentes dos veículos automotores que dela faz parte, podendo a convenção de marca estabelecer percentuais de aquisição obrigatória pelos concessionários.

Parágrafo único. Não estão sujeitas ao índice de fidelidade de compra ao concedente as aquisições que o concessionário fizer: (Redação dada pela Lei nº 8.132, de 1990)

- a) de acessórios para veículos automotores;
- b) de implementos de qualquer natureza e máquinas agrícolas.

Art. 9. (...)

§ 3º. Se o concedente não atender os pedidos de componentes, o concessionário ficará desobrigado do índice de fidelidade a que se refere o art. 8º, na proporção do desatendimento verificado. (g.)

Por sua vez, o Protocolo ICMS nº 41, de 04 de abril de 2008, emitido pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), ao dispor sobre a substituição tributária nas operações com peças, componentes e acessórios para veículos automotores, assim, define, **in verbis**:

Cláusula primeira. Nas operações interestaduais com peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos listados no Anexo Único deste protocolo, realizadas entre contribuintes situados nas unidades federadas signatárias deste protocolo, fica atribuída ao remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, relativo às operações subsequentes.

§ 1º. O disposto neste protocolo aplica-se às operações com peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos listados no Anexo Único, de uso especificamente automotivo, assim compreendidos os que, em qualquer etapa do ciclo econômico do setor automotivo, sejam adquiridos ou revendidos por estabelecimento de indústria ou comércio de veículos automotores terrestres, bem como de veículos, máquinas e equipamentos agrícolas ou rodoviários, ou de suas peças, partes, componentes e acessórios, desde que a mercadoria objeto da operação interestadual esteja sujeita ao regime da substituição tributária nas operações internas no Estado de destino.

(...) § 6º. Para os efeitos deste protocolo, equipara-se a estabelecimento de fabricante o estabelecimento atacadista de peças controlado por fabricante de veículo automotor ou por fabricante de veículos, máquinas e equipamentos de uso agrícola, agropecuário e rodoviário, que opere exclusivamente junto aos concessionários integrantes da rede de distribuição do referido fabricante, mediante contrato de fidelidade.

Cláusula segunda. A base de cálculo do imposto, para os fins de substituição tributária, será o valor correspondente ao preço máximo de venda a varejo fixado por autoridade competente, ou na falta deste, o preço sugerido ao público pelo fabricante ou importador, acrescido, em ambos os casos, do valor do frete quando não incluído no preço.

§ 1º. Inexistindo os valores de que trata o **caput**, a base de cálculo corresponderá ao montante formado pelo preço praticado pelo remetente, acrescido dos valores correspondentes a frete, seguro, impostos e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, adicionado da parcela resultante da aplicação, sobre o referido montante, do percentual de margem de valor agregado ajustada (“MVA ajustada”), calculada segundo a fórmula “MVA ajustada = [(1+ MVA-ST original) x (1 - ALQ inter) / (1- ALQ intra)] -1”, onde:

I – “MVA-ST original” é a margem de valor agregado prevista no § 2º;

(...) § 2º. A MVA-ST original é:

I – 36,56% (trinta e seis inteiros e cinquenta e seis centésimos por cento), tratando-se de:

a) saída de estabelecimento de fabricante de veículos automotores, para atender índice de fidelidade de compra de que trata o art. 8º da Lei federal nº 6.729, de 28 de novembro de 1979;

b) saída de estabelecimento de fabricante de veículos, máquinas e equipamentos agrícolas ou rodoviários, cuja distribuição seja efetuada de forma exclusiva, mediante contrato de fidelidade.

II – 71,78% (setenta e um inteiros e setenta e oito centésimos por cento): nos demais casos.

(g.)

Logo, não restando comprovado nos autos que a concessionária demandante adquire exclusivamente peças genuínas da Volvo ou, ainda, que compras efetuadas ocorram para atender determinado índice de fidelidade imposto contratualmente pela marca, concluo não merecer trânsito o alegado direito material deduzido na peça de estreia, uma vez ausente a causa de pedir necessária a procedência dos pleitos inaugurais.

Neste sentido, aliás, já decidiu esse egrégio Sodalício, superando a jurisprudência acostada na sentença apelada, **verbo ad verbum**:

Apelação cível e reexame necessário. Ação declaratória. MVA-ST reduzida sob pena de violação ao princípio da isonomia. Impossibilidade. Ausência de previsão legal para redução do MVA-ST. Precedente STJ. Princípio da legalidade estrita em matéria tributária. Previsão constitucional e infraconstitucional. 1. Importante frisar que no direito tributário prevalece o princípio da legalidade estrita, previsto no art. 150, inciso I da Constituição Federal de 1988, bem como na esfera infralegal pelo art. 97 do Código Tributário Nacional. Estabelecida a procedência normativa do princípio da legalidade estrita na esfera tributária, faz-se mister a observância das regras que regem a interpretação da legislação tributária, elencadas nos arts. 107 e seguintes do CTN, que expressamente vedam a aplicação da equidade para afastar a cobrança de tributos. Conclui-se que, em matéria tributária, impera o princípio da legalidade estrita por expressa previsão constitucional. E, malgrado determinada norma possa aparentemente ferir o princípio da isonomia, não cabe ao Poder Judiciário corrigir desigualdades predeterminadas pelo Poder Legislativo. Precedente STJ. 2. **In casu**, a parte autora pugna pela redução da Margem de Valor Agregado – Substituição Tributária (MVA-ST) de 71,78% para 36,56% por se encontrar em situação análoga àquela prevista no inciso I do §2º da Cláusula Segunda do Protocolo ICMS 41/08. Apesar de anteriormente ter me posicionado pelo provimento do pleito inaugural quando da análise da liminar requerida na exordial, agora, em um juízo definitivo de mérito, após uma análise acurada das teses jurídicas apresentadas e das nuances do caso concreto, tenho que os pedidos trazidos pela parte autora não merecem prosperar. Sendo imperiosa a aplicação do inciso II do § 2º da Cláusula Segunda do Protocolo ICMS 41/08 à apelada, para manter o MVA-ST de 71,78% (setenta e um inteiros e setenta e oito centésimos por cento), por não se enquadrar expressamente nas hipóteses previstas no inciso I do aludido dispositivo normativo. Precedente STJ. Apelação cível e reexame necessário providos. (TJGO, 6ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 5315283-27.2017, Relª Desª Sandra Regina Teodoro Reis, DJe 11.02.2020, g.)

Ressalto, por oportuno, que no direito tributário prevalece o princípio da legalidade estrita, previsto no art. 150, inciso I da Constituição Federal de 1988, bem como no art. 97 do Código Tributário Nacional, **verba legis**:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

(...) Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

I – a instituição de tributos, ou a sua extinção;

II – a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;

III – a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do artigo 52, e do seu sujeito passivo;

IV – a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;

(...) § 1º. Equipara-se à majoração do tributo a modificação da sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso.

§ 2º. Não constitui majoração de tributo, para os fins do disposto no inciso II deste artigo, a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo.

Lado outro, faz-se mister a observância das regras que regem a interpretação da legislação tributária, a exemplo daquela estabelecida no art. 108 do Código Tributário Nacional, que impede a dispensa do tributo pela equidade, **ipsis litteris**:

Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

I – a analogia;

II – os princípios gerais de direito tributário;

III – os princípios gerais de direito público;

IV – a equidade.

§ 1º. O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.

§ 2º. O emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido.

(g.)

De igual modo, impondo a interpretação literal das disposições tributárias que concedem benefícios fiscais, é o teor do disposto no art. 111, da Lei Federal nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (CTN), **in litteris**:

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I – suspensão ou exclusão do crédito tributário;

II – outorga de isenção;

III – dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias;

Assim, ainda que haja desigualdades aparentes no sistema tributário, em hipótese de benefício fiscal, é defeso ao julgador corrigir tais distorções, com objetivo de resguardar o princípio da isonomia.

Neste diapasão, é o posicionamento do colendo Superior Tribunal de Justiça, **ad litteratim**:

(...) 2. Ademais, é assente o entendimento no STJ de que “não cabe ao Poder Judiciário corrigir eventuais distorções na distribuição da carga tributária, redefinindo alíquotas destinadas pelo legislador a determinados segmentos econômicos, à guisa do resguardo do princípio da isonomia. Tal postura implicaria na indevida assunção, pelo Judiciário, do papel de legislador positivo, contrariamente à repartição das competências estabelecida na Constituição Federal” (AgRg no REsp 1.418.442/RS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 2.10.2014). 3. Recurso Especial

não conhecido. (STJ, REsp nº 1.657.475/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe 08.05.2017, g.)

Tributário. Benefício fiscal. Redução de alíquota. Art. 1º, XIV, da Lei nº 10.925/2004. Interpretação restritiva. 1. As disposições tributárias que concedem benefícios fiscais demandam interpretação literal, a teor do disposto no art. 111 do CTN. 2. (...) (REsp 1410259/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 01.10.2015, DJe 09.10.2015)

Portanto, concluindo-se que a Kora Veículos Automotores Ltda. não se amolda ao tipo normativo estabelecido pela alínea b do inciso I do § 2º da Cláusula Segunda do Protocolo ICMS nº 41/2008, eis que deve ser enquadrada no MVA-ST de 71,78% (setenta e um vírgula setenta e oito por cento), previsto aos demais casos, conforme consta do inciso II do mesmo dispositivo normativo.

Em igual sentido, em caso análogo já decidiu o egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, **ad exemplum**:

1. Agravo Interno (...); 3. O anexo I do Protocolo do Conselho Nacional de Política Fazendária nº 41 que lista as mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária e seus respectivos percentuais de margem de valor agregado (MVA), dispõe sobre substituição tributária nas operações com peças, componentes e acessórios para veículos automotores e outros afins, aplicando uma alíquota diferenciada do ICMS sobre as operações de saída de mercadorias de estabelecimento de fabricante de veículos automotores, para atender índice de fidelidade de compra de que trata o art. 8º da Lei Federal 6.729/79, que dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre. 4. Analisando-se o Protocolo CONFAZ 41, conclui-se que o tratamento diferenciado se dá porque os contribuintes submetidos à alíquota diferenciada não estão em posição de equivalência com os demais, que não estão adstritos à observância do referido índice de fidelidade de compra. 5. Associados da impetrada que atuam no comércio atacadista de peças e acessórios para veículos, sem qualquer prova de que operem exclusivamente junto aos concessionários integrantes da rede de distribuição do fabricante e que estão vinculados ao índice de fidelidade. 6. Inexistência de afronta ao art. 150, II, da Constituição da República. Ausência de direito líquido e certo a ser amparado por meio de mandado de segurança. Sentença reformada. 7. Manutenção da decisão agravada. Recurso desprovido. (TJRJ, 4ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 0347692-60.2013, Relª Desª Maria Helena Pinto Machado, DJ de 26.10.2015)

Portanto, não havendo pagamento de tributo a maior pela sociedade empresária recorrida, eis que a reforma da sentença apelada contida no evento nº 63, p. 87/95, julgando-se improcedentes os pedidos inaugurais, é medida impositiva.

Prosseguindo, necessária é a readequação das verbas sucumbenciais de primeiro grau, razão pela qual inverte a condenação imposta na sentença atacada, no que concerne às custas e aos honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor dado à causa, de modo a recaírem exclusivamente em desfavor da autora/apelada.

Por fim, a hipótese não reclama majoração dos honorários sucumbenciais em grau de recurso, à vista do entendimento consolidado da colenda Corte Cidadã, **verbatim**:

Processual civil. Agravo interno nos embargos de divergência em agravo em recurso especial. Fundamentação monocrática não atacada. Inadmissibilidade. Regra técnica de conhecimento recursal. Incidência da súmula 315/STJ. Majoração dos honorários advocatícios. Aplicação do § 11 do art. 85 do código de processo civil. Viabilidade. Recurso não provido. 1. (...). 5. É devida a majoração da verba honorária sucumbencial, na forma do art. 85, § 11, do CPC/2015, quando estiverem presentes os seguintes requisitos, simultaneamente: a) decisão recorrida publicada a partir de 18.3.2016, quando entrou em vigor o novo Código de Processo Civil; b) recurso não conhecido integralmente ou desprovido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente; e c) condenação em honorários advocatícios desde a origem no feito em que interposto o recurso. 6. (...) (STJ, Corte Especial, AgInt nos EAREsp nº 762075/MT, Rel. Min. Félix Fischer, Rel. p/ Acórdão Min. Herman Benjamin, Dje 07.03.2019, g.)

Ao teor do exposto, conheço do reexame necessário e da apelação cível interposta pelo Estado de Goiás, e dou-lhes provimento, para reformar a sentença apelada e julgar improcedente os pedidos estampados à inaugural.

No mais, readequando o ônus sucumbencial **a quo**, condeno a Kora Veículos Automotores Ltda. ao pagamento das custas e honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado atribuído à causa.

Atenta ao fato de que as partes poderão peticionar no feito a qualquer momento independente da fase processual, determino a devolução dos autos ao juízo de primeiro grau, após baixa de minha relatoria no Sistema do Processo Judicial Digital.

É como voto.

Goiânia, 07 de dezembro de 2020.

Des<sup>a</sup>. Elizabeth Maria da Silva – Relatora

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 5419721.92.2019.8.09.0000

Autor: Des. Guilherme Gutemberg Isac Pinto

Duplo Grau de Jurisdição e Apelação Cível no Mandado de Segurança nº5136969.59.2017.8.09.0051  
Goiânia (Causa Piloto)

Apelante: Estado de Goiás

Apelado: Wilson Araujo de Jesus

Relator: Des. Itamar de Lima

Órgão Especial

**EMENTA:** INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. PROMOÇÃO DE MILITAR POR ATO DE BRAVURA. DEMANDAS REPETITIVAS. QUESTÃO UNICAMENTE DE DIREITO. ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS CONFLITANTES. CONTROVÉRSIA DEMONSTRADA. TESE JURÍDICA FIXADA. CAUSA PILOTO. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROMOÇÃO POR ATO DE BRAVURA RECONHECIDA NA ORIGEM. APELAÇÃO FUNDADA NA ALEGAÇÃO DE DISCRICIONARIEDADE DO ATO. INSUBSISTÊNCIA. SENTENÇA MANTIDA.

**I** - Nos moldes do que prevê o art. 976 do CPC, é cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: a) efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; b) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

**II** - Demonstrada a existência de processos com decisões controversas sobre a mesma questão de direito – ilegalidade de ato administrativo que nega promoção a policial militar por ato de bravura durante acidente radioativo do Césio 137 – é de ser assentada tese visando sanar a controvérsia e assegurar a isonomia e a segurança jurídica.

**III** - Tese fixada: sempre que demonstrado que a atuação do militar na guarda do material radioativo do césio 137 ou em atividade que nesse dever tenha representado exposição ou risco de contato, ocorreu em ambiente insalubre, nocivo à saúde e/ou sem condições adequadas para o exercício daquela função, resta evidenciada a atuação ensejadora do reconhecimento da coragem e audácia que exorbitam os limites normais do cumprimento do dever e, de consequência, ensejam a concessão de promoção por ato de bravura.

**IV** - O entendimento firmado por este Tribunal de Justiça no presente IRDR é de caráter vinculante e obrigatório, devendo a tese ora fixada ser aplicada a todas as demandas individuais ou coletivas que versem sobre idêntica questão em tramitação no Poder Judiciário do Estado de Goiás, bem como aos casos futuros, nos termos do artigo 985, incisos I e II, do Código de Processo Civil.

**V** - À luz da tese fixada no IRDR, tem-se como configurada a afronta ao direito líquido e certo do impetrante, restando evidente o direito à promoção por ato de bravura, porquanto demonstrada a atuação em atividade que representou exposição e risco de contato com material radioativo do césio 137, sem condições adequadas para o exercício daquela função. Ademais, demonstrado que em situações similares a Administração tem concedido a



alguns e negado a outros o benefício, notável a quebra da isonomia, sendo certo que a discricionariedade não pode ser justificativa para a afronta à igualdade e à segurança jurídica.

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas procedente. Duplo grau e recurso de apelação cível desprovidos. Sentença da causa piloto mantida.

## RELATÓRIO

Cuida-se de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas intentado pelo Desembargador Guilherme Gutemberg Isac Pinto, visando ver solucionada controvérsia acerca da ilegalidade de ato administrativo que nega promoção a policial militar por ato de bravura durante acidente radioativo do Césio 137.

Ao longo de suas considerações o ilustre Desembargador esclarece que, quando do julgamento do Duplo Grau de Jurisdição nº 5136969.59.2017.8.09.0051, após suscitada a controvérsia junto à Câmara Julgadora, determinou o adiamento do aludido julgamento a fim de solicitar a instauração do presente incidente, dada a existência de efetiva repetição de processos que veiculam a mesma controvérsia, unicamente de direito, com risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Esclarece que este Tribunal já decidiu a questão por meio de todas as suas Câmaras, acostando as ementas respectivas a fim de comprovar a dita afirmação, por meio das quais fora reconhecida a ilegalidade do ato que nega a aventada promoção.

Acrescenta que, todavia, em causas semelhantes, a 2ª e 5ª Câmaras Cíveis já se pronunciaram pela denegação de segurança postulada nesse sentido (reconhecimento de ilegalidade do ato que nega a promoção), por entender que se trata de ato subjetivo e discricionário do ente federado, dada a conveniência da Administração Pública em concedê-la. Traz os arestos respectivos.

Assentada, pois, a notória divergência sobre o tema, requer a instauração do presente incidente a fim de que seja sanada a controvérsia, evitando-se, pois, a violação à isonomia e à segurança jurídica.

O incidente foi admitido, à unanimidade, mediante acórdão lançado no evento 07.

Sobrevieram habilitações de terceiros interessados (eventos 13, 16, 17, 18, 29, 30, 34, 38, 39, 41, 43, 44 e 45).

Certidão acostada no evento 31, noticiando a ausência de manifestação das partes intimadas no feito.

Em parecer lançado nos autos (evento 36), a Procuradoria de Justiça opina pela improcedência do incidente de resolução de demandas repetitivas, ao argumento de que a matéria suscitada não apresenta risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, nos moldes do artigo 976, inciso II, e seguintes do Código de Processo Civil.

É o relatório.

Encaminhe-se à Secretaria para inclusão do feito em pauta de julgamento presencial, atentando-se ao que dispõe o art. 984 do CPC, intimando-se da data designada os terceiros habilitados no feito e demais interessados.

Goiânia, 23 de julho de 2019.

Des. Itamar de Lima – Relator

### **VOTO DO RELATOR**

Cuida-se de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas intentado pelo Desembargador Guilherme Gutemberg Isac Pinto, visando ver solucionada controvérsia acerca da ilegalidade de ato administrativo que nega promoção a policial militar por ato de bravura durante acidente radioativo do Césio 137.

Ao longo de suas considerações o ilustre desembargador esclarece que, quando do julgamento do Duplo Grau de Jurisdição nº 5136969.59.2017.8.09.0051, após suscitada a controvérsia junto à Câmara Julgadora, determinou o adiamento do aludido julgamento a fim de solicitar a instauração do presente incidente, dada a existência de efetiva repetição de processos que veiculam a mesma controvérsia, unicamente de direito, com risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Esclarece que este Tribunal já decidiu a questão por meio de todas as suas Câmaras, acostando as ementas respectivas a fim de comprovar a dita afirmação, por meio das quais fora reconhecida a ilegalidade do ato que nega a aventada promoção.

Acrescenta que, todavia, em causas semelhantes, a 2ª e 5ª Câmaras Cíveis já se pronunciaram pela denegação de segurança postulada nesse sentido (reconhecimento de ilegalidade do ato que nega a promoção), por entender que se trata de ato subjetivo e discricionário do ente federado, dada a conveniência da Administração Pública em concedê-la. Traz os arestos respectivos.

Assentada, pois, a divergência sobre o tema, requer a instauração do presente incidente a fim de que seja sanada a controvérsia, evitando-se, pois, a violação à isonomia e à segurança jurídica.

Pois bem.

O quadro de ofensa à isonomia e à segurança jurídica derivada da repetição de demandas que abrangem questão jurídica idêntica propiciou, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, a criação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que se traduz numa técnica que permite uniformizar a aplicação do Direito.

Sobre o tema, enfatizam os doutrinadores Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e Sofia Temer o seguinte:

"O incidente de resolução de demandas repetitivas, técnica processual destinada a contingenciar litígios seriados, assenta-se em três pilares principais, quais sejam: o princípio constitucional da isonomia, que exige o tratamento uniforme dos litígios isomórficos, a segurança jurídica, estampada na previsibilidade e uniformidade das decisões judiciais e, por fim, a prestação jurisdicional em tempo razoável. Tais princípios, além de nortear todo o ordenamento jurídico processual (como se infere, dentre outros, dos artigos 1º a 12 do CPC),

são a base constitucional do incidente ora analisado. Em síntese, havendo uma questão comum de direito, repetida em diversos processos - individuais ou coletivos - poderá ser instaurado o incidente, para que, a partir de um ou mais processo(s), seja formado um 'modelo' do conflito repetitivo, para que a questão jurídica controvertida seja levada à apreciação do tribunal. O tribunal, por ocasião do julgamento e da definição da tese jurídica aplicável aos casos homogêneos, deverá ouvir amplamente todos os interessados, para que profira decisão completa, que sirva como padrão decisório para os casos repetitivos. (...) Há, portanto, uma cisão cognitiva - ainda que virtual e não física -, firmando-se a tese jurídica no procedimento incidental em que haverá se reproduzido o 'modelo' que melhor represente a controvérsia jurídica que se repete em dezenas ou milhares de pretensões. A tese jurídica será aplicada em seguida às demandas repetitivas, por ocasião do julgamento propriamente dito da causa perante o juízo em que tramitar o processo, momento este em que será feita também a análise e julgamento das questões fáticas e das questões jurídicas não comuns pelo juízo competente, esgotando-se a análise da pretensão ou demanda propriamente dita". (in, Novo CPC doutrina selecionada, V. 6: processos nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais/coordenador geral, Fredie Didier Jr. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 230/231)

É preciso observar, então, que a instauração do IRDR deve abranger questão unicamente de direito, que se reproduz de forma maciça (art. 976, I, do CPC), em situação na qual a existência de divergência de interpretação e julgamento leve ao risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Com efeito, tais pressupostos encontram-se listados no artigo 976 do Código de Processo Civil, que assim dispõe:

Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Vê-se assim que o IRDR somente é cabível quando demonstrada a (a) efetiva repetição de processos e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, (b) a questão for unicamente de direito e (c) houver causa pendente no tribunal.

Sobre tais requisitos, importante que se atente à circunstância de que são cumulativos, de sorte que a ausência de um deles inviabiliza a instauração do IRDR.

No que tange ao primeiro daqueles pressupostos – efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito – de se salientar que a “efetiva repetição de processos” não implica em necessidade de existência de “grande quantidade de processos”.

Segundo assentado no enunciado 87 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, “a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica”.

Destarte, necessária a efetiva “repetição de processos”, não a “grande quantidade de processos”, salientando nesse particular que, segundo a doutrina, nos processos originários “há o

risco potencial de ofensa à isonomia e à segurança jurídica” eis que “os casos já estão no tribunal, já estando presente o potencial risco à isonomia e à segurança jurídica, sendo conveniente prevenir a divergência jurisprudencial, com o que se atende os deveres de uniformidade, estabilidade, integridade e coerência de que trata o art. 926 do CPC” (JR. Fredie Didier. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. vol. 03, p. 735).

Importante também que a controvérsia se dê sobre a mesma questão, unicamente de direito, já que não cabe IRDR para definição de questões de fato.

Sobre a distinção em apreço, bem esclarece Fredie Didier Jr:

“É muito difícil a distinção entre questão de fato e questão de direito. Toda questão de direito pressupõe a ocorrência de um fato. Pode-se, de todo modo, dizer que questão de fato é aquela relacionada com a causa de pedir ou com a hipótese prevista no texto normativo, enquanto a questão de direito é aquela relacionada com as consequências jurídicas de determinado fato ou com a aplicação da hipótese de incidência prevista no texto normativo, com as tarefas de subsunção do fato (ou conjunto de fatos) à norma ou de concretização do texto normativo”. (In: Curso de Direito Processual Civil. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 439)

Segundo esclarecem Fred Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, “não cabe, por exemplo, o IRDR para definir se determinada construção foi vendida com vícios estruturais decorrentes de falha no projeto ou na execução da obra, mas cabe para dizer se, ocorrendo esse fato, há ou não responsabilidade civil do construtor pela reparação do dano daí decorrente” (In: Curso de Direito Processual Civil, vol. 03, p. 733).

Assentadas tais premissas, passemos ao caso evidenciado nos autos.

Com efeito, o IRDR em exame tem como finalidade precípua o estabelecimento de uma diretriz, por esta Corte, a respeito da existência de ilegalidade de ato administrativo que nega promoção a policial militar por ato de bravura durante acidente radioativo do Césio 137.

