Jurisprudência Mineira

Órgão Oficial do Tribunal de Justiça
do Estado de Minas Gerais

Repositório autorizado de jurisprudência do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Registro nº 16, Portaria nº 12/90.

Os acórdãos selecionados para esta Revista correspondem, na íntegra, às cópias dos originais obtidas na Secretaria do STJ.

Repositório autorizado de jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, a partir do dia 17.02.2000, conforme Inscrição nº 27/00, no Livro de Publicações Autorizadas daquela Corte.

Jurisprudência Mineira	Belo Horizonte	a. 59	v. 184	p. 1-413	jan./mar. 2008

Escola Judicial Des. Edésio Fernandes

Superintendente
Des. Reynaldo Ximenes Carneiro

Superintendente Adjunto
Des. José Geraldo Saldanha da Fonseca

Diretora Executiva de Desenvolvimento de Pessoas
Mônica Alexandra de Mendonça Terra e Almeida Sá

Diretora Executiva de Gestão da Informação Documental
Maria Cristina Monteiro Ribeiro Cheib

Gerente de Jurisprudência e Publicações Técnicas
Rosane Brandão Bastos Sales

Coordenação de Publicação e Divulgação de Informação Técnica
Lúcia Maria de Oliveira Mudrik - Coordenadora

Alexandre Silva Habib
Cecília Maria Alves Costa
Eliana Whately Moreira
João Dias de Ávila
Luiz Gustavo Villas Boas Givisiez
Maria Célia da Silveira
Maria da Consolação Santos
Maria Helena Duarte
Marisa Martins Ferreira
Mauro Teles Cardoso
Myriam Goulart de Oliveira
Tadeu Rodrigo Ribeiro
Vera Lúcia Camilo Guimarães
Wolney da Cunha Soares

Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes
Rua Guajajaras, 40 - 22º andar - Centro - Ed. Mirafiori - Telefone: (31) 3247-8766
30180-100 - Belo Horizonte/MG - Brasil
www.tjmg.gov.br/ejef - codit@tjmg.gov.br

Nota: Os acórdãos deste Tribunal são antecedidos por títulos padronizados, produzidos pela redação da Revista.

Fotos da Capa:

Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza - Sobrado em Ouro Preto onde funcionou o antigo Tribunal da Relação
- Palácio da Justiça Rodrigues Campos, sede do Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Sérgio Faria Daian - Montanhas de Minas Gerais
Rodrigo Albert - Corte Superior do Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Projeto Gráfico e Diagramação: ASCOM/CECOV
Normalização Bibliográfica: EJEF/GEDOC/COBIB

Enviamos em permuta - Enviamos en canje - Nous envoyons en échange
- Inviamo in cambio - We send in exchange - Wir senden in tausch

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

JURISPRUDÊNCIA MINEIRA, Ano 1 n° 1 1950-2008
Belo Horizonte, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Trimestral.
ISSN 0447-1768

1. Direito - Jurisprudência. 2. Tribunal de Justiça. Periódico. I. Minas Gerais. Tribunal de Justiça.

CDU 340.142 (815.1)

ISSN 0447-1768

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Presidente
Desembargador ORLANDO ADÃO CARVALHO

Primeiro Vice-Presidente
Desembargador CLÁUDIO RENATO DOS SANTOS COSTA

Segundo Vice-Presidente
Desembargador REYNALDO XIMENES CARNEIRO

Terceiro Vice-Presidente
Desembargador JARBAS DE CARVALHO LADEIRA FILHO

Corregedor-Geral de Justiça
Desembargador JOSÉ FRANCISCO BUENO

Tribunal Pleno
Desembargadores
(por ordem de antiguidade em 06.03.2008)

Edelberto Lellis Santiago
Orlando Adão Carvalho
Antônio Hélio Silva
Cláudio Renato dos Santos Costa
Isalino Romualdo da Silva Lisbôa
Sérgio Antônio de Resende
Roney Oliveira
Reynaldo Ximenes Carneiro
Joaquim Herculano Rodrigues
Mário Lúcio Carreira Machado
José Tarcízio de Almeida Melo
José Antonino Baía Borges
José Francisco Bueno
Célio César Paduani
Hyparco de Vasconcellos Immesi
Kildare Gonçalves Carvalho
Márcia Maria Milanez Carneiro
Nilson Reis
Dorival Guimarães Pereira
Jarbas de Carvalho Ladeira Filho
José Altivo Brandão Teixeira
José Domingues Ferreira Esteves
Jane Ribeiro Silva
Antônio Marcos Alvim Soares
Eduardo Guimarães Andrade
Antônio Carlos Cruvinel
Fernando Bráulio Ribeiro Terra
Edivaldo George dos Santos
Silas Rodrigues Vieira
Wander Paulo Marotta Moreira
Maria Elza de Campos Zettel
Geraldo Augusto de Almeida
Caetano Levi Lopes
Luiz Audebert Delage Filho
Ernane Fidélis dos Santos
José Nepomuceno da Silva
Manuel Bravo Saramago
Belizário Antônio de Lacerda
José Edgard Penna Amorim Pereira
José Carlos Moreira Diniz
Paulo Cézar Dias
Vanessa Verdolim Hudson Andrade
Edilson Olímpio Fernandes
Geraldo José Duarte de Paula
Maria Beatriz Madureira Pinheiro Costa Caires
Armando Freire
Delmival de Almeida Campos
Alvimar de Ávila

Dárcio Lopardi Mendes
Valdez Leite Machado
Alexandre Victor de Carvalho
Teresa Cristina da Cunha Peixoto
Eduardo Mariné da Cunha
Maria Celeste Porto Teixeira
Alberto Vilas Boas Vieira de Sousa
Eulina do Carmo Santos Almeida
José Affonso da Costa Côrtes
Antônio Armando dos Anjos
José Geraldo Saldanha da Fonseca
Geraldo Domingos Coelho
Osmando Almeida
Roberto Borges de Oliveira
Eli Lucas de Mendonça
Alberto Aluízio Pacheco de Andrade
Francisco Kupidlowski
Antoninho Vieira de Brito
Guilherme Luciano Baeta Nunes
Maurício Barros
Paulo Roberto Pereira da Silva
Mauro Soares de Freitas
Ediwal José de Morais
Dídimo Inocêncio de Paula
Unias Silva
Eduardo Brum Vieira Chaves
William Silvestrini
Maria das Graças Silva Albergaria dos Santos Costa
José de Dom Viçoso Rodrigues
Elias Camilo Sobrinho
Pedro Bernardes de Oliveira
Antônio Sérvulo dos Santos
Francisco Batista de Abreu
Heloísa Helena de Ruiz Combat
José Amancio de Sousa Filho
Sebastião Pereira de Souza
Selma Maria Marques de Souza
José Flávio de Almeida
Tarcísio José Martins Costa
Evangelina Castilho Duarte
Otávio de Abreu Portes
Nilo Nivio Lacerda
Walter Pinto da Rocha
Irmar Ferreira Campos
Luciano Pinto
Márcia De Paoli Balbino
Hélcio Valentim de Andrade Filho
Antônio de Pádua Oliveira
Fernando Caldeira Brant
Hilda Maria Pôrto de Paula Teixeira da Costa
José de Anchieta da Mota e Silva
José Afrânio Vilela
Elpídio Donizetti Nunes
Fábio Maia Viani
Renato Martins Jacob
Antônio Lucas Pereira
José Antônio Braga
Maurílio Gabriel Diniz
Wagner Wilson Ferreira
Pedro Carlos Bitencourt Marcondes
Pedro Coelho Vergara
Marcelo Guimarães Rodrigues
Adilson Lamounier
Cláudia Regina Guedes Maia
José Nicolau Masselli
Judimar Martins Biber Sampaio
Antônio Generoso Filho
Fernando Alvarenga Starling
Álvares Cabral da Silva
Fernando Neto Botelho
Alberto Henrique Costa de Oliveira
Marcos Lincoln dos Santos
Rogério Madeiros Garcia de Lima

Composição de Câmaras e Grupos - Dias de Sessão

Primeira Câmara Cível
Terças-feiras

Desembargadores

Eduardo Guimarães **Andrade***
Geraldo Augusto de Almeida
Vanessa Verdolim Hudson Andrade
Armando Freire
Alberto Vilas Boas

Segunda Câmara Cível
Terças-feiras

Desembargadores

Roney Oliveira*
Mário Lúcio **Carreira Machado**
Nilson Reis
José Altivo **Brandão Teixeira**
Caetano Levi Lopes

Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis

1ª quarta-feira do mês (Primeira e Segunda Câmaras, sob a Presidência do Des. Roney Oliveira)

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

Terceira Câmara Cível
Quintas-feiras

Desembargadores

Kildare Gonçalves Carvalho*
Silas Rodrigues **Vieira**
Manuel Bravo **Saramago**
Dídimo Inocêncio de Paula
Maria das Graças Silva **Albergaria** dos Santos **Costa**

Quarta Câmara Cível
Quintas-feiras

Desembargadores

José Tarcízio de **Almeida Melo***
Célio César Paduani
Luiz **Audebert Delage** Filho
José Carlos **Moreira Diniz**
Dárcio Lopardi Mendes

Segundo Grupo de Câmaras Cíveis

1ª quarta-feira do mês (Terceira e Quarta Câmaras, sob a Presidência do Des. Nilo Schalcher Ventura)

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

Quinta Câmara Cível
Quintas-feiras

Desembargadores

Antônio Hélio Silva
Dorival Guimarães Pereira*
Maria Elza de Campos Zettel
José **Nepomuceno** da **Silva**
Mauro Soares de Freitas

Sexta Câmara Cível
Terças-feiras

Desembargadores

José Domingues Ferreira Esteves*
Ernane Fidélis dos Santos
Edilson Olímpio **Fernandes**
Maurício Barros
Antônio Sérvulo dos Santos

Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis

3ª quarta-feira do mês (Quinta e Sexta Câmaras, sob a Presidência do Des. Dorival Guimarães Pereira)

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

Sétima Câmara Cível
Terças-feiras

Desembargadores

Antônio Marcos **Alvim Soares***
Edivaldo George dos Santos
Wander Paulo **Marotta** Moreira
Belizário Antônio **de Lacerda**
Heloísa Helena de Ruiz **Combat**

Oitava Câmara Cível
Quintas-feiras

Desembargadores

Fernando Bráulio Ribeiro Terra*
José **Edgard Penna Amorim** Pereira
Teresa Cristina da Cunha Peixoto
Elias Camilo Sobrinho
Fernando Neto **Botelho**

Quarto Grupo de Câmaras Cíveis

3ª quarta-feira do mês (Sétima e Oitava Câmaras, sob a Presidência do Des. Alvim Soares)

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

Nona Câmara Cível
Terças-feiras

Desembargadores
Osmando Almeida*
Pedro Bernardes de Oliveira
Tarcísio José **Martins Costa**
José Antônio Braga
Antônio **Generoso Filho**

Décima Câmara Cível
Terças-feiras

Desembargadores
Roberto Borges de Oliveira
Alberto Aluízio Pacheco de Andrade*
Paulo Roberto **Pereira da Silva**
Álvares **Cabral da Silva**
Marcos Lincoln dos Santos

Quinto Grupo de Câmaras Cíveis
2ª terça-feira do mês (Nona e Décima Câmaras, sob a Presidência do Des. Osmando Almeida)

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

Décima Primeira Câmara Cível
Quartas-feiras

Desembargadores
Geraldo José **Duarte de Paula**
Selma Maria **Marques** de Souza
Fernando Caldeira Brant
José **Afrânio Vilela**
Marcelo Guimarães **Rodrigues** *

Décima Segunda Câmara Cível
Quartas-feiras

Desembargadores
Alvimar de Ávila
José Geraldo **Saldanha da Fonseca**
Geraldo **Domingos Coelho**
José Flávio de Almeida
Nilo Nívio **Lacerda***

Sexto Grupo de Câmaras Cíveis
3ª quarta-feira do mês (Décima Primeira e Décima Segunda Câmaras, sob a Presidência do Des. Duarte de Paula)

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

Décima Terceira Câmara Cível
Quintas-feiras

Desembargadores
Eulina do Carmo Santos **Almeida***
Francisco Kupidlowski
Cláudia Regina Guedes **Maia**
Alberto Henrique Costa de Oliveira

Décima Quarta Câmara Cível
Quintas-feiras

Desembargadores
Valdez Leite Machado*
Evangelina Castilho Duarte
Antônio de Pádua Oliveira
Hilda Maria Pôrto de Paula **Teixeira da Costa**
Rogério Medeiros Garcia de Lima

Sétimo Grupo de Câmaras Cíveis
2ª quinta-feira do mês (Décima Terceira e Décima Quarta Câmaras, sob a Presidência do Des. Valdez Leite Machado)

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

Décima Quinta Câmara Cível
Quintas-feiras

Desembargadores
José Affonso da Costa Côrtes*
José de Anchieta da **Mota e Silva**
Maurílio Gabriel Diniz
Wagner Wilson Ferreira
Pedro Carlos **Bitencourt Marcondes**

Décima Sexta Câmara Cível
Quartas-feiras

Desembargadores
Francisco **Batista de Abreu***
José Amancio de Sousa Filho
Sebastião Pereira de Souza
Otávio de Abreu Portes
José **Nicolau Masselli**

Oitavo Grupo de Câmaras Cíveis
3ª quinta-feira do mês (Décima Quinta e Décima Sexta Câmaras, sob a Presidência do Des. José Affonso da Costa Côrtes)

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

Décima Sétima Câmara Cível Quintas-feiras	Décima Oitava Câmara Cível Terças-feiras
Desembargadores	Desembargadores
Eduardo **Mariné da Cunha***	**Guilherme Luciano Baeta Nunes***
Irmar Ferreira Campos	**Unias Silva**
Luciano Pinto	José de **Dom Viçoso Rodrigues**
Márcia De Paoli Balbino	**Elpídio Donizetti** Nunes
Antônio **Lucas Pereira**	**Fábio Maia Viani**

Nono Grupo de Câmaras Cíveis

1ª Quinta-feira do mês (Décima Sétima e Décima Oitava Câmaras, sob a Presidência do Des. Eduardo Mariné da Cunha)

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

Primeira Câmara Criminal Terças-feiras	Segunda Câmara Criminal Quintas-feiras	Terceira Câmara Criminal Terças-feiras
Desembargadores	Desembargadores	Desembargadores
Edelberto Lellis **Santiago**	Joaquim **Herculano Rodrigues***	**Sérgio** Antônio de **Resende**
Márcia Maria **Milanez** Carneiro	**José Antonino Baía Borges**	**Jane** Ribeiro **Silva**
Eduardo Brum Vieira Chaves	**Hyparco** de Vasconcellos **Immesi**	**Antônio Carlos Cruvinel**
Judimar Martins **Biber** Sampaio*	Maria **Beatriz** Madureira **Pinheiro** Costa **Caires**	**Paulo Cézar Dias**
Fernando Alvarenga **Starling**	Antoninho **Vieira de Brito**	**Antônio Armando dos Anjos***