À luz de todas as considerações outrora tecidas, vejo que se fazem presentes todos os requisitos necessários à instauração e processamento do incidente, já que há efetiva “repetição de processos” - ainda que não haja “grande quantidade de processos” – com risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica, já que soluções distintas têm sido conferidas à mesma causa comum.

Vê-se aqui a controvérsia repousa sobre a mesma questão unicamente de direito, eis que embora a concessão da promoção seja fundada em questões fáticas, ou seja, existência ou não de atos que importem em bravura, existe a questão de direito, atinente à circunstância de se definir se, ocorrendo aqueles fatos, há ou não direito à concessão da promoção.

Destaque-se que a promoção por bravura, a qual resulta de reconhecimento de atos além daqueles do mero dever, tem por escopo prestigiar o agir exemplar do militar em seus valores éticos e morais.

A grande discussão reside no fato de que, embora em situações idênticas – serviços prestados junto aos rejeitos ou guarda do lixo radioativo do césio 137 – alguns militares são agraciados com a promoção por bravura respectiva e outros não.

A Lei Estadual nº 15.704/2006, assim define o conceito em testilha:

“Art. 9º A promoção por ato de bravura é aquela que resulta do reconhecimento de ato ou atos incomuns de coragem e audácia que, ultrapassando os limites normais do cumprimento do dever, se mostrem indispensáveis ou úteis às operações policiais e de bombeiros pelos resultados alcançados ou pelo exemplo positivo deles emanado.

§1º A promoção prevista neste artigo independe de vaga, interstício, curso, bem como qualquer outro requisito, devendo contudo, ser precedida de sindicância específica.”

Embora se possa de alguma forma reconhecer um certo grau de subjetividade e discricionariedade na concessão da promoção, fundamentos inclusive utilizados por aqueles que têm rejeitado mandados de segurança impetrados perante este Tribunal com o intento de ver reconhecido tal direito, o certo é que, as especificidades do caso em apreço afastam esse conceito discricionário.

É que não há dúvidas de que o contato com material radioativo do césio 137, por si só, implicava risco de vida e, sempre que demonstrado que a atuação na guarda do material radioativo ou em atividade que nesse dever tenha representado exposição ou risco de contato, ocorreu em ambiente insalubre, nocivo à saúde e/ou sem condições adequadas para o exercício daquela função, resta evidenciada a atuação ensejadora do reconhecimento da coragem e audácia que exorbitam os limites normais do cumprimento do dever.

Ademais, demonstrado que em situações similares a Administração tem concedido a alguns e negado a outros o benefício, resta demonstrada a quebra da isonomia, sendo certo que a discricionariedade não pode ser justificativa para a afronta à igualdade e à segurança jurídica.

Assim sendo, entendo que deve ser julgado procedente o incidente, fixando-se a seguinte tese:

Tese fixada no IRDR:

Sempre que demonstrado que a atuação do militar na guarda do material radioativo do Césio 137, ou em atividade que nesse dever tenha representado exposição ou risco de contato, ocorreu em ambiente insalubre, nocivo à saúde e/ou sem condições adequadas para o exercício daquela função, resta evidenciada a atuação ensejadora do reconhecimento da coragem e audácia que exorbitam os limites normais do cumprimento do dever e da respectiva promoção por bravura, nos termos da legislação de regência.

Firmada a tese, passo à análise da causa piloto, nos moldes do que preconiza o art. 978, parágrafo único, do CPC.

Análise da causa piloto

Pende de apreciação o duplo grau de jurisdição e o recurso de apelação cível, que deram origem à instauração do presente incidente.

Cuida-se dos autos de nº 5136969.59.2017.8.09.0051, alusivos ao mandado de segurança impetrado por Wilson Araujo de Jesus contra ato que exigiu, para fins de promoção por ato de bravura, a constatação dos prejuízos causados pelo acidente radioativo do Césio 137, apesar de reconhecer sua atuação em situação ensejadora daquele reconhecimento.

Aduz o Impetrante, em suma, que era Soldado da PM à época do acidente radiológico do césio 137, tendo atuado em locais atingidos pela contaminação, inclusive transportando pessoas infectadas.

Alega que, de maneira injustificada, não figurou no rol dos militares promovidos por ato de bravura com amparo na Lei nº 18.182/2.013, o que ensejou a formulação de pedido de abertura de Sindicância para apuração de sua conduta à época dos fatos.

Consigna que o procedimento administrativo, que recebeu o nº 2014.02.10001, confirmou os fatos narrados, concluindo fazer jus o impetrante à promoção por ato de bravura, com encaminhamento dos autos ao Comandante Geral para os devidos fins.

Acrescenta que, não obstante tenha a dita autoridade reconhecido a atuação do impetrante em condições adversas e de extremo risco, exigiu que também apresentasse Laudos Médicos que comprovassem doenças advindas do seu trabalho, bem como Pensão vitalícia do Estado, critérios absolutamente inexistentes nas Leis 15.704/06 e 18.182/2013.

Com tais considerações, pugnou pela concessão da segurança, a fim de que lhe seja assegurada a promoção perseguida.

Por meio de sentença no evento 25 daqueles autos foi concedida a segurança postulada, tendo a magistrada salientado que a conduta do autor configura ato não comum de coragem e audácia que ultrapassou os limites normais do cumprimento do dever e do exigível da atividade militar, salientando ser abusivo o ato da Comissão de Promoção que exigiu a constatação dos prejuízos causados pelo acidente, quando a lei não o faz.

Contra o julgado o Estado de Goiás aviou recurso apelatório (evento 51), em cujas razões defende, em síntese, que a promoção por ato de bravura é um ato discricionário e, dessa forma, não é cabível a sua revisão pelo Poder Judiciário, competindo tão somente à Administração Pública avaliar subjetivamente se a parte autora praticou ato de bravura excepcional que enseje a promoção pretendida.

Todavia, não vejo como prosperar a insurgência constante do apelo, fundada basicamente na alegação de que o ato de promoção seria discricionário, cabendo a avaliação subjetiva por parte da Administração quanto à prática do ato de bravura.

Isso porque, como restou decidido no bojo do presente IRDR, embora se possa de alguma forma reconhecer um certo grau de subjetividade e discricionariedade na concessão da promoção, as especificidades do caso em apreço afastam esse conceito discricionário, já que não há dúvidas de que o contato com material radioativo do céσιο 137, por si só, implicava risco de vida e, sempre que demonstrado que a atuação na guarda do material radioativo ou em atividade que nesse dever tenha representado exposição ou risco de contato, ocorreu em ambiente insalubre, nocivo à saúde e/ou sem condições adequadas para o exercício daquela função, resta evidenciada a atuação ensejadora do reconhecimento da coragem e audácia que exorbitam os limites normais do cumprimento do dever.

No caso dos autos, tais circunstâncias restaram efetivamente demonstradas no bojo da Sindicância instaurada, cujo parecer conclusivo assim pontuou:

“Após análise de todas as peças da presente sindicância ficou comprovado a participação do 3º Sargento (...) Wilson Araújo de Jesus nas ações e operações relacionadas ao acidente com o Césio 137, na cidade de Anápolis-GO, onde o referido sindicado ultrapassou os limites normais do cumprimento do dever, pois o risco de contaminação era visível, pois os técnicos da CNEM usavam

equipamentos de proteção e orientaram os policiais que não deixassem ninguém se aproximar do local, sendo que tais ações foram fundamentais para minimizar as consequências que o acidente trouxe para toda a população goiana envolvida”.

A conclusão foi reconhecida no despacho exarado pelo Comandante Geral da Polícia Militar: “Tem-se que o 3º SGT PM R/R 9.842 Wilson Araújo de Jesus, cumpriu as missões que lhe foram confiadas como o isolamento da área contaminada pelos rejeitos radioativos e o reforço do policiamento da guarda destes, com o risco à sua integridade física. Agiu profissionalmente, o que garantiu o êxito das ações e possibilitou resguardar a saúde, quiçá, a vida de vários cidadãos anapolinos e goianienses. Atuou em condição adversa e de extremo risco, sem possuir conhecimento técnico sobre o assunto. A atuação do militar teve repercussão altamente positiva no âmbito da PMGO e principalmente junto à comunidade”.

Portanto, à luz da tese fixada no IRDR, tem-se como configurada a afronta ao direito líquido e certo do impetrante, restando evidente o direito à promoção por ato de bravura, porquanto demonstrada a atuação em atividade que representou exposição e risco de contato com material radioativo do césio 137, sem condições adequadas para o exercício daquela função.

Ademais, demonstrado que em situações similares a Administração tem concedido a alguns e negado a outros o benefício, resta evidenciada a quebra da isonomia, sendo certo que a discricionariedade não pode ser justificativa para a afronta à igualdade e à segurança jurídica.

Face ao exposto, superado o juízo de admissibilidade, julgo procedente o presente Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, para fixar a seguinte tese jurídica, de caráter vinculante e obrigatório, a ser aplicada a todas as demandas individuais ou coletivas que versem sobre idêntica questão em tramitação no Poder Judiciário do Estado de Goiás, bem como aos casos futuros (promoção por ato de bravura de militares do Estado de Goiás com atuação nas atividades afetas à guarda de rejeitos e lixo do Césio 137, ou em atividades que nesse dever tenham representado exposição ou risco de contato), nos termos do artigo 985, incisos I e II, do Código de Processo Civil:

1. Sempre que demonstrado que a atuação na guarda do material radioativo ou em atividade que nesse dever tenha representado exposição ou risco de contato, ocorreu em ambiente insalubre, nocivo à saúde e/ou sem condições adequadas para o exercício daquela função, resta evidenciada a atuação ensejadora do reconhecimento da coragem e audácia que exorbitam os limites normais do cumprimento do dever e da respectiva promoção por bravura, nos termos da legislação de regência.

Quanto à causa-piloto (Apelação Cível nº 5136969.59.2017.8.09.0051), conheço e nego provimento ao duplo grau de jurisdição e ao apelo, mantendo a sentença recorrida nos moldes em que proferida.

Determino a remessa deste voto/acórdão a todos os componentes deste Tribunal de Justiça e a inserção da tese jurídica ora definida para alimentação do cadastro nacional de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, nos termos dos artigos 979 e 982, ambos do Código de Processo Civil de 2015 e artigo 341-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Deverá ainda a Secretária do Órgão Especial certificar o julgamento deste incidente em cada um dos mandados de segurança/reexames referentes à matéria e que estejam com andamento

suspensão em razão da determinação contida no acórdão que admitiu o processamento do presente IRDR, fazendo, em seguida, conclusão aos respectivos relatores.

Comunique-se, ainda, ao Conselho Nacional de Justiça acerca do julgamento do presente Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva, consoante previsão do artigo 979 do Código de Processo Civil.

Traslade-se cópia deste **decisum** para os autos de nº 5136969.59.2017.8.09.0051.

É o voto.

Goiânia, de julho de 2020.

Des. Itamar de Lima - Relator

Mandado de Segurança nº 5705126.15.2019.8.09.0000

Comarca de Panamá-GO

Impetrantes: Google Brasil e Google LLC

Impetrado: J.D da Vara Única da Comarca de Panamá-GO

Relator: Des. Leandro Crispim

**EMENTA:** MANDADO DE SEGURANÇA. QUEBRA DE SIGILO TELEMÁTICO. Nada obstante seja dever de todos colaborar com a elucidação de crimes, sem embargo, o direito do Estado de investigar deve estar sempre relacionado com o respeito aos direitos e garantias individuais previstas na Constituição Federal. Caso em que a medida da autoridade apontada como coatora mostrou-se excessivamente ampla e genérica, invadindo o direito à privacidade de pessoas indeterminadas. É necessário que a suspensão dos direitos à privacidade seja específica, personalizada e fundamentada.

SEGURANÇA CONCEDIDA.

### ACORDÃO

Vistos, oralmente relatados e discutidos os presentes autos de Mandado de Segurança n. 5705126.15.2019.8.09.0000.

Acordam os integrantes da Seção Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, por votação uniforme, desacolhendo o parecer Ministerial, em conhecer do Mandado de Segurança e concedê-lo, nos termos do voto do Relator, exarado na assentada do julgamento que a este se incorpora. Sem Custas.

Votaram, acompanhando o Relator, o Desembargador Itaney Francisco Campos, a Juíza de Direito Substituta em Segundo Grau Lília Mônica de Castro Borges Escher (em substituição ao



Desembargador Luiz Cláudio Veiga Braga), o Desembargador Ivo Fávoro, o Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau Fernando de Castro Mesquita (em substituição ao Desembargador J. Paganucci Júnior), a Desembargadora Avelirdes A. Pinheiro de Lemos, a Desembargadora Carmecy Rosa Maria Alves de Oliveira, o Desembargador Edison Miguel da Silva Jr., o Desembargador Nicomedes Domingos Borges e o Desembargador João Waldeck Félix de Sousa.

Presidiu a sessão o Desembargador Leandro Crispim.

Presente à sessão o Doutor Deusdete Carnot Damacena, ilustre

Procurador de Justiça.

Goiânia, 04 de março de 2020.

Des. Leandro Crispim – Relator

## RELATÓRIO

Cuida-se de Mandado de Segurança, com pedido liminar, impetrado por Google Brasil Internet Ltda e Google LLC, com amparo no artigo 5º, LXIX, da Constituição Federal, e no artigo 5º, II, da Lei Federal nº 12.016/09, diante de ato praticado pelo Juízo da Vara única da Comarca de Panamá/GO.

As impetrantes relatam que o ato coator consiste em ordem judicial de quebra de sigilo telemático, no curso do Processo nº 89237-92.2019.8.09.0118 (201900892370), que investiga crime de roubo circunstanciado.

Alegam que a quebra de sigilo telemático foi deferida a partir de coordenadas geográficas, de forma genérica e não individualizada.

Fundamentam que a ordem foi proferida “sem qualquer demonstração da necessidade da medida e comprovação de exaurimento de vias alternativas (...)”.

Aduzem que na decisão foi decretada “a quebra dos sigilos dos dados telemáticos, para identificação e fornecimento, em planilha, das contas de usuários (Google ou Apple, vinculadas a dispositivos Android ou IOS) que operaram ou transitaram dentro do perímetro num raio de 9000 metros da posição geográfica 18° 11’ 02”S 49° 19’ 33” W, entre as 04h p.m. UTC de 08.07.2019 e 01h a.m. UTC de 09.07.2019, devendo, ainda, informar os números dos IMEI’s dos aparelhos de telefone vinculados/utilizados, as contas relacionadas”, e, posteriormente, em decisão de 31.07.2019, o juízo deferiu por alterar a quebra de sigilo para a área relativa a um raio de 3km da coordenada geográfica acima.

Ressaltam “ausência de base constitucional e legal para ordem de quebra de sigilo genérica e aleatória, sem individualização de alvos”.

Pondera que a presente ação não visa a tutela de direitos dos usuários, mas das impetrantes, que podem vir a sofrer ameaças de responsabilização.

Pugna a liminar para ser suspensa a decisão em questão e, ao final, a concessão da segurança em definitivo, anulando-a. Requer que as intimações sejam realizadas exclusivamente em nome de Eduardo Mendonça (OAB/RJ nº 130.536).

A inicial veio acompanhada dos documentos.

O pedido de liminar foi deferido e, de consequência, determinada a suspensão da eficácia da decisão combatida (mov. 04).

Instada, a autoridade impetrada prestou as informações (mov. 09).

A Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Aguinaldo Bezerra Lino Tocantins, opinou “pela não concessão da segurança a Google Brasil Internet Ltda. e Google LLC., a fim de que seja mantida a decisão que determinou a quebra de sigilo de dados telemáticos nos termos da representação apresentada pela Autoridade Policial.” (mov. 16).

Resumidamente relatado.

## **PASSO AO VOTO**

Como relatado, as impetrantes defendem ser inconstitucional e ilegal a medida determinada pela autoridade impetrada, invocando o teor do art. 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal, que protegem o direito à privacidade e das comunicações, destacando, ainda, o disposto no art. 93, inciso IX, da CF/88 para apontar a ausência de fundamentação específica na decisão questionada.

Tenho que assiste razão às impetrantes. Vejamos.

Segundo o art. 5º, XII, da CF:

“é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”

Observa-se, sem grande esforço, que o sigilo do conteúdo de correspondências, comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, são assegurados constitucionalmente.

Obviamente que esse direito não é absoluto, podendo ser rompido, por ordem judicial fundamentada, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

No caso em apreço se discute o fornecimento de informações de conexão e de acesso a aplicações de internet, o que, igualmente, não pode ser realizado de maneira indiscriminada, devendo atender a certos requisitos.

A Lei nº 12.965, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, prevê em seu art. 8º: “A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.”.

Consta, ainda, da Lei nº 12.965:

“Art. 22. A parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet.

Parágrafo único. Sem prejuízo dos demais requisitos legais, o requerimento deverá conter, sob pena de inadmissibilidade:

I - fundados indícios da ocorrência do ilícito;

II - justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e

III - período ao qual se referem os registros.”

**In casu**, não há dúvida de que há indício de ocorrência de ato ilícito, sendo que a autoridade policial investiga a prática de um crime de roubo circunstanciado contra a empresa Goyas Britas, ocorrido no dia 09.07.2019, com suposto envolvimento de Girley Oliveira dos Santos, dizendo ser a interceptação dos dados e dados telemáticos a única forma de chegar aos investigados do crime perpetrado.

Portanto, a medida extrema está ancorada na necessidade de obtenção dos registros para fins de investigação criminal.

Acontece que, se de um lado o ordenamento jurídico pátrio autoriza a quebra de sigilo telefônico e telemático, por outro promove exigências, a exemplo de não haver outro meio para se desvendar uma autoria delituosa.

No caso em comento, entendo que a quebra de informações sigilosas pelas empresas Google Brasil Internet Ltda e Google LLC não é o único meio para elucidar a autoria do crime.

Além disso, observa-se que não há apontamento de pessoas certas ou determinadas, números de telefone ou contas na internet para serem examinadas, mas uma generalidade de uma expressiva gama de pessoas.

É preciso destacar e reforçar que, a medida realmente pode atingir pessoas que não possuem nenhuma pertinência com os fatos investigados.

A intimidade delas então será fragilizada em razão dos dados requeridos abrangerem a identificação dos equipamentos eletrônicos eventualmente utilizados naquelas regiões e naqueles intervalos de tempo.

Dessarte, não há como sacrificar os direitos individuais em nome da garantia genérica da segurança pública, ordenando a busca desenfreada de qualquer prova para a configuração de um ilícito, sem que sejam atendidos os requisitos previstos em lei.

É necessário, desta forma, que a suspensão dos direitos à privacidade seja específica e personalizada.

Nesse sentido são os recentes julgados:

“Mandado de segurança. Ordem de quebra de sigilo telemático de usuários não identificados. Deferida em representação policial. Invocação da proteção da privacidade e do sigilo das comunicações. Artigos 5º, X e XII, da carta magna. Inconstitucionalidade. 1. O direito à intimidade e privacidade de dados e comunicações é a regra, devendo a restrição se dar em hipóteses excepcionais e judicialmente fundamentadas. 2. No caso, conforme determinado pela autoridade apontada coatora a ordem direcionada às impetrantes cinge-se a quebra abrangente de sigilo de dados de número indeterminado de pessoas a partir de meras coordenadas geográficas. 3. Todavia, é sabido que a quebra de sigilo é medida excepcional, fazendo-se necessário, para tanto, a indicação de fatos concretos que a justifiquem – dentre os quais a indicação e individualização daqueles a quem se busca investigar -, além de demonstração da necessidade específica de tal medida, sob pena de nulidade. 4. É

imperioso, assim, que a suspensão dos direitos à privacidade seja específica, personalizada e fundamentada, o que não se vislumbra na espécie. Resta claro que a ordem é genérica e exploratória. Segurança concedida.” (TJGO, Mandado de Segurança Criminal 5494122-62.2019.8.09.0000, Rel. João Waldeck Felix De Sousa, Seção Criminal, julgado em 13.12.2019, DJe de 13.12.2019)

“Mandado de segurança. Quebra sigilo telemático. Decisão. Fundamentação. Genérica. Falta. Individualização. Cassação. Impositiva a cassação da decisão que, proferida sem fundamentação idônea e em desacordo com as normas vigentes, autoriza de forma ampla e genérica a quebra do sigilo telemático de um número indeterminado de cidadãos, deixando de indicar vínculo com os crimes investigados, de modo a violar o direito constitucional à privacidade. Segurança concedida.” (TJGO, Mandado de Segurança Criminal 5494196-19.2019.8.09.0000, Rel. Ivo Favaro, Seção Criminal, julgado em 19.11.2019, DJe de 19.11.2019)

“Mandado de segurança. Quebra de sigilo telemático. Não obstante seja assegurada constitucionalmente a inviolabilidade do sigilo do conteúdo de correspondências, comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas e telemáticos, esse direito pode ser rompido, por ordem judicial fundamentada, mediante a satisfação de requisitos, a fim de viabilizar investigação criminal. Todavia, tendo em conta que há vários outros meios de se investigar a prática do crime, da incerteza de que se irá obter informações proveitosas à sua elucidação e do ilimitado número de pessoas inocentes atingidas com a quebra do sigilo, hei por bem conceder o mandado de segurança, diante das peculiaridades do caso concreto. Segurança concedida.” (TJGO, Mandado de Segurança Criminal 5457984-96.2019.8.09.0000, Rel. Carmecy Rosa Maria Alves de Oliveira, Seção Criminal, julgado em 11.11.2019, DJe de 11.11.2019)

Portanto, não obstante seja assegurada constitucionalmente a inviolabilidade do sigilo do conteúdo de correspondências, comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas e telemáticos, esse direito pode ser rompido por ordem judicial fundamentada. Todavia, não é o presente caso, uma vez que trata-se de uma ordem excessivamente ampla e genérica, invadindo o direito à privacidade de pessoas indeterminadas. E porque há vários outros meios de se investigar a prática do crime de roubo.

Assim, impõe-se o deferimento do pedido para anular a decisão.

À vista do exposto, desacolhendo o parecer Ministerial de Cúpula, concedo a ordem impetrada, para revogar a decisão proferida pela autoridade coatora nos autos do processo nº 89237-92.2019.8.09.0118 (201900892370), dia 19.07.2019.

Sem custas.

É como voto.

Goiânia, 04 de março de 2020.

Des. Leandro Crispim – Relator

Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5050609.75.2020.8.09.0000

Comarca de Goiânia

Órgão Especial

Promovente: Associação dos Magistrados do Estado de Goiás – ASMEGO e Outro

Promovidos: Governador do Estado de Goiás e Outro

Relatora: Des<sup>a</sup>. Beatriz Figueiredo Franco

## VOTO

Nesta medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, a Associação dos Magistrados do Estado de Goiás – ASMEGO e a Associação Goiana do Ministério Público – AGMP, conjuntamente, esperam pela liminar suspensão dos efeitos da Emenda Constitucional Estadual nº 65, de 21 de dezembro de 2019 (inconstitucionalidade formal), ou, apenas, dos §§ 2º e 3º, artigo 97, e do **caput** do 97-A (inconstitucionalidade material), norma de iniciativa do Governador do Estado de Goiás a respeito da Reforma do Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos Estaduais - RPPS. No parâmetro de constitucionalidade, indicam os artigos 4º, III, 16, 18, I, e 19, § 2º, da Constituição do Estado de Goiás.

Para introduzir este debate inicial, de cognição verticalmente limitada pelo momento liminar, eis a transcrição do objeto e do parâmetro constitucional:

Objeto:

Art. 97. O regime próprio de previdência social dos servidores titulares de cargos efetivos do Estado e dos Municípios terá caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente federativo, de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

(...)

§ 2º Os proventos de aposentadoria não poderão ser inferiores ao valor mínimo a que se refere o § 2º do art. 201 da Constituição Federal ou superiores ao limite máximo estabelecido para o Regime Geral de Previdência Social, observado o disposto nos §§ 14 a 16 deste artigo.

§ 3º No âmbito do Estado, as regras de cálculo e reajustamento dos benefícios de aposentadoria e pensão por morte serão as mesmas aplicáveis aos servidores da União e seus respectivos dependentes.

Art. 97-A. O tempo de contribuição e os demais requisitos para a concessão de aposentadoria por incapacidade permanente para o trabalho, aposentadoria compulsória, aposentadoria voluntária, pensão por morte e as regras de transição dos servidores públicos estaduais e seus beneficiários serão os mesmos aplicados pela União para seus servidores e respectivos dependentes.

Parâmetro:

Art. 4º - Compete ao Estado, sem prejuízo de outras competências que exerça isoladamente ou em comum com a União ou com os Municípios:

(...)

III - exercer a competência legislativa plena, atendidas as suas peculiaridades, em caso de inexistência de lei federal, e a competência suplementar sobre as matérias relacionadas no art. 24 da Constituição da República.

Art. 16 - A Assembleia Legislativa reunir-se-á, anualmente, na Capital do Estado, de 15 de fevereiro a 30 de junho e de 1º de agosto a 15 de dezembro.