** Presidente da Câmara*

Primeiro Grupo de Câmaras Criminais (2ª segunda-feira do mês) - Horário: 13 horas
Primeira, Segunda e Terceira Câmaras, sob a Presidência do Des. Edelberto Santiago

Quarta Câmara Criminal Quartas-feiras	Quinta Câmara Criminal Terças-feiras
Desembargadores	Desembargadores
Delmival de Almeida Campos	**Alexandre Victor de Carvalho**
Eli Lucas de Mendonça*	**Maria Celeste Porto** Teixeira
Ediwal José de Morais	**Hélcio Valentim** de Andrade Filho*
Walter Pinto da Rocha	**Pedro** Coelho **Vergara**
Renato Martins Jacob	**Adilson Lamounier**

** Presidente da Câmara*

Segundo Grupo de Câmaras Criminais (1ª terça-feira do mês) - Horário: 13 horas
Quarta e Quinta Câmaras, sob a Presidência do Des. Delmival de Almeida Campos

Conselho da Magistratura (Sessão na primeira segunda-feira do mês) - Horário: 14 horas

Desembargadores

Orlando Adão **Carvalho**
Presidente

Claudio Renato dos Santos **Costa**
Primeiro Vice-Presidente

Reynaldo Ximenes Carneiro
Segundo Vice-Presidente

José Francisco Bueno
Corregedor-Geral de Justiça

Jarbas de Carvalho **Ladeira**
Terceiro Vice-Presidente

Edivaldo George dos Santos

Silas Vieira

Wander Paulo **Marotta** Moreira

Maria Elza de Campos Zettel

Corte Superior (Sessões nas segundas e quartas quartas-feiras do mês - Horário: 13 horas)

Desembargadores

Edelberto Lellis **Santiago**

Orlando Adão **Carvalho**
Presidente

Antônio Hélio Silva

Cláudio Renato dos Santos **Costa**
Primeiro Vice-Presidente

Sérgio Antônio de **Resende**

Roney Oliveira

Reynaldo Ximenes Carneiro
Segundo Vice-Presidente

Joaquim **Herculano Rodrigues**
Presidente do TRE

Mário Lúcio **Carreira Machado**

José Tarcízio de **Almeida Melo**
Vice-Presidente e Corregedor do TRE

José Antonino Baía Borges

José Francisco Bueno
Corregedor-Geral de Justiça

Célio César Paduani
Vice-Corregedor-Geral de Justiça

Hyparco de Vasconcellos **Immesi**

Kildare Gonçalves Carvalho

Dorival Guimarães Pereira

Jarbas de Carvalho **Ladeira** Filho
Terceira Vice-Presidente

José Altivo **Brandão Teixeira**

José Domingues Ferreira Esteves

Antônio Marcos **Alvim Soares**

Antônio Carlos Cruvinel

Fernando Bráulio Ribeiro Terra

Geraldo José **Duarte de Paula**

Alvimar de Ávila

Procurador-Geral de Justiça: Dr. Jarbas Soares Júnior

Comissão de Divulgação e Jurisprudência
(em 04.09.2007)

Desembargadores

Antônio Hélio Silva - Presidente

Kildare Gonçalves Carvalho - 1ª, 2ª e 3ª Cíveis

José Domingues Ferreira Esteves - 4ª, 5ª e 6ª Cíveis

Heloísa Helena de Ruiz Combat - 7ª e 8ª Cíveis

Tarcísio Martins Costa - 9ª, 10ª e 11ª Cíveis

Francisco Kupidlowski - 12ª, 13ª, 14ª e 15ª Cíveis

Sebastião Pereira de Souza - 16ª, 17ª e 18ª Cíveis

Beatriz Pinheiro Caires - 1ª, 2ª e 3ª Criminais

Maria Celeste Porto Teixeira - 4ª e 5ª Criminais

SUMÁRIO

HOMENAGEM

Apresentação 13
Homenagem ao Desembargador Ernane Fidélis dos Santos 15
A antecipação da tutela. Interpretação doutrinária. Evolução e prática em quase quinze anos de vigência . . . 17
Acórdãos de relatoria do Desembargador Ernane Fidélis dos Santos 25

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO

Desembargador Lamberto de Oliveira Sant'Anna - Nota biográfica 37
A evolução histórica da função jurisdicional no Estado de Minas Gerais - Nota histórica 38

DOUTRINA

Qualidade no Judiciário - Marcelo Guimarães Rodrigues 41
O princípio da eficiência na prestação de serviços públicos - Maria Aparecida de Oliveira Grossi Andrade 53
Deveres e vedações aos magistrados na Loman - Luiz Guilherme Marques 60

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

Corte Superior 63
Jurisprudência Cível 65
Jurisprudência Criminal 297
Superior Tribunal de Justiça 369
Supremo Tribunal Federal 377
Índice Numérico 381
Índice Alfabético e Remissivo 385

APRESENTAÇÃO

A Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes, em reconhecimento ao mérito do notável Desembargador Ernane Fidélis dos Santos, que, ao lado de sua brilhante carreira na Magistratura, desenvolveu e desenvolve uma atividade de jurisconsulto e professor, tornando-o conhecido no Brasil e no exterior, presta-lhe uma homenagem nesta edição da Revista *Jurisprudência Mineira*.

A Superintendência da EJEF entende que é indispensável que haja um registro da exemplar conduta deste juiz e processualista e, para isso, convidou o Desembargador Manuel Bravo Saramago, que, como grande juiz e brilhante professor, traz a palavra abalizada que representa o sentimento dos juízes mineiros a respeito de quem tanto contribui para o aprimoramento da prestação jurisdicional em nosso país.

Belo Horizonte, março de 2008.

Desembargador Reynaldo Ximenes Carneiro
Segundo Vice-Presidente do TJMG e Superintendente da EJEF

Homenagem ao Desembargador Ernane Fidélis dos Santos

Sinto-me profundamente comovido e honrado pela convocação do eminente Desembargador Reynaldo Ximenes, Segundo Vice-Presidente deste Tribunal e Superintendente da Escola Judicial Edésio Fernandes, para prestar esta homenagem ao meu particular amigo, colega e mestre, Ernane Fidélis dos Santos.

Para mim, falar de Ernane é algo por demais sensibilizante, em razão da fortíssima amizade existente entre nós.

Conheci, pessoalmente, o eminente mestre pelos idos de 1989, quando chegamos a Belo Horizonte, ele vindo de Uberlândia e eu de Viçosa.

Ficamos amigos, e muito amigos, como também as respectivas famílias.

Passei a conhecer melhor o eminente colega.

Pude notar a sua preocupação com a precisão e celeridade na prestação jurisdicional. Achava, como ainda acha, que os operadores do direito, principalmente os juízes, deveriam estudar mais e conhecer melhor a ciência processual, para evitar um processualismo arraigado, ou seja, o prestígio excessivo à forma em prejuízo da efetividade do processo. Sempre e sempre, em suas manifestações, pregou a instrumentalidade do processo, o que significa dizer que este não é um fim em si mesmo, e sim meio para aplicação célere e eficaz do direito à situação litigiosa posta para julgamento.

Conheço a maioria da sua vasta obra literária, dentre elas a clássica "Introdução ao Direito Processual Civil Brasileiro", editada pela Forense em 1978; o excepcional "Manual de Direito Processual", atualmente editado pela Saraiva; "Novíssimos Perfis do Processo Civil Brasileiro", editada pela Del Rey em 1999, e inúmeras outras obras já esgotadas e trabalhos de doutrina publicados em revistas especializadas diversas.

Quando ainda Juiz nas comarcas da região do Triângulo Mineiro, integrava com destaque a denominada "Escola de Processo do Triângulo", juntamente com Jaci de Assis, Humberto Theodoro Júnior, Ronaldo Cunha Campos e Edson Prata, que grandes contribuições deu à evolução da ciência processual.

Releva considerar que Ernane Fidélis, em certos aspectos, seguidor da escola de Carnelutti e a de Liebman, consegue, com o brilhantismo que lhe é peculiar, fazer fácil o difícil, e, culminando, no seu "Manual", ensinou como ninguém, de maneira inteligível a qualquer leigo, a intrincada matéria referente às condições da ação.

Certamente, se a escolha para o Superior Tribunal de Justiça e ou Supremo Tribunal Federal dispensasse o relacionamento político e as visitas aos gabinetes palacianos e desse valor às obras, como diria o Padre Vieira, o eminente colega já seria Ministro e estaríamos privados de sua marcante presença.

Estamos, deveras, vivendo a fase de Ernane Fidélis dos Santos neste Tribunal, que deve ser a casa de excelência de conhecimento e aplicação do Direito. A par desta, fases ficaram registradas, como a de Hermenegildo de Barros, Orozimbo Nonato, Amílcar de Castro, Lopes da Costa, Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto, Hélio Costa, Humberto Theodoro Júnior e outros.

Ernane é, sem sombra de dúvida, o "Juiz Paradigma". É o tipo de magistrado a que faz menção Calamandrei em "Eles, os Juízes, Vistos por Nós, os Advogados", que sempre levou para sua mesa de trabalho nas comarcas de Prata, Monte Alegre de Minas, Monte Carmelo, Uberlândia e Belo Horizonte, além da sapiência e senso de justiça, a sua independência, nada mais.

Em 2003, perdeu seu grande amor, companheira de muitos anos e de todas as horas, Maria do Carmo. Mulher de personalidade forte, contribuía com grande relevância para a carreira brilhante do marido e participava ativamente na condução da família. Foi exemplo de mulher, esposa e mãe.

Ocorre, todavia, que o queridíssimo Ernane conseguiu encontrar forças nos excelentes filhos, Karem, Ivana, Ernane Filho e Patrícia, e nos netos para dar continuidade à judicatura e extensa produção literária.

Nós, juízes da geração de Ernane, temos aumentada a nossa responsabilidade no cenário da magistratura mineira, no qual sou um mero coadjuvante, porque temos, pelo menos, bem visível, um exemplo a seguir.

Ficam aqui as homenagens deste magistrado, em nome da Escola Judicial Edésio Fernandes, ao eminente Professor e Magistrado Ernane Fidélis dos Santos.

Manuel Bravo Saramago - Desembargador

Desembargador Ernane Fidélis dos Santos em seu gabinete na 6ª Câmara Cível do TJMG

A antecipação da tutela. Interpretação doutrinária. Evolução e prática em quase quinze anos de vigência.

Ernane Fidélis dos Santos
Ivana Fidélis Silveira (advogada)

Sumário: 1 Medida cautelar e antecipação de tutela. 2 A antecipação de tutela na legislação estrangeira. 3 A antecipação no Brasil. Lei 8.952/94. 4 Limitação da antecipação da tutela: efeitos da tutela satisfativa. 5 Prova inequívoca e verossimilhança. 6 Reversibilidade da medida antecipatória. 7 Incontrovérsia. 8 Requisitos subjetivos, periculum in mora e abuso de direito. 9 A discricionariedade do julgador na tutela antecipada. 10 Fundamentação da medida e da revogação. 11 Método de apreciação da tutela antecipada. 12 Execução da tutela antecipada. 13 Medida cautelar concedida como antecipação.

1. O Código de Processo Civil brasileiro, atendendo, sobretudo, o critério estabelecido pela tríplice partição do processo, de acordo com as finalidades de cada um, conhecimento, execução e cautelar, não contemplou, de início, nenhuma forma de antecipação da medida satisfativa, reservando-a apenas para a sentença final. Verdade é que, como bem já lembrava Humberto Theodoro Júnior, ainda que houvesse a restrição, não seria tão completa, pois, ao lado das medidas típicas de cautela, outras podiam, instrumentalmente, ser criadas: "Esse poder de criar providências de segurança, fora dos casos típicos já arrolados pelo Código, recebe, doutrinariamente, o nome de poder geral de cautela" (*Curso de direito processual civil*. 6. ed. Forense, v. 2, p. 122). A questão, todavia, na prática, revelava alguma dificuldade, pois, em casos, os mais variados, difícil seria a distinção, tanto que, ao se criar a antecipação brasileira, autores de monta, como é caso de José Roberto Bedaque, afirmavam que pouca utilidade prática poderia revelar: "Não vejo motivo para a criação de forma autônoma de tutela, com todas características de cautelar, apenas pelo caráter antecipatório da medida ou pelo rigor eventualmente maior quanto à probabilidade de existência do direito" (*Tutela cautelar e tutela antecipada*, Malheiros, 1978, p. 287).

A diferença entre uma e outra espécie de tutela, na verdade, dentro do rigor ontológico, sempre existiu, e a questão da antecipação da tutela nunca foi nova, nem nas legislações mais tradicionais.

2. Na França, seguindo a linha do anterior, o "*Nouveau Code de Procedure Civile*" adotou as

chama-das *Ordonnances de référées,* que são medidas de regulamentação de urgência, permitidas a um juiz não encarregado do feito principal, facultando-lhe ordenar imediatamente medidas necessárias para tal (art. 484). Tais medidas servem, sobretudo, para fazer cessar turbação manifestamente ilícita, para conceder uma provisão ao credor e execução de obrigação ainda que de fazer, inclusive com fixação de *astreintes,* sendo possível a execução provisória.

Na Alemanha, o § 935 da ZPO cuida de medida cautelar atípica, de caráter tão-somente assecurativo, enquanto o § 940 não confere garantia à pretensão, mas, em típica forma de antecipação, tem função reguladora da própria relação jurídica (BAUR, Fritz. *Tutela jurídica mediante medidas cautelares*, Fabris, 1985, p. 70).

Na Itália, embora juristas como Calamandrei admitissem alguns tipos de antecipação, em forma de cautela (*Introduzione Allo Studio Sistemático Dei Provvedimenti Cautelari, 1936, p. 38-39*), só em 1942, introduziu-se o art. 700 no *Códice de Procedure Civile,* mais ou menos, nestes termos:

> [...] fora dos casos regulados nas seções procedentes deste capítulo, quem tiver fundado motivo de temer que o tempo que possa decorrer para que se reconheça seu direito nas vias comuns, por estar este ameaçado de perigo iminente e irreparável, poderá requerer ao juiz provimento de urgência, que se apresente, segundo a circunstância, como meio idôneo a assegurar provisoriamente os efeitos da decisão de mérito.

Tal dispositivo permitiu não só que se entendesse como adotado o poder geral de cautela, como também consagrou a possibilidade de antecipação da própria tutela requerida.

3. A Lei n. 8.952, de 13.12.94, reformulando o art. 273, inclusive com o acréscimo de cinco parágrafos (depois aumentados para sete), introduziu no sistema processual brasileiro, a exemplo de outras legislações, a tutela antecipada da decisão de mérito. Não houve, contudo, quebra do sistema, pois o processo cautelar foi mantido, na sua forma de processo propriamente dito, enquanto a antecipação da tutela seria sempre concedida incidentemente no próprio processo a que se referisse.