§ 1º - As reuniões marcadas para essas datas serão transferidas para o primeiro dia útil subsequente, quando caírem em sábados, domingos ou feriados.

§ 2º - A sessão legislativa não será interrompida sem a aprovação do projeto de lei de diretrizes orçamentárias.

§ 3º A Assembleia Legislativa reunir-se-á em sessões preparatórias, a partir de 1º de fevereiro, no primeiro ano da legislatura, para a posse de seus membros e constituição de sua Mesa Diretora, para mandato de dois anos.

§ 4º - A Assembleia será convocada extraordinariamente:

I - por seu Presidente, em caso de decretação de intervenção estadual e para o compromisso e a posse do Governador e do Vice-Governador do Estado;

II - pelo Governador, por seu Presidente ou a requerimento da maioria dos Deputados, em caso de urgência ou interesse público relevante e em todas as hipóteses deste inciso com a aprovação da maioria absoluta dos Deputados.

§ 5º - Na sessão extraordinária, a Assembleia somente deliberará sobre a matéria para a qual foi convocada.

§ 6º - Por motivo de conveniência pública e deliberação da maioria dos seus membros, poderá a Assembleia Legislativa reunir-se, temporariamente, em qualquer cidade do Estado.

Art. 18 - O processo legislativo compreende a elaboração de:

I - emendas à Constituição;

Art. 19 - A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 2º - A proposta será discutida e votada, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos membros da Casa.

1. Não inspiram acolhida as matérias preliminares ao exame da tese de inconstitucionalidade, alinhadas à manifestação inicial do Governador do Estado de Goiás. Consciente da precariedade e provisoriedade típicas das decisões liminares, de se prevenir a necessária reavaliação desse capítulo quando do julgamento definitivo do mérito desta ação direta de inconstitucionalidade.

1.1. Não há feição de ilegitimidade ativa nesta ação. Ante a ausência de disciplina constitucional em relação ao rol do artigo 103, Constituição Federal, transcrito no artigo 2º da Lei Federal nº 9.868/1999 e simetricamente visto no artigo 60, Constituição do Estado de Goiás, o Supremo Tribunal Federal definiu que a legitimidade ativa das entidades associativas ao ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade submetesse a 3 (três) condicionantes procedimentais: i) representatividade da categoria em sua totalidade e comprovação do caráter nacional ou, neste caso,

estadual; ii) homogeneidade de membros integrantes; e iii) pertinência temática entre os objetivos institucionais da entidade e a norma objeto da impugnação.

Ilustra a conclusão trecho do voto condutor da decisão monocrática proferida em 13.03.2019 na ADI 6079/DF, da relatoria do Ministro Luiz Fux, confirmada em sede de agravo regimental pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 14.02.2020, leia-se:

A Constituição de 1988 ampliou consideravelmente a legitimidade ativa para provocar o controle normativo abstrato, antes restrito ao Procurador-Geral da República, pretendendo, assim, reforçar a jurisdição constitucional por meio da democratização das suas vias de acesso.

A hipótese de habilitação que a requerente alega ostentar apresenta previsão na parte final do inciso IX do artigo 103 da Constituição Federal, que dispõe sobre os legitimados à propositura das ações de controle concentrado de constitucionalidade, na condição de “entidade de classe de âmbito nacional”.

Ante a ausência de disciplina constitucional, coube à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal estabelecer algumas balizas interpretativas a respeito da atuação das entidades de classe de âmbito nacional no processo objetivo de controle de constitucionalidade. Assim, construíram-se as seguintes condicionantes procedimentais:

a) homogeneidade (dimensão positiva) ou, ao revés, ausência de hibridismo (dimensão negativa) entre os membros integrantes da entidade, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas (ADI 108-QI, Rel. Min Celso de Mello, Plenário, DJ de 05.06.1992; ADI 146, Rel. Min. Maurício Corrêa, Plenário, DJ de 19.12.2002);

b) atendimento ao requisito subjetivo de legitimação em sede de tutela coletiva (representatividade da “categoria” em sua totalidade) e ao requisito objetivo de “legitimação nacional” (comprovação do “caráter nacional” pela presença efetiva de associados – pessoas físicas e/ou jurídicas – em, pelo menos, nove Estados da Federação, em aplicação analógica do artigo 7º, § 1º, da Lei 9.096/1995). Vide: ADI 386, Rel. Min. Sydney Sanches, Plenário, DJ de 28.06.1991; e ADI 1.486-MC, Rel. Min. Moreira Alves, Plenário, DJ de 13.12.1996;

c) pertinência temática entre os objetivos institucionais/estatutários da entidade postulante e a norma objeto da impugnação (ADI 1.873, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, DJ de 19.09.2003).

Em conjunto, tais requisitos permitem a avaliação, caso a caso, da legitimidade ativa para a propositura das ações de controle concentrado. É dizer, na hipótese do inciso IX do artigo 103 da Constituição Federal, a apreciação da legitimação ativa não se verifica de maneira apriorística.

**In casu**, a demanda foi proposta por entidade associativa que pretende congrega militares das forças armadas, vigilantes e servidores públicos de categorias distintas, tais como policiais civis estaduais, policiais e bombeiros militares, policiais federais, policiais rodoviários federais, agentes prisionais, agentes do Juizado da Infância e Juventude, agentes de segurança de medida socioeducativa, guardas civis metropolitanos e municipais e conselheiros tutelares, bem como servidores públicos em geral e qualquer pessoa civil (artigo 2º, § 1º, do estatuto).

Apesar da ampla interpretação pluralista da Constituição Federal por este Tribunal Constitucional, a legitimidade ativa das entidades de classe para a propositura das ações de controle concentrado de constitucionalidade somente se concretiza quando presente a representatividade de determinada categoria econômica ou profissional.

Esta Corte firmou entendimento no sentido de que entidades de caráter abrangente, que congregam distintas classes, carreiras ou categorias, mesmo supondo exercício de labor análogo, não dispõem de legitimidade para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (ADI 3.787, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, DJ de 09.10.2006).

Assim, o universo de associados da requerente não atende à exigência da homogeneidade. Em sentido análogo, cito, ainda, os seguintes julgados: ADI 5.071-AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Plenário, DJe de 02.02.2018; ADI 4.660-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, DJe de 14.08.2017; ADI 3.900, Rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário, DJe de 08.11.2011; ADI 4.230-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, DJe de 14.09.2011.

(...)

Sobre o primeiro enfoque, é incontroversa a territorialidade estadual das entidades promoventes. Quanto ao segundo, a homogeneidade diz respeito à identidade de interesses dos membros associados. No caso em exame, a ASMEGO e a AGMP representam, respectivamente, os magistrados goianos e os membros do Ministério Público do Estado de Goiás, ativos, aposentados e pensionistas. O fato de os estatutos sociais admitirem, excepcionalmente, associados adidos, beneméritos, honorários, facultativos e agregados não desnatura a homogeneidade da representação dessas classes. O hibridismo que protraí a homogeneidade diz respeito à presença de categorias diferentes como regra, inseridas em contextos profissionais diferentes.

Ambos os promoventes demonstraram a pertinência temática entre o objeto da ação direta de inconstitucionalidade (recente reforma previdenciária dos servidores públicos estaduais) e seus objetivos institucionais (artigos 2º, Estatuto Social da Associação dos Magistrados do Estado de Goiás - ASMEGO, e 2º do Estatuto da Associação Goiana do Ministério Público - AGMP), terceiro enfoque caracterizador da legitimidade ativa. O objeto normativo digladiado (modificação no regime próprio de previdência dos servidores públicos estaduais) repercute, diretamente, sobre o patrimônio jurídico de seus associados.

Por estes fundamentos, identifica-se, aprioristicamente, a legitimidade ativa das entidades associativas para o ajuizamento desta ação direta de inconstitucionalidade.

1.2. As irregularidades de representação – caducidade do instrumento de mandato outorgado ao advogado da ASMEGO, ausência da ata de eleição a legitimar a outorga da procuração pelo presidente da AGMP e falta de assinatura conjunta na petição inicial protocolizada – foram todas sanadas pelos promoventes.

A esse respeito, importa destacar serem sanáveis as irregularidades de representação tais como as presentes e, por isso, uma vez corrigidas, não importam a extinção prematura do processo. Assim reiteradamente decide este tribunal e também a corte excelsa, vejam-se os julgados:

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Complementar Municipal nº 303/2017 do Município de Goiânia. Representação processual. Vício sanável. Vedação imposta ao poder público



local de queimar fogos de artifício em inauguração de obras públicas. Inconstitucionalidade formal. Vício de iniciativa. Matéria reservada ao prefeito. Princípio da conformidade funcional.

1. Configura vício sanável a falta de poderes especiais e específicos, na procuração, para o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, de sorte que deve ser franqueada, ao autor, a oportunidade de corrigir a omissão apontada, permitindo o julgamento de mérito, tudo nos termos do art. 139, inciso IX c/c o art. 317 do Código de Processo Civil. (...) (TJGO, Órgão Especial, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5180582-88.2017.8.09.0000, Rel<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup>. Elizabeth Maria da Silva, DJ de 13.04.2018)

Ação direta de inconstitucionalidade. Constitucional. § 11 do art. 81 da Lei Complementar nº 14, de 17.12.1991, do Maranhão (código de divisão e organização judiciárias do Maranhão) alterada pelo art. 1º da lei complementar do Maranhão, de 10.11.2017. Alegada ofensa ao § 8º do art. 19 da constituição do Maranhão e ao inc. I do art. 8º da Constituição da República. Representação processual irregular. Vício sanável. Legitimidade ativa configurada. Ofensa direta à constituição da república. Condição para concessão de licença remunerada a servidor público dirigente de confederação, federação ou associação de classe à inexistência de sindicato representativo da categoria. Ausência de afronta à autonomia sindical. Precedentes. Ação direta conhecida e julgada improcedente. 1. É sanável o vício na representação processual consistente na ausência de procuração com poderes específicos com expressa referência ao ato normativo questionado. Precedentes.

(...)

(STF, Tribunal Pleno, ADI 6051/MA, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Carmen Lúcia, DJ de 06.05.2020)

2. Sobre a medida cautelar, necessário ressaltar, mais uma vez, que a cognição liminar apenas sobrenada os argumentos de invalidade e de validade invocados pelos promoventes e promovidos, aqui não se aprofunda à verticalidade das teses jurídicas, reservada para o momento processual adequado.

2.1. A Emenda nº 65/2019 à Constituição do Estado de Goiás não parece repercutir a questionada inconstitucionalidade formal objetiva.

Alegam os promoventes, em suma, que a Assembleia Legislativa não teria observado o prazo para apresentação de emendas, equivalente a 10 (dez) sessões ordinárias, entre a data em que o projeto foi encaminhado à Comissão de Constituição, Justiça e Redação e a respectiva votação em 2 (dois) turnos.

Acrescentam que a votação em segundo turno foi meramente simbólica, sem a necessária e democrática participação da sociedade e dos próprios deputados estaduais. Entendem, assim, violados os artigos 16, § 1º, 18, I2, e 19, § 2º, da Constituição do Estado de Goiás.

Não é objetivamente visto neste exame preliminar o vício formal objetivo em relação à suposta inobservância do prazo entre o recebimento do projeto pela Comissão de Constituição, Justiça e Redação e o início da votação, sobretudo porque as razões dos promoventes indiciam possível violação ao Regimento Interno da Assembleia Legislativa do Estado de Goiás (artigos 1894 e 2175), e não, diretamente, à Constituição do Estado de Goiás. A votação simbólica, aquela em que o presidente da Câmara, ao anunciar a votação de qualquer matéria, convida os deputados a favor a

permanecerem sentados e proclama o resultado manifesto dos votos<sup>6</sup>, também não exprime patente invalidade, porque não encontra vedação na Constituição do Estado de Goiás, restando inclusive prevista no próprio Regimento Interno da Assembleia Legislativa do Estado de Goiás (artigos 85, 17, 868 e 919) e autorizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF, Tribunal Pleno, RE 254559/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 17.06.2015)

2.2. A tese de inconstitucionalidade material, noutra ponta, inspira maiores digressões.

São 2 (dois) os principais vetores de inconstitucionalidade submetidos ao controle. Os promoventes entendem que os artigos 97, § § 2º e 3º, e 97-A, **caput**, do novo texto constitucional infringem o equilíbrio financeiro e atuarial (artigo 97, **caput**, Constituição do Estado de Goiás) ao determinar que os servidores públicos estaduais terão como valor máximo do benefício de aposentadoria o limite estabelecido no Regime Geral de Previdência Social – RGPS e também ao equiparar as regras de cálculo, reajustamento de benefícios e pensão por morte, tempo de contribuição e demais requisitos para a concessão de aposentadoria (por incapacidade, compulsória e voluntária), e suas regras de transição, àquelas dos servidores públicos federais (Emenda Constitucional Federal nº 103/2019). Em segunda ordem, entendem que os novos dispositivos violam a materialidade do artigo 4º, III, Constituição do Estado de Goiás, à consideração de que foi infringida a autonomia do ente federativo pela adoção automática das regras da União.

O primeiro argumento parece correto, sendo plausível a tese jurídica (**fumus boni iuris**). A Emenda 65/2019, que acrescentou à Constituição do Estado de Goiás os artigos 97, § § 2º e 3º, e 97-A, **caput**, foi promulgada pela Mesa da Assembleia Legislativa do Estado de Goiás em 21 de dezembro de 2019, incorporando regras estabelecidas na Emenda à Constituição Federal nº 103/2019, de 12 de novembro de 2019, promulgada pouco mais de 30 (trinta) dias antes pelas mesas da Câmara e do Senado Federal.

Ao que se lê dos novos dispositivos goianos, houve assunção automática das regras de cálculo e reajustamento dos benefícios de aposentadoria e pensão por morte aplicáveis aos servidores públicos da União e seus respectivos dependentes e o estabelecimento de um teto máximo para os proventos de aposentadoria, que não poderão ser superiores ao estabelecido no Regime Geral de Previdência Social – RGPS, observada a criação de regime de previdência complementar cuja adesão é condicionada à expressa opção do servidor (artigo 97, § § 2º e 3º). Houve, igualmente, a assunção automática dos mesmos requisitos aplicados aos servidores públicos da União em relação ao tempo de contribuição e os demais requisitos para a concessão de aposentadoria por incapacidade permanente para o trabalho, aposentadoria compulsória, aposentadoria voluntária, pensão por morte e as regras de transição dos servidores públicos estaduais e seus beneficiários (artigo 97-A, **caput**). Das informações preliminares colhidas do Governador do Estado de Goiás e do Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de Goiás (eventos nº 9 e 10) extrai-se, de início, que houve simples cópia do sistema federal, sem respaldo atuarial a contemplar as especificidades dos servidores públicos goianos, tanto em relação ao percentual de suas contribuições previdenciárias (que desde antes já era superior à dos servidores públicos federais e à dos trabalhadores submetidos ao regime geral, nos termos da Lei complementar

estadual nº 126/2016) quanto em relação ao número de servidores ativos e inativos e ao respectivo caixa.

A exposição de motivos que acompanhou o projeto que resultou na Emenda à Constituição Estadual nº 65/2019 fez alusão genérica a resultados deficitários dos sistemas previdenciários do Brasil e aos crescentes aportes do Tesouro Estadual, sem minudenciar, matematicamente, as peculiaridades do regime goiano. Mesmo diante da inegável necessidade de se garantir a sustentabilidade do sistema previdenciário do Estado de Goiás, o constituinte derivado decorrente, aparentemente, não se atentou ao princípio do equilíbrio financeiro e atuarial do regime (artigo 97, *caput*, Constituição do Estado de Goiás).

Por outro lado, o segundo argumento de inconstitucionalidade não soa verossímil, pois o Estado possui competência concorrente para legislar, por meio de emenda constitucional, sobre o regime de previdência próprio de seus servidores públicos (artigo 40, Constituição Federal). A adoção de alguns dos critérios definidos pelo Congresso Nacional em relação ao regime próprio dos servidores públicos federais e limites do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, de per si, não infringe a autonomia federativa (artigo 4º, III, Constituição do Estado de Goiás), embora, como já salientado, seja discutível do ponto de vista do princípio do equilíbrio financeiro e atuarial.

O perigo de demora (**periculum in mora**) é objetivamente visto nas razões iniciais, ilustrado pelos prejuízos repercutidos sobre o patrimônio financeiro dos servidores públicos estaduais.

3. Forte nesses fundamentos, nos termos dos artigos 10 e 11, § 2º, ambos da Lei Federal nº 9.868/1999, defiro parcialmente o pedido de medida cautelar para suspender a eficácia dos §§ 2º e 3º, artigo 97, e do **caput** do artigo 97-A, Constituição do Estado de Goiás, na redação da Emenda Constitucional nº 65/2019, até a solução desta ação direta de inconstitucionalidade ou decisão interlocutória em sentido contrário.

Atenta ao artigo 7º, § 2º, Lei Federal nº 9.868/1999, à repercussão da controvérsia e a pertinência temática entre os fins institucionais e o objeto desta ação, para pluralizar o debate constitucional defiro o pedido anexo ao evento nº 15 e admito o Sindicato dos trabalhadores do Sistema Único de Saúde no Estado de Goiás – SINDSAÚDE/GO como **amicus curiae**.

Cientifiquem-se os promoventes, o Governador do Estado de Goiás e o Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de Goiás sobre o teor desta decisão, instando os últimos a apresentarem as informações de que trata o artigo 6º da Lei Federal nº 9.869/1999, no prazo de 30 (trinta) dias.

Vindas as informações ou transcorrido o prazo assinalado, ouça-se o Procurador-Geral do Estado no prazo de 15 (quinze) dias e, sucessivamente, o Procurador-Geral de Justiça, nos termos do artigo 8º, Lei Federal nº 9.868/1999.

Após, vistas ao Procurador-Geral de Justiça.

1. Art. 16 - A Assembleia Legislativa reunir-se-á, anualmente, na Capital do Estado, de 15 de fevereiro a 30 de junho e de 1º de agosto a 15 de dezembro.

§ 1º - As reuniões marcadas para essas datas serão transferidas para o primeiro dia útil subsequente, quando caírem em sábados, domingos ou feriados.

2. Art. 18 - O processo legislativo compreende a elaboração de:

I - emendas à Constituição;

3. Art. 19 - A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 2º - A proposta será discutida e votada, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos membros da Casa.

4. Art. 189. Apresentado à Mesa, o projeto de emenda constitucional será encaminhado à publicação e à Comissão de Constituição, Justiça e Redação onde aguardará a apresentação de emendas pelo prazo de 10 (dez) sessões ordinárias do Plenário

5. Art. 217. Os prazos estabelecidos neste Regimento somente serão contados durante o funcionamento da Assembleia, admitindo-se, para tal fim, apenas os dias destinados às sessões ordinárias, e nas Comissões, os dias de reuniões ordinárias.

Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, computar-se-ão os prazos, excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento.

6. Disponível em: <<<https://www2.camara.leg.br/comunicacao/assessoria-de-imprensa/votacao>>>. Acesso em: 11.05.2020.

7. Art. 85. Três são os processos de votação pelos quais deliberará a Assembleia:

I – o simbólico;

8. Art. 86. No processo simbólico, deverão levantar -se os Deputados que votem contra a matéria em deliberação.

Parágrafo único. No momento de apuração dos votos sobre qualquer matéria, o Presidente convidará os Deputados que votem a favor a permanecerem sentados e proclamará o resultado apurado.

9. Art. 91. Se a algum Deputado parecer que o resultado de uma votação simbólica, proclamado pelo Presidente, não é exato, poderá pedir a sua verificação imediatamente após a proclamação.

# JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Agravo em Execução Penal nº 5085665.72.2020.8.09.0000

Comarca de Goiânia

Agravante: Leonidas Ferreira Vieira

Agravado: Ministério Público

Relator: Des. Itaney Francisco Campos

**EMENTA:** AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL. SANÇÃO PRIVATIVA DE LIBERDADE CONVERTIDA EM REPRIMENDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS, DENTRE AS QUAIS, A PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. TEMPO DE PRISÃO PROVISÓRIA. DETRAÇÃO. APLICAÇÃO TAMBÉM ÀS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS, INCLUSIVE, À PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. NECESSIDADE DE SE ENCONTRAR UM PARÂMETRO. NÃO PREENCHIMENTO, AINDA ASSIM, DOS REQUISITOS QUE FORAM ESTABELECIDOS DO DECRETO PRESIDENCIAL 9.246/17. IMPERTINÊNCIA DO INDULTO E DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

I - Admite-se a detração nas penas restritivas de direitos, pois, embora o artigo 42 do Código Penal se refira apenas à sanção privativa de liberdade e à medida de segurança, trata-se de analogia **in bonam partem**, haja vista que, se a detração opera-se em relação a penas mais graves, como o são a reclusão, a detenção e a prisão simples, deve alcançar também as penas menos graves, sob pena de inobservância ao princípio da proporcionalidade, sendo a detração aplicável, inclusive, em relação à prestação pecuniária, caso em que é necessário encontrar um parâmetro, pois apesar desta não se vincular a determinado tempo de cumprimento, não deixa de ser uma espécie de restrição de direitos, merecendo o desconto da prisão provisória.

II - Se, mesmo aplicada a detração na prestação pecuniária, o Agravado não atendeu aos requisitos que foram estabelecidos pelo Decreto Presidencial nº 9.246/17, de maneira que não lhe assiste o direito de indulto, nem, por conseguinte, de extinção da sua punibilidade, nega-se provimento ao Agravo em Execução Penal. AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL DESPROVIDO.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Agravo em Execução Penal nº 5085665.72.2020.8.09.0000, da Comarca de Goiânia, em que é Agravante Leonidas Ferreira Vieira e Agravado 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 Procuradora-Geral de Justiça, em conhecer e negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Relator.

Votaram, além do Relator, os Desembargadores J. Paganucci Jr., que presidiu o julgamento, e Ivo Favaro.

Presente o ilustre Procurador de Justiça, Doutor João Teles de Moura Neto.

Goiânia, 23 de julho de 2020.

Des. Itaney Francisco Campos – Relator

## RELATÓRIO

Leonidas Ferreira Vieira, costureiro, nascido em 09.10.1985, por intermédio da ilustre Defensoria Pública do Estado de Goiás, interpôs agravo em execução penal, contra a decisão que foi proferida pelo juízo da Vara de Execução de Penas e Medidas Alternativas da Comarca de Goiânia-GO, que indeferiu o pedido de compensação do período de prisão preventiva com a prestação pecuniária remanescente, para fins de concessão do indulto com base no Decreto Presidencial nº 9.246/17.

Dissertou que o Agravante foi condenado a 3 (três) anos de reclusão, em regime inicial aberto, pela prática do delito de tráfico de drogas (art. 33, Lei 11.343/06), e que a sanção privativa de liberdade foi substituída por 2 (duas) reprimendas restritivas de direitos, consistentes em 1095 h (hum mil e noventa e cinco horas) de prestação de serviços à comunidade, à razão de 1 h (uma hora) de serviço para cada dia de pena privativa de liberdade, e em prestação pecuniária, no valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais).

Aduziu que, até 25.12.2017, o Agravante cumpriu 287 h (duzentos e oitenta e sete horas) de prestação de serviços à comunidade, preenchendo a fração de 1/4 (um quarto), que foi exigida pelo Decreto Presidencial nº 9.246/17, para fins de concessão do indulto, enquanto que, em relação à prestação pecuniária, ele efetuou o pagamento de 1 (uma) das 6 (seis) parcelas de R\$ 100,00 (cem reais), cada uma, o que não atenderia ao aludido percentual de 1/4 (um quarto).

Sustentou que, apesar da não consecução do percentual de 1/4 (um quarto) no que concerne à prestação pecuniária, se for deduzido, a título de detração, o tempo de 5 (cinco) meses e 20 (vinte) dias de prisão provisória, que se deu entre 23.11.2012 e 13.05.2013, a fração de 1/4 (um quarto) está satisfeita também no tocante à prestação pecuniária.

Argumentou que o período de 5 (cinco) meses e 20 (vinte) dias de custódia cautelar, à luz do princípio da razoabilidade, não pode ser desconsiderado na situação dos autos.

Nesses termos, requereu o provimento do Agravo, para que o período de prisão provisória do Agravante, transcorrido entre 23.11.2012 e 13.05.2013, seja descontado, a título de detração, com fundamento no artigo 42 do Código Penal, da prestação pecuniária, por consequência, seja concedido o indulto e extinta a punibilidade.

Em contrarrazões, a Promotoria de Justiça da Comarca de Goiânia-GO se manifestou pelo improvimento do recurso. A decisão foi mantida. A douta Procuradoria de Justiça, por intermédio do Dr. Pedro Alexandre da Rocha Coelho, também manifestou-se improvimento do Agravo.

É o Relatório.

### VOTO

Julga-se agravo em execução penal, que foi interposto por Leonidas Ferreira Vieira, costureiro, nascido em 09.10.1985, por intermédio da ilustre Defensoria Pública do Estado de Goiás, contra a decisão que foi proferida pelo juízo da Vara de Execução de Penas e Medidas Alternativas da Comarca de Goiânia-GO, que indeferiu o pedido de compensação do período de prisão preventiva com a prestação pecuniária remanescente, para fins de concessão do indulto, com base no Decreto Presidencial nº 9.246/17.

Em juízo de admissibilidade, constato a presença dos requisitos intrínsecos (cabimento, legitimação, interesse e inexistência de fato impeditivo ou extintivo de recorrer) e extrínsecos (preparo, tempestividade e regularidade formal), pelo que conheço do Agravo.

Tendo como ponto de arranque o juízo de mérito, tem-se que o Agravante aspira ao provimento do Agravo, para que o período de prisão provisória, transcorrido entre 23.11.2012 e 13.05.2013, seja computado, a título de detração, com fundamento no artigo 42 do Código Penal, à prestação pecuniária, por consequência, seja concedido o indulto e extinta a punibilidade.

No caso concreto, o Agravante foi condenado a 3 (três) anos de reclusão, em regime inicial aberto, pela prática do delito de tráfico de drogas (art. 33, Lei 11.343/06), e a sanção privativa de liberdade foi substituída por 2 (duas) reprimendas restritivas de direitos, consistentes em 1095 h (hum mil e noventa e cinco horas) de prestação de serviços à comunidade, à razão de 1 h (uma hora) de serviço para cada dia de pena privativa de liberdade, e em prestação pecuniária, no valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais).

Além disso, até 25.12.2017, o Agravante cumpriu 287 h (duzentos e oitenta e sete horas) de prestação de serviços à comunidade, preenchendo a fração de 1/4 (um quarto), que foi exigida pelo Decreto Presidencial nº 9.246/17, para fins de concessão do indulto, enquanto que, em relação à prestação pecuniária, ele efetuou o pagamento de 1 (uma) das 6 (seis) parcelas de R\$ 100,00 (cem reais), cada uma, o que não atenderia ao aludido percentual de 1/4 (um quarto).

Ocorre que o Agravante sustenta que, apesar da não consecução do percentual de 1/4 (um quarto) no que concerne à prestação pecuniária, se for deduzido, a título de detração, o tempo de 5 (cinco) meses e 20 (vinte) dias de prisão provisória, que se deu entre 23.11.2012 e 13.05.2013, a fração de 1/4 (um quarto) está satisfeita também no tocante à prestação pecuniária.



Sobre isso, entendo que é necessário pontuar, antes de mais nada, que o artigo 42 do Código Penal prescreve o seguinte:

“Art.42. Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior.”

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça vem assentando que, para o cálculo do tempo de pena cumprido como requisito objetivo do indulto, impõe-se o cômputo do período de prisão cautelar, nestes termos:

“Execução penal. Habeas corpus substitutivo de recurso especial. Não cabimento. Nova orientação jurisprudencial. Indulto. Decreto nº 8.172/2013. Requisito objetivo temporal. Cômputo da detração como período de pena cumprida. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício. (...) II - Segundo a jurisprudência desta Corte, para a análise do pedido de indulto, o magistrado deve restringir-se ao exame do preenchimento dos requisitos previstos no decreto presidencial, uma vez que os pressupostos para a concessão da benesse são da competência privativa do Presidente da República (precedentes). III - Para o cálculo do tempo de pena cumprido, requisito objetivo do indulto do art. 1º, inciso XIII, do Decreto nº 8.172/2013, impõe-se o cômputo do período de prisão cautelar do paciente, detraído da condenação. Parecer do Ministério Público Federal pela concessão da ordem. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para cassar o v. acórdão ora objurgado e restabelecer a r. decisão de 1º grau que concedeu ao paciente o indulto do art. 1º, inciso XIII, do Decreto nº 8.172/2013.” (STJ, HC 340.119/SC, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 12.04.2016, DJe 05.05.2016).

No mesmo sentido, em recente julgado, esta Corte de Justiça também adotou a precitada inteligência, assim o fazendo:

Ementa: Agravo em execução penal. Indulto natalino. Decreto nº 9.246/2017. Período de prisão provisória. Art. 42 do CP. O tempo de prisão provisória, ocorrido em período anterior à data da publicação do Decreto, deve ser considerado para fins de preenchimento do requisito temporal necessário para a concessão da benesse do indulto. 2 - Concessão. Procedência. Preenchidos os requisitos objetivos estipulados no Decreto Presidencial nº 9.246/2017, o qual foi, inclusive, julgado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, impõe-se reconhecer o direito de concessão do indulto natalino ao reeducando. Agravo conhecido e provido. (TJGO, Agravo de Execução Penal 5085346-07.2020.8.09.0000, Rel. Leandro Crispim, 2ª Câmara Criminal, julgado em 24.06.2020, DJe de 24.06.2020)

Especificamente acerca da detração das reprimendas restritivas de direitos, de se registrar que praticamente toda a doutrina admite o desconto do tempo de prisão provisória para as sanções penais alternativas, merecendo destaque a lição de Luiz Régis Prado<sup>1</sup>, de que, embora o artigo 42 do Código Penal não se refira às penas restritivas de direitos, o entendimento dominante – e mais coerente – é o que também nessa hipótese é perfeitamente cabível o reconhecimento da detração penal.

Também é digno de nota o ponto de vista de Cezar Roberto Bitencourt<sup>2</sup>, no sentido de que, por necessária interpretação analógica, deve ser admitida a detração também das penas restritivas de direitos.

A meu ver, não teria como ser diferente, pois trata-se de analogia in bonam partem, haja vista que, se a detração opera-se em relação a penas mais graves, como o são a reclusão, a detenção e a prisão simples, deve alcançar também as penas menos graves.

Ocorre que a doutrina costuma restringir o cabimento da detração das penas restritivas de direitos à prestação de serviços à comunidade e à limitação de fim de semana, como faz José Henrique Pierangeli<sup>3</sup>.

No mais das vezes, a motivação para tanto é a de que não existiria um modo de estabelecer a relação entre a prisão provisória e a prestação pecuniária, pois esta não se vincula a determinado tempo de cumprimento, possuindo natureza distinta, como salientou a douta Procuradoria de Justiça.

Sucedo que isso, com a devida vênia, não é suficiente para obstar o cabimento da detração na prestação pecuniária, porque a própria doutrina encontrou um parâmetro para isso, ao comentar o artigo 44, § 4º, do Código Penal, que trata da reconversão da pena restritiva de direito em privativa de liberdade, quando houver o descumprimento injustificado da sanção alternativa.

Nesse sentido, leciona o magistrado e Pós-Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, Fernando Galvão<sup>4</sup>, embasado em ensinamento de Luiz Flávio Gomes<sup>5</sup>, que, havendo reconversão da prestação pecuniária em pena privativa de liberdade, em face do não pagamento injustificado dessa sanção alternativa, em princípio, o apenado deveria cumprir toda a pena privativa de liberdade que lhe foi imposta na sentença penal condenatória. Essa solução, contudo, somente se apresenta razoável, quando o condenado não tiver pago qualquer parte da prestação pecuniária que lhe foi estabelecida. Se a reconversão acontecer após o pagamento parcial da prestação pecuniária (no caso de parcelamento mensal), o juiz deve deduzir da pena privativa de liberdade uma parte que possa compensar o pagamento que já foi efetuado pelo apenado. É que o parágrafo 4º do artigo 44 do Código Penal determina que, na reconversão de penas restritas de direito em privativas de liberdade, o juiz deverá deduzir o tempo de pena restritiva cumprido pelo condenado. A prestação pecuniária é espécie de restrição de direitos que não se vincula a determinado tempo de cumprimento. Mas, se é possível a detração do tempo de cumprimento de outras espécies de restrição de direitos, deve-se também abater parte da pena privativa de liberdade, no caso de pagamento parcial da prestação pecuniária.

Daí, Cleber Masson<sup>6</sup> endossando essa visão, sugere que seja descontado da pena privativa de liberdade o percentual do pagamento já efetuado pelo apenado, da seguinte forma: se a pena privativa de liberdade de 1 (um) ano foi substituída por prestação pecuniária no valor de R\$ 1.000,00 (hum mil reais), e o apenado pagou somente R\$ 500,00 (quinhentos reais), determinando-se a reconversão, restará o cumprimento de 6 (seis) meses da pena privativa de liberdade.

Trazendo isso para a espécie em julgamento, tem-se que a pena privativa de liberdade do Agravante foi fixada em 3 (três) anos de reclusão na sentença penal condenatória. Porém, uma vez aplicado o lapso temporal de 5 (cinco) meses e 20 (vinte) dias de prisão provisória, que equivale a 1/7

(um sétimo) da pena privativa de liberdade de 3 (três) anos de reclusão, a sanção corpórea a ser cumprida pelo Agravante passa a ser, na realidade, de 2 (dois) anos, 6 (seis) meses e 10 (dez) dias.

Então, se a quantia de R\$ 600,00 (seiscentos reais) de prestação pecuniária que foi fixada na sentença penal condenatória tinha relação com a pena privativa de liberdade de 3 (três) anos de reclusão, uma vez diminuída esta por força da detração pelo percentual equivalente a 1/7 (um sétimo), é preciso encontrar o parâmetro em moeda que corresponda à pena privativa de liberdade de 2 (dois) anos, 6 (seis) meses e 10 (dez) dias de reclusão. Nesse propósito, aplicando a fração de 1/7 (um sétimo) à prestação pecuniária, é imperativo reconhecer que o referencial a ser observado, portanto, é de R\$ 565,00 (quinhentos e sessenta e cinco reais).

Apesar disso tudo, é imperativo reconhecer que o Agravado, até 25.12.2017, somente pagou R\$ 100,00 (cem reais), o que não corresponde à fração de 1/4 (um quarto) de 565,00 (quinhentos e sessenta e cinco reais), que equivaleria, em rigor, a R\$ 141,00 (cento e quarenta e um reais).

Destarte, o Agravado não atendeu aos requisitos que foram estabelecidos pelo Decreto Presidencial nº 9.246/17, de maneira que não lhe assiste o direito de indulto, nem, por conseguinte, de extinção da sua punibilidade.

Ao teor do exposto, acolhido o parecer da douta Procuradoria de Justiça por seu dispositivo, conheço e nego provimento ao recurso de Agravo em Execução Penal.

É como voto.

Goiânia, 23 de julho de 2020.

Des. Itaney Francisco Campos – Relator

---

<sup>1</sup> PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte geral, Ed. RT, 9ª edição, p. 535.

<sup>2</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado, Ed. Saraiva, 10ª edição, p. 190.

<sup>3</sup> PIERANGELI, José Henrique. Código Penal Comentado Artigo por Artigo, Ed. Verbatim, p. 114.

<sup>4</sup> GALVÃO, Fernando. Direito Penal – Parte Geral, Ed. D'Plácido, 13ª edição, p. 692.

<sup>5</sup> GOMES, Luiz Flávio. Penas e Medidas Alternativas à Prisão, Ed. RT, 1999, p. 132.

<sup>6</sup> MASSON, Cleber. Código Penal Comentado, Ed. Método, 8ª edição, p. 368.

Apelação Criminal nº 0071042-26.2018.8.09.0011

2ª Câmara Criminal

Comarca: Aparecida de Goiânia

Apelante: Valdeci Ferreira da Silva

Apelado: Ministério Público do Estado de Goiás

Relatora: Des. Carmecy Rosa Maria Alves de Oliveira

## 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 do órgão ministerial de cúpula, conhecer do presente recurso de Apelação para negar-lhe provimento, nos termos do voto da Relatora. Custas de lei.

Votaram, além da Relatora, o eminente Desembargador Edison Miguel da Silva JR, que presidiu a sessão e Dr. Rodrigo de Silveira (em subst. ao Des. João Waldeck Felix de Sousa).

Esteve presente à sessão de julgamento, o(a) nobre Procurador(a) de Justiça, Dr(a). Nilo Mendes Guimarães.

Goiânia, data da assinatura eletrônica.

Des<sup>a</sup>. Carmecy Rosa Maria Alves de Oliveira – Relatora

## VOTO

Consoante visto no relatório, insurge o apelante Valdeci Ferreira da Silva em face da sentença de movimentação nº 71, por meio da qual foi condenado nas sanções penais do artigo 157, §2º, inciso I (redação antiga), e do artigo 213, **caput**, na forma do artigo 69, todos do Código Penal Brasileiro, à pena privativa de liberdade definitiva de 11 (onze) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime prisional fechado, além do pagamento de sanção pecuniária no montante de 13 (treze) dias-multa, com valor unitário fixado na fração de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época da conduta.

Busca o apelante (mov. 106): a) no tocante ao delito de estupro, o reconhecimento de nulidade da prova derivada da análise do material genético do apelante e sua consequente absolvição; e b) quanto ao crime de roubo circunstanciado, o afastamento da majorante do emprego de arma.

### 1. Da admissibilidade recursal

Recurso próprio (art. 593, inc. I, do C.P.P.) e tempestivamente interposto (o apelante manifestou o desejo de recorrer no ato de sua intimação – mov. 79).

Presentes os demais pressupostos de admissibilidade, dele conheço.

### 2. Das preliminares

#### 2.1. Da alegação de nulidade da prova derivada da análise do material genético do apelante:

Prefacialmente, aduz a defesa a ocorrência de nulidade da prova obtida pela confrontação do material colhido no corpo da vítima no momento da realização do Exame de Perícia Criminal de Corpo de Delito – Conjunção Carnal com a busca realizada pela polícia civil no Banco de Dados de Perfis Genético da Superintendência de Polícia Técnico-Científica do Estado de Goiás (BPG-SPTC/GO), por meio do qual se obteve a compatibilidade daquele material com as características genéticas do apelante, possibilitando, assim, a sua identificação.

Sustenta que não há nos presentes autos termo de consentimento do apelante anuindo com a disponibilização de seu DNA para realização do citado exame de confrontação, além do que houve a “quebra da cadeia de custódia da prova”.

Contudo, ao exame detido e cauteloso de todo o cartapácio processual, verifica-se que razão não assiste ao apelante, porquanto a aludida tese de nulidade encontra-se desprovida de embasamento fático e jurídico, revelando apenas a estratégia defensiva no sentido de desconstituir o trabalho investigativo realizado pela Polícia Civil do Estado de Goiás.

De proêmio, há de se registrar que existe um histórico de prática de crimes de violência sexual perpetrados pelo ora apelante, conforme bem ressaltado pelo magistrado de singela instância na sentença, nos seguintes termos:

“(...) além do presente feito, o acusado foi condenado como autor dos crimes de roubo e estupro, nos autos de protocolo nº 393298-98.2016.8.09.0029, fatos estes cometidos contra a vítima C.O.S., transitada em julgado em 21.11.2018.

(...) foi condenado como autor, também do crime de estupro noticiado nos autos de nº 342323-72.2016.8.09.0029, tendo como vítima D.C.S., além dos autos de protocolo nº 342339-26.2016.8.09.0029 e 54829-82.2018.8.09.0127, cometidos em desfavor das vítimas S.F.C. e E.G.S.

(...) Na data de 27.10.2016, a amostra de secreção vaginal coletada da vítima S.F.C. foi submetida a Exame de DNA, com emissão do Laudo nº SEDNA 584/2016 RG 28021/2016 em 30/11/2016, com inclusão do suspeito Valdeci Ferreira da Silva. Na data de 09.01.2017, o perfil genético de origem masculina obtido da secreção vaginal coletada da vítima foi inserido no BPG-SPTC/GO.

(...)

Na data de 23.08.2018, após busca automatizada no Banco de Perfis Genéticos da Superintendência de Polícia Técnico-Científica do Estado de Goiás (BPG-SPTC/GO), foi observada coincidência genética entre os perfis de origem masculina obtidos das secreções vaginais coletadas das vítimas A.E.S., S.F.C., M.S.M. e S.S.L. (esta última trata-se da ofendida nos presentes autos). (...)

Com efeito, ressei dos autos que, após a condenação do apelante Valdeci pela prática de outro crime de estupro, ocorrida em processo criminal anterior, foi determinada a coleta de material biológico para obtenção de seu perfil genético, como meio de identificação criminal e para fins do seu armazenamento em banco de dados sigiloso, nos termos legais, informando-se, para tanto, ao referido órgão oficial os dados do condenado, como o nome e filiação, as infrações penais, dentre outros.

De posse desses registros, chegou-se à coincidência genética entre os perfis de origem masculina obtidos das secreções vaginais de uma das vítimas anteriores (S.F.C.) e da ofendida nestes autos, levando-se, de consequência, à identificação de compatibilidade com as características genéticas do apelante.

Nesse enredo, em que pese os argumentos defensivos, tem-se que o material biológico colhido do apelante para exame de DNA foi catalogado em autos diversos, não havendo que se falar em nulidade da prova por ausência de consenso no presente feito.

Ora, segundo entendimento exarado pela 5ª Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RHC 77.836/PA, de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, em sessão realizada na data de 05.02.2019 (DJe 12.02.2019), é válida a produção de prova, por meio de exame de DNA, sem eventual consentimento do investigado, quando o material biológico já estiver fora de seu corpo, como no caso telado, de modo que o que não se permite é o recolhimento do material genético à força, mediante qualquer tipo de constrangimento, moral ou físico.

De igual sorte, não merece acolhimento a alegação de “quebra da cadeia de custódia da prova”.

Como cediço, a cadeia de custódia da prova pode ser definida como “o conjunto de procedimentos documentados que registram a origem, identificação, coleta, custódia, controle, transferência, acesso, análise e eventual descarte de evidências”<sup>1</sup>.

Assim, a quebra da cadeia de custódia é representada pela ausência de comprovação válida e suficiente em relação à custódia da prova, o que não é o caso dos autos, porquanto os exames de confrontação do material colhido no corpo da vítima no momento da realização do Exame de Perícia Criminal de Corpo de Delito – Conjunção Carnal com a busca realizada pela polícia civil no Banco de Dados de Perfis Genético da Superintendência de Polícia Técnico-Científica do Estado de Goiás (BPG-SPTC/GO) seguiram os ritos procedimentais válidos e necessários até chegar ao crivo do Juiz, tendo a polícia investigativa utilizando-se dos meios que dispunha para a apuração da **notitia criminis** trazida a seu conhecimento e identificação do autor dos fatos.

Frise-se que a idoneidade do caminho percorrido pela prova restou demonstrado, não havendo quaisquer indícios de adulteração, alteração ou, ainda, interferência durante o trâmite processual capaz de resultar em sua imprestabilidade.

Demais disso, impende salientar que a materialidade e autoria do crime de estupro, no presente caso, encontram-se positivadas por todo um conjunto de provas colhidas no decurso do trâmite processual, e não somente pautada no exame de DNA requestado, tendo o julgador monocrático extraído sua convicção de todo o substrato fático-probatório legalmente produzido no processo (declarações da vítima, que reconheceu o apelante em juízo; depoimentos judiciais dos policiais responsáveis pelas investigações, dentre outros).

Ora, o sistema de avaliação das provas que vigora no Processo Penal brasileiro é o da persuasão racional, também chamado de livre convencimento motivado, o qual permite ao julgador decidir a causa de acordo com seu livre convencimento, devendo, no entanto, cuidar de fundamentá-lo nos autos, buscando persuadir as partes, o que, de fato, ocorreu no presente caso no tocante à comprovação da materialidade/ocorrência e autoria do fato.

Destarte, afastado a pecha de nulidade aventada pela defesa, e à míngua de outras preliminares suscitadas pelas partes, e não havendo nulidades ou irregularidades de ordem processual a serem escoimadas **ex officio**, passo, doravante, à análise meritória.

### 3. Do mérito

3.1. Do afastamento da majorante do emprego de arma, elencada no inciso I do §2º do artigo 157 do Código Penal (redação antiga):

Inicialmente, conquanto não tenha sido objeto de súplica recursal, convém destacar que a materialidade e a autoria do delito de roubo circunstanciado imputado ao apelante também restaram sobejamente comprovadas.

Ainda, vislumbra-se que a pretensão defensiva de exclusão da causa especial de aumento de pena prevista no inciso I do §2º do artigo 157 do Código Penal não merece prosperar.

Infere-se do caderno processual que o emprego de arma de fogo para produção de grave ameaça restou comprovado especialmente pelas declarações da vítima S.S.L., a qual narrou, tanto em delegacia quanto em juízo, de forma clara e harmônica, que o apelante portava uma arma de fogo, tipo pistola, cor preta, tendo, inclusive, apontado o artefato bélico em sua direção (movimentação nº 01, arquivo 05, e mídia na movimentação nº 62).

Demais disso, ao contrário do aventado pela defesa, não se faz necessária a apreensão e perícia de arma de fogo para a caracterização da majorante inserta no inciso I do §2º do artigo 157 do Código Penal, bastando, para tanto, a existência de provas contundentes de que o instrumento fora utilizado na prática do delito, como restou constatado no presente caso por meio de prova oral.

A propósito, oportuno trazer à colação o seguinte julgado, que retrata a orientação jurisprudencial perfilhada no âmbito deste Tribunal de Justiça a respeito da matéria telada:

“Apelações criminais. (...) 3. Emprego de arma de fogo. Reconhecimento. Possibilidade. Comprovado o emprego de arma de fogo no roubo, o reconhecimento dessa majorante é medida que se impõe, sobretudo porque é prescindível a apreensão e perícia da arma quando existem outros meios de provas aptos a demonstrar o seu uso na empreitada criminosa. Precedentes STF e STJ. (...) Apelações conhecidas. 1ª parcialmente provida. 2ª desprovida.” (TJGO, Apelação Criminal 108503-30.2015.8.09.0175, Rel. Des. Leandro Crispim, 2ª Câmara Criminal, julgado em 11.04.2019, DJe 2738 de 03.05.2019).

Negritos propositais.

Portanto, improcede o pleito defensivo de ver extirpada a causa especial de aumento de pena elencada no antigo inciso I do §2º do artigo 157 do Código Penal Brasileiro (emprego de arma).

3.2. Das penas fixadas na sentença:

Por derradeiro, embora a defesa não tenha se insurgido quanto às penas, insta salientar o acerto do magistrado de singela instância em relação à dosimetria das sanções impostas ao apelante.

Com efeito, verifica-se que as penas privativas de liberdade e de multa impostas na sentença não merecem quaisquer reparos, não tendo o julgador monocrático incorrido em nenhum erro, equívoco ou exacerbação, fixando as sanções em atenção aos princípios constitucionais da individualização das penas e da motivação das decisões, dentro de justa e correta avaliação das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, bem assim em estreita observância ao sistema trifásico do artigo 68 do Diploma Repressivo, mostrando-se seus quantitativos definitivos proporcionais à gravidade dos delitos praticados, e ainda, na medida correta para atender as finalidades da pena: reprovação da(s) conduta(s) delituosa(s), prevenção de novos ilícitos e ressocialização do condenado.

Mostra-se acertado, também, o regime prisional imposto inicialmente para o cumprimento da pena afliativa, consoante inteligência do artigo 33, §2º, alínea “a”, do Código Penal.

4. Conclusão:

Ao teor de todo o exposto, acolhendo o parecer do órgão ministerial de cúpula, conheço do presente recurso de Apelação e nego-lhe provimento, mantendo, na íntegra, a sentença penal objurgada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É como voto.

Goiânia, data e assinatura eletrônicas.

Des<sup>a</sup>. Carmecy Rosa Maria Alves de Oliveira – Relatora

Apelação Criminal nº 278813-98.2017.8.09.0175 (201792788134)

Comarca de Goiânia

1º Apelante: Ministério Público

2º Apelante: Wesley Silva Santos

3º Apelante: Maurício Celestino Lopes

1º Apelado: Moisés Nunes Oliveira dos Santos

2º Apelado: Ministério Público

Relator: Des. J. Paganucci Jr.

**EMENTA:** APELAÇÃO CRIMINAL DUPLA. ROUBO MAJORADO. CONCURSO DE PESSOAS. PRETENSÕES CONTRAPOSTAS. 1º APELO: MINISTERIAL. CONDENAÇÃO DO 2º APELADO. 2º E 3º APELOS: DEFENSIVOS. ABSOLVIÇÃO. ARTIGO 386, INCISOS III E IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA TENTATIVA OU CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA.

I - Se o conjunto probatório carreado ao feito demonstra de forma satisfatória a materialidade e a autoria do crime de roubo majorado pelo concurso de pessoas, cujos três agentes concorreram na mesma culpabilidade, não têm procedência os pedidos de absolvição, desclassificação e reconhecimento de participação de menor importância, devendo ser acolhido o pleito condenatório do 1º apelado, mormente pelas delações dos codenunciados, com a consequente aplicação da pena correspondente.

II - No crime de roubo, a conduta do agente é voltada contra bens jurídicos distintos, não sendo concebível eventual desinteresse estatal à sua



repressão.

III - Recursos conhecidos, provido o ministerial e desprovidos os defensivos.

### 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, acolhido o parecer ministerial, em conhecer dos recursos, negar provimento aos defensivos e dar provimento ao ministerial, nos termos do voto do Relator, proferido na assentada do julgamento.