O texto do art. 273, em seu *caput*, primitivamente era o seguinte:

> O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

A matéria foi, sem dúvida a primeira grande inovação do processo brasileiro, sem afetar-lhe qualquer ponto estrutural. Nos dias de hoje, porém, depois de passados quase 14 anos da implantação, é salutar que se faça análise crítica do que se pretendeu, do que se realizou e do que se está realizando.

Em comparação com outras legislações, pode-se, facilmente, observar que a forma como foi introduzida, no Brasil, a antecipação da tutela tem critério diverso de outras legislações, porque, enquanto a alemã, a italiana, e mais recentemente a portuguesa, se preocuparam apenas com a possibilidade da antecipação, a lei brasileira foi bem além, procurando estabelecer requisitos objetivos que autorizassem a concessão antecipatória.

4. A primeira dissensão doutrinária a respeito do novo art. 273 foi com relação à limitação da própria antecipação, alguns entendendo que *efeitos* e a própria tutela se equipariariam, outros estabelecendo nítida distinção entre eles. Cândido Dinamarco, por exemplo, afirmava que a redação do art. 273 seria defeituosa, na consideração de que a tutela, sendo um valor em si mesma e não se confundindo com o ato processual que a antecipa, seria ela própria a antecipar-se e não os respectivos efeitos (Tutela jurisdicional, *RF* 334/28).

Talvez tenha sido o pensamento do Prof. Dinamarco que fez com que o professor paulista Rodolfo de Camargo Mancuso excluísse da possibilidade da antecipação as sentenças constitutivas e declaratórias:

> Por fim, queremos aludir à circunstância de que, se os efeitos (da tutela pretendida) é que ficam antecipados, o bom senso sinaliza - malgrado o silêncio da lei - que tal deva ocorrer, no processo de conhecimento, em ações condenatórias, ou seja, onde possa existir um 'comando' que comporte antecipação (ações de prestação, positivas ou negativas). É que, com relação às (des)constitutivas, elas promovem 'automaticamente' a alteração do *statu quo ante* (*v. g.* quando rescindem um contrato ou anulam casamento) e assim esbarrariam no 'requisito negativo' constante do § 2º do art. 273: não pode haver antecipação se 'houver perigo de irreversibilidade'. Já as declaratórias não têm comando, valem como preceito na medida em que apenas eliminam situação de incerteza (art. 4º do CPC), de sorte que nelas não se perscruta o que poderia vir a ser antecipado ou qual situação de urgência poderia ser historiada (Tutela antecipada, *in Reforma do Código de Processo Civil*, Saraiva, 1996, p. 184).

Para que se preste cautela ao resultado prático do processo, contenta-se com o *fumus boni iuris*, mas, para a antecipação da tutela, exige-se *prova inequívoca* e convencimento da *verossimilhança* da alegação, situações que, evidentemente, não se confundem.

Na verdade, pelo sistema brasileiro, no processo de conhecimento, qualquer que seja o provimento pleiteado, possível será antecipar-lhe efeitos, "...resguardada evidentemente a utilidade prática da medida, mas sem necessidade de haver correspondência entre a natureza da decisão que se pretende e o efeito que se

quer antecipar" (Ernane Fidélis dos Santos, *Novíssimos perfis do processo civil brasileiro*, Del Rey, 1999, p. 28). Guardando-se, assim, perfeita distinção entre a tutela que se pretende em sua estrutura básica e seus efeitos, possível será a antecipação destes últimos, qualquer que seja a natureza do provimento: declaração, condenação ou constitutividade.

Com bem mais segurança, a matéria foi exposta por Teori Albino Zavascki, quando lembra que, nas ações declaratórias e nas constitutivas, a sentença, além do *efeito preponderante*, tem também o que chama de *efeito de preceito*. O preceito faz lei entre as partes, *prescreve*, por assim dizer, criando o que se denomina *eficácia negativa*, e "...essa eficácia negativa é, certamente, passível de antecipação, o que se dá necessariamente mediante ordens de não fazer contra o preceito, ou seja, ordens de abstenção, de sustação, de atos ou comportamentos" (Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais, in *Reforma do Código de Processo Civil*, cit., p. 159). O exemplo mais eloqüente ocorreria nos casos das ações declaratórias negativas, cujo provimento antecipado poderia impedir o protesto do título e a própria execução contrária. Em ação de desconstituição poder-se-ia lembrar, por exemplo, da determinação antecipada de devolução do pagamento do preço, em contrato que se pretende rescindir.

De igual sentir poder-se-ia também citar Ovídio Batista da Silva:

> A análise precedente autoriza-nos a concluir que o campo de incidência das liminares antecipatórias previstas no art. 273, em sua nova redação, coincide com os efeitos - nunca com o conteúdo - de qualquer uma dessas três ações (declaratórias, constitutivas e condenatórias) que se caracterizam por sua natureza de efeitos práticos, não normativos, o que corresponde a afirmar que os efeitos que poderão ser antecipados serão sempre, e exclusivamente, os efeitos executivos e mandamentais, já que, como acabamos de ver, os efeitos normativos da sentença (declarar e constituir) não podem ser (provisoriamente) antecipados (A antecipação da tutela na recente reforma processual, in *Reforma do Código de Processo Civil brasileiro*, cit., p. 132).

A antecipação nunca é propriamente do provimento judicial em si, mas de efeitos que lhe são próprios, sejam eles principais ou secundários. Em pedido reivindicatório de bem, por exemplo, a condenação que determina a entrega é efeito necessário do reconhecimento do direito de possuir. Nesse caso, na antecipação, se for o caso, o juiz não chega a declarar tal direito, nem provisoriamente, pode-se dizer, mas, ainda que fulcrado em juízo sobre o direito de possuir, o que ele faz é conceder, temporariamente, a tutela referente à efetiva posse do bem, efeito de mencionado direito.

5. Outros requisitos de ordem objetiva que trouxe a inovação foram a chamada *prova inequívoca*, conjugada com a expressão *verossimilhança,* na verdade, mais filosófica do que jurídica

Os doutrinadores, de modo geral, preferiam conceituar *prova inequívoca* e *verossimilhança* como requisito único, completando-se dentro de um critério de acentuada *probabilidade*. Carreira Alvim, por exemplo, afirmava:

> Em sede de antecipação de tutela - tanto no processo de conhecimento quanto no cautelar -, são estes igualmente os estados do intelecto do julgador, diante da verdade: ignorância, dúvida, opinião e certeza. Afora a ignorância (que é o completo desconhecimento) e a certeza (que é conhecimento completo), interessam-nos as situações intermédias, residindo numa delas - na opinião ou probabilidade - aquilo que a lei chama de verossimilhança (*Reforma do Código de Processo Civil*, cit., p. 61).

E, completando com o conceito de *prova inequívoca*:

> ...pode-se concluir que prova inequívoca deve ser considerada aquela que apresenta um grau de convencimento tal que, a seu respeito, não possa ser levantada qualquer dúvida, ou, em outros termos, cuja autenticidade ou veracidade seja provável (*A reforma do Código de Processo Civil*, cit., p. 67).

Em outras palavras, a antecipação se justifica pelo que, no juízo do julgador, tenha-se por simplesmente *provável* e não por *certo*.

Também Cândido Dinamarco, tomando por fundamento o conceito de *probabilidade* de Malatesta, segundo o qual esta existiria quando houvesse preponderância dos motivos de crença de determinada situação sobre os motivos contrários, chega à conclusão de que a *verossimilhança*, informada pela *prova inequívoca*, é um estágio a mais da situação informada pelo simples *fumus boni iuris*:

> O grau dessa probabilidade será apreciado pelo juiz, prudentemente e atento à gravidade da medida a conceder. A exigência de prova inequívoca significa que a mera aparência não basta e que a verossimilhança exigida é mais do que o *fumus boni iuris* exigido para a tutela cautelar (*A reforma do Código de Processo Civil*, 2. ed., Malheiros, p. 143).

Nelson Néry Júnior, nesta esteira, deu plena relevância à *probabilidade*:

> Para conciliar as expressões 'prova inequívoca' e 'verossimilhança', aparentemente contraditórias, exigidas como requisitos para a antecipação da tutela de mérito, é preciso encontrar um ponto de equilíbrio entre elas, o que se consegue com o conceito de probabilidade, mais forte do que verossimilhança mas não tão peremptório quanto o de prova inequívoca. É mais do que o *fumus boni iuris*, requisito exigido para a concessão de medidas cautelares no sistema processual civil brasileiro (*Atualidades sobre o processo civil*, Revista dos Tribunais, 1995, p. 53).

Há, na doutrina nacional, por outro lado, posições diametralmente opostas ao simples critério da *probabilidade*. O grande processualista Calmon de Passos, por exemplo, só concebe a tutela antecipada para emprestar

eficácia executiva provisória à decisão de mérito, que dela é desprovida, não admitindo como *prova inequívoca* senão a que serviu de sustentação à sentença de mérito: "A antecipação da tutela pede prova inequívoca da alegação do autor, pelo que ela é insuscetível de ser deferida sem que já tenha havido, ou ocorra concomitantemente, a decisão de mérito na demanda cuja tutela se pretende antecipar" (*Reforma do Código de Processo Civil*, cit., p. 213); mas também há quem defenda a antecipação pela simples preponderância de interesse:

> No juízo sumário, o juiz ainda não sabe se o direito afirmado existe, embora possa saber que ele, por ser verossímil, merece tutela imediata, porque há fundado receio de dano. Há casos, porém, em que o magistrado percebe que, para tutelar o provável direito do autor, provocará um risco irreversível ao réu. Nessas situações, cabe ao juiz verificar se é justificável correr tal risco. À primeira vista, seria fácil concluir que a tutela antecipatória não poderá ser concedida quando puder causar um dano maior do que aquele que pretende evitar. Contudo, para que o juiz possa concluir se é justificável ou não o risco, ele necessariamente deverá estabelecer uma prevalência axiológica de um dos bens em vista do outro, de acordo com os valores do seu momento histórico (MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela na reforma do Processo Civil*, Malheiros, 1995, p. 83).

Muito embora as proposições possam suscitar alguma controvérsia acadêmica, no âmbito do direito positivo, em face dos termos da lei, só podem ser vistas como meras sugestões *de lege ferenda*.

Particularmente, sempre concluí que, para a tutela antecipatória, diz-se que convencimento de verossimilhança nada mais é do que um juízo de certeza, de efeitos processuais provisórios, sobre os fatos em que se fundamenta a pretensão, em razão de inexistência de qualquer motivo de crença em sentido contrário. Provas existentes, pois, que tornam o fato, pelo menos provisoriamente, indene de qualquer dúvida. Não havendo a prova concludente, mas sendo fortes os motivos de crença, a verossimilhança não deixa de existir, mas, neste caso, o juízo de máxima probabilidade (nome que Micheli Spineli dá à certeza absoluta) cede lugar à simples possibilidade, mera aparência que pode revelar o *fumus boni iuris*, informador apenas da tutela cautelar.

Kazuo Watanabe, um dos inspiradores da antecipação, parece não se distanciar de nosso pensamento quando afirma:

> Mas um ponto deve ficar bem sublinhado: prova inequívoca não é a mesma coisa que *fumus boni iuris* do processo cautelar. O juízo fundado em prova inequívoca, uma prova que convença bastante, que não apresente dubiedade, é seguramente mais intenso que o juízo assentado em simples 'fumaça', que somente permite a visualização de mera silhueta sombreada de um direito... Está nesse requisito uma medida de salvaguarda, que se contrapõe à ampliação da tutela antecipatória para todo e qualquer processo de conhecimento. Bem se percebe, assim, que não se trata de tutela que possa ser concedida prodigamente, com mero juízo baseado em 'fumaça de bom direito', como vinha ocorrendo com a ação cautelar inominada" (Tutela antecipatória específica das obrigações de fazer e não fazer, in *Reforma do Código de Processo Civil*, cit., p. 34).

E Egas D. Moniz de Aragão, muito embora faça referência à forte possibilidade, não deixa de relacionar a *prova inequívoca* e *verossimilhança* com o *convencimento pleno* do juiz:

> Devem exigir mais, devem verificar se há forte probabilidade de o autor ter razão. Não se trata, obviamente, de pretender prova cabal, como se a instrução probatória estivesse concluída, mas, isto sim, de ser bastante possível de ao final da instrução probatória confirmar-se o que alega o autor da ação. Como dispõe a lei francesa, incumbe verificar se, diante do que afirma o autor, o réu fica em situação tal que sua defesa nada pode opor-lhe de realmente sério (*Reforma do Código de Processo Civil*, cit., p. 242).

A posição do Prof. Arruda Alvim, embora aparentemente siga a linha da *probabilidade*, situa-se, como a nossa, no juízo de certeza. Apenas, em razão da provisoriedade da decisão, fala em *certeza menor*. Não tendo, todavia, como se classificar a *certeza* em graus, quer-me parecer que o ilustre mestre também tem a *verossimilhança* como o convencimento pleno, diferenciado apenas pelo efeito externo da provisoriedade, tanto que conclui:

> Por isso, as expressões prova inequívoca significam, apenas, que o juiz, para conceder a tutela, deverá estar firmemente convencido da verossimilhança da situação jurídica apresentada pelo autor e, bem assim, da juridicidade da solução pleiteada (Tutela antecipatória, in *Reforma do Código de Processo Civil,* cit., p. 111).

Os efeitos antecipados poderão ter também natureza diversa: declaratória - por exemplo, quando o juiz afirma inexistente o débito, caso em que, pelo menos provisoriamente, há de ser observado pelas partes o preceito, ficando vedada a cobrança ou a execução, ou quando, em pedido declaratório de servidão, antecipa-se o efeito, garantindo-se o respectivo uso, ou, na negatória, faz-se a respectiva proibição; constitutiva - quando, por exemplo, altera o juiz a composição da diretoria da empresa; condenatória - quando, por exemplo, condena-se provisoriamente ao pagamento de determinada importância ou a entrega de coisa.

6. Como a antecipação, em seus efeitos processuais, é provisória, a lei brasileira foi expressa também em não admiti-la, se não comportasse reversibilidade. A irreversibilidade se traduz na impossibilidade material de se voltarem as coisas ao estado anterior. Como, por exemplo, reconhecer antecipadamente a inexistência de servidão, proibindo-se-lhe o uso, se tal importar em destruição de obra que inviabilizará por completo o direito, na hipótese de decisão posterior diversa. Não se

confunde, porém, a simples irreversibilidade material com a jurídica, que ocorre quando há completa falta de possibilidade de o resultado prático do processo ser atingido, a não ser por sentença definitiva e transitada. É a hipótese da sentença de divórcio. Podem-se adiantar efeitos, de ordem patrimonial ou não, que decorreriam da decretação do divórcio, mas nunca o divórcio em si.

A lei (art. 273, § 2º) foi até mais além, pois não falou apenas em *irreversibilidade*, mas em *perigo de irreversibilidade*. A irreversibilidade ou o perigo de irreversibilidade, no entanto, devem ser focados exclusivamente sob o aspecto material da situação, e não da própria situação relativizada. No exemplo dado da servidão, bastaria que, para efetivar a situação do não-uso da coisa serviente, alguma coisa devesse ser feita que pusesse em risco a própria existência do direito, se depois reconhecido, mas não será negada a antecipação se o autor tiver, por exemplo, dificuldades financeiras de ressarcir prejuízos futuros, ou de voltar as coisas ao estado anterior.

Uma afirmação, todavia, deve ser tida como certa: o efeito preponderante da declaração e da constitutividade estará sempre na linha da *irreversibilidade absoluta*, ou seja, não se considera declarada existência ou inexistência de relação jurídica ou não se constitui ou desconstitui ato ou relação jurídica senão por meio de decisão definitiva. Qual seria, porém, a eficácia da tutela antecipada que assim o fizesse? A declaração, por exemplo, da nulidade absoluta de um casamento e a decisão antecipada do divórcio? Eficácia nenhuma, quer-me parecer. Decisão sem qualquer efeito prático, equiparável à própria inexistência e que nem as partes, nem terceiros, nem ninguém a ela deve submeter-se.

7. Os primitivos requisitos objetivos da antecipação de efeitos da tutela tinham, na verdade, a *prova inequívoca,* a *verossimilhança* e a *irreversibilidade* como únicos pontos de referência. No entanto, a Lei n. 10.444, de 7 de maio de 2002, acresceu o § 6º ao art. 273, estabelecendo que: "A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso". Trata-se de requisitos de ordem objetiva, porque a idéia de "incontrovérsia", na verdade, estabeleceu-se como novo pressuposto, autônomo, ao lado dos requisitos da prova inequívoca e da verossimilhança.

Jamais se negou a possibilidade de antecipação parcial nos pedidos cumulados, ou até em parcela deles, quando houvesse prova inequívoca e verossimilhança. Em reivindicação de imóvel, cumulada com perdas e danos, se o réu se opõe ao autor, pretendendo justificar a propriedade, com promessa de venda não registrada contra transcrição formal no Registro de Imóveis, a devolução do imóvel pode ser determinada em antecipação, mas não as perdas e danos, se delas não houver inequivocidade da prova e verossimilhança. Com fundamento em prova inequívoca e verossimilhança da reivindicação, nunca em incontrovérsia, já que, de qualquer forma, o pedido foi contestado. Diga-se, porém, que, em reivindicação de bem imóvel, com simples alegação de propriedade, o réu não a contesta, mas discorda de perdas e danos reclamados, sem que, nos autos, haja prova inequívoca a respeito. A antecipação pode ser dada com base exclusiva na "incontrovérsia".

A antecipação pode também ser relativa apenas à parcela do pedido que o réu exclui da contestação, o que é muito comum em dívida de dinheiro, ou de devolução de bens em conjunto. Em dívida de cem, por exemplo, impugna cinqüenta, ou seus acessórios. Reclamam-se vinte cabeças de gado, mas o réu contesta o débito de dez.

Há mister observar que a *incontrovérsia* há de ser efetiva e compreendida sem qualquer possibilidade de prejudicialidade. Se se reivindicam bens com perdas e danos e o réu contesta a reivindicação, silenciando sobre os últimos, não poderá haver antecipação de tutela sobre eles, visto que a procedência do último pedido é conseqüência do primeiro.

A *incontrovérsia*, por outro lado, assim como na hipótese do abuso do direito de defesa, dispensa o requisito do *periculum in mora* e, como na hipótese dos pressupostos da prova inequívoca e verossimilhança, envolve a situação processual em si, sendo irrelevante a condição de parte e situações especiais, como revelia por citação ficta.

8. Primitivamente, a antecipação de tutela, além dos requisitos de ordem objetiva, fazia ressaltar outros, de ordem subjetiva. O primeiro, o *periculum in mora* (art. 273, I), comum à medida cautelar; o segundo, com outra motivação, seria o *abuso de direito de defesa,*, ou o *intuito protelatório* (art. 273, II), parecendo, na primeira hipótese, caso de abuso, que a questão poderia ser examinada apenas do ângulo objetivo, já que bastava a defesa absurda, sem questionar-se sobre a verdadeira intenção do réu.

9. O que, efetivamente, caracterizou o instituto da antecipação da tutela, sob o aspecto de sua aplicação prática e concreta, não seriam, na verdade, as características próprias de seus elementos definitórios legais, mas, muito mais, a forma mais elástica e flexível da *discricionariedade* do juiz em sua concessão, ainda que, no sistema recursal brasileiro, tratando-se de decisão, fique sempre sujeita à reapreciação por órgão judiciário superior. Nos pretórios, pouco importa o entendimento, correto ou não, dos conceitos de *prova inequívoca, verossimilhança, irreversibilidade, periculum in mora, abuso de direito,* ou *incontrovérsia,* já que, ao próprio julgador, para apreciação de tais circunstâncias, os entendimentos não encontram, no seu mérito, qual-

quer informação de dado específico que deva ser atendido, nas respectivas deduções.

Logo após a instituição da antecipação de tutela, sabendo-se, inclusive, que os dissensos doutrinários e jurisprudenciais sobre conceitos eram intensos, o uso desenfreado, por assim dizer, da nova faculdade processual, que passou, mesmo, em grande incidência de casos, a ser o ponto fulcral do processo de conhecimento, obrigou a prática judicial não a acomodarem concordâncias e discordâncias, mas a idealizar, caso a caso, sem preocupação da nítida separação de conceitos, os sentidos definitórios das expressões *prova ine-quívoca* e *verossimilhança*.

Certo é que nunca se chegou a um consenso doutrinário sobre o exato sentido da *inequivocidade da prova,* de processo em andamento, sujeito a mutações fáticas, e da *verossimilhança*, como manifestação de proximidade da verdade, quando esta nada tem de próximo nem de distante do que é real ou não é, e esta reiteração constante de indagações, em todas as instâncias, fez com que a antecipação da tutela não decorresse das exatas definições de termos, mas de uma realidade prática e teleológica que justifique as razões do próprio instituto, ou seja, a evitação do retardamento do gozo dos direitos, ainda que se pudesse, em tese e no rigor da função processual, trazer sacrifício à segurança das partes.

Caso a caso, a conjugação dos elementos é que vai revelar a oportunidade e conveniência da antecipação da tutela. Evidente que a prova pré-examinada e a verdade provisória que se permite formar com a realidade dos fatos darão sempre o norte orientador da concessão da medida, mas o próprio poder discriminatório que se empresta ao juiz exercerá a importância mais relevante da concessão, mesmo porque a presunção que se firma é a de que o julgador aja, no comum, com a sensatez que o cargo exige.

Desenvolveu-se, pois, no Brasil, a antecipação da tutela, como, aliás, já vinha sendo praticado no direito italiano, com a utilidade prática contra o retardamento das decisões, suplantando todos os conceitos técnicos e jurídicos, que sugeriram a arguta intervenção do legislador brasileiro.

Nos pretórios, não houve muita dificuldade prática em se adaptar à tendência que o próprio instituto conferia ao julgador, ou seja, a discricionariedade, inclusive na definição dos termos que a lei adotava, de forma tal que *prova inequívoca* e *verossimilhança* passaram, em conjunto, a significar estado de convencimento, só que não definitivo, em razão da própria provisoriedade da medida.

Outra verdade, todavia, não muito auspiciosa, foi a de que a antecipação da tutela passou a constituir verdadeira disputa incidente do processo de conhecimento, principalmente depois da concessão que se fez ao relator do agravo de instrumento, de dar efeito suspensivo ao recurso, e, após, até de antecipar a própria decisão concessiva no agravo.

Hoje, depois de quase quinze anos de prática da antecipação da tutela, o que se tem observado são algumas virtudes, ditadas pela própria lei, e que tem sido atendidas, mas também alguns defeitos de método de julgamento que a lei, como é curial, deixou de prever, mesmo porque tal previsão é decorrência da própria lógica processual, quando consagra a *discricionariedade* como princípio *retor*.

10. A única exigência formal quanto à legalidade da medida é sua fundamentação, sem a qual a nulidade do ato deve ser decretada a qualquer momento. Fundamentação, no entanto, só quando a medida for concedida (§ 1º do art. 273), ou quando revogada ou anulada (§ 4º do art. 273), exatamente porque seu caráter é incidental. Neste caso, a negativa é o reconhecimento implícito de sua não-aplicabilidade, e sua revogação ou anulação, decisão que importa em solucionar o incidente já admitido. Isto não quer dizer, no entanto, que a negativa de concessão ou de revogação não possa ser revista pelo órgão recursal. Pode, e a diferença está em que concessão ou revogação, sem fundamentação, anula o ato, enquanto a negativa, simplesmente, pode ser corrigida.

Após a sentença, o juiz esgota seu ofício jurisdicional, não lhe sendo mais permitido nem conceder, nem revogar, nem modificar a antecipação, o que também não se atribui ao órgão recursal, que somente examina a matéria em recurso específico.

A antecipação da tutela tomou certo vulto no Brasil, de modo que sua previsão passou a ser feita, até expressamente, em procedimentos esparsos e, na área do processo comum, raras são as demandas em que não se requer a medida, e - diga-se de passagem - com certos reflexos negativos, já que se cria verdadeiro procedimento incidental dentro do processo, assoberbando os tribunais, pois, qualquer que seja o resultado obtido, a matéria acaba chegando aos órgãos julgadores: pedido negado, agravo de instrumento, para se conceder; pedido concedido, agravo de instrumento para revogá-lo.

11. Infelizmente - *e isto não é culpa da lei -*, o defeito de método do próprio julgador é que, às vezes, tem desvirtuado o instituto e até causado o inconveniente e abarrotamento de pedidos na primeira instância e recursos nos tribunais.

A antecipação da tutela, na verdade, pelo menos no maior número de vezes, tem, em primeiro lugar, o objetivo de função cautelar, de forma tal que, se não concedida, haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (inciso I do art. 273), ou seja, o direito, ao final, com procedência ou não do pedido, não será gozado, ou sê-lo-á, mas com possível dano irreparável pela demora. É o mesmo *periculum in mora* das medidas cautelares. Tal circunstância, porém, exigida

para a concessão, faz do instituto verdadeira exceção, somente concedida, em conseqüência, dentro de circunstâncias *extra processum*. Neste caso, em razão de tal caráter, o método ideal a ser seguido pelo julgador, dotado de poder de *discricionariedade,* será o exame da própria justificativa da exceção, pois, não existindo tal suporte, os demais requisitos da tutela não merecem nem ser sopesados.

O prejuízo, referido na lei, não se confunde com o incômodo e a inconveniência decorrentes da marcha normal do processo, mas de situação anômala, particularíssima, relacionada com a parte especificamente. A lei, por exemplo, confere ao funcionário público certo benefício pecuniário, mas o Estado lho está negando. Acertados os fatos por meio de prova inequívoca, o juiz se convence, de antemão, da verossimilhança do pedido, mas nem só por isso poderá conceder a antecipação. O funcionário, todavia, traz aos autos elementos que comprovam a necessidade do recebimento do benefício, para fazer face a despesas extraordinárias, provocadas, digamos, por doença em família. A antecipação passa, então, a ser justificada.

Conforme se disse, raros são, hoje, os processos de conhecimento, onde não se pede a antecipação da tutela, como medida prévia, bem como, principalmente em causas de maior vulto, não haja o respectivo recurso contra a concessão ou contra a negativa. E, em grande número de vezes, também, sem preocupar-se com a pesquisa dos requisitos de ordem subjetiva, os de ordem objetiva acham-se presentes, e o julgador, com errado método, concede, às vezes, a tutela, pesquisando apenas com os últimos. É o caso prático, por exemplo, do pedido de antecipação feito por potente empresa bancária de suspender a eficácia de lançamento tributário de pequena monta, como antecipação da tutela. Evidente que podem até estar presentes elementos de convencimento em sentido contrário, mas a tutela antecipada não se justifica, quando possível prejuízo financeiro da entidade não lhe abalar as bases, R$ 50.000,00, por exemplo, para o Banco Santander. O mesmo não se daria, no entanto, se uma doméstica que sofreu atropelamento, suspendendo sua fonte de renda, pretendesse, como antecipação, módica prestação de auxílio no correr do processo.

A segunda hipótese, do ângulo da motivação subjetiva, ou seja, quando "fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu" (art. 273, II), é de outra conotação, porque, no particular, se despreza o requisito do *periculum in mora*, ficando na exclusiva órbita do *abuso de direito*. Aqui, a matéria, na verdade, exige maior delicadeza na análise do juiz no apreciar as condições de *abusividade,* mesmo porque tal conclusão vai depender de apreciação da própria defesa, ou da contumácia do réu, o que se fará *a posteriori,* e, dentro da própria finalidade da antecipação, a questão se resume quase em julgamento definitivo.

Não há restrição à antecipação de efeitos da tutela por razão alguma, podendo ser concedida em qualquer procedimento e contra qualquer pessoa que seja, inclusive as de direito público, sendo inconstitucional qualquer lei que, porventura, venha querer diminuir-lhe a extensão. Quando se tratar de prestação de natureza alimentar contra a União, Estado ou Município, como, por exemplo, as que se pagam sob forma de pensão, em folha de pagamento, pode-se determinar desde logo a realização, apenas com o levantamento sujeito à caução.

12. Primitivamente, a lei reformista não fez previsão da execução da decisão de tutela antecipada, o que causava certo reflexo doutrinário de suma importância entre os processualistas. A tendência, na realidade, era conceder a tutela antecipada, natureza mais mandamental do que propriamente condenatória e geradora de obrigações.

Tentando solucionar a questão, o § 3º do art. 273, com a mesma inclusão da própria Lei 8.952/94, estabeleceu que "a execução da tutela antecipada, observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588". O art. 588 tratava da execução provisória, e os incisos respectivos proibiam a abrangência de atos de alienação de domínio, levantamento da importância depositada, sem caução, e retorno das partes ao estado anterior, quando sobreviesse acórdão ou sentença, modificatórios ou anulatórios.

A Lei 10.444/2002 alterou os incisos II e III do art. 588, que, na execução provisória, passaram a permitir, além do levantamento de dinheiro, também atos de alienação de domínio, apenas com caução. Tais dispositivos, embora tenha havido alteração no sistema brasileiro de execução, ainda prevalecem, em parte, e se ampliam, em conseqüência da tutela antecipada, com as restrições dos § 1º e 2º do art. 588, introduzido pela Lei 11.232/2005, consignando, no primeiro dispositivo, a possibilidade da revogação ou anulação apenas parcial, aproveitando-se o restante, e, no segundo, dando-se ao juiz a faculdade de dispensar caução, quando o crédito for de natureza alimentar, até o limite de sessenta vezes o salário mínimo, quando o exeqüente se encontrasse em estado de necessidade, acertando-se, naturalmente, o crédito a prestação , pelo valor de cada uma.