Votaram, além do Relator, que presidiu a sessão, o Doutor Átila Naves Amaral, em substituição à Desembargadora Avelirdes Almeida Pinheiro de Lemos, e o Desembargador Nicomedes Domingos Borges.

Presente ao julgamento o Doutor Aguinaldo Bezerra Lino Tocantins, digno Procurador de Justiça.

Goiânia, 11 de fevereiro de 2020.

Des. J. Paganucci Jr. – Relator

### RELATÓRIO

O Ministério Público com atuação junto à 3ª Vara Criminal da comarca de Goiânia ofereceu denúncia em desfavor de Maurício Celestino Lopes, Moisés Nunes Oliveira dos Santos e Wesley Silva Santos, devidamente qualificados, imputando-lhes a prática da conduta típica prevista no artigo 157, § 2º, inciso II, do Código Penal, com a acusação de que, no dia 12.12.2017, por volta de meia-noite, em via pública, em frente à praça da Paz, Jardim Nova Esperança, nesta capital, mediante grave ameaça exercida com emprego de simulacro de arma de fogo, subtraíram para si dois aparelhos celulares, um iPhone 6, cor prata, e um J7 Prime, cor azul, roupas e a quantia de R\$ 111,00 (cento e onze reais) em espécie, pertencentes a Douglas Souza da Silva e Rodrigo Pereira Siqueira.

Recebida a denúncia, no dia 10.01.2018, e efetivadas as demais fases judiciais (fls. 10/17, 31, 33, 36/41, 42/47, 52/52v, 54/55, 123/125, 133/139, 148/149v e 152/162), sobreveio a sentença de parcial procedência do pedido formulado na exordial acusatória para absolver Moisés Nunes Oliveira dos Santos da imputação, com base no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, e condenar Maurício Celestino Lopes e Wesley Silva Santos por infringência ao artigo 157, § 2º, inciso II, do Código Penal, às penas definitivas idênticas de 04 (quatro) anos, 07 (sete) meses e 26 (vinte e seis) dias de reclusão, mais 10 (dez) dias-multa, no menor valor unitário. Descontado o tempo de prisão provisória, restaram 04 (quatro) anos, 06 (seis) meses e 26 (vinte e seis) dias de reclusão, a serem cumpridos em regime inicial semiaberto (fls. 172/187).

Inconformados, tanto o Ministério Público, quanto os condenados, ao serem intimados, recorrem (fls. 193, 213 e 223).

Nas razões, Wesley Silva Santos e Maurício Celestino Lopes buscam a absolvição por atipicidade da conduta e por existir prova de que não concorreram para a infração penal,

subsidiariamente, a desclassificação para a forma tentada ou para o delito de constrangimento ilegal e o reconhecimento da participação de menor importância (fls. 215/222 e 226/233).

A seu turno, o Ministério Público pede a condenação de Moisés Nunes Oliveira dos Santos nos termos da denúncia (fls. 235/241).

Em contrarrazões, as partes manifestam pelo conhecimento e desprovimento dos recursos adversos (fls. 243/249 e 253/254v).

A Procuradoria-Geral de Justiça, por seu representante, Aginaldo Bezerra Lino Tocantins, manifesta pelo conhecimento dos recursos, desprovimento dos defensivos e provimento do ministerial (fls. 267/277).

Goiânia, 23 de janeiro de 2020.

Des. J. Paganucci Jr. – Relator

## VOTO

I – Da admissibilidade – presentes os pressupostos processuais objetivos e subjetivos, admito os recursos e passo às suas deliberações.

II – Das preliminares –inexiste, na espécie, qualquer nulidade, tampouco causa de extinção da punibilidade.

III – Do mérito – trata-se de recursos apelatórios interpostos pelo Ministério Público, Maurício Celestino Lopes e Wesley Silva Santos contra a sentença que absolveu Moisés Nunes Oliveira dos Santos e condenou os dois pela prática da conduta típica prevista no artigo 157, § 2º, inciso II, do Código Penal, às idênticas penas definitivas de 04 (quatro) anos, 06 (seis) meses e 26 (vinte e seis) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais 10 (dez) dias-multa, à razão mínima.

O Parquet requer a condenação de Moisés Nunes Oliveira dos Santos nos termos da denúncia, enquanto os demais pleiteiam a absolvição por atipicidade da conduta e por existir prova de que não concorreram para a infração penal, subsidiariamente, a desclassificação para a forma tentada ou para o delito de constrangimento ilegal e o reconhecimento da participação de menor importância.

De acordo com a sequência lógica da sentença, analiso, conjuntamente, as teses absolutória, condenatória, desclassificatória e de reconhecimento de participação de menor importância.

1. Da absolvição, da condenação, da desclassificação e da participação de menor importância.

Vislumbra-se a procedência do pedido condenatório e a improcedência dos demais.

A materialidade e a autoria do crime ficaram amplamente demonstradas pelo auto de prisão em flagrante (fls. 04/05 do apenso), declarações extrajudiciais das vítimas (fls. 08/08v e 09/09v), notas de culpa (fls. 14/16 do apenso), registro de atendimento integrado (fls. 25/26v do apenso), auto de exibição e apreensão (fl. 27 do apenso), termos de entrega (fls. 28/29 do apenso), laudos de exame de corpo de delito (fls. 30/31 e 32/33 do apenso), laudo pericial de identificação de veículo (fls. 58/61), depoimentos dos policiais militares e confissões de Maurício Celestino Lopes e Wesley Silva

Santos, colhidos judicialmente, restando isolada a negativa de Moisés Nunes Oliveira dos Santos (mídia – fl. 125).

Ouvidos apenas na fase policial, os ofendidos declararam as circunstâncias de suas abordagens, ocasião em que os sentenciados se passaram por agentes públicos, os agrediram, subtraíram os bens e os deixaram apenas de cueca na via pública. Ainda confirmaram o reconhecimento pessoal dos três após a prisão em flagrante na posse dos objetos:

*“Que na presente data, 12.12.2017, por volta da 00h00min, o declarante e seu amigo estavam saindo de um restaurante situado em frente a Praça da Paz, no Jardim Nova Esperança, quando chegaram na esquina viram, um carro parado, um gol branco quadrado e quatro homens, dois dentro do veículo e um homem encostado na parede e outro com uma pistola na mão, se passando por policial, simulando uma abordagem policial. Este disse ao declarante e seu amigo: ‘ei faz favor aqui vocês dois, vejam se vocês reconhecem esse cara aqui, fiquem tranquilos, eu sou policial civil’. Que ficaram sem reação e obedeceram a ordem do suposto policial e quando se aproximaram e disseram que não reconheciam o homem abordado o suposto policial os colocou de joelhos e passou a lhes agredir fisicamente, com chutes, pontapés e coronhadas, exigiram que eles tirassem as suas roupas, ficando os dois apenas de cueca, lhes tomaram suas marmitas que haviam acabado de comprar, seus pertences e os ameaçava a todo momento dizendo: ‘eu vou matar vocês e sua família’. Como o homem abordado primeiramente estava muito machucado eles o mandaram ir embora dali e ficaram com a droga dele, restando apenas o declarante e seu amigo. Em determinado momento ao ver que um veículo se aproximava o suposto policial exigiu que eles ficassem um ao lado do outro e dizia: ‘se aquele carro for de polícia eu vou atirar no carro e matar vocês’. Depois que esse veículo passou ele ainda desferiu do declarante (sic) e seu amigo outras tapas, murros, chutes, foi saindo e disse: ‘vocês fiquem aí’, entrou no carro onde os outros dois comparsas o aguardavam e saíram. Assim que eles saíram começaram a correr em direção a avenida Sol Nascente, que é mais movimentada e pediram que uma mulher dona de um Pit Dog, os ajudasse e ela os acolheu e depois um funcionário dela chegou e os levou em casa, onde vestiram outras roupas; Que entraram em carro (sic) e saíram andando atrás de uma viatura policial e o declarante resolveu passar no local do assalto novamente, acreditando que por eles terem levado seu celular que é um iPhone, com medo do rastreo talvez eles tivessem o jogado por ali e por coincidência viram novamente os assaltantes no mesmo carro do roubo logo em seguida uma viatura policial passou e apontaram o carro e disseram que eles eram ladrões. Os policiais foram atrás e conseguiram abordar o veículo e dentro estavam os três e os seus pertences roubados. Que foram levados do declarante um celular iPhone 6 cor prata de 16G, suas roupas e uma pulseira de ouro de Douglas foram levados um celular Samsung J 7 Prime cor azul, a quantia em dinheiro de R\$ 111,00 (Cento e onze reais) e suas roupas além das duas marmitas deles e um refrigerante. Que todos os objetos foram encontrados pelos policiais e entregues as vítimas, suas roupas e as refeições foram entregues pelos policiais quando prenderam os assaltantes e nesta delegacia seus celulares, a pulseira e o dinheiro foram entregues mediante termo de entrega. Que*

reconheceu os conduzidos como sendo o assaltante que os agrediu e também os outros dois comparsas” (fls. 08/08v e 09/09v).

Sabe-se que é possível a utilização de elementos informativos colhidos na investigação (leia-se inquérito) para a formação da convicção do julgador, desde que corroborados pela prova angariada em juízo. A esse respeito, o doutrinador Renato Brasileiro de Lima<sup>1</sup> explica:

“tais elementos podem ser usados de maneira subsidiária, complementando a prova produzida em juízo sob o crivo do contraditório. Ao inserir o advérbio ‘exclusivamente’ no corpo do caput do art. 155 do CPP, a Lei nº 11.690/08 acaba por confirmar a posição jurisprudencial dominante. Destarte, pode-se dizer que, isoladamente considerados, elementos informativos não são idôneos para fundamentar uma condenação. Todavia, não devem ser completamente desprezados, podendo se somar à prova produzida em juízo e, assim, servir como mais um elemento na formação da convicção do órgão julgador”.

No caso em hipótese, as declarações anteriormente transcritas são ratificadas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa pelos depoimentos dos policiais e confissões do 2º e do 3º apelantes.

Thiago Rodrigues da Silva, policial militar, depôs em juízo que, comunicado o roubo em andamento e descritas as características do VW/Gol quadrado utilizado pelos autores, conseguiram abordar o veículo utilizado pelo trio. Procedida à revista, localizaram um simulacro de pistola de chumbinho e pertences das vítimas, as quais reconheceram os três processados. Soube que eles se passaram por policiais para interpelarem os ofendidos, que foram agredidos com o simulacro apreendido (mídia – fl. 125).

O policial militar José Sinomar Xavier Freire testemunhou judicialmente que, via COPOM, obtiveram a informação do VW/Gol instrumento do delito, depararam com ele em patrulhamento e fizeram a abordagem, durante a qual as vítimas chegaram e identificaram os três sentenciados como autores da subtração. Referiu que encontraram o trio cerca de dez a quinze minutos após o roubo. Ouviu dizer dos ofendidos que os processados subtraíram seus celulares, roupas e marmitas e os deixaram de cueca. Falou que apreenderam os objetos na posse dos denunciados (mídia – fl. 125).

Ressalte-se que os agentes públicos possuem fé pública, de maneira que seus depoimentos só podem ser desconsiderados mediante prova robusta, o que não se verifica no caso em tela, já que os testemunhos, congruentes e harmoniosos entre si, foram prestados em juízo, respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Acerca do tema, ensina Mirabete<sup>2</sup>:

“Mas não se pode contestar, em princípio, a validade dos depoimentos de policiais, pois o exercício da função não desmerece, nem torna suspeito seu titular, presumindo-se em princípio que digam a verdade, como qualquer testemunha. Realmente, o depoimento de policial só não tem valor quando se demonstra ter interesse na investigação e não encontra sustentação alguma em outros elementos probatórios”.

Francisco Carlos Celestino Lopes, irmão de Maurício, e Poliana Silva Santos, irmã de Wesley, nada souberam esclarecer sobre o fato, tendo apenas elencado seus predicados pessoais (mídia – fl. 125).

Em seu interrogatório judicial, Maurício Celestino Lopes confirmou a acusação. Disse que beberam e usaram crack e que praticaram o roubo “de uma hora para outra”, tendo escolhido as vítimas aleatoriamente, “os primeiros que passou (sic) na rua”. Afirmou que o carro utilizado pertencia ao interrogado e o simulacro a Wesley. Negou terem agredido os ofendidos e os deixado de cueca. Falou que Moisés estava no banco de trás (mídia – fl. 125).

Wesley Silva Santos assumiu a autoria. Respondeu que o simulacro, uma arma de chumbinho, pertencia ao seu cunhado. Verbalizou que trabalhava com os codenunciados na padaria, de onde saíram para beber e usar drogas. Confirmou que Moisés desceu do carro para abordar os ofendidos (mídia – fl. 125).

Moisés Nunes Oliveira dos Santos respondeu que estavam no trabalho, saíram para beber, usaram droga e ficaram muito alterados. Referiu ter dormido dentro do carro durante o trajeto e acordado após ouvir a sirene da viatura policial. Disse que não viu o roubo acontecer (mídia – fl. 125).

Novamente interrogado, diante da divergência entre as versões de Wesley e Moisés quanto à concorrência do segundo para o fato, Maurício Celestino Lopes afirmou que os dois desceram do carro para abordar as vítimas, enquanto o interrogado permaneceu no volante com o veículo ligado. Disse que os três tinham deliberado pelo roubo antes de cometê-lo (mídia – fl. 125).

A prova oral colacionada em audiência demonstra que Maurício Celestino Lopes conduzia o VW/Gol quadrado, enquanto Wesley Silva Santos e Moisés Nunes Oliveira dos Santos desceram, abordaram Douglas Souza da Silva e Rodrigo Pereira Siqueira, deram voz de assalto com o simulacro de arma de fogo e subtraíram os bens descritos na inicial, enquanto o primeiro deu cobertura e aguardou os demais no veículo para facilitar a fuga, contribuindo decisivamente para o sucesso da empreitada, portanto incorrendo os três na mesma culpabilidade.

Ressalte-se que, minutos depois, o trio foi preso na posse da res furtiva, o que demonstra a consumação da subtração, a teor do enunciado sumular 582, do Superior Tribunal de Justiça:

“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”.

Assim, se o conjunto probatório carreado ao feito demonstra de forma satisfatória a materialidade e a autoria do crime de roubo majorado pelo concurso de pessoas, cujos agentes concorreram na mesma culpabilidade, não têm procedência os pedidos de absolvição, desclassificação e reconhecimento de participação de menor importância de Maurício Celestino Lopes e Wesley Silva Santos, devendo ser acolhido o pleito condenatório de Moisés Nunes Oliveira dos Santos, mormente pelas delações dos codenunciados.

Por oportuno, anote-se que, no crime de roubo, a conduta do agente é voltada contra bens jurídicos distintos, tais quais, patrimônio, integridade corporal e saúde, assim não sendo concebível eventual desinteresse estatal à sua repressão, pelo que não pode ser considerado de mínima ofensividade, desprovido de periculosidade social, de reduzido grau de reprovabilidade ou de inexpressividade, o que inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância.

A esse respeito, esclarece Rogério Greco<sup>3</sup> que o tipo penal em estudo “protege, precipuamente, o patrimônio, a posse e, por conta da sua natureza complexa, também a detenção, não deixando, contudo, mesmo que mediatamente, de proteger a integridade corporal ou a saúde, a liberdade individual, bem como a vida. Trata-se, portanto, de um delito pluriofensivo, em que são protegidos vários bens jurídicos (...)”.

Sobre o tema, já decidiu esta Corte:

“Apelação criminal. Roubos circunstanciados, em continuidade delitiva. Aplicação do princípio da insignificância. Impossibilidade. Inviável a absolvição pelo reconhecimento do princípio da insignificância no crime de roubo, já que, por tutelar o referido tipo penal dois bens jurídicos diversos, quais sejam, o patrimônio e a integridade física, fica evidenciada a expressividade da lesão jurídica. De modo que ausente um dos requisitos exigidos para a aplicação do mencionado instituto. (...)”. (TJGO. ACR 50968-78.2017.8.09.0174. Rel. Des. Leandro Crispim. 2ª Câmara Criminal. DJe 2821 de 03.09.2019).

Anote-se não ser o caso de reconhecimento da excludente de culpabilidade da embriaguez completa, disposta no artigo 28, § 1º, do Código Penal, uma vez que as circunstâncias fáticas, conforme visto em linhas volvidas, não são aptas a indicar a sua ocorrência.

Com efeito, o nosso ordenamento jurídico adotou a teoria da *actio libera in causa*, transferindo a análise da imputabilidade para o momento em que o ébrio era livre na sua vontade. Assim, somente a completa ebriedade, decorrente de caso fortuito ou força maior, tem relevância na esfera do Direito Penal, de modo que a embriaguez não acidental (voluntária ou culposa), ainda que plena, não exclui a imputabilidade do agente, a teor do artigo 28, inciso II, do Código Penal.

Nessa toada, extraindo-se dos autos que a possível embriaguez dos sentenciados no momento dos fatos decorreu de ingestão voluntária, sem a nítida evidência de que tenham chegado ao estado de completa embriaguez em virtude de caso fortuito ou força maior, incabível excluir a culpabilidade penal e, conseqüentemente, isentá-los da aplicação da pena.

2. Da pena aplicada a Moisés Nunes Oliveira dos Santos.

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 1/2 (metade) pela incidência das causas previstas em seu segundo parágrafo.

Quanto à culpabilidade, a reprovabilidade da conduta extrapola a própria do tipo penal, considerando que os autores se passaram por policiais para interpelarem as vítimas, as agrediram e subtraíram inclusive suas roupas, deixando-as de cueca em via pública. Consoante a certidão de antecedentes criminais, o processado é tecnicamente primário (fls. 168/169). Nos autos não constam informações que desabonem sua conduta social. De igual forma, não há elementos suficientes para aferir sua personalidade. Os motivos são inerentes ao próprio tipo penal. As circunstâncias do crime são normais à espécie. As conseqüências da conduta são significativas, tendo em vista as lesões causadas, a saber, “escoriação na região supra labial lateral esquerda e mucosa labial superior esquerda; eritema no braço direito” (fl. 31 do apenso) de Rodrigo e “escoriação na região temporal esquerda; eritema fácil direita” (fl. 33 do apenso) em Douglas. O comportamento da vítima é indiferente.

Diante da análise procedida, existindo duas circunstâncias judiciais desabonadoras, a pena base deve ser fixada em 05 (cinco) anos de reclusão, pouco acima do mínimo legal e bastante aquém da semissoma dos extremos, em patamar razoável e necessário à severidade da conduta.

Na segunda fase, ausentes atenuantes e agravantes.

Na terceira, inexistente causa de diminuição de pena, mas presente a de aumento do concurso de pessoas, cuja censurabilidade não desborda à do tipo penal, impõe-se a menor fração, 1/3 (um terço), que alça a pena ao patamar de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, que fica definitivo, a ser cumprido em regime inicial semiaberto, a teor do artigo 33, § 2º, “b”, do Código Penal.

A multa deve guardar estrita proporcionalidade com a pena privativa de liberdade, por isso a aplico em 16 (dezesesseis) dias-multa, à razão mínima.

Anote-se a inviabilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, porque superior a 04 (quatro) anos e por se tratar de crime praticado com grave ameaça, a teor do artigo 44, inciso I, do Código Penal.

Para arrematar, registra-se que, na sentença, conquanto o magistrado não tenha fixado as penas bases em quantitativo proporcional com vista à finalidade de prevenção especial positiva do apenamento (ressocialização), nem observado a súmula 231, do Superior Tribunal de Justiça, cuja orientação foi reafirmada pela Suprema Corte, em sede de repercussão geral do tema no julgamento do RE 597270 QO-RG/RS, tampouco reconhecido a pluralidade de patrimônios atingidos com única ação, de modo que seria devida a aplicação do concurso formal, não houve impugnação específica do Ministério Público quanto aos temas, ônus que lhe recaía, não podendo esta Corte agir de ofício pelo princípio da **non reformatio in pejus**.

Conclusão: acolho o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, conheço dos recursos, nego provimento aos defensivos e dou provimento ao ministerial.

É como voto.

Goiânia, 11 de fevereiro de 2020.

Des. J. Paganucci Jr. – Relator

Conflito de Competência nº 5376238-19.2020.8.09.0051

Comarca de Goiânia

Suscitante: JD do 3º Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher

Suscitado: JD da 2ª Vara de Crimes Apenados com Detenção e Trânsito da Comarca de Goiânia

Relator: Des. J. Paganucci Jr.

**EMENTA:** CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. LESÃO CORPORAL. **ABERRATIO ICTUS**. INEXISTÊNCIA DE OFENSAS BASEADAS NO GÊNERO.

I – Afasta-se a aplicação da Lei 11.340/06, quando evidenciado nos autos que a companheira do suposto agressor foi atingida por erro na execução, ao tentar separar a briga entre padrasto e enteado, sem que a lesão corporal tenha sido praticada em contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, baseada no gênero.

II – Conflito de competência julgado procedente.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados os presentes autos, acordam os componentes do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, por sua Egrégia Seção Criminal, por unanimidade de votos, desacolhido o parecer ministerial, em julgar procedente o conflito para declarar competente o juiz de direito da 2ª Vara de Crimes Apenados com Detenção e Trânsito da Comarca de Goiânia, ora suscitado, a fim de processar e julgar o presente feito, nos termos do voto do relator.

Votaram, além do relator, o Doutor Wilson Safatle Faiad, em substituição à Desembargadora Avelirdes Almeida Pinheiro de Lemos, os Desembargadores Carmecy Rosa Maria Alves de Oliveira, Edison Miguel da Silva Jr., que presidiu a sessão, Nicomedes Domingos Borges, a Doutora Lília Mônica de Castro Borges Escher, em substituição ao Desembargador João Waldeck Félix de Sousa, o Doutor Aureliano Albuquerque Amorim, em substituição ao Desembargador Leandro Crispim, e os Desembargadores Itaney Francisco Campos, Luiz Cláudio Veiga Braga e Ivo Favaro. Presente ao julgamento o Doutor Abrão Amisy Neto, digno Procurador de Justiça.

Goiânia, 07 de outubro de 2020.

Des. J. Paganucci Jr. – Relator

### **RELATÓRIO E VOTO**

Trata-se de conflito negativo de competência em que é suscitante a magistrada titular do 3º Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Goiânia, sendo suscitado o juízo da 2ª Vara de crimes apenados com detenção e trânsito da capital.

Extrai-se dos autos que, no dia 01.08.2020, Joaquim Severo dos Santos foi preso em flagrante pela suposta prática do crime descrito no artigo 129, 9º, do Código Penal, combinado com a Lei 11.340/06, por ter, em tese, efetuado um golpe de faca no braço de sua companheira Iraci Gonçalves de Sousa Lima.

Acatando o parecer do Ministério Público, o juízo da 2ª Vara Criminal de crimes de detenção e trânsito ordenou a remessa dos autos a um dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da comarca de Goiânia/GO.

Tal parecer argumenta que:

“As lesões corporais praticadas pelo indiciado em desfavor de sua companheira aconteceram em contexto de relação íntima de afeto (os envolvidos são companheiros), sendo imotivada ou por motivo banal desvinculado de qualquer contexto fora da relação, demonstrado que



decorre da relação de dominação construída pelo indiciado em desfavor da vítima. Assim, verifica-se que a violência foi baseada no gênero, o que enseja reconhecer que esta Vara Criminal não é a sede adequada para o processo e julgamento de tais crimes” (movimentação 29).

Redistribuídos os autos ao 3º Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da comarca de Goiânia, a julgadora singular declinou de sua competência, sob os fundamentos de que“(…) estreme de dúvidas que houve uma discussão acalorada naquele fatídico dia, porém reputo ausentes indicativos de que o indiciado tenha lesionado a vítima em uma perspectiva sexual e de dominação sobre ela pelo fato de ser homem, vulnerando-a. Lado doutro, inferir que o **animus** do indiciado ao apoderar-se de uma arma branca e atingir a vítima era o de atingir o jovem Railan de Sousa Lima é, neste momento uma conclusão precipitada, cabendo ao Órgão Ministerial a quem o feito foi distribuído se pronunciar no momento processual adequado. Nos limites desta decisão, entendo não haver indicativos de submissão da vítima em detrimento do agressor, ou situação de vulnerabilidade, ou hipossuficiência ou, ainda, opressão à mulher por ser mulher, em uma perspectiva sexual (...)", razão pela qual suscitou o presente conflito negativo, determinando o envio dos autos a esta Corte, para os devidos fins (movimentação 46).

A Procuradoria-Geral de Justiça, por seu representante, Pedro Tavares Filho, opinou pelo conhecimento e improcedência do presente conflito negativo de competência (movimentação 56).

É o relatório.

Passo ao voto.

Conforme relatado, o juiz de direito do 3º Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da comarca de Goiânia, ora suscitante, discordando do entendimento perfilhado pelo magistrado 2ª Vara de Crimes Apenados com Detenção e Trânsito da capital, suscitou o presente conflito negativo de competência.