No mesmo § 3º, introduzido pela Lei 10.444/2002, concluiu-se a possibilidade de a execução, no que couber, atender ao disposto nos §§ 4º e 5º do art. 461 e art. 461-A.

O § 4º do art. 461 prevê a fixação de multa para o cumprimento da obrigação, quando se cuida, naturalmente, de prestar fato ou abster-se de sua prática.

O § 5º do art. 273, introduzido, ainda, pela própria Lei 10.444/2002, além da multa, prevê, especifica e genericamente, medidas que o juiz pode

adotar na execução. Especificamente, busca e apreensão, remoção de pessoas e de coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividades nocivas. Genericamente, toda e qualquer medida, dentro, naturalmente, dos limites jurisdicionais de medida que possam obter o mesmo prático equivalente.

O art. 461-A, por outro lado, com três parágrafos, que se refere ao cumprimento das obrigações de entrega de coisa certa, também se aplica, no que couber, à execução da antecipação da tutela.

13. A antecipação não se confunde com a medida cautelar, muito embora no Código da Itália se inclua como tal. A cautela, que tem sentido publicista, por garantir, em primeiro plano, a própria eficácia do processo, é de natureza instrumental e não se identifica com a medida satisfativa solicitada no processo acautelado; apreende-se o bem, por exemplo, para evitar sua danificação, não para entregá-lo antecipadamente a quem o reivindica. Já a medida antecipada tem, qualitativamente, reflexos do mesmo conteúdo do que se pretende no pedido, por meio do julgamento definitivo. Por tais razões, requisito próprio da medida cautelar é apenas o *fumus boni iuris*, isto é, a simples possibilidade de bom êxito do que se almeja com o pedido feito ou a se fazer, enquanto na antecipação, embora provisório o provimento, exige-se prova que, por sua própria estrutura, gere convicção plena dos fatos, e juízo de certeza da definição jurídica respectiva.

Às vezes, sutis são os limites da medida tipicamente cautelar e os da tutela antecipada. Bedaque dos Santos, conforme acima se falou, já fizera tal previsão, e José Carlos Barbosa Moreira, com sua peculiar acuidade e perspicácia, doutrinava:

> Outro fenômeno apontado pelos juízes é o da relativa indistinção, na prática, entre a antecipação da tutela e a tutela cautelar. Providências essencialmente cautelares são às vezes requeridas como providências antecipatórias. Não será de estranhar a confusão, se se tiver em vista a existência de dificuldades, mesmo do ponto de vista científico e dogmático, no traçado de linha divisória perfeitamente nítida entre os dois terrenos. Importaria aqui apurar como se têm conduzido, diante de situação do gênero, os órgãos judiciais. Em princípio, francamente, desde que não se altere a substância do pedido, não vislumbramos obstáculo irremovível à admissão de um requerimento pelo outro, determinando-se que o processamento observe a disciplina adequada à verdadeira natureza da matéria. O raciocínio será análogo ao que prevaleceu, no silêncio do Código, a favor da possibilidade de aproveitar-se, em certa medida, recurso inadequadamente interposto no lugar do cabível (*Gênesis*, *Revista de Direito Processual,* v. 2, p. 345-346).

Tais ensinamentos, se se leva em consideração que o processo é meio e não fim, têm toda a procedência. Desde que, evidentemente, haja razoabilidade na dúvida dos limites da cautela e da antecipação, possível é que esta se defira como cautelar e aquela em forma de tutela antecipada. E, em qualquer das hipóteses, irrelevante é a forma, devendo os pressupostos de uma e de outra ser atendidos em razão da própria estrutura da medida pleiteada.

A Lei n. 10.444, de 7 de maio de 2002, consagrou expressamente o princípio, acrescentando o § 7º ao art. 273: "Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado". Era o que defendíamos. O que a lei, no entanto, está dispensando é a formação regular do processo cautelar, mas é preciso atentar para a obrigatoriedade do contraditório, nunca dispensável.

O bom senso, por outro lado, indica que a medida cautelar incidente, pedida como antecipação, terá de, *prima facie*, apresentar-se com os respectivos pressupostos. Nesse caso, concedida, a parte contrária deve ser ouvida no prazo designado e solicitar, se pretender a respectiva revogação, que, se negada, não antes, ensejará o recurso de agravo.

Se, para concessão da cautelar, depender de prova, inclusive justificação, deve-se instaurar o processo respectivo. Proposta ação, por exemplo, para reaver coisa móvel, o autor demonstra por meio de anúncios de jornal que o réu está pretendendo vendê-la. Com a prova, a concessão do seqüestro poderá ser no próprio processo de conhecimento e em qualquer fase em que se encontrar. Se, no entanto, o *periculum in mora* tiver de ser demonstrado por prova oral, o processo cautelar deve ser instaurado.

É preciso observar também que a nova previsão do § 7º do art. 273 não tem o erro da parte como pressuposto, sendo de sua escolha o requerimento incidental, naturalmente correndo o risco de indeferimento, se não tiver condição de provar, de imediato, o alegado.

Não é demais entender que, em grau de recurso, qualquer das partes, recorrente ou requerido, pode também requerer a medida incidentemente.

Também não é demais repetir que a antecipação da tutela, quando requerida em forma cautelar, também pode ser concedida desde que ocorram os pressupostos.

Muito embora a medida cautelar, em princípio, deva ser um *minus* ou um *alter* em relação à medida satisfativa, casos existem em que a cautela só tem sentido quando se identifica com a primeira. São as chamadas relações de caráter duradouro (Fritz Baur), isto é, espécie de direito subjetivo que só não se perde e não se fulmina se, desde logo, for atendido, como é o caso da prestação de alimentos, que não admite retardo, e o do vizinho que, se não adentrar o imóvel do outro para os reparos no seu, terá o prédio em ruína. Em tais exceções, embora a satisfação venha antes, funcionalmente, a medida não perde o caráter cautelar, razão pela qual a concessão se satisfaz apenas com a possibilidade do bom direito (*fumus boni iuris*), e não com julgamento de extrema probabilidade, como deve ocorrer na antecipação.

...

Execução - URV - Embargos acolhidos - Reconhecimento da extinção da obrigação - Apelação - Preliminar de ofício - Sentença ilíquida - Valores incertos - Necessidade de liquidação por artigos - Sentença cassada

Ementa: Execução. URV. Embargos acolhidos. Reconhecimento da extinção da obrigação. Apelação. Preliminar de ofício. Sentença ilíquida. Valores incertos. Necessidade de liquidação por artigos. Sentença cassada.

- Embora haja referência a valores, se os mesmos não forem, de pronto, conhecidos e expressos na sentença, mister se faz a liquidação por artigos, para que se proceda à execução por quantia certa.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.03.111015-8/003 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: Juvenato Barbosa de Souza e outra - Apelado: Estado Minas de Gerais - Relator: DES. ERNANE FIDÉLIS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM ANULAR A EXECUÇÃO RADICALMENTE.

Belo Horizonte, 18 de março de 2008. - *Ernane Fidélis* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ERNANE FIDÉLIS - Cuida-se de recurso de apelação interposto por Juvenato Barbosa de Souza e Alzira Alves Alencar, em face de sentença que, nos autos da impugnação à execução de sentença apresentada pelo Estado de Minas Gerais, julgou procedente o pedido para "declarar cumprida a obrigação de fazer" referente à recomposição dos vencimentos dos servidores, em virtude das perdas salariais decorrentes da URV, determinando, ainda, que os resíduos ou diferenças sejam apurados em liquidação, levando-se em conta os termos fixados na sentença/acórdão, até a data em que entrou em vigência a nova tabela salarial.

Requerem os apelantes a reforma da sentença, entendendo-a teratológica, visto que, além de afrontar a coisa julgada, acolheu, indevidamente, o pedido de compensação.

Consistem os autos em ação ordinária, ajuizada pelos apelantes e outros, todos servidores do Poder Executivo Estadual, visando à condenação do Estado de Minas Gerais a incorporar e pagar a diferença salarial advinda da conversão de seus vencimentos em URV, segundo a metodologia da Lei Estadual nº 11.510/94.

O pedido foi julgado procedente quanto aos apelantes, sendo determinada a recomposição da perda remuneratória sofrida, bem como o pagamento das parcelas pretéritas, respeitada a prescrição qüinqüenal. Tal *decisum* foi confirmado por este eg. Tribunal de Justiça (f. 408/412).

Às f. 435/436, os recorrentes propuseram execução de sentença, requerendo a citação do Estado de Minas Gerais para cumprir o que foi determinado no título executivo judicial.

O Estado apresentou impugnação à execução de sentença, alegando que, no curso do processo, houve a reestruturação da carreira dos profissionais da educação básica, através das Leis nºs 15.293/2004 e 15.784/2005, estabelecendo novas tabelas de remuneração para os servidores, a partir de setembro de 2005, com a conseqüente majoração do vencimento-base, em valores bem superiores à diferença de 2,78%, o que representa o pleno cumprimento da decisão executada, devendo, pois, ser extinta a obrigação de fazer.

O d. Magistrado, acolhendo as assertivas do Estado de Minas Gerais, declarou extinta a obrigação de fazer.

Verifico, *in casu*, a existência de prejudicial de exame de mérito, a qual vejo por bem suscitar de ofício.

Vê-se, claramente, que a decisão judicial, objeto da execução, não condenou o Estado a pagar valor determinado, mas fixou percentual a ser recomposto nos vencimentos dos apelantes, advindo da conversão realizada em URV.

No entanto, tanto os valores dos vencimentos, quanto os valores a serem computados, tornam-se desconhecidos, e, estranhamente, a parte que trata de declaração ou de condenação e obrigação de dar a quantia certa, pagar a quantia certa, passa a ser entendida como obrigação de fazer, o que na verdade não é, porque o Estado não está obrigado, nem há como obrigá-lo a fazer reajustes, a não ser por determinação legal declaratória do direito da parte, devidamente limitado e concreto.

Nesse caso, os embargos apresentados pelo Estado, dizendo que outros aumentos já cobriram aquele que foi contemplado pela URV, não têm nenhum fundamento jurídico e não podem, evidentemente, ser analisados em tal tipo de execução.

O título executivo deve se fundamentar em obrigação líquida e certa, e, ainda que aparentemente fácil seja a revelação do valor, se a este não faz referência, mister se faz a liquidação por artigos, apurando-se a importância induvidosa devida, com a respectiva declaração definitiva.

A matéria requer, pois, liquidação de sentença anterior para, posteriormente, proceder-se à execução, bem como exigir do Estado a recomposição salarial.

Diante de tais considerações, casso a sentença e anulo, radicalmente, a ação executiva, determinando

seja implementada a liquidação por artigos, na forma prevista no art. 475-E do CPC.

Custas e honorários advocatícios, pelos apelantes, que ora arbitro em R$ 500,00 (quinhentos reais), suspendendo, contudo, a exigibilidade de tal condenação, nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

É o meu voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDILSON FERNANDES e MAURÍCIO BARROS.

Súmula - ANULARAM A EXECUÇÃO RADICALMENTE.

...

Energia elétrica - Instrumento aferidor violado - Levantamento de diferença com fundamento em valor de parcela anterior - Resolução de entidade supervisora - Aplicação limitada - Crédito diverso extraído da própria instrução normativa

Ementa: Energia elétrica. Instrumento aferidor violado. Levantamento de diferença com fundamento em valor de parcela anterior. Resolução de entidade supervisora. Aplicação limitada. Critério diverso extraído da própria instrução normativa.

- Verificada a violação do aferidor de energia elétrica, possível será a apuração de faturamento a menor, levada pela própria disparidade de consumo no respectivo ciclo, satisfazendo-se o princípio do contraditório apenas com o procedimento administrativo de apuração do consumo.

- Reconhecido o faturamento diversificado, pode o juiz, com fundamento na própria demonstração de fornecimento de energia no tempo, extrair conclusões diversas de instruções normativas e fixar, com força em elementos concretos, o faturamento a menor que mais se aproxima da realidade.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.04.463296-6/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Gregos Troianos Estamparia Ltda. - Apelada: Cemig Cia. Energética de Minas Gerais - Relator: DES. ERNANE FIDÉLIS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 3 de junho de 2008. - *Ernane Fidélis* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pela apelada, o Dr. Paulo Henrique B. Cruvinel.

DES. ERNANE FIDÉLIS - É de se reconhecer, antes de tudo, que, mormente após a Constituição de 1988, o princípio do contraditório e da ampla defesa tem sido alegado com certa constância e insistência, mas, sem se aperceber que, muitas vezes, deixa-se de observar que a pretensão de participação do interessado em determinadas fases de procedimentos administrativos se constitui em verdadeiro abuso e, rigorosamente, se assim compreendido, chega a atingir finalidade diversa e prejudicar a própria Administração, inviabilizando, principalmente, sua função fiscalizatória dos serviços públicos.

Há certos atos de aferição instrumental na distribuição dos serviços públicos, principalmente para acertamento de preço, que, pela própria natureza da função e da informalidade que a circunstância exige, faz-se sem obrigatoriedade da presença do interessado. Em tais hipóteses, a fiscalização apura o fato ou a circunstância duvidosa e atesta, mas como simples início de procedimento, com o agente público gozando, por assim dizer, de certa fé de ofício, mesmo porque de tal ato ainda nada se conclui.

O fato, ou, quando for o caso, a irregularidade apurada, não tem, por si só, a força de determinar as respectivas conseqüências, sendo apenas o ponto inicial e indiciário para se atingir o resultado final, que poderá, após o processamento regular, chegar a conclusões inclusive de existência de fraude, ou mesmo erro, que exija ressarcimento.

Verificada a violação do selo ou do lacre de garantia, só por isso, não se cria nenhuma presunção de pagamento a menor do consumo energético, mas isso autoriza o fornecedor a proceder a verificações comparativas, tomando como elemento aferidor dados concretos, e concluindo pela coincidência ou não de uns e outros, dos quais pode resultar a média de consumo do período anterior, média que, naturalmente, informando discrepância de um período com outro, exige o esclarecimento necessário, podendo indicar necessidade ou não de ressarcimento da empresa fornecedora, que, evidentemente, não pode ficar em prejuízo, mesmo pelo interesse público que representa.

Tomando, pois, por base, o ato indiciário inicial, atestado normalmente pelo funcionário da empresa, pesquisado pelo órgão próprio, e estabelecidos os cálculos de possível consumo não pago, aqui sim, surge a necessidade do contraditório. O interessado, nesta fase, é devidamente cientificado das ocorrências, e, a ele, se abre oportunidade plena de defesa. Neste caso, pode apresentar suas justificativas e impugnar a realidade dos cálculos e a inveracidade da média concluída.

O contraditório, pois, se aperfeiçoa com a ciência da pretensão do órgão, podendo o consumidor, em defesa, apresentar justificativa das divergências de consumo verificadas.

Conclui-se, pois, que a formação do procedimento administrativo não se fundamenta no simples fato da violação, ou da irregularidade, encontrada no instrumento de aferição, mas em relativa presunção de que o consumo, nas mesmas condições de uso, não pode sofrer violenta redução e, em conseqüência, ciente o interessado, permite-se sua defesa, de forma tal que tem ampla oportunidade de justificar a discrepância encontrada.