Na hipótese, questiona-se acerca da aplicabilidade ou não da Lei 11.340/06 em face dos supostos fatos praticados por Joaquim Severo dos Santos em desfavor de sua companheira Iraci Gonçalves de Sousa Lima, para tal, necessário elucidar como foi o desenrolar da suposta ação delitiva.

O filho da vítima, Railan de Souza Lima, disse à autoridade policial:

“O depoente é filho de Iraci Gonçalves de Sousa Lima, e reside com esta e o companheiro da mesma Joaquim Severo dos Santos, que sua genitora e o companheiro já vivem juntos há 12 anos aproximadamente, que as brigas são constantes, e que os dois fazem uso de bebidas alcoólicas, que como as brigas são corriqueiras, o depoente sempre tenta apaziguar a situação, que na data de hoje 01.08.2020 já se encontrava dormindo quando o casal chegou, e se encontravam discutindo, que com a gritaria o depoente acordou e foi para a sala onde o casal já discutia, que o depoente não sabe o motivo da discussão, mas que tentava que ambos fossem dormir, que o casal não cessava a discussão e que esta passou a ser de ofensas e que neste momento o depoente não gostou dos xingamentos a sua mãe, e que foi mais enérgico com Joaquim, e este passou a tentar agredi-lo, mas como estava embriagado o agressor pegou uma arma branca tipo faca de caça, que então o depoente pegou uma cadeira da casa na intenção de defesa, que em ato contínuo seu padrasto

acertou sua mãe que tentava separar a discussão, e atingiu sua genitora no braço, ferindo a mesma, que então para cessar o ataque, o depoente desferiu uma cadeira em Joaquim, que parou o ataque e continuou ofendendo a honra de sua mãe e ameaçando a mesma, que como o depoente disse que chamaria a polícia Joaquim tentou fugir e subiu no telhado da casa para tentar fuga, quando foi detido pelos policiais” (movimentação 01, arquivo 01, fl. 05).

Já a vítima, Iraci Gonçalves de Sousa Lima, respondeu:

“A depoente é companheira de Joaquim Severo dos Santos que, contudo a relação íntima de afeto entre o casal já não é boa, que se conhecem a mais de 12 anos e não tem filhos da relação, que na data de hoje saiu para confraternizar com o companheiro, e que beberam em um estabelecimento, que a depoente afirma que a discussão começou quando chegaram em casa, mas que não se lembra o motivo da briga, que somente se lembra que seu filho Railan de Sousa Lima com quem reside também interveio para acalmar os ânimos da depoente e seu companheiro, que contudo a discussão evoluiu e Joaquim pegou uma faca, que como seu filho estava discutindo com Joaquim e este estava com a faca, a depoente entrou na frente e foi atingida pela faca, vindo a ferir o braço. Que seu filho continuou a discussão e briga, que foi atendida pelos bombeiros no local, que fizeram um curativo em seu braço, que os policiais detiveram Joaquim quando este tentava fugir pelo telhado. Que não deseja representar criminalmente contra seu companheiro Joaquim Severo dos Santos e que não deseja representar por medidas protetivas” (movimentação 01, arquivo 01, fl. 09).

Por sua vez, o suposto autor, afirmou:

“Nega as acusações, que não agrediu, nem ameaçou e nem injuriou a vítima. Que a companheira avançou para cima dele e ele somente a segurou. Que a lesão que a vítima apresenta foi adquirida em decorrência de uma pesada que ela desferiu na porta do quarto, após o autuado se trancar lá para não brigar. Que o filho da vítima o agrediu com uma cadeirada, por isso pegou uma faca para intimidá-lo” (movimentação 01, arquivo 01, fl. 11).

Do narrado, verifica-se das informações preliminares que, hipoteticamente, a confusão se deu originalmente em virtude de uma discussão entre Joaquim e sua companheira Iraci, após ingerirem bebidas alcoólicas, cujo motivo não foi esclarecido, contudo, Railan, filho de Iraci, entrou no meio da briga para defender a mãe e também discutiu com o padrasto. Assim, iniciou-se uma contenda entre Joaquim e Railan, quando Joaquim teria pegado uma faca e Railan uma cadeira, momento em que Iraci tentou intervir e acabou golpeada no braço.

Por esses elementos iniciais, constata-se que ao se apoderar da faca, em tese, a intenção de Joaquim era atingir Railan, com quem passou a discutir após ele tentar apaziguar o entrevero inicial entre o padrasto e a mãe, sendo que, aparentemente, Iraci foi atingida acidentalmente, por entrar no meio da briga dos dois, o que se denomina erro na execução (**aberratio ictus**).

Guilherme de Souza Nucci, na obra Manual de Direito Penal, 16. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020, pg. 720, conceitua o erro na execução da seguinte maneira:

“É o desvio no ataque, quanto à ‘pessoa-objeto’ do crime (cf. Paulo José Costa Jr., O crime aberrante, p. 26). Em lugar de atingir a pessoa visada, o agente alcança pessoa diversa, porque a agressão esquivou-se do alvo original. Não se altera, no entanto, a denominação do

crime ( ex.: se o agente atira em A para matar, atingindo fatalmente B, termina por cometer homicídio consumado), pois a alteração da vítima não abala a natureza do fato. Vale ressaltar que o art. 73 do Código Penal prevê hipótese de aproveitamento do dolo, ou seja, quando alguém tem por objetivo ferir certa pessoa, mas, por erro na execução lesa outro ser humano, o efeito é o mesmo. A Lei penal protege qualquer indivíduo, não importando quem seja. Dessa maneira, se A quer matar B, embora atingindo C, continua a haver homicídio. E, com razão, responderá o agente como se tivesse eliminado a vítima desejada, com todas as suas características pessoais.”

O caso em questão enquadra-se na modalidade **aberratio** com resultado único, chamada de unidade simples, prevista na 1ª parte do art. 73, do Estatuto Repressivo, definida pelo doutrinador como quando “o agente, em lugar de atingir a vítima desejada, alcança terceiro não visado. Aplica-se a regra do art. 20, § 3º, do Código Penal, ou seja, levam-se em consideração as qualidades da vítima almejada”.

Sesse sentido:

Apelação (ECA). Atos infracionais análogos aos crimes de tentativa de homicídio e lesão corporal. **Aberratio ictus**. Consoante dicção do art. 73 do Código Penal, ocorre **aberratio ictus** quando o autor, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, atinge pessoa diversa daquela que pretendia ofender. Neste caso, responderá o agente como se o crime tivesse atingido a vítima virtual. Apelação conhecida e desprovida” (TJGO, Apelação (E.C.A.) 156325-86.2017.8.09.0064, Rel. Des. Carmecy Rosa Maria A. de Oliveira, 2ª Câmara Criminal, Dje 2583 de 06.09.2018).

Portanto, tratando-se de briga entre padrasto e enteado, não há qualquer relação com as disposições da Lei 11.340/06, pois a agressão direcionada a Railan, que veio a atingir Iraci, não teria sido baseada no gênero.

O **caput** do artigo 5º, da Lei Maria da Penha, definiu como violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

A propósito, recentemente, foi editada a Súmula 600, do Superior Tribunal de Justiça, com o seguinte teor: “Para configuração da violência doméstica e familiar prevista no artigo 5º da Lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha, não se exige a coabitação entre autor e vítima”.

Assim, para que a referida Lei seja aplicada ao caso concreto devem ser atendidos os seguintes requisitos: a) a ação ou omissão deve ser baseada no gênero; b) a violência deve ser perpetrada no âmbito da unidade doméstica, familiar ou em qualquer relação íntima de afeto (incisos I, II e III do artigo 5º); c) a mulher deve ser sujeito passivo do crime, podendo o sujeito ativo ser homem ou mulher, em razão da Lei estabelecer que as relações pessoais independem de orientação sexual, consagrando expressamente as uniões homoafetivas como entidades familiares.

A ação ou omissão baseada, no gênero é praticada sujeito ativo contra a mulher, revelando uma concepção de dominação, de poder, em que aquele pode se mostrar tão poderoso, superior, que

exige submissão do outro, chegando até mesmo a se considerar dono do corpo e da mente do sujeito passivo.

A doutrina e jurisprudência, inclusive desta Corte, são unânimes em afirmar que não é qualquer desavença entre homem e mulher que redunde em conduta protegida pela Lei 11.340/2006, salientando a necessidade de haver a relação de submissão entre os envolvidos, bem como a motivação para o conflito provir de uma relação do âmbito doméstico, familiar ou afetiva.

Nesses termos, constatando-se, preliminarmente, que a agressão teria sido direcionada ao enteado Railan e que Iraci foi atingida por erro na execução, ao intervir na briga, bem como, não tendo sido esclarecido o motivo da discussão inicial entre Iraci e Joaquim, não se denota que os eventuais fatos teriam sido motivados pela relação conjugal existente entre Joaquim e a vítima, ou pelo sentimento de superioridade e dominação que Joaquim cultivava em relação à companheira.

Por conseguinte, evidenciado não ter o hipotético autor do crime previsto no artigo 129, § 9º, do Código Penal, agido impelido pela crença da supremacia masculina, colocando a vítima mulher em posição de sujeição, ainda, visando atingir terceira pessoa, qual seja o enteado, conclui-se que a suposta agressão não está inserida no contexto da Lei Maria da Penha, exatamente por não se aquilatar que a lesão corporal ocorreu em razão do gênero.

Assim, o procedimento em comento deve ser processado e julgado pelo juízo da 2ª Vara de Crimes Apenados com Detenção e Trânsito da comarca de Goiânia, ora suscitado.

A propósito, precedente desta Corte:

“Conflito negativo de competência. Injúria entre filho e mãe. 1. No caso dos autos, as circunstâncias narradas pela vítima não revelam que a conduta do agressor tivesse motivação de gênero, mas desinteligência familiar sem indícios de concepção masculina de dominação. 2. Conflito improcedente. Parecer desacolhido. “ (TJGO, Conflito de Competência 5256908-21.2019.8.09.0000, Rel. Edison Miguel da Silva Junior, Seção Criminal, julgado em 08.07.2019, Dje de 08.07.2019).

Conclusão: desacolho o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, julgo procedente o conflito para declarar competente o juiz de direito da 2ª Vara de Crimes Apenados com Detenção e Trânsito da comarca de Goiânia, ora suscitado, a fim de processar e julgar o presente feito.

É o voto.

Habeas Corpus nº 5512969-78.2020.8.09.0000

Comarca de Firminópolis

Impetrante: Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional de Goiás

Paciente: Manoel Barbosa da Cruz Neto

Relator: Des. Edison Miguel da Silva Jr.

**EMENTA:** Calúnia. Advogado. Habeas corpus sustentando trancamento da ação penal.

I - Pela simples leitura do fato narrado na denúncia não se pode concluir pela existência de ânimo de caluniar (**animus calumniandi**). Ao contrário, as expressões destacadas na denúncia revelam regular exercício profissional, uma vez que não extrapolam os limites do debate que se promove em juízo. Vale dizer, a conduta imputada ao paciente na denúncia não é típica, pela falta de elemento subjetivo do tipo ou do injusto.

II - Pedido de habeas corpus conhecido e deferido para trancar a ação penal. Parecer desacolhido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus 5512969-78.2020.8.09.0000, da Comarca de Firminópolis, em que figura como impetrante Ordem dos Advogados do Brasil–Seccional de Goiás e paciente Manoel Barbosa da Cruz Neto.

Acorda, o Tribunal de Justiça de Goiás, pela sua Segunda Câmara Criminal, unanimidade, desacolhendo o parecer ministerial, em conhecer do pedido conceder a ordem, nos termos do voto do relator, que a este se incorpora.

Sem Custas.

Fez sustentação oral, o doutor Augusto de Paiva Siqueira.

Votaram além do relator, os desembargadores Luiz Cláudio Veiga Braga, que presidiu a sessão, e Carmecy Rosa Maria A. de Oliveira, bem como os juízes Lília Mônica C. B. Escher, em substituição ao desembargador João Waldeck Félix de Sousa, e Aureliano Albuquerque Amorim, em substituição ao desembargador Leandro Crispim.

Presente o Ministério Público em 2º grau pelo promotor de justiça João Teles de Moura Neto. Goiânia, 05 de novembro de 2020.

Des. Edison Miguel da Silva Jr. – Relator

### RELATÓRIO

Trata-se de pedido de habeas corpus em favor do paciente Manoel Barbosa da Cruz Neto, apontando como autoridade coatora o Juízo da Vara Criminal da Comarca de Firminópolis, impugnando a decisão de recebimento da denúncia proferida nos autos da ação penal 0151431-96.2018.8.09.0043 / 201801514318, por imputação do crime de calúnia contra funcionário público em razão de suas funções (art. 138, **caput**, c/c art. 141, II, ambos do CP), requerendo o trancamento da ação penal por ausência de justa causa.

Pedido de sustentação oral (vol. 1. fl. 12).

Liminar indeferida (vol. 1, 149/150).

Parecer pelo conhecimento e denegação da ordem (vol. 1, fls. 155/163).

No PJD consta, além do registro criminal em evidência (0151431- 96.2018.8.09.0043), carta precatória criminal (5126029-30.2020.8.09.0051).

No SPG e SEEU/CNJ não foram encontrados outros apontamentos criminais.

É o relatório.

## VOTO

Orienta a doutrina que: “Os delitos contra a honra são delitos de tendência intensificada. Isso significa que o tipo legal exige uma determinada tendência subjetiva de realização da conduta típica, qual seja a finalidade de desacreditar, menosprezar, o ânimo de caluniar (**animus calumniandi**). Não se requer a persecução de um resultado ulterior ao previsto no tipo, senão que o autor confira à ação típica um sentido subjetivo não expresso no tipo, mas deduzível da natureza do delito: o propósito de ofender. Essa tendência peculiar é elemento subjetivo do injusto, distinto do dolo, que o tipo exige para sua realização. O desvalor da ação não se esgota no dolo. Nos delitos contra a honra, é preciso que também concorra no autor o propósito de ofender.” (Prado, Luiz Regis. Tratado de Direito Penal Brasileiro – Parte Especial – Vol. 2 (p. 170). Forense. Edição do Kindle).

No caso dos autos, segundo a denúncia, o paciente – na condição de advogado – requereu devolução de veículo apreendido em persecução penal. Como causa de pedir, afirmou: “que não existe nenhum interesse da permanência do veículo no processo”, acrescentando: “de outro lado, a (sic) indício de que o referido veículo está sendo usado pelo Órgão que apreendeu o mesmo, depreciando assim o bem”.

Com essas premissas, pela simples leitura do fato narrado na denúncia não se pode concluir pela existência de ânimo de caluniar (**animus calumniandi**). Ao contrário, as expressões destacadas na denúncia revelam regular exercício profissional, uma vez que não extrapolam os limites do debate que se promove em juízo. Vale dizer, a conduta imputada ao paciente na denúncia não é típica, pela falta de elemento subjetivo do tipo ou do injusto.

Nesse sentido, o seguinte precedente: “No que perquire o crime de calúnia, o Parquet não se desincumbiu de descrever, na inicial, o especial fim de agir referente ao delito em tela, não se depreendendo que, das expressões exaradas pelo paciente em seu labor, possa exsurgir, **primo ictu oculi**, o **animus calumniandi** ínsito à caracterização do fato típico. Ordem conhecida e concedida para trancar a ação penal.” (TJGO, 1ª CCr. Desa. Avelirdes Almeida Pinheiro de Lemos. HC 5372994-12 – 11/10/2018).

Posto isso, voto pelo conhecimento e deferimento do pedido de habeas corpus para trancar a ação penal, nos termos do art. 395, III, do CPP (atipicidade da conduta narrada na denúncia).

Comunique-se à autoridade coatora com cópia do acórdão.

Goiânia, 05 de novembro de 2020.

Des. Edison Miguel da Silva Jr – Relator

Habeas Corpus nº 5328156.13.2020.8.09.0000

Comarca de Rubiataba

Impetrante: Osmar Augusto de Lima

Paciente: Renata Graziela Braga

Relator: Des. Ivo Favaro

**EMENTA:** HABEAS CORPUS. DROGA. TRÁFICO. ASSOCIAÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. MOTIVADA. PANDEMIA. COVID-19. COMORBIDADE. RECOLHIMENTO DOMICILIAR. Embora fundamentada decisão que manteve a custódia, com base na recalcitrância da paciente, impõe-se a concessão de prisão domiciliar à portadora de HIV, dado o aumento do risco de contágio pelo coronavírus no presídio em que se encontra (art. 1º, parágrafo. único, I, da Rec. 62 do CNJ).

Ordem conhecida e concedida, confirmada a liminar.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, por sua Primeira Câmara Criminal, à unanimidade, acolhendo o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, conhecer do pedido e conceder a ordem, confirmando a liminar, nos termos do voto do Relator e da Ata de Julgamentos.

Participaram do julgamento, votando com o Relator, o Juiz Fernando de Castro Mesquita, substituto do Desembargador J. Paganucci Jr., o Juiz Wilson Safatle Faiad, substituto da Desembargadora Avelirdes Almeida Pinheiro de Lemos, os Desembargadores Nicomedes Domingos Borges e Itaney Francisco Campos. Presidiu a Sessão de Julgamento o Desembargador Itaney Francisco Campos. Presente, representando o órgão de cúpula do Ministério Público, o procurador Aginaldo Bezerra Lino Tocantins.

### RELATÓRIO

Ação constitucional liberatória de Renata Graziela Braga, presa em flagrante em 06.02.2020, convertido em preventiva, e denunciada nas sanções dos artigos 33 e 35, c/c o 40, VI, da Lei 11.343, por associada a seu filho, o adolescente RNB, para o tráfico de drogas, mantendo em depósito, na residência, 10 (dez) porções de maconha pesando 50,323 g (cinquenta gramas, trezentos e vinte e três miligramas), 1 (uma) de crack, com peso de 170,302 g (cento e setenta gramas, trezentos e dois miligramas), além de 2 (duas) armas de fogo e munições, calibres 32.

Indicada autoridade coatora o Juiz da Vara Criminal da Comarca de Rubiataba.

Apona que a denúncia padece de nulidade, pois não foi encontrada droga ou arma na quitinete dela; que a paciente é portadora de HIV, portanto suscetível ao contágio da COVID-19, mas lhe foi negado o pedido de prisão domiciliar no Primeiro Grau. Quer a liminar para que a paciente fique recolhida em sua residência e confirmação posterior.

Instruiu o pedido com documentos.

Liminar deferida (evento 5).

A autoridade judicial prestou informações (evento 8).

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e denegação da ordem impetrada (evento 11).

É o relatório.

## VOTO

A cópia da denúncia acostada não revela inépcia, preenche os requisitos do artigo 41 do CPP, tanto que foi recebida pelo magistrado.

Outrossim, as considerações acerca da autoria exigem amplo debate de provas, a ser produzido na ação de conhecimento.

De outra parte, em que pese a ausência do decreto conversivo, tira-se da decisão que indeferiu o pedido de revogação da cautela que a paciente é portadora do HIV, mas tal circunstância não basta para autorizar a prisão domiciliar, na falta de comprovação de que está debilitada em razão da enfermidade. Acrescenta que foram tomadas medidas de enfrentamento pela unidade prisional e Diretoria-Geral da Administração Penitenciária para combater a epidemia. O Ministério Público, em seu parecer, destaca que Renata, a menos de um ano, incorreu duas vezes na conduta do tráfico de drogas e também é reincidente, com execução penal baixada há menos de cinco anos.

Vejo que a decisão traz fundamentação concreta para amparar o encarceramento precoce, dada a demonstração de relutância da paciente na mesma conduta. Ocorre que diante da crise mundial na saúde gerada pela pandemia do coronavírus, o Conselho Nacional de Justiça traçou diretrizes visando minimizar os riscos epidemiológicos, dentre elas a necessidade de reavaliação das prisões provisórias de pessoas que integram grupo de risco, com especial atenção para as possuidoras de HIV (art. 1º, parágrafo único, I, da Recomendação 62 do CNJ).

Dessa forma, considerando que a paciente é portadora de doença incurável que ataca o sistema imunológico, sem dúvida mais suscetível de contaminação no presídio, a concessão da prisão domiciliar é medida impositiva.

Sobre o tema, o julgado:

“Ementa: habeas corpus. Latrocínio. Negativa de autoria. Não Conhecimento. 1. A negativa de autoria deve ser apreciada em processo de conhecimento e não no rito célere do writ, ante a necessidade de exame de mérito e aprofundada valoração da prova. Excesso de prazo. Não configurado. 2. Não ultrapassado mais de 60 dias da prisão, e já havendo sido oferecida a Denúncia, não há que se acatar tese de excesso de prazo futuro. Decisão desfundamentada. 3) Estando a prisão preventiva fundamentada na gravidade concreta da suposta conduta, diante da existência de outros procedimentos instaurados contra o paciente, impositiva a sua manutenção conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar. Grupo de risco. Pandemia Covid-19. Possibilidade. II - Dos documentos juntados aos autos, tem se que o paciente apresenta quadro comprovado de comorbidades graves, o que atende o artigo 4º, inciso I, Recomendação nº 62/20, do CNJ. Ordem



parcialmente conhecida e concedida, para conceder a prisão domiciliar ao paciente cumulada com medidas cautelares” (TJGO, Habeas Corpus Criminal 5195151-89.2020.8.09.0000, Rel. Avelirides Almeida Pinheiro de Lemos, 1ª Câmara Criminal, julgado em 09.07.2020, DJe de 09.07.2020).

Ante o exposto, acolhendo em parte o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, conheço parcialmente do pedido e, nessa extensão, concedo a ordem, confirmada a liminar do evento 5.

É o voto.

Des. Ivo Favaro - Relator

Habeas Corpus nº 5349113-35.2020.8.09.0000

Comarca de Guapó

Impetrante: Tiago Coelho Cavalcante Ribeiro

Paciente: Samuel Teixeira dos Santos

Relator: Des. Luiz Cláudio Veiga Braga

**EMENTA: HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. MEDIDA EXTREMA. DECISÃO FUNDAMENTADA. NECESSIDADE DEMONSTRADA. ILEGALIDADE AFASTADA.**

**I** – Não é cabível a celebração do acordo de não-persecução penal, art. 28-A, do Código de Processo Penal, em favor de paciente que responde por delito equiparado a hediondo, art. 33, **caput**, da Lei nº 11.343/06, com pena mínima superior de 04 (quatro) anos, revelando a insuficiência para a reprovação e prevenção criminosa, desautorizando a medida consensual.

**II** – Não revela ilegalidade, o regime de custódia antecipada do paciente, decorrente da conversão do flagrante delito em preventiva, por violação dos arts. 33, **caput**, 35, da Lei nº 11.343/06, orientado para a garantia da ordem pública, resultado da apreensão de expressiva quantidade de entorpecente, balança, demonstrando a intensidade da circulação, evidenciando a perigosidade social da conduta, estando a medida extrema compatibilizada com o art. 312, do Código de Processo Penal, inviabilizando cautelar diversa.

ORDEM DENEGADA.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, pelos integrantes da Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, acolher o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, conhecer do pedido e denegar a ordem, nos termos do voto do relator.

Votaram, com o relator, os senhores Desembargadores Carmecy Rosa Maria Alves de Oliveira, Edison Miguel da Silva Júnior, Júlia Lília Mônica de Castro Borges Escher, em substituição ao Desembargador João Waldeck Félix de Sousa, Juiz Aureliano Albuquerque Amorim, em substituição ao Desembargador Leandro Crispim.

Presidiu a sessão de julgamento o Desembargador Luiz Cláudio Veiga Braga.

Presente à sessão, representando a Procuradoria-Geral de Justiça, o Doutor Deusdete Carnot Damascena.

Goiânia, 17 de setembro de 2020.

Des. Luiz Cláudio Veiga Braga - Relator

Mandado de Segurança nº 5451930-80.2020.8.09.0000

Comarca de Pontalina

Impetrante: Gilmar Gomes de Oliveira

Impetrada: Meritíssima Juíza de Direito da Vara Criminal da Comarca de Pontalina

Relator: Des. Itaney Francisco Campos

**EMENTA:** MANDADO DE SEGURANÇA. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA MAJORADO PELA AUTORIDADE PARENTAL. SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO. AJUIZAMENTO NO JUÍZO DE ORIGEM DE JUSTIFICAÇÃO CRIMINAL, VISANDO INSTRUIR FUTURA REVISÃO CRIMINAL. INDEFERIMENTO DO PROCEDIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVA. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. Se a ação de justificação criminal, que atualmente está prevista no artigo 381 e seguintes do Código de Processo Civil sob a rubrica “produção antecipada de provas”, no intuito de instruir a propositura de futura ação de revisão criminal, é indeferida pela autoridade judiciária qualificada de coatora em decisão teratológica, por haver ultrapassado o limite da sua competência, autorizando o uso do mandado de segurança em detrimento do recurso próprio, pois houve emissão de juízo acerca do conteúdo da prova a ser produzida, usurpando da atribuição deste Tribunal de Justiça, concede-se a segurança, para

determinar que a prova seja produzida, por violação a direito líquido e certo do Impetrante, pois o rito disposto nos artigos 381 a 383 do Código de Processo Civil consiste em um procedimento no qual a atividade do juiz é limitada a um simples veículo para a revelação do conteúdo da prova e sua entrega ao requerente, não devendo ele realizar qualquer juízo acerca da ocorrência ou inoocorrência do fato, nem a respeito das consequências jurídicas, somente podendo limitar o interesse de agir do requerente da produção antecipada de provas, se a prova que ele pretende produzir ou o fim por ele almejado forem manifestamente ilícitos. MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO.

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Mandado de Segurança nº 5451930-80.2020.8.09.0000, da Comarca de Pontalina, em que é Impetrante Gilmar Gomes de Oliveira e Impetrada a Meritíssima Juíza de Direito da Vara Criminal da Comarca de Pontalina.

Acordam os integrantes da Seção Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, por maioria de votos, acolhido o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, em conceder a segurança do presente mandado, nos termos do voto do Relator, que determinou a retirada da restrição de segredo de justiça do presente feito. Votou divergente o Desembargador Luiz Cláudio Veiga Braga, no sentido de, desacolhido o parecer ministerial, denegar a segurança.

Votaram, além do Relator, os Desembargadores Edison Miguel da Silva Júnior, que presidiu o julgamento, Luiz Cláudio Veiga Braga, Ivo Favaro, J. Paganucci Jr., Carmecy Rosa Maria Alves de Oliveira, Nicomedes Domingos Borges, João Waldeck Félix de Sousa e os Juízes Wilson Safatle Faiad, substituto da Desembargadora Avelirdes Almeida Pinheiro de Lemos e Aureliano Albuquerque Amorim, substituto do Desembargador Leandro Crispim. Esteve presente à sessão, representando o Impetrante, o Dr. Benedito Teixeira S. Júnior.

Presente o ilustre Procurador de Justiça, Doutor Deusdete Carnot Damacena.

Goiânia, 2 de dezembro de 2020.

Des. Itaney Francisco Campos - Relator

### **RELATÓRIO**

Gilmar Gomes de Oliveira, devidamente qualificado na petição inicial, por intermédio do Advogado, Dr. Oldemar José da Rocha, regularmente inscrito na OAB-GO sob o nº 12.031, impetrou mandado de segurança, com pedido de liminar, e atribuiu a prática do ato coator à Meritíssima Juíza de Direito da Vara Criminal da Comarca de Pontalina-GO.

Discorreu que o Impetrante foi condenado definitivamente nos autos do processo penal nº 435881-74.2008.8.09.0129 (200894858815) a 9 (nove) anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de atentado violento ao pudor com violência presumida majorado pela

autoridade parental (art. 214 c/c art. 224, "a" e art. 226, II, CP), ocorrido na data de 9/11/2008, e que ele se acha em execução dessa reprimenda no presídio da Comarca de Pontalina-GO.

Aduziu que, devido ao trânsito em julgado da condenação, o Impetrante ajuizou ação de justificação criminal, com fundamento no artigo 381 e seguintes do Código de Processo Civil, no intuito de instruir a propositura de futura ação de revisão criminal, alegando que a vítima Kassandra Nogueira da Silva e as informantes Letícia Nogueira de Oliveira e Eliane Nogueira Lopes alteraram completamente a versão dos fatos que apresentaram no curso do processo penal originário, constituindo em prova nova suficiente para o ajuizamento do referido meio impugnativo de decisões judiciais transitadas em julgado.

Explanou que, no entanto, a autoridade judiciária qualificada como coatora indeferiu o pedido de justificação criminal. Alegou que essa negativa judicial fere direito líquido e certo do Impetrante, primeiramente, porque o precitado ato judicial é teratológico, porquanto não existe previsão legal para o indeferimento antecipado da ação de justificação criminal.

Depois, diante de que houve usurpação da competência deste Tribunal de Justiça, uma vez que a autoridade judiciária qualificada como coatora antecipou-se na valoração da prova que seria produzida em justificação criminal.

Como decorrência desses argumentos, requereu o deferimento da liminar e à concessão da segurança em definitivo, para tornar sem efeito a decisão que indeferiu o pedido de justificação criminal, de modo a permitir que o Impetrante possa produzir a prova para instruir futura ação de revisão criminal.

O pedido de liminar foi indeferido. A autoridade judiciária qualificada como coatora prestou as informações que lhe foram solicitadas, dizendo que a decisão liminar foi fielmente cumprida. O Estado de Goiás, embora devidamente intimado, não se manifestou. A douta Procuradoria de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Paulo Sérgio Prata Rezende, pronunciou-se pela concessão da segurança.

É o Relatório.

## VOTO

Julga-se mandado de segurança, com pedido de liminar, que foi impetrado por Gilmar Gomes de Oliveira, devidamente qualificado na petição inicial, por intermédio do Advogado, Dr. Oldemar José da Rocha, regularmente inscrito na OAB-GO sob o nº 12.031, com atribuição da prática do ato coator à Meritíssima Juíza de Direito da Vara Criminal da Comarca de Pontalina-GO.

Segundo a petição inicial, a causa de pedir desta ação constitucional se refere a que o Impetrante foi condenado definitivamente nos autos do processo penal nº 435881-74.2008.8.09.0129 (200894858815) a 9 (nove) anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de atentado violento ao pudor com violência presumida majorado pela autoridade parental (art. 214 c/c art. 224, "a" e art. 226, II, CP), ocorrido na data de 9/11/2008, e que ele se acha em execução dessa reprimenda no presídio da Comarca de Pontalina-GO.

Por conseguinte, aduz-se que, devido ao trânsito em julgado da condenação, o Impetrante ajuizou ação de justificação criminal, com fundamento no artigo 381 e seguintes do Código de Processo Civil, no intuito de instruir a propositura de futura ação de revisão criminal, alegando que a vítima Cassandra Nogueira da Silva e as informantes Letícia Nogueira de Oliveira e Eliane Nogueira Lopes alteraram completamente a versão dos fatos que apresentaram no curso do processo penal originário, constituindo em prova nova suficiente para o ajuizamento do referido meio impugnativo de decisões judiciais transitadas em julgado.

Explana-se que, no entanto, a autoridade judiciária qualificada como coatora indeferiu o pedido de justificação criminal. Daí, alega-se que essa negativa judicial fere direito líquido e certo do Impetrante, primeiramente, porque o precitado ato judicial é teratológico, porquanto não existe previsão legal para o indeferimento antecipado da ação de justificação criminal.

Depois, diante de que houve usurpação da competência deste Tribunal de Justiça, uma vez que a autoridade judiciária qualificada como coatora antecipou-se na valoração da prova que seria produzida em justificação criminal.

Como decorrência desses argumentos, requer-se o deferimento da liminar e à concessão da segurança em definitivo, para tornar sem efeito a decisão que indeferiu o pedido de justificação criminal, de modo a permitir que o Impetrante possa produzir a prova para instruir futura ação de revisão criminal.

A esse respeito, de se concordar com a douta Procuradoria de Justiça, no sentido de que o direito líquido e certo do Impetrante, de produzir prova em justificação criminal, que atualmente está prevista no artigo 381 e seguintes do Código de Processo Civil sob a rubrica “produção antecipada de provas”, visando instruir a propositura de futura ação de revisão criminal, foi violado no caso concreto por decisão judicial teratológica, que assim é por haver ultrapassado o limite da sua competência, autorizando o uso do mandado de segurança em detrimento do recurso próprio.

Antes de mais nada, convém salientar que, ao indeferir a justificação criminal, que atualmente está prevista no artigo 381 e seguintes do Código de Processo Civil sob a rubrica “produção antecipada de provas”, a autoridade judiciária qualificada como coatora fundamentou seu ato em que o ora Impetrante instruiu o seu pleito com termos de declarações, registrados em cartório, da mãe e da avó da vítima, mas que não houve comparecimento espontâneo da ofendida em juízo para apresentar a nova versão dos fatos e que seria inoportuno intimá-la a fazê-lo, porquanto isso representaria uma coação a que a ofendida alterasse a referida versão.

Além disso, argumentou que não se pode presumir que a vítima mentiu em seu primeiro depoimento, já que a jurisprudência reconhece a credibilidade e o valor probatório da palavra da vítima nos delitos contra a dignidade sexual.

Ademais, aduziu que a antecipação de provas para instruir eventual revisão criminal tem por escopo a produção de prova nova e não a oitiva de novas testemunhas sem qualquer nova justificativa plausível.

Por fim, justificou que a defesa não demonstrou de forma objetiva que a prova que pretende produzir é pautada em fatos novos, aptos a ensejar a propositura da ação revisional.

Ora, ao assim proceder, a autoridade judiciária qualificada como coatora, com o devido respeito, como bem pontuou a douta Procuradoria de Justiça, emitiu juízo de valor sobre o conteúdo da prova a ser produzida, usurpando da competência deste Tribunal de Justiça, que é o órgão judiciário competente para tanto.

Com efeito, leciona Leonardo Greco<sup>2</sup> que o procedimento disposto nos artigos 381 a 383 do Novo Código de Processo Civil sucedeu a justificação que estava prevista nos artigos 861 a 866 do código de Processo Civil de 1973, e consiste em um procedimento não necessariamente vinculado a uma demanda presente ou futura, destinado a revelar o conteúdo, a conservação de determinada prova – documental, pericial, testemunhal, inspeção judicial ou depoimento pessoal.

Ainda conforme Leonardo Greco, trata-se de procedimento probatório que não conduz a uma decisão sobre o direito das partes, nem sobre a existência dos fatos, de modo que o juiz não se pronunciará acerca da ocorrência ou inoocorrência do fato, nem a respeito das consequências jurídicas, pois a atividade do juiz é limitada a um simples veículo para a revelação do conteúdo da prova e sua entrega ao requerente.

Em rigor, vaticina Leonardo Greco, a cognição que o juiz exerce nesse procedimento é apenas a aquisição do conteúdo das provas produzidas para conservá-la, mas sem realizar qualquer juízo sobre a verdade fática que dele possa decorrer, nem muito menos elaborar qualquer pronunciamento sobre a existência ou inexistência de qualquer relação jurídica de direito material.

De acordo com Leonardo Greco, por fim, o interesse de agir do requerente da justificação só pode ser limitado, se a prova que ele pretende produzir for manifestamente ilícita. Não havendo indícios de ilicitude da prova ou do fim almejado pelo requerente com a sua produção, deve o juiz deferir-la.

Portanto, como na hipótese em análise não se vislumbra a ilicitude da prova que se pretende produzir, nem do fim almejado pelo Impetrante com a sua produção, e apresentando-se claro que houve emissão de juízo de valor por parte da autoridade judiciária qualificada como coatora sobre o conteúdo da prova a ser produzida, restou inobservado o direito líquido e certo do Impetrante, por decisão judicial teratológica, que ultrapassou o limite da sua competência, autorizando o uso do mandado de segurança em detrimento do recurso próprio.

Ao teor do exposto, acolhido o parecer da douta Procuradoria de Justiça, concedo a segurança, para tornar sem efeito a decisão que indeferiu o pedido de justificação criminal, que atualmente está prevista no artigo 381 e seguintes do Código de Processo Civil sob a rubrica “produção antecipada de provas”, de modo a permitir que o Impetrante possa produzir a prova para instruir futura ação de revisão criminal.

É como voto.

Goiânia, 2 de dezembro de 2020.

Des. Itaney Francisco Campos – Relator

---

<sup>2</sup> GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil, Ed. Forense, 3ª edição, 2015, vol. II, p. 128.

Recurso em Sentido Estrito nº 5380762-18.2020.8.09.0000

Comarca de Goiânia

Recorrente: Ministério Público

Recorrido: Jhons Lenon Nascimento Cavalcante

Relator: Des. Luiz Cláudio Veiga Braga

**EMENTA:** RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PRISÃO ANTECIPADA. SUBSTITUIÇÃO POR CAUTELAR DIVERSA. RESTABELECIMENTO DA MEDIDA EXTREMA. AUSÊNCIA DE MOTIVO SUPERVENIENTE JUSTIFICADOR. NECESSIDADE NÃO DEMONSTRADA.

A substituição da prisão antecipada por cautelar diversa, decorrente de flagrante delito, em ato processual revestido de legalidade, apontados os fundamentos para a excarceração do investigado, o reestabelecimento da medida extrema fica condicionado ao surgimento de fato posterior que indique a sua necessidade, em compasso com os arts. 312 e 313, do Código de Processo Penal, não bastando a invocação de circunstância verificada no auto flagrantial, já superada.

RECURSO DESPROVIDO.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, pela Terceira Turma Julgadora de sua Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, desacolher o parecer da Procurador-Geral de Justiça, conhecer do recurso e o desprover, nos termos do voto do relator.

Votaram, com o relator, os Senhores Desembargadores Carmecy Rosa Maria Alves de Oliveira e Edison Miguel da Silva Júnior.

Presidiu a sessão de julgamento o Desembargador Luiz Cláudio Veiga Braga.

Presente à sessão, representando a Procuradoria-Geral de Justiça, o Doutor Wilsomar Alves Moreira.

Goiânia, 15 de outubro de 2020.

Des. Luiz Cláudio Veiga Braga – Relator

Revisão Criminal nº 5342407-36.2020.8.09.0000

Comarca de Goiânia

Revisionando: Laercio Pereira de Franca (réu solto)

Relator: des. Edison Miguel da Silva Jr

**EMENTA:** Posse de arma de fogo. Condenação com trânsito em julgado. Pena: 1 ano de detenção, regime inicial aberto, substituída por duas restritivas de direitos. Revisão criminal sustentando contrariedade ao art. 44, § 2º, do CP.

I - Não houve contrariedade ao texto expresso de lei. Na sentença, a reincidência em crime doloso não foi aplicada “para não incidir em dupla valoração proibida pelo Pacto de São José da Costa Rica”. No acórdão, esse fundamento foi invalidado e, de consequência, não ocorreria a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do mesmo art. 44, II, do CP. Assim, para evitar **reformatio in pejus**, manteve-se a pena alternativa nos termos da sentença, ou seja, substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, sem ofensa ao art. 44, § 2º, do CP.

II - Revisão criminal improcedente. Parecer desacolhido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal 5342407-36.2020.8.09.0000, da Comarca de Goiânia, em que figura como requerente Laércio Pereira de Franca e requerido o Ministério Público.

Acorda o Tribunal de Justiça de Goiás, por sua Egrégia Seção Criminal, unanimidade, desacolhendo o parecer ministerial, em conhecer e julgar improcedente a presente revisão criminal, nos termos do voto do relator, que a este se incorpora.

Votaram, além do relator, que presidiu a sessão, os desembargadores Nicomedes Domingos Borges, Itaney Francisco Campos, Luiz Cláudio Veiga Braga, Ivo Favaro, J. Paganucci Jr. e Carmecy Rosa Maria Alves de Oliveira, bem como os juízes Lília Mônica de C. B. Escher, em substituição ao desembargador João Waldeck Felix de Sousa, Aureliano Albuquerque Amorim, em substituição ao desembargado Leandro Crispim, e Wilson Safatle Faiad, em substituição à desembargadora Avelirdes A. P. de Lemos.

Presente o Ministério Público em 2ª grau pelo procurador de justiça Abrão Amisy Neto.

Goiânia, 7 de outubro de 2020.

Des. Edison Miguel da Silva Jr – Relator

### VOTO

Juízo de admissibilidade



A revisão criminal permite que o valor justiça se sobreponha ao valor segurança jurídica, pois é uma hipótese de flexibilização da coisa julgada. Entretanto, para o pedido ser analisado deve preencher determinados requisitos.

No caso dos autos, o requerimento foi instruído com certidão de trânsito em julgado da condenação (vol. 1, fl. 51). Presentes os demais requisitos (possibilidade jurídica do pedido, cabimento, interesse de agir, legitimidade e pressupostos processuais), o pedido deve ser analisado.

Juízo de mérito

O art. 44, § 2º, do CP tem o seguinte texto: “Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.” (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998).

No acórdão, o dispositivo foi afastado, com o seguinte fundamento (vol. 1, fl. 41): “**A priori**, em face da redução da sanção corpórea para 1 ano de detenção, poderia ser fixada apenas uma pena restritiva de direitos. Contudo, também em prestígio à sentença de primeiro grau, que aplicou duas penas restritivas de direitos, e considerando que o apelante é reincidente, mantenho as duas estatuídas: a prestação de serviços à comunidade e a prestação pecuniária.”

Portanto, não houve contrariedade ao texto expresso de lei. Na sentença (vol. 1, fl. 27), a reincidência em crime doloso não foi aplicada “para não incidir em dupla valoração proibida pelo Pacto de São José da Costa Rica”. No acórdão, esse fundamento foi invalidado e, de consequência, não ocorreria a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do mesmo art. 44, II, do CP.

Assim, para evitar **reformatio in pejus**, manteve-se a pena alternativa nos termos da sentença, ou seja, substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, sem ofensa ao art. 44, § 2º, do CP.

Ademais, mesmo em recurso exclusivo da defesa, o Tribunal pode manter a pena aplicada por novo fundamento, desde que apurado na sentença. (STJ, AgRg no HC 437108).

Conclusão

Posto isso, voto pela improcedência da revisão criminal.

Goiânia, 7 de outubro de 2020.

Des. Edison Miguel da Silva Jr – Relator

Revisão Criminal nº 5731957.03.2019.8.09.0000

Comarca de Goiânia

Requerente: Farnésio Rabelo de Moraes

Requerido: Ministério Público

Relator: Des. Ivo Favaro

**EMENTA:** revisão criminal. Atentado violento ao pudor. Menor. Condenação. Justificação judicial. Prova nova. Absolvição. Inviabilidade. Mantém-se a condenação do requerente pela conduta prevista no artigo 214, c/c o 224, “a”, do CP, se a vítima, em audiência de justificação, não apresenta prova nova hábil a desconstituir a condenação passada em julgado.

Revisão Criminal improcedente.

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, por sua Seção Criminal, à unanimidade, acolhendo em parte o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, conhecer do pedido e julgá-lo improcedente, nos termos do voto do Relator e da Ata de Julgamentos.

Participaram do julgamento, votando com o Relator, os Desembargadores Fernando de Castro Mesquita, substituto do Desembargador J. Paganucci Jr., Avelirdes Almeida Pinheiro de Lemos, Carmecy Rosa Maria Alves de Oliveira, Edison Miguel da Silva Júnior, Nicomedes Domingos Borges, o Juiz Eudécio Machado Fagundes, substituto do Desembargador João Waldeck Félix de Sousa, Leandro Crispim, Itaney Francisco Campos e Luiz Cláudio Veiga Braga. Presidiu a Sessão de Julgamento o Desembargador Leandro Crispim. Presente, representando o órgão de cúpula do Ministério Público, o Procurador Pedro Alexandre da Rocha Coelho.

Goiânia, 1º de julho de 2020.

Des. Ivo Favaro – Relator

### **VOTO**

Com só visto, cuida-se de revisão criminal proposta por Farnésio Rabelo de Moraes, condenado nas sanções do artigo 214, c/c o 224, “a”, do Código Penal, e 14 da Lei 10.826, a 8 (oito) anos de reclusão, em regime semiaberto.

Busca absolvição quanto ao crime de atentado violento ao pudor, com fulcro no artigo 621, II e III, do Código de Processo Penal. Alega que a sentença baseou-se no depoimento da vítima que agora declara, em audiência de justificação, ter prestado falso testemunho.

Sabe-se que a revisão criminal constitui meio de impugnação de sentença transitada em julgado, pela qual se busca a correção de erro ou de injustiça, devendo amoldar-se a uma das hipóteses previstas no artigo 621 do Código de Processo Penal:

“A revisão dos processos findos será admitida:

I – quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II – quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III – quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena”.

O requerente foi denunciado nas sanções dos artigos 214, c/c o 224, “a”, do Código Penal, e 14 da Lei 10.826, por haver, mediante violência presumida, constrangido CNS, então com 10 anos, à prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, consistentes em apalpar lascivamente seus seios e coxas. Também portava arma de fogo.

Analisando os autos, verifica-se que na fase judicial, ZNS, mãe da criança, disse que conheceu o acusado num salão de beleza, cujo dono era amigo dela, e ele passou a frequentar sua casa; os seus filhos C e T costumavam ir ao apartamento de F com o seu consentimento, e indagados sobre o comportamento dele, diziam que era respeitador; no dia dos fatos, os filhos estiveram no apartamento do acusado e à noite, por volta de 22 h, ele ligou perguntando se já havia feito algum mal a eles, mas um rapaz pegou o telefone e perguntou seu nome, número do celular e endereço; em seguida, recebeu a visita de um conselheiro tutelar e ele questionou C para saber se o acusado passou a mão no corpo dela; afirmava que ela precisava responder senão prenderiam sua mãe e nunca mais a veria; a menina disse apenas que o acusado colocou as mãos debaixo de seus braços, e todos foram conduzidos à delegacia; a filha foi interpelada em casa, mas negou que F tivesse passado a mão em seus seios e coxas.

TNS, irmão de C, declarou que conheciam o acusado há cerca de seis anos e de vez em quando frequentava a casa dele com suas irmãs; naquele dia, foi a uma papelaria com C e ela recebeu um telefonema dele, que oferecia carona de volta para casa; ele os buscou e foram ao seu apartamento, para lanchar; no local, a pedido de F, saiu por vinte minutos para comprar maracujá e na volta deparou-se com o acusado próximo da vítima, que mexia no computador; ele fez suco, lancharam e foram embora, em momento algum sua irmã reclamou do comportamento dele; mais tarde, em casa, o conselheiro tutelar pressionou a irmã para contar sobre eventual abuso sexual por parte de Farnésio, inclusive ameaçou prender a mãe deles, mas a irmã começou a chorar e nada disse.

Os policiais Allan Pereira e Richard Domingues informaram o recebimento de ordem para acompanhar os conselheiros tutelares ao apartamento do acusado, diante de relato de pedofilia feito por moradores do edifício; no local, o acusado negou os fatos; foram encontrados CDs, DVDs e fitas cassetes de filmes pornográficos.

O conselheiro tutelar Pedro Carlos contou que em casa a vítima negou os abusos sexuais; no caminho para delegacia contou que o acusado brincava com ela no sofá, pegando debaixo dos seus braços para descê-la, e na delegacia que ele passou as mãos nos seus seios e coxas.

De sua vez, C contou que o acusado pediu para T sair e ficaram a sós no apartamento dele; F sentou ao seu lado no sofá e começou a passar a mão pelo seu corpo, nos seios e coxas, por cima de sua roupa, parando de importuná-la quando seu irmão retornou; após o lanche, ele disse que confiava nela, no sentido de que não contasse nada para a mãe, e os levou para casa; ficou sabendo que a síndica do prédio onde mora o acusado denunciou-o na delegacia; esteve na casa do acusado antes do ocorrido por três vezes, e em todas ele repetiu a conduta; não comentou o fato com seu irmão.

Tira-se da prova coligida que a palavra da menor foi determinante para firmar a condenação, como ocorre nos crimes sexuais, geralmente praticados às escondidas.

O requerente trouxe novo depoimento dela, produzido em Justificação Criminal (autos nº 201900970524), visando isentá-lo das acusações de atentado violento ao pudor em face de menor de 14 (quatorze) anos.

C, agora adulta, com 22 (vinte e dois) anos, retratou sua versão, ao relatar que à época tinha dez anos, foi levada para uma sala na delegacia, onde a pressionaram muito para falar, sob ameaça de prender sua mãe, razão de ter mentido. “Aí foi que eu falei o que tá escrito, só que eu vim para falar a verdade”.

Vejo, no entanto, que tal declaração não é sólida o bastante para desconstituir a condenação transitada em julgado. Na fase judicial, a vítima foi precisa e detalhou a conduta do requerente, afirmou até que havia se repetido em outras ocasiões. Agora, na audiência, limitou-se a repetir que no primeiro depoimento foi pressionada com a ameaça de prisão da mãe.

Nessa audiência ela reiterava ter feito aquelas declarações incriminatórias diante da intimidação sofrida na delegacia de Polícia. Contudo, o juiz que presidiu a coleta da retratação insistiu para que ela informasse se na fase instrutória diante da autoridade judicial ela sofrera algum tipo de intimidação.

A pálida reação defensiva de sempre retornar àquele depoimento inicial, na delegacia de polícia, deixa evidente que ela não tinha resposta para o detalhado depoimento judicial primeiro, em que afirmara com bastante clareza os atos repetidos do revisionando.

Chama bastante atenção a informação de que na chegada à casa de F., afastou-se do apartamento T, orientado a buscar suco de maracujá para o lanche. Evidente o intuito de afastar eventual testemunha do que ocorreria ali.

Nenhuma justificativa teve para retratar-se do depoimento prestado na audiência criminal, base da sentença condenatória.

Dessa forma, inviável o acolhimento de pretensão de invalidar a prova robusta que suportou o juízo de reprovação e culminou na condenação.