No caso dos autos ficou comprovado, com todos os requisitos, inclusive com preocupação de se dar ciência a interessados, a violação do lacre do aferidor de consumo.

A respeitável sentença de primeiro grau, atendendo à própria defesa da apelada, entendeu que, corretamente, foi aplicado o art. 72, IV, letra "b", da Resolução 456/00, da Aneel, e, em conseqüência, julgou devida a pretensão de cobrança, inclusive com os consectários aplicados, mais ou menos, em forma de penalidade, como a chamada indenização de custo administrativo e enc. cap. emerg. Sem necessidade, porém, do excesso de palavreado da apelante, tanto na inicial, quanto na apelação, é de se verificar que houve flagrante erro na apuração do débito pretendido, que não pode prevalecer, sem que se faça a devida correção, se for o caso, no próprio procedimento administrativo.

Pelo que se observa do Termo de Ocorrência, de f. 19, inclusive com conhecimento pleno dos interessados, a irregularidade no medidor de energia se apurou em 6 de setembro de 2003.

Pela linguagem da letra "b", IV, do art. 72, da Resolução 456/00, da Aneel, quando não se puder estabelecer análise correta do consumo, este se calcula pelo maior valor ocorrido nos doze ciclos completos de medição normal, imediatamente anteriores ao início da irregularidade.

A Resolução 456 da Aneel, apesar de, no art. 2º, estabelecer, nada menos, do que 42 definições, não diz o que é ciclo; nem a própria apelada, apesar da longa dissertação de defesa, também não fornece nenhuma informação. No entanto, pelo chamado "Identificador Referência" (f. 76/77), no caso específico, os ciclos estão correspondendo exatamente aos meses dos anos respectivos.

Atesta-se, por outro lado, que a apelante não nega a diminuição de consumo em períodos anteriores à apuração de irregularidade do medidor. No entanto, valendo-se do próprio "Indicador Referência", há de se observar que a apelada considerou consumo a menor apenas relativo às referências que vão de março a agosto de 2003, sendo, neste caso, o consumo de 7.392 KWs mais alto até que o previsto no cálculo de f. 72.

A Resolução 456 da Aneel, na verdade, não é lei. Não sendo lei, pode até servir de norte para apuração de consumo não faturado, mas, frente a dados concretos e considerados certos, o juiz pode atender a critério diverso, que mais se aproxima do raciocínio ideal e da própria lógica.

Conforme se falou, a apelante não nega a diminuição brusca de consumo, mas também não a justifica, já que, na fundamentação do pedido, fala apenas em crises econômicas, sem nada provar. Há, contudo, na própria pretensão da apelada certa contradição que, reparada, permite chegar a conclusão mais consentânea com a realidade.

Se, para aferir o que seria a quantidade correta do consumo energético, a apelada, seguindo a orientação normativa da Aneel - sem força de lei, conforme se disse -, faz pesquisa nos 12 meses anteriores, é evidente que qualquer das parcelas de consumo, se não estiver na faixa das classificadas como erradas ou fraudulentas, são aceitas como corretas. E, se corretas, qualquer delas pode servir de parâmetro para o ajustamento, devendo, em conseqüência, é claro, ser adotada a referente ao ciclo de menor consumo, não excluído da correção e legitimidade, exatamente porque assim é aceito. Neste caso, valendo-se do próprio critério proposto pela Aneel, com a adaptação que a hipótese exige, verifica-se que, no "Identificador Referência" de f. 76/77, o menor consumo acatado como certo foi o do ciclo de janeiro de 2003, que atesta o consumo de 2.049 KWs, inferior mesmo ao de agosto de 2003, que deve, em conseqüência, ser excluído da faixa de suspeição. Sobram, assim, os quatro meses que vão de abril a julho de 2003, inclusive.

Nessa linha de conclusões, é de se verificar que nos quatro meses acima referidos deve incidir o reajuste. No total de referidos ciclos, o faturamento foi sobre 1.684 KW/h, quando, presumidamente, deveria ser 8.196 kws (2.049 X 4), restando, pois, a faturar não 17.318, mas apenas 6.512 KWs.

No que se refere à cobrança dos chamados Custo Administrativo e Enc. Cap. Emergência, que, à falta de qualquer outro esclarecimento, devem, realmente, ser tidos como penalidades, mas os quais a apelada não se dignou a justificar, por tais razões é também de se excluir.

Com tais considerações, dou provimento parcial ao recurso, para declarar devido o faturamento de apenas 6.512KWs, cujo valor deve ser acompanhado do respectivo tributo, excluídas as demais parcelas acessórias.

Custas, na proporção de 50% para cada parte, compensados honorários advocatícios.

É o meu voto.

DES. EDILSON FERNANDES - Sr. Presidente.

Ouvi, com atenção, a objetiva e bastante clara sustentação oral.

Da análise que fiz dos autos, cheguei à mesma conclusão a que chegou o eminente Relator, motivo pelo

qual, adotando os fundamentos que ele acaba de proferir, também dou provimento parcial ao recurso.

DES. MAURÍCIO BARROS - Também acompanho o eminente Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...

Entidade familiar - Pessoas do mesmo sexo - Reconhecimento e dissolução - Vedação constitucional - Partilha de bens - Jurisdição voluntária - Forma indevida

Ementa: Entidade familiar. Pessoas do mesmo sexo. Reconhecimento e dissolução. Vedação constitucional. Partilha de bens. Jurisdição voluntária. Forma indevida.

- A Constituição da República não considera como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo, sendo casuísticas as respectivas definições do art. 226.

- A atuação do juiz, em jurisdição voluntária, só ocorre, quando a lei exigir ou permitir, não podendo a homologação judicial substituir os meios próprios de alienação de bens.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.480844-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: E.R.S. e outra - Relator: DES. ERNANE FIDÉLIS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 12 de fevereiro de 2008. - *Ernane Fidélis* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ERNANE FIDÉLIS - Cuida-se de pedido de reconhecimento e dissolução de entidade familiar, com a conseqüente partilha de bens comuns, ajuizado por E.R.S. e E.C.N.P., pretendendo seja homologado o acordo quanto ao reconhecimento de entidade familiar, sua dissolução e divisão de bens.

A petição inicial foi indeferida liminarmente, entendendo o d. Juiz ser o pedido juridicamente impossível, com o fundamento de que a entidade familiar entre pessoas do mesmo sexo não é reconhecida pelo nosso ordenamento jurídico.

As requerentes apelaram, pretendendo a reforma da r. sentença, alegando que em momento algum pugnaram pelo reconhecimento de união estável, mas de existência de entidade familiar, por convivência comum; que nosso sistema jurídico identifica, especialmente no art. 226 da CF, alguns tipos de entidade familiar, o que não quer dizer que outras formas de união, inclusive entre pessoas do mesmo sexo, não se caracterizem como tal, entendendo ser justa a aplicação extensiva da lei, inclusive por interpretação analógica.

Há de se fazer, de início, certa reflexão de ordem sociológica e jurídica, para não corrermos o risco de nos distanciar da própria função jurisdicional, que, seja do ângulo da contenciosidade, seja da pura administração, via do que se denominou jurisdição voluntária, tem o real sentido de aplicação do direito, principalmente no sistema do *civil law* que adotamos.

A orientação do Poder Judiciário, na ordem jurídica instituída, é a de que o juiz não cria a lei, senão que a interpreta e a aplica dentro de critérios técnicos preestabelecidos, ainda quando se lança mão de outros elementos interpretativos que não a literalidade do texto legal, como ocorre com a analogia e os princípios gerais de direito.

Firme no que dispõe a lei, principalmente como ocorre em nossa sistematização, sem atender ao rígido princípio constitucional, não se pode apupar de preconceituoso o julgamento que não atenda a manifestações sociais de minorias e até mesmo de correntes ideológicas majoritárias, quando ainda não se estabeleceram, no sistema legislativo, as posições não coincidentes com as respectivas fontes do direito. O que se consigna na lei, visualizada com seus critérios de interpretação, é o norteamento do julgador, que dele não pode escapar, ainda que se deixe levar até por razoável manifestação emocional. Essa é a magnífica lição de tempos idos, atuais e futuros, bem reproduzida pelo doutrinador espanhol, Juan Montero Aroca:

> En esta actuación del derecho objetivo radica la grandeza de los tribunales. En los últimos tiempos se há pretendido lanzar a los jueces por un camino que a la postre se resuelve en su desvinculación de la ley; con ello ni estamos ni podemos estar de acuerdo quienes creemos que la ley, el derecho objetivo, es la plasmación normativa de la voluntad de la mayoria. El que crea que la ley, en país organizado democráticamente, es la expresión de la voluntad general, no puede consentir que los jueces pretendan suplantar esa voluntad sustituyéndola por la suya individual. El Estado nombre los jueces para que éstos apliquen la ley que el propio Estado crea por vias democráticas, no para que aprovechando del nombramiento, se convirtan en mineradores de la soberania popular (La función jurisdiccional temas procesales, outubro de 1987, v. 5, p. 71).

No caso dos autos, há duas situações que, no meu entender, merecem cuidadosa análise. A primeira diz

respeito ao próprio sentido interpretativo da lei; a segunda, à funcionalidade, aos limites e à finalidade da jurisdição voluntária.

As requerentes pretendem, via jurisdição voluntária, se reconheça entre elas existência de entidade familiar; que, também, se faça o mesmo de sua dissolução e se proceda, em seguimento, à homologação de partilha de bens que, formalmente, se encontram no patrimônio de uma só.

Pelo entendimento das requerentes, a possibilidade, principalmente das declarações de existência e dissolução da entidade familiar, estaria contida no próprio art. 226, §§ 3º e 4º, da CR. E, muito embora o *caput* do artigo fale em casamento (só admissível entre homem e mulher), o § 3º reconhecia a união estável como entidade familiar, e o § 4º também assim definia a comunidade formada por qualquer dos pais e descendentes. Como, porém, a evolução dos tempos e dos costumes seria uma realidade inafastável, estaria a ocorrer flagrante lacuna na Constituição da República, ao deixar de regular como tal a entidade formada entre pessoas do mesmo sexo.

Prefiro não falar em impossibilidade jurídica do pedido, já que esta seria condição de ação, em jurisdição contenciosa, focando a questão, exclusivamente, do ângulo da previsão constitucional e da indagação que se faz de sua ocorrência ou não.

Os mais rigorosos constitucionalistas entendem que, nos sistemas de constituição rígida, lacunas inexistem; outros, ao contrário, admitem sua ocorrência e, em conseqüência, seu preenchimento com critérios interpretativos subsidiários, como a analogia, os princípios gerais de direito e até os costumes.

Ponho-me na segunda posição, como bem o faz, acatando lição de Jorge de Miranda, o Professor e Desembargador que muito honra este Tribunal, Kildare Gonçalves de Carvalho, que, com maestria, completa a lição:

> É preciso notar, contudo, que, quando se trata de omissões legislativas, somente se deve reconhecê-las quando não se puder extrair da norma constitucional o máximo de eficácia que a sua formação lingüística, a sua logicidade, a sua história e a sua teleologia permitirem, dando-se, deste modo, à Constituição maior operatividade, à consideração ainda de que o Direito subconstitucional é que apanha as sobras do que a Lei maior não quis, ou pôde reservar para si mesma com exclusividade (*Direito constitucional*. 13 ed. Belo Horizonte: Del Rey, p. 219).

O Professor Alexandre de Morais demonstra a delicadeza do tema, quando adverte que a contrariedade ao claro texto da Constituição pode importar em transmutação indevida do julgador em legislador ou administrador:

> Portanto, não terá cabimento a interpretação conforme a Constituição, quando contrariar texto expresso da lei, que não permita qualquer interpretação em conformidade com a Constituição, pois o Poder Judiciário não poderá, substituindo-se ao Poder Legislativo (leis) ou Executivo (medidas provisórias), atuar como legislador positivo, de forma a criar um novo texto legal (*Direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, p. 12).

Na hipótese em julgamento, bem é de ver que a disposição da lei em prever a entidade familiar, além do casamento, estabelece, casuisticamente, as possibilidades de tal figura constitucional, e, de forma hermética, as limitou, sem oferecer qualquer elemento, léxico ou lógico, para entendimento de ter havido simples omissão. Omissão, sim, haveria se a lei fizesse apenas referência à entidade familiar, sem estabelecê-la com base na estrutura do casamento e das restritas figuras afins que acabou por definir.

Embora as requerentes digam que propõem ação de reconhecimento de entidade familiar, na verdade, não instauram qualquer procedimento jurisdicional, pois não denunciam lide alguma, e, sim, que pedem, em simples forma de jurisdição voluntária, a declaração judicial de existência e validade de relação jurídica, por elas próprias reconhecida. E, completando, pedem também homologação de partilha amigável de bens, com reconhecimento de ambas de propriedade comum.

Há, é bem de ver, no fundo, diversidade de pedidos, o que faz surgir indagação de importância quanto aos mesmos. Se não há como reconhecer, homologando-se judicialmente, a espécie de entidade familiar, poderia haver dúvida quanto à possibilidade da separação de bens, já que, aqui, a questão ficaria no âmbito exclusivamente patrimonial. No entanto, deslocando-se a questão para tal campo, ainda assim imprópria se revela a pretensão à jurisdição voluntária.

A atuação do juiz, na jurisdição voluntária, é simplesmente administrativa. Neste caso, já que não se trata de compor lide, através de processo de conhecimento, ou de dar realização efetiva à obrigação já reconhecida, através do processo de execução, o juiz só atua, em forma de jurisdição voluntária, quando assim o exigir a lei, ou mesmo permitir, sem violação de outras formas administrativas, seja para a consolidação do negócio jurídico, seja para a integração judicial no negócio ou situação jurídica, a fim de lhes dar maior segurança, conforme princípio reconhecido pelo interesse público. É como, em breves pinceladas, ensinava Lopes da Costa: "Certas matérias, por sua relevância e por exigirem maior preparo jurídico a este (juiz) são confiadas" (*A administração pública e a ordem jurídica privada*. Ed. Bernardo Álvares, 1961, p. 72).

Ora, não há nenhuma exigência legal de o juiz participar, em jurisdição voluntária, velando pela validade formal do ato, nesta forma de partilhamento amigável de bens. Se uma das requerentes os tem, todos, em seu nome, nada há que a impeça, nem que

exija outras formalidades, de fazer a devida transferência das respectivas partes ideais, ou de bens individuais, como pretendem, e se tal alienação de bens, por vontade mútua, tem forma própria de se realizar, como a escritura pública ou particular, e mesmo a tradição de bens móveis, a homologação judicial jamais teria força de substituí-las, considerando-se verdadeira exorbitância judicial, invadindo seara alheia, a homologação de qualquer partilha neste sentido.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso, condenando as requerentes em custas processuais, mas isentas por estarem sob o pálio da AJ.

É o meu voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MAURÍCIO BARROS e ANTÔNIO SÉRVULO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Mandado de segurança - Recebimento de denúncia e instauração de comissão processante contra Prefeito na Câmara Municipal - Alegação de várias nulidades - Voto vencido

Ementa: Mandado de segurança. Recebimento de denúncia e instauração de comissão processante contra Prefeito na Câmara Municipal. Alegação de várias nulidades.

- A denúncia para a instauração de procedimento político-administrativo contra Prefeito Municipal constitui ato da maior relevância para a vida política do Município, exigindo prudência e responsabilidade, não sendo possível admitir a alegação genérica de enquadramento do Prefeito em um dos incisos do art. 4º do Decreto-Lei 201/1967, sem sequer a indicação dos indícios e dos meios de prova, com o grave efeito de gerar a instabilidade política e prejudicar a própria governabilidade do Município.

V.v. - Não existe ofensa a direito líquido e certo do denunciado em processo político-administrativo quando o recebimento da denúncia e a atuação da Comissão Processante se orientam segundo a legislação especial atinente à espécie e pelo respeito aos direitos e garantias do devido processo legal, contraditório, ampla defesa, impessoalidade, motivação, proporcionalidade e razoabilidade, insculpidos pelos incisos XXXVII, LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal. Denegaram a ordem (Des. José Domingues Ferreira Esteves e Des.ª Maria Elza).

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.0000.07.457317-1/000 - Comarca de São Gonçalo do Sapucaí - Impetrante: Prefeito Municipal de São Gonçalo do Sapucaí - Autoridades coatoras: Presidente da Câmara Municipal de São Gonçalo do Sapucaí e Presidente da Comissão Processante da Câmara Municipal de São Gonçalo do Sapucaí - Relator: DES. JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES - Relator para o Acórdão: DES. ERNANE FIDÉLIS

Acórdão

Vistos etc., acorda a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de f., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM CONCEDER A SEGURANÇA, VENCIDOS O RELATOR E A QUARTA VOGAL.

Belo Horizonte, 15 de abril de 2008. - *Ernane Fidélis* - Relator para o acórdão.

Notas taquigráficas

Proferiram sustentação oral, pelo impetrante, o Dr. José Rubens Costa e, pelo impetrado, o Dr. Juracy Magalhães.

DES. JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES - Ouvi, com atenção, as manifestações da tribuna.

Cuida-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pelo Prefeito Municipal de São Gonçalo do Sapucaí, Akira Yamaguchi, contra atos considerados ilegais, do Sr. Presidente da Câmara Municipal de São Gonçalo do Sapucaí, Benedito Cunha, e da Presidente da Comissão Processante da Câmara Municipal de São Gonçalo do Sapucaí, Maria Moreira, consubstanciados no recebimento de denúncia de infrações político-administrativas, instaurando procedimento que tramita eivado de nulidades que seriam:

Inépcia da denúncia, por não narrar os fatos com todas as circunstâncias, além de não indicar nem apontar provas; comissão processante que exerce função investigatória, inclusive ouvindo testemunhas arroladas somente pela própria Comissão; impedimento do Presidente da Câmara de atuar no processo administrativo pelo fato de a denúncia ter sido formulada por agente comissionado da própria Câmara dos Vereadores, ocupante do mais alto cargo de confiança do referido Presidente; a comissão processante decidiu várias questões e notificou sobre tais deliberações somente ao prefeito, e não ao procurador constituído por ele, bem como considerou inexistente na via administrativa o recurso de embargos de declaração e indeferiu prova pericial não realizada em prazo determinado do qual não foi notificado o advogado do impetrante. A aludida Comissão também teria indeferido a oitiva de testemunhas arroladas pelo impetrante e designado oitiva de testemunhas no mesmo dia em São Gonçalo do Sapucaí e em Brasília/DF, impossibilitando o comparecimento da defesa a uma delas; a Comissão Processante não ouviu o denunciado/impetrante.

O impetrante pede que, após a concessão de liminar, no mérito, seja declarada a nulidade de todo o processo político-administrativo conduzido pelas autoridades coatoras.

Foi indeferido o pedido liminar e apresentadas informações pelas autoridades coatoras às f. 542/563 e 567/588, defendendo a legalidade do processo administrativo de cassação do impetrante.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem, mediante parecer de f. 1.186/1.189, da lavra do il. Procurador de Justiça, Roberto Cerqueira Carvalhaes.

De início, aprecio a preliminar de inépcia da denúncia.

A esse respeito tenho que o fato de a referida denúncia não passar de uma lauda redigida não tem o condão de torná-la inepta, tampouco o fato de o cidadão que a levou até a Câmara Municipal ser servidor da mesma Casa Legislativa, pois também é um eleitor do Município de São Gonçalo do Sapucaí.

Com efeito, a denúncia mencionou claramente o fato do qual surgiu a acusação de omissão ou negligência, qual seja exorbitante consumo de combustível dos veículos da Educação, bem como o art. 4º, VIII, do Decreto-lei nº 201/67, no qual tem fulcro seu recebimento, além de vir amparada em consistentes documentos de prova, que são as notas fiscais.

Rejeito, pois, tal preliminar.

O fato de o cidadão denunciante ser ocupante de cargo comissionado subordinado ao Presidente da Câmara Municipal não implica, por si só, impedimento ou suspeição do último.

Ademais, ainda que implicasse, como o Presidente da Câmara Municipal não integra a Comissão Processante, não há que se falar em ofensa a direito líquido e certo do impetrante.

Segundo nos ensina o il. doutrinador Hely Lopes Meirelles, em sua obra *Direito municipal brasileiro*, o processo de cassação de mandato deve ser regulado pela legislação local, mas, na falta desta, deve-se seguir o rito disposto no Decreto-Lei nº 201/67.

O Decreto-Lei nº 201/67, art. 5º, inciso II, prescreve que o recebimento da denúncia dar-se-á pelo voto da maioria dos presentes, confira-se:

> Art. 5º. O processo de cassação do mandato do Prefeito pela Câmara, por infrações definidas no artigo anterior, obedecerá ao seguinte rito, se outro não for estabelecido pela legislação do Estado respectivo:
> (...)
> II - de posse da denúncia, o Presidente da Câmara, na primeira sessão, determinará sua leitura e consultará a Câmara sobre o seu recebimento. Decidido o recebimento, pelo voto da maioria dos presentes, na mesma sessão será constituída a Comissão processante, com três vereadores sorteados entre os desimpedidos, os quais elegerão, desde logo, o Presidente e o Relator.

No caso dos autos, no dia da votação pelo recebimento da denúncia a Câmara era composta por nove membros presentes, tendo sido oito votos favoráveis ao recebimento, tendo, dessa forma, o acolhimento por mais de 2/3 dos membros.

Conquanto se considere impedido um vereador que votou pelo acolhimento da denúncia, ainda assim, o *quorum* de recebimento da denúncia pela maioria dos membros presentes na Câmara, exigido pela legislação de regência, seria devidamente respeitado.

Nesse sentido, vale colacionar o seguinte julgado:

> Vereador. Cassação. *Quorum* especial. Ausência. Representação. Procedimento. Ilegalidade. Mandado de segurança.
> - O recebimento da representação, com vistas à cassação do vereador; faz-se por maioria dos presentes; procedimento de modo contrário constitui motivo para invalidar o processo (*Jurisprudência Mineira*, v. 131, p. 356).

Aliás, é bom salientar que, pela mencionada lei, o *quorum* para recebimento da denúncia é diferente daquele atinente à cassação do mandato, pois naquele exige-se, tão-somente, como acima mencionado, maioria dos membros, enquanto neste exige-se o qualificado de 2/3.

Nesse sentido, impende transcrever os ensinamentos do festejado Hely Lopes Meirelles, trazidos em sua obra *Direito municipal brasileiro*, quando se manifesta sobre as fases do processo político-administrativo:

> 1º Denúncia e seu recebimento - [...]
> Lida a denúncia na primeira sessão ordinária, o plenário decidirá, pela maioria dos presentes, sobre seu recebimento, e, se favorável, será constituída, por sorteio na proporção da representação partidária, a comissão processante, com três vereadores titulares e sem impedimentos para o caso, que elegerão o presidente e o relator.
> [...]
> 4º Sessão de julgamento - a sessão de julgamento só poderá instalar-se com, pelo menos, dois terços dos membros da Câmara, que é o quórum mínimo para deliberação sobre o processo, contando-se inclusive com a presença do presidente, que poderá votar para perfazer o quórum. Instalada a sessão, praticar-se-ão os seguintes atos:
> [...]
> d) votação nominal dos vereadores desimpedidos sobre cada uma das infrações articuladas na denúncia.

E nem se diga que o art. 86 da CF/88 veio derrogar o *quorum* previsto no art. 5º do Decreto-Lei n. 201/67, pois, segundo jurisprudência deste eg. Tribunal, as regras nele previstas somente se aplicam ao Presidente da República, e não ao Prefeito. Confira-se:

> Prefeito Municipal. Preliminar. Ilegitimidade do Promotor de Justiça. Violação ao princípio do promotor natural. Delegação de função. Art. 29, IX, Lei Federal nº 8.625/93. Descabimento. Licença da Câmara dos Vereadores para processar Prefeito. Art. 1º do Decreto-Lei nº 201/67. Desnecessidade. Exame de provas. Indícios de autoria e materialidade. Denúncia recebida.
> - O Procurador-Geral de Justiça pode delegar ao membro do Ministério Público suas funções de Órgão de Execução, nos termos do art. 29, IX, da Lei nº 8.625/93, sendo o Promotor de Justiça legítimo para a iniciativa da ação.

- O art. 86 da Constituição Federal refere-se apenas aos crimes praticados pelo Presidente da República, não podendo ser estendido aos Prefeitos Municipais, sendo que o art. 1º do Decreto Lei nº 201/67 dispensa pedido de licença à Câmara Legislativa para processar Prefeito.
- Encontram-se nos autos os indícios de autoria e materialidade do crime descrito na denúncia, impondo-se, assim, o seu recebimento (TJMG, PCO 000.233.007-4/00, 3ª Câm. Crim., Rel. Des. Gomes Lima, j. em 26.11.2002).

No tocante à insurgência contra a postura da Comissão Processante de ouvir testemunhas que não foram arroladas pelo denunciante ou pelo denunciado, ora impetrante, também não merece acolhida, pois, se nos feitos que tramitam judicialmente é dado ao Juiz um certo grau de atribuição inquisitiva, podendo solicitar a produção de provas que lhe forneçam subsídios para convencimento, não há impedimento para tal atribuição no âmbito administrativo, notadamente considerando a pertinência das testemunhas arroladas, visto que são os motoristas que dirigem os veículos supostamente envolvidos em fraude quanto ao valor demandado para abastecê-los.

Outra alegação que merece ser rechaçada é de que o processo administrativo estaria viciado pelo fato de as notificações terem sido na pessoa do denunciado, ora impetrante, e não do seu procurador. O art. 5º, inciso IV, do Decreto-Lei nº 201/67 é claro ao prescrever que o denunciado "deverá ser intimado de todos os atos do processo, pessoalmente, ou na pessoa de seu procurador, com a antecedência, pelo menos, de vinte e quatro horas, (...)", de forma que não existe nenhuma nulidade, tampouco prejuízo para defesa, pois as notificações recebidas pelo denunciado podem ser exibidas ou participadas ao seu advogado, caso julgue conveniente.

No que toca ao não-conhecimento de embargos de declaração, cumpre esclarecer que tal via recursal não encontra previsão no âmbito administrativo, e os requerimentos do impetrante foram apreciados pela Comissão Processante.

Quanto à oitiva do impetrante e de algumas das testemunhas que arrolou, bem como a produção de prova pericial, foram obstadas por diversas circunstâncias, deixando transparecer pretensão procrastinatória com a qual a Comissão Processante não poderia ser conivente, notadamente considerando o prazo limite de 90 dias para concluir tal procedimento.

Pelo que se infere da cópia do processo administrativo, o impetrante teve o prazo de 57 dias para apresentar rol de testemunhas contendo endereços corretos, e foi realizada a oitiva de cinco testemunhas arroladas por ele, ou seja, teve a oportunidade de produção de prova testemunhal que não pode se estender indefinidamente, principalmente considerando que foram produzidos outros meios de prova.

O impetrante não compareceu em mais de uma oportunidade e datas marcadas para que fosse realizada a sua oitiva, quais sejam dia 15 de maio de 2007, quando a Comissão Processante procurou por ele até mesmo em seu gabinete e não o encontrou, bem como no dia 31 de maio, quando o próprio impetrante sugeriu tal data, às 15 horas, e não compareceu, providenciando a apresentação de atestado médico, e, finalmente, dia 4 de junho do mesmo ano, quando sequer foi apresentado documento que justificasse a ausência.

A Comissão Processante deferiu a produção de prova pericial, nomeou peritos, arbitrou honorários e notificou o impetrante para apresentar quesitos e assistente técnico, até o dia 27 de abril de 2007, mas o último quedou-se inerte no prazo estipulado.

Cumpre ressaltar que o impetrante também não se insurgiu contra a oitiva de testemunhas em São Gonçalo do Sapucaí e em Brasília no mesmo dia, quando foi intimado de tais atos administrativos, assim como não demonstrou qual teria sido seu prejuízo por não ter presenciado a oitiva da testemunha em Brasília.

Pelo exposto, não restou demonstrada ofensa a direito líquido e certo do impetrante, tendo o recebimento da denúncia e a atuação da Comissão Processante se orientado pelo respeito à legislação especial atinente à espécie e aos direitos e garantias do devido processo legal, contraditório, ampla defesa, impessoalidade, motivação, proporcionalidade e razoabilidade, insculpidos pelos incisos XXXVII, LIV e LV, do art. 5º da Constituição Federal.

Com essas considerações, denego a segurança.

Custas, na forma da lei.

DES. ERNANE FIDÉLIS - Sr. Presidente.

Inicialmente, em preliminar, devo lembrar ao ilustre Advogado, Dr. José Rubens Costa, que, infelizmente, não ouviu o julgamento anterior, mas exatamente o que ele falou, eu acabara de falar. Se tivesse ouvido o meu voto anterior, diria que se tratava de um plágio.

Discordo de V. Ex.ª, Relator, quando diz que não estamos observando a regularidade formal no processo, porque o ato administrativo não tem apenas, em alguns casos, a conotação da formalidade, mas também da vinculação. Se há uma determinada vinculação para o ato administrativo, evidentemente, o Poder Judiciário, dentro do critério da vinculação, pode examinar, sim, se a questão da legalidade formal está sendo observada, porque, se não obedecer à vinculação, a questão está realmente maculada formalmente.