Sobre a matéria aqui versada, julgados desta Corte:

“Revisão criminal. Homicídio qualificado. Nova prova. Justificação criminal. Nulidade da sessão de julgamento. Impossibilidade. Não estando a hipótese a indicar prova da inocência do requerente, indicativa à revisão criminal, e tendo em conta que a alegada nova prova não é substancialmente inovadora para desconstituição da coisa julgada, não se acolhe a pretensão de mero reexame de matéria probatória, por não se prestar esta via para uma simples reabertura das discussões travadas no âmbito da ação penal já transitada em julgado. Revisão criminal julgada improcedente” (TJGO, Revisão Criminal 5031120-86.2019.8.09.0000, Rel. Leandro Crispim, Seção Criminal, julgado em 09.10.2019, DJe de 09.10.2019).

“Revisão criminal. Roubo circunstanciado em concurso formal. Emprego de arma. Absolvição. Prova nova. Justificação judicial. Improcedência. Condenação mantida. 1. Julga-se improcedente o pedido revisional diante da incapacidade da prova nova produzida em ação

de justificação que possui caráter relativo, de desconstituir o conjunto probatório coletado no curso da ação penal. 2. Pedido improcedente” (TJGO, Revisão Criminal 204012-57.2017.8.09.0000, Rel. Des. J. Paganucci Jr., Seção Criminal, julgado em 06.12.2017, Dje 2422 de 09.01.2018).

Revisão criminal. Estupro e atentado violento ao pudor. Retratação da vítima. Justificação judicial. Ausência de credibilidade. A prova nova apresentada mediante justificação judicial deve ser sólida, incontroversa, em moldes a desfazer o conjunto probatório que, já apreciado em primeiro grau, recebeu sentença condenatória, confirmada por esta Corte em grau de recurso. Revisão julgada improcedente” (TJGO, Revisão Criminal 358827-51.2013.8.09.0000, Rel. Des. Itaney Francisco Campos, Seção Criminal, julgado em 05.02.2014, DJe 1491 de 24.02.2014).

Ante o exposto, desacolhendo o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, conheço da revisão criminal e a julgo improcedente, para manter a sentença que condenou Farnésio Rabelo de Moraes nas sanções do artigo 214, c/c o 224, “a”, do Código Penal.

É o voto.

Des. Ivo Favaro – Relator

# Índices

## Índice Alfabético Cível

### A

<b>Ação direta de inconstitucionalidade.</b> Legislação municipal. Permissão de tríplice acumulação de cargos. Inconstitucionalidade material verificada. Modulação. Necessidade.....	9
<b>Ação rescisória.</b> Art. 966, inciso II, do CPC. Decisão rescindenda proferida na vigência do CPC/73. Aplicação do regime processual revogado. Princípio <b>tempus regit actu</b> . Irretroatividade das leis de cunho processual. Rescindibilidade prevista no art. 966, inciso II, do NCPC. Não aplicáveis as alterações normativas posteriormente introduzidas no ordenamento jurídico.....	17
<b>Ação rescisória.</b> Inexigibilidade de título executivo Judicial. Ação civil pública. Restituição de valores recebidos (13º salário). Decisão do STF em repercussão geral – tema 484. Direito intertemporal. Regra de transição expressa no artigo 1.057 do CPC/15. Inaplicabilidade do artigo 525, §§ 12 e 15, da novel legislação processual. Decadência. Extinção do feito com resolução do mérito.....	25
<b>Agravo de instrumento.</b> Exceção de pré-executividade. Contrato de honorários advocatícios. Assinatura de duas testemunhas. Prescindibilidade. Obrigação com aplicação de percentual sobre valor bruto de imóveis a ser declarado em outra ação. Obrigação a ser definida pela via cognitiva. Ausência de liquidez a determinar a carência de ação, por inadequação. Decisão reformada. Exceção de pré-executividade acolhida.....	31
<b>Agravo de instrumento.</b> Ação de obrigação de fazer com pedido de antecipação de tutela. Aplicação do direito do consumidor. Medicamento de alto custo. Beneficiário do plano de saúde sem condições financeiras. Deferimento exclusivo para tratamento ambulatorial de antineoplásicos. Inexistência do dever das operadoras de saúde em casos diversos. Obrigação afastada. Decisão reformada.....	38
<b>Agravo em execução penal.</b> Substituição da pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade por prestação pecuniária. Impossibilidade. Afronta à coisa julgada. Aplicação de duas penas restritivas de direitos idênticas. Ofensa ao art. 44, § 2º, do código penal.....	42
<b>Apelação cível.</b> Agravo interno. Embargos de terceiro. Ação possessória. Imóvel rural. Valoração da prova oral pelo julgador de origem. Prestigiada. Contrato de arrendamento rural. Melhor posse em favor do embargado. Sentença ultra petita. Reconhecido.....	45
<b>Apelação cível.</b> Ação de investigação de paternidade <b>post mortem</b> com pedido de herança. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Livre valoração da prova. Exame genético com filhos biológicos do suposto pai investigado. Resultados conclusivos. Ausência de liame biológico. Exumação do cadáver do falecido. Excepcionalidade não justificada. Sentença de improcedência ratificada. Honorários sucumbenciais. Majoração.....	53
<b>Apelação cível.</b> Ação civil pública. Degradação ambiental. Extração ilegal de areia e cascalho. Dever de reparação. Sentença confirmada.....	58
<b>Apelação Cível.</b> Duplo grau de jurisdição e apelação cível. Anulação de ato administrativo. Interesse de agir. Cláusula de reserva de plenário. Inaplicável. Banco de lotes. Município de catalão. Lei complementar nº 2.212/2004 revogada. Continuidade normativa. Inconstitucionalidade reconhecida. Corte especial. Modulação de efeitos. Impossibilidade.....	63

<b>Apelação cível.</b> Ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais. Compra e venda de imóvel. Cerceamento do direito de defesa não verificado. Nulidade do processo por sentença ultra petita ocorrência. Perda do objeto não comprovada. Loteamento. Obras de infraestrutura. Obras de pavimentação, meio-fio e rede de esgoto. Previsão na legislação municipal ou no contrato. Responsabilidade do loteador. Propaganda enganosa. Princípio da boa-fé objetiva. Obrigações contratuais. Descumprimento. Exclusão de ilicitude e culpa exclusiva de terceiro afastadas. Dano moral não comprovado.....	74
<b>Apelação cível.</b> Ação de indenização por danos morais e materiais. Acidente de trânsito em rodovia. Atropelamento. Ônibus. Ciclista. Acostamento. Requisitos da responsabilidade civil. Preenchimento. Código de trânsito brasileiro. Dever de cautela não observado. Culpa exclusiva da vítima não evidenciada. Culpa concorrente não caracterizada. Valor da indenização do dano moral. Proporcionalidade e razoabilidade. Sentença mantida.....	93
<b>Apelação cível.</b> Ação de obrigação de fazer c / c tutela de urgência.....	104
<b>Apelação cível.</b> Ação de obrigação de fazer c/c pedido de indenização por danos materiais e morais. Aquisição de imóvel.....	114
<b>Apelação cível.</b> Ação de rescisão contratual c/c devolução de parcelas pagas. Rescisão contratual alicerçada no atraso da entrega de obra ajuizada dois anos e meio após a sua disponibilização ao comprador. Devolução das quantias pagas. Percentual de retenção. Ônus da sucumbência. Condenação incidente sobre o proveito econômico obtido e não sobre o valor da causa.....	128
<b>Apelação cível.</b> Mandado de segurança. Intimação. Nulidade arguida. Preclusão. Vereador. Condenação criminal transitada em julgado. Suspensão dos direitos políticos. Perda do cargo. Suplente. Posse. Direito líquido e certo. Agravo interno contra decisão liminar. Prejudicialidade.....	141
<b>Apelação cível.</b> Mandado de segurança. Concurso público. Deficiente físico. Eliminação do candidato no exame médico. Avaliação de compatibilidade entre as atribuições do cargo e a deficiência do candidato deve ocorrer durante o estágio probatório. Decreto nº 3.298/99. Direito líquido e certo configurado. Recurso provido.....	149
<b>Apelação cível.</b> Negatória de paternidade. Art. 1.604 do Código Civil. Exclusão de registro civil. Registro civil de nascimento: presunção quase absoluta de filiação. Invalidado mediante prova de erro ou falsidade.....	156
<b>Apelação cível.</b> Indenização por danos morais. Responsabilidade civil do estado por morte de detento. Artigos 5º, XLIX, e 37, § 6º, da constituição federal.....	161
<b>Apelação cível.</b> Alimentos. Julgamento conjunto de execução e embargos à execução. Quitação do débito principal reconhecida. Extinção dos embargos por superveniente perda do interesse de agir. Julgamento preservado. Extinção do feito executivo. Impossibilidade. Honorários advocatícios remanescentes.....	168
<b>Apelação cível.</b> Ação ordinária em fase de cumprimento de sentença. Homologação de acordo. Fazenda pública. Insurgência quanto à forma de pagamento adotada e ofensa a princípios que regem a administração pública. Legitimidade recursal do ministério público. Nulidade afastada.....	173
<b>Apelação cível.</b> Ação de nulidade de ato administrativo. Nomeação para o cargo de conselheiro substituto do TCM/GO. Preliminares. Formação de litisconsórcio necessário. Terceiro empossado.	



Efetivação. Antecipação de tutela. Inocorrência. Nomeação antes da convocação para exames admissionais. Convalidação do ato. Ilegalidade não verificada.....	176
Apelação cível. Ação de indenização. Licitação. Fiança. Performance bond. Legitimidade passiva. Dever de indenizar limitado à carta fiança. Honorários advocatícios. Fixação equitativa. Valor da condenação elevado.....	187
<b>Apelação cível.</b> Ação de cobrança de indenização securitária. Preliminares decididas no acórdão proferido em agravo de instrumento, já transitado em julgado. Preclusão. Seguro de vida em grupo. Suicídio do segurado no período de carência contratual. Cobertura excluída. Reforma da sentença. Ônus sucumbenciais.....	197
<b>Apelação cível.</b> Ação civil pública. Improbidade administrativa. Atos tidos como irregulares no exercício do cargo conselheiro do tribunal de contas do estado. Preliminares. Preclusão. Prescrição. Não ocorrência. Ato ímprobo não caracterizado.....	210
<b>Apelação cível em ação de retificação.</b> Seguro de vida. Ilegitimidade ativa e passiva da instituição financeira. Improcedência. Código de defesa do consumidor. Aplicabilidade. Princípios da vontade e da declaração. Princípio da primazia da verdade. Prescrição. Inexistência. Ciência do fato. Honorários advocatícios sucumbenciais.....	228
<b>Apelação cível.</b> Ação de obrigação de fazer. Danos morais. Cartão consignado. Súmula 63 TJGO. <b>Ratio decidendi.</b> Distinguishing. Ciência da contratação. Danos morais. Improcedência. Honorários grau recursal.....	241
<b>Apelação cível.</b> Ação civil por ato de improbidade administrativa. Negligência no recolhimento de tributo. ISTI/ITBI. Avaliação a menor do valor de imóveis. Competência. Prescrição. Denúnciação à lide. Configuração da conduta. Art. 10, X, da LIA. Desnecessidade da verificação de dolo. Descompasso entre a arrecadação e a escrita fiscal. Ato não imputável ao recorrente. Provimento parcial.....	262
<b>Apelação cível.</b> Dupla apelação cível. Ação de indenização c/c danos morais e obrigação de fazer. Agravo retido interposto na vigência do CPC/1973. Desentranhamento da impugnação à contestação. Art. 195, CPC/73. Prescrição. Matéria já decidida em decisão saneadora. Ausência de fundamentação. Inocorrência. Julgamento <b>extra petita</b> não caracterizado. Responsabilidade civil da construtora. Má execução da obra. Área de lazer do condomínio. Inviabilidade de reconstrução. Área de preservação permanente. Perdas e danos. Reconhecimento de área consolidada. Impossibilidade. Dano moral. Condomínio. Ônus da sucumbência. Sentença mantida.....	271
<b>Apelação cível.</b> Ação de devolução de bens. Anulação de compra e venda. Pedido julgado procedente. Decadência. Prazo afastado. Julgamento extra petita reconhecido de ofício. Adequação. Princípio da adstrição. Casamento realizado no estrangeiro. Bens adquiridos no brasil em nome de um só dos cônjuges. Reconhecimento da nulidade parcial (art. 167, § 1º, II, CC). Retificação na escrituração dos bens, para constar o real estado civil da cônjuge virago e incluir o nome do cônjuge varão. Parcial provimento do apelo. Redistribuição dos ônus sucumbenciais, pro rata.....	291
<b>Apelação cível.</b> Ação de investigação de maternidade post mortem com pedido liminar. Filiação socioafetiva. Requisitos. Ausência. Posse do estado de filho inexistente. Ausente voluntariedade da pretensa mãe. Sentença reformada. Inversão dos ônus da sucumbência.....	300

<b>Apelação cível.</b> Ação de rescisão contratual c/c reintegração de posse. Contrato de compra e venda de imóvel. Assistência judiciária. Inexecução voluntária da obrigação pelo comprador. Ausência de pagamento das parcelas avençadas. Resolução contratual. Multa penal.....	307
<b>Apelação cível.</b> Desnecessidade de outorga uxória. Necessidade de anuência do cônjuge somente quando se tratar de título de crédito inominado.....	313
<b>Arguição de inconstitucionalidade em apelação cível.</b> Art. 346 do código tributário do município de Paraúna. Instituição de taxa como contraprestação dos serviços urbanos de varrição de logradouros públicos; coleta de lixo em logradouros; conservação de vias pavimentadas; e limpeza de galerias pluviais, bueiros e bocas de lobo. Serviços públicos gerais e indivisíveis. Violação do art. 101, II, da constituição do estado de Goiás e do art. 145, II, da constituição federal.....	317

## D

<b>Dupla apelação cível. Apelação cível.</b> Ação indenizatória. Acidente de helicóptero. Morte de pai de família. Responsabilidade civil. Preliminares. Cerceamento de defesa. Oportunizado requerer provas. Juiz destinatário final dos elementos probatório. Arts. 370 e 371, CPC. Não acolhimento. Sentença sem fundamentação. Omissão sobre matéria de defesa alegada em contestação. Afastamento de jurisprudência citada em defesa. Distinguishing/overruling. Não acolhimento. Preliminar. Legitimidade passiva proprietário empresa. Não acolhimento. Mérito. Responsabilidade objetiva do proprietário/explorador aeronave. Arts. 122 a 124. Código brasileiro de aeronáutica. Culpa do piloto no acidente. Responsabilidade objetiva do empregador por seu preposto/empregado. Súmula nº 341/STJ. Arts. 932, III e 933, CC. Vítima “caroneira”. Culpa grave. Aplicação da súmula nº 145/STJ. Não inclusão do proprietário da empresa no polo passivo. Danos morais. Não tarifação segundo OTN (obrigações do tesouro nacional). Razoabilidade-proporcionalidade. Súmula nº 32/TJGO. Redução indenização. Seguro obrigatório (reta). Desconto sobre indenização por danos materiais. Precedentes STJ. Danos materiais. Pensionamento. Base cálculo. Valores percebidos de forma vitalícia. Direito de acrescer da viúva. Direito ao pensionamento por filho incapaz (síndrome de down). Direito de acrescer do incapaz. Não compensação no pensionamento de benefício previdenciários. Precedentes STJ. Constituição de capital. Garantia de adimplemento da obrigação. Independente da situação econômica do obrigado e de inclusão em folha de pagamento. Súmula nº 313/STJ. Pagamento parcelas vencidas em parcela única. Precedente STJ. Juros de mora e correção monetária. Relação extracontratual. Súmulas nº 54, 43 e 362/STJ. Sucumbência em primeiro grau. Mantida. Sem majoração em grau recursal. Redimensionamento. Beneficiário gratuidade da justiça. Suspensão exigibilidade. Art. 98, § 3º, CPC.....	323
<b>Duplo grau de jurisdição e apelações cíveis.</b> Ação declaratória c/c obrigação de fazer. Goiás previdência (Goiasprev). Legitimidade configurada. Participantes do serviço notarial e registral. Emissão e averbação de certidão de tempo de serviço para fins de aposentadoria e direitos previdenciários. Possibilidade. Inconstitucionalidade da Lei estadual nº 15.150, de 19 de abril de 2005. Irrelevância. Honorários recursais. Majoração.....	340

**Duplo grau de jurisdição e apelação cível.** Ação declaratória de dependência econômica. Pensão previdenciária por morte. Desnecessidade de dependência exclusiva. Direito evidenciado. Termo inicial. Citação. Correção e juros de mora. Tema 905/STJ.....356

**Duplo grau de jurisdição. Apelação cível.** Mandado de segurança. ICMS. Energia elétrica. Operação interestadual. Valor adicionado fiscal gerado pela hidrelétrica de São Simão. Remessa de energia à distribuidora de mesma titularidade em outro estado da federação. Litisconsórcio passivo necessário. Aplicação retroativa da Lei complementar federal 158/2017. Necessidade de dilação probatória. Direito líquido e certo não demonstrado. Sentença reformada.....361

**Duplo Grau de Jurisdição.** Apelação cível e reexame necessário. Ação declaratória c/c restituição de importâncias pagas. ICMS. Substituição tributária. Aquisição de peças originais por concessionária de veículos. Base de cálculo. Margem de valor agregado (MVA-ST). Redução de alíquota (36,56%). Art. 8º, Lei federal nº 6.729/1979. Protocolo ICMS nº 41/2008 (CONFAZ). Não atendimento aos requisitos legais. Não comprovação. Interpretação restritiva. Princípio da isonomia. Inaplicável. Legalidade dos tributos exigidos. Inexistência de valores restituíveis.....379

## I

**Incidente de resolução de demandas repetitivas.** Promoção de militar por ato de bravura. Demandas repetitivas. Questão unicamente de direito. Entendimentos jurisprudenciais conflitantes. Controvérsia demonstrada. Tese jurídica fixada. Causa piloto. Duplo grau de jurisdição e apelação cível em mandado de segurança. Promoção por ato de bravura reconhecida na origem. Apelação fundada na alegação de discricionariedade do ato. Insubsistência. Sentença mantida.....391

## M

**Mandado de segurança.** Quebra de sigilo telemático.....400

**Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade.** Suspensão dos efeitos da Emenda Constitucional Estadual nº 65, de 21 de dezembro de 2019 ou §§ 2º e 3º, artigo 97, e do **caput** do 97-A. Reforma de Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos Estaduais – RPPS.....405

## Índice Alfabético Criminal

### A

- Agravo.** Execução penal. Sanção privativa de liberdade convertida em reprimendas restritivas de direitos, dentre as quais, a prestação pecuniária. Tempo de prisão provisória. Detração. Aplicação também às penas restritivas de direitos, inclusive, à prestação pecuniária. Necessidade de se encontrar um parâmetro. Não preenchimento, ainda assim, dos requisitos que foram estabelecidos do Decreto presidencial 9.246/17. Impertinência do indulto e da extinção da punibilidade.....414
- Validade de prova por meio de exame de DNA.** Desnecessário consentimento do investigado quando o material biológico já estiver fora do corpo.....419
- Apelação criminal dupla.** Roubo majorado. Concurso de pessoas. Pretensões contrapostas. 1º apelo: ministerial. Condenação do 2º apelado. 2º e 3º apelos: defensivos. Absolvição. Artigo 386, incisos III e IV, do código de processo penal. Desclassificação para tentativa ou constrangimento ilegal. Participação de menor importância.....424

### C

- Conflito negativo de competência.** Lesão corporal. **Aberratio ictus.** Inexistência de ofensas baseadas no gênero.....431
- Calúnia. Advogado. Habeas corpus sustentando trancamento da ação penal.....436

### H

- Habeas corpus.** Droga. Tráfico. Associação. Prisão preventiva. Motivada. Pandemia. Covid-19. Comorbidade. Recolhimento domiciliar.....439
- Habeas corpus.** Prisão em flagrante delito convertida em preventiva. Acordo de não persecução penal. Ausência dos requisitos. Medida extrema. Decisão fundamentada. Necessidade demonstrada. Ilegalidade afastada.....441

### M

- Mandado de segurança.** Atentado violento ao pudor com violência presumida majorado pela autoridade parental. Sentença penal condenatória transitada em julgado. Ajuizamento no juízo de origem de justificação criminal, visando instruir futura revisão criminal. Indeferimento do procedimento de produção de prova. Violação a direito líquido e certo.....442

## R

<b>Revisão Criminal.</b> Recurso em sentido estrito. Prisão antecipada. Substituição por cautelar diversa. Restabelecimento da medida extrema. Ausência de motivo superveniente justificador. Necessidade não demonstrada.....	447
<b>Posse de arma de fogo.</b> Condenação com trânsito em julgado. Pena: 1 ano de detenção, regime inicial aberto, substituída por duas restritivas de direitos. Revisão criminal sustentando contrariedade ao art. 44, § 2º, do CP.....	447
<b>Revisão criminal.</b> Atentado violento ao pudor. Menor. Condenação. Justificação judicial. Prova nova. Absolução. Inviabilidade.....	449

## Índice Numérico Cível

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5486394-38.2017.8.09.0000.....	09
Ação Rescisória nº 5385798.12.2018.8.09.0000.....	17
Ação Rescisória nº 5485465.34.2019.8.09.0000.....	25
Agravo de Instrumento nº 5452458-17.2020.8.09.0000.....	31
Agravo de Instrumento nº 5476824.57.2019.8.09.0000.....	38
Agravo em Execução Penal nº 5699644.86.2019.8.09.0000.....	42
Apelação Cível nº 5459626.61.2019.8.09.0176.....	45
Apelação Cível nº 0407162.62.2016.8.09.0176.....	53
Apelação Cível nº 0229577.28.2012.8.09.0152.....	58
Apelação Cível nº 5287854.54.2017.8.09.0029.....	63
Apelação Cível nº 0312346.85.2016.8.09.0174.....	74
Apelação Cível nº 0062129-72.2017.8.09.0049.....	93
Apelação Cível nº 5517689.41.2018.8.09.0006.....	104
Apelação Cível nº 0289186-78.2016.8.09.0029.....	114
Apelação Cível nº 5480762.90.2019.8.09.0087.....	128
Apelação Cível nº 5564441.54.2018.8.09.0141.....	141
Apelação Cível nº 0004755.39.2010.8.09.0051.....	149
Apelação Cível nº 0458079.68.2015.8.09.0093.....	156
Apelação Cível nº 0095999.42.2015.8.09.0029.....	161
Apelação Cível nº 0062357-61.2005.8.09.0051.....	168
Apelação Cível nº 0268225-64.2014.8.09.0166.....	173
Apelação Cível nº 5468846.07.2018.8.09.0051.....	176
Apelação Cível nº 0249378.34.2015.8.09.0051.....	187
Apelação Cível nº 5114017-18.2019.8.09.0051.....	197
Apelação cível nº 5094947.20.2016.8.09.0051.....	210
Apelação Cível nº 5252449.16.2018.8.09.0095.....	228
Apelação Cível nº 5150564.28.2017.8.09.0051.....	241
Apelação Cível nº 0499644.72.2009.8.09.0141.....	262
Apelação Cível nº 0331534.64.2008.8.09.0006.....	271
Apelação Cível nº 0306807.09.2014.8.09.0175.....	291
Apelação Cível nº 118754-10.2015.8.09.0175.....	300
Apelação Cível nº 0248567.19.2015.8.09.0134.....	307
Apelação Cível nº 0306640.43.2008.8.09.0129.....	313
Arguição de Inconstitucionalidade na Apelação Cível nº 0200792-16.8.09.0120.....	317
Dupla Apelação Cível nº 0352814.09.2015.8.09.0051.....	323
Duplo Grau de Jurisdição nº 0273199.65.2016.8.09.0105.....	340
Duplo Grau de Jurisdição nº 0397814.79.2012.8.09.0134.....	356

Duplo Grau de Jurisdição nº 5169598.52.2018.8.09.0051.....	361
Duplo Grau de Jurisdição e Apelação Cível nº 0057810-60.2014.8.09.0051.....	379
Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 5419721.92.2019.8.09.0000.....	391
Mandado de Segurança nº 5705126.15.2019.8.09.0000.....	400
Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5050609.75.2020.8.09.0000.....	405

## Índice Numérico Criminal

Agravo em execução penal nº 5085665.72.2020.8.09.0000.....	414
Apelação criminal nº 0071042-26.2018.8.09.0011.....	419
Apelação criminal nº 278813-98.2017.8.09.0175.....	424
Conflito de competência nº 5376238-19.2020.8.09.0051.....	431
Habeas corpus nº 5512969-78.2020.8.09.0000.....	436
Habeas corpus nº 5328156.13.2020.8.09.0000.....	439
Habeas corpus nº 5349113-35.2020.8.09.0000.....	441
Mandado de segurança nº 5451930-80.2020.8.09.0000.....	442
Recurso em sentido estrito nº 5380762-18.2020.8.09.0000.....	447
Revisão criminal nº 5342407-36.2020.8.09.0000.....	447
Revisão criminal nº 5731957.03.2019.8.09.0000.....	449