O ilustre Advogado falou da tribuna que o denunciante não falou em nada de gasolina, nada de combustível. Está escrito. Rafael Ambrósio, eleitor, como qualquer outro que tem o direito de representar e fazer o que quiser, denunciou o Prefeito no inciso VIII, art. 4º, mas trouxe a seguinte fundamentação, cometida em face do abastecimento de combustível para os veículos de educação, em quantidade exorbitante para o uso de suas funções de transporte, durante os meses de janeiro a setembro de 2006: omitir-se. Cita o art. 4º do Decreto-Lei 201, inciso VIII, como se para o juiz não tivesse aquela informação, *da mihi factum, dabo tibi jus*.

Estou lembrando a V. Exª., que se preocupa com a regularidade formal, que essa denúncia não tem nenhuma regularidade formal e, na realidade, se vamos admi-

tir que em qualquer denúncia, inclusive a criminal, a petição inicial tem que ter os requisitos, os fundamentos próprios para instaurar determinada ação, sob pena de demonstração de falta de possibilidade jurídica, ou interesse processual, ou inépcia da inicial, essa denúncia também tem que ser fundamentada, não basta dizer que o Prefeito gastou demais. Ouvi, da tribuna, inclusive, uma expressão que não deveria ser falada, neste Tribunal, "em nome do povo". Aqui, o povo não está demandando. Existe um mandado de segurança do Prefeito contra um ato da Câmara Municipal. O Tribunal não é lugar para esse receptáculo de problemas políticos. Neste caso, é preciso que haja uma seriedade muito grande nessa instauração de sindicância contra o Prefeito. Sabemos que o Decreto-Lei 201 ainda é fruto do regime ditatorial e que objetivava fazer muitas cassações. Depois da Constituição de 88, isso mudou; os princípios do contraditório e da ampla defesa foi tido na sua extensão máxima. Não é qualquer denúncia de qualquer cidadão que pode levar à instauração de uma sindicância de uma parte política contra a outra. É preciso que haja seriedade, uma demonstração efetiva de todos os requisitos necessários para se abrir a sindicância, para o processamento, inclusive, denúncia apta; uma denúncia que permita ao acusado responder, dar suas razões da acusação que lhe é feita. Teria que apresentar uma denúncia contra o Prefeito para ser recebida pela Câmara, realmente, retratando, circunstancialmente, fatos de infração administrativa. Aí, sim, poderia instaurar um procedimento, assim mesmo duvidoso, porque, hoje, temos um procedimento especial de prestação de contas do Prefeito na ordem administrativa, que, primeiro, tem que passar pelo Tribunal de Contas, depois vai para a Câmara dizer se aprova ou não aquelas contas. Essa aprovação de contas está também em dependência direta com essa denúncia por infração administrativa.

Por isso, Sr. Presidente, não é a primeira vez que voto nesse sentido, não é a primeira vez que ocorre isso nesta Câmara. Já fomos, inclusive, alertados de que está existindo uma verdadeira indústria de cassação de Prefeitos do interior, de denúncias vazias e ocas quanto à especificação e à fundamentação, para poder um grupo político passar ao domínio da situação política do Município. E isso o Judiciário, no meu modo de pensar, não pode, absolutamente, acobertar, porque, formalmente, esse procedimento, essa investigação, tem que seguir, rigorosamente, a legalidade, porque a denúncia é inepta, e sendo inepta, tem que ser rejeitada, sob pena de ferir a formalidade e a legalidade.

Com esses fundamentos, peço vênia a V. Ex.ª e concedo a segurança.

DES. MAURÍCIO BARROS - Sr. Presidente, peço vista dos autos.

Súmula - PEDIU VISTA O SEGUNDO VOGAL, APÓS VOTAREM O RELATOR, DENEGANDO A ORDEM, E O PRIMEIRO VOGAL, CONCEDENDO-A.

Notas taquigráficas

Assistiram ao julgamento, pelo impetrante, os Drs. Rodrigo José Gouvêa de Paula e Sérgio Antônio Claret de Assis; e, pelo impetrado, o Dr. Juracy Magalhães.

DES. JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES - O julgamento deste feito foi adiado na Sessão do dia 1°.04.2008, a pedido do 2° Vogal, após votarem o Relator denegando a ordem e o 1° Vogal concedendo-a.

Com a palavra o Des. Maurício Barros.

DES. MAURÍCIO BARROS - O processo político-administrativo, visando à cassação de mandato de Prefeito pela Câmara Municipal, tem nítido caráter punitivo, pelo que se lhe devem aplicar alguns princípios que norteiam o processo criminal. Um desses princípios é o da tipicidade, segundo o qual a conduta constante da denúncia deve se circunscrever, ou se subsumir, à conduta hipoteticamente prevista na norma legal. Não sendo "típico" o fato narrado na denúncia, deve o juiz deixar de recebê-la, e, se a receber, pode a ação penal vir a ser trancada pela via do *habeas corpus*.

Nesse contexto, pode o Judiciário, sem que isso implique atentado ao princípio da separação dos Poderes, decidir, quando chamado a pronunciar-se, se o fato atribuído ao Prefeito Municipal é "típico", ou seja, se a conduta a este atribuída encontra correspondência na lei.

Vê-se, dos incisos do art. 4° do Decreto-Lei 201/1967 que as condutas que autorizam a instauração do procedimento têm um cunho político, ainda que afeto à Administração, estando a utilização de bens ou rendas públicas, em proveito próprio, capituladas como crimes a serem julgados pelo Poder Judiciário (art. 1°).

Além disso, como procedimento formal, o procedimento político-administrativo deve obedecer a determinados requisitos, dentre eles os relativos à peça acusatória, que deve identificar condutas concretas adotadas pelo Prefeito e capitulá-las no correspondente tipo infracional, indicar os meios pelos quais será provado o alegado e conter pedido determinado.

O art. 5°, inciso I, do Decreto-Lei 201/1967 expressamente exige que a denúncia escrita da infração exponha os fatos e indique as provas, o que não se observa na denúncia de f. 44, na qual a lacônica acusação de que o impetrante, na condição de Prefeito Municipal de São Gonçalo do Sapucaí, cometeu infração político-administrativa consistente no "abastecimento de combustível para os veículos da Educação, em quantidade exorbitante para o uso em suas funções de transporte, durante os meses de janeiro a setembro de 2006...".

No Estado Democrático de Direito, qualquer peça acusatória destinada a iniciar um procedimento formal deve conter a descrição da conduta fática de que é acusado o denunciado, a fim de propiciar-lhe o exercício do direito de defesa circunstanciada. Trata-se da garantia do contraditório e da ampla defesa, exigência para o devido processo legal, seja ele judicial ou administrativo.

Ora, a denúncia para a instauração de procedimento político-administrativo contra Prefeito Municipal constitui ato da maior relevância para a vida política do Município, exigindo prudência e responsabilidade, não sendo possível admitir a alegação genérica de enquadramento do Prefeito em um dos incisos do art. 4º do Decreto-lei 201/1967, sem sequer a indicação dos indícios e dos meios de prova, com o grave efeito de gerar a instabilidade política e prejudicar a própria governabilidade do Município.

O procedimento em questão não deve ser usado como meio de perseguição ou luta política, como no presente caso, uma vez que o que se encontra em jogo é o interesse público local.

Com esses adminículos, acompanho integralmente o judicioso voto do eminente 1º Vogal, para conceder a segurança, rogando vênia ao não menos eminente Relator.

DES. JARBAS LADEIRA - Sr. Presidente.

Ouvi, com atenção, os votos dos Desembargadores que me antecederam e, realmente, verifiquei que a denúncia se limita a dizer que houve um gasto excessivo, mas não menciona nenhum fato concreto nesse sentido.

Apesar de o prefeito ter sido acusado de improbidade administrativa, mesmo assim, considero imprestável esta peça utilizada para representar contra o Prefeito, no que peço máxima vênia ao ilustre Relator para acompanhar o douto Primeiro Vogal, no sentido de conceder a segurança.

DES.ª MARIA ELZA - Acompanho o entendimento do Desembargador Relator, José Domingues Ferreira Esteves, porquanto entendo que não restou demonstrado o alegado direito líquido e certo a ensejar a concessão da segurança.

Compete ao impetrante, para fins de mandado de segurança, demonstrar o seu direito líquido e certo, e a ilegalidade ou o abuso de poder praticado por autoridade ou por agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. A demonstração da existência do direito líquido quanto à sua extensão e certo quanto à sua existência é pressuposto de constituição regular do *mandamus*, já que nesse tipo de procedimento não se admite a instrução probatória.

Esse entendimento é continuamente aplicado pelos Tribunais Superiores. É o que se vê, apenas a título de exemplo, no Recurso Especial 30.630/GO (*DJU* de 28. 06.1993, p. 12.903), da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator o Ministro Adhemar Maciel, e no Recurso Extraordinário 117.936/RS (*DJU* de 07.12.1990, p. 14.641), da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, assim ementados, respectivamente, no que interessa:

> O 'direito líquido e certo', uma condição especial da ação de mandado de segurança, diz respeito unicamente aos fatos alegados, à prova pré-constituída. Nada tem com o direito subjetivo em si.
>
> Mandado de segurança: direito líquido e certo. O 'direito líquido e certo', pressuposto constitucional de admissibilidade do mandado de segurança, é requisito de ordem processual, atinente à existência de prova inequívoca dos fatos em que se basear a pretensão do impetrante e não com a procedência desta, matéria de mérito.

Todavia não é essa a realidade trazida nos autos, uma vez que não cuidou o impetrante de demonstrar de maneira induvidosa a prática do abuso ou ilegalidade por parte da autoridade impetrada.

De início, tem-se que a alegação de que a petição da denúncia seria inepta não prospera. Embora a mesma tenha sido elaborada de modo sintético, apreendem-se facilmente os seus dados essenciais, tal como o fato ao qual se atribui a ilicitude.

Conforme o voto relator, rejeita-se a preliminar.

No mesmo sentido, tem-se que a segurança deve ser rejeitada no mérito.

Primeiro, pelo que dos autos consta, a admissão da denúncia ocorreu em observância ao disposto no art. 5º, inciso II, do Decreto-Lei n. 201/1967, já que oito dos nove vereadores presentes votaram pelo seu recebimento.

No que concerne à alegada violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, verifica-se dos autos que o denunciado deixou de exercer os seus direitos na medida em que em 3 (três) ocasiões não compareceu nas datas marcadas para a sua oitiva.

Também se quedou omisso em relação à produção de provas periciais, visto que não se manifestou ou pugnou pela apresentação de quesitos ou nomeação de assistente técnico. Somado ao exposto, deixou de apresentar no prazo estipulado as suas testemunhas.

O que se verifica nos autos, em suma, é que o impetrante absteve-se de exercer o contraditório e ampla defesa de tal forma que não lhe amparam os argumentos deste *mandamus*, já que o próprio denunciado/ impetrante é que ensejou a sua limitação no exercício da defesa.

Assim, concordando inteiramente com o voto do Desembargador Relator, denega-se a segurança.

Súmula - CONCEDERAM A SEGURANÇA, VENCIDOS O RELATOR E A QUARTA VOGAL.

...

DESEMBARGADOR LAMBERTO DE OLIVEIRA SANT´ANNA

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO

Nota Biográfica

DESEMBARGADOR LAMBERTO DE OLIVEIRA SANT'ANNA

Lamberto de Oliveira Sant'Anna, mineiro de Pedra Azul, nasceu em 14 de agosto de 1935. Era filho de Lourenço José de Sant'Anna e Zelita de Oliveira Sant'Anna e casado com Lia de Oliveira Sant'Anna. São seus filhos: Leonardo, Luciano e Lisieux.

Iniciou seus estudos no Colégio Imaculada Conceição, em Montes Claros, e no Instituto Granbery, em Juiz de Fora. Em 1948, ingressou no Seminário Provincial do Coração Eucarístico de Jesus, em Belo Horizonte, lá permanecendo até 1958. Prestou vestibular em 1960, bacharelando-se em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, em 10 de novembro de 1964.

Aprovado em concurso público, foi nomeado Juiz de Direito da Comarca de Malacacheta em 08 de outubro de 1970. Foi removido, em 30 de setembro de 1972, para Resplendor. Em 26 de março de 1974, promovido por merecimento, transferiu-se para Raul Soares e, em 21 de setembro de 1978, para a Comarca de Curvelo, para instalar e assumir a 2ª Vara. Foi Juiz Substituto em Diamantina e Paraopeba. Por antigüidade, foi promovido em 8 de maio de 1985, para o cargo de 14º Juiz Substituto de Belo Horizonte. Assumiu, em maio de 1988, a função de Juiz Sumariante do 1º Tribunal do Júri da Comarca de Belo Horizonte. Por unanimidade, foi promovido para o extinto Tribunal de Alçada, em 12 de abril de 1995.

Em 10 de outubro de 2002, atingiu a grau máximo de sua carreira, promovido ao cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Aposentou-se, a pedido, em 12 de agosto de 2005.

Além de sua carreira judicante, desempenhou atividades no Magistério em Montes Claros, lecionando Organização Social e Política na Escola Agrícola Antônio Versiani Athayde, Filosofia da Educação e História da Filosofia no Instituto Norte Mineiro de Educação, e Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional na Faculdade de Direito de Montes Claros, atual Unimontes.

Dentre as inúmeras homenagens que recebeu ao longo de toda sua vida profissional, distinguem-se: "Destaque Justiça" - Clube Recreativo de Curvelo (1979), "Placa de Prata" - Prefeitura Municipal de Curvelo (1985), "Placa de Prata" - Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil de Montes Claros (1984), "Medalha de Honra ao Mérito" - pelo 3º Batalhão da Polícia Militar de Diamantina, "Diploma do Mérito Judiciário" - Clube dos Advogados de Minas Gerais (1982), "Troféu D.I." – Secretaria de Segurança Pública de Minas Gerais (1994), "Medalha da Inconfidência" – no Grau Insígnia (1994), Comenda Cláudio Manoel da Costa – Clube dos Advogados de Minas Gerais (2002), Colar do Mérito da Corte de Contas do Ministro José Maria Alkimim (2002), Cidadão Honorário da Comarca de Malacacheta, Medalha de Honra ao Mérito – TJMG (2006).

Faleceu em 10 de maio de 2008. Na Sessão Ordinária da Corte Superior realizada em 14 de maio de 2008, o Desembargador Reynaldo Ximenes manifestou o seguinte voto de pesar pelo seu falecimento: "Ele que iniciou sua carreira em Malacacheta e percorreu todas as comarcas com brilho, dignidade e muita correção, foi um magistrado exemplar. Suas sentenças e seus votos são referência para todos nós."

REFERÊNCIAS

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Arquivo de Provimento de Comarcas da Magistratura de Minas Gerais.** Pasta Funcional. Belo Horizonte.

CORTE SUPERIOR. **Minas Gerais,** Belo Horizonte, 20 mai. 2008. Diário do Judiciário, p. 2.

...

NOTA HISTÓRICA

A Evolução Histórica da Função Jurisdicional no Estado de Minas Gerais

GILSON SOARES LEMES[1]

SUMÁRIO: 1- INTRODUÇÃO 2- A NECESSIDADE DE INSTALAÇÃO DE ÓRGÃOS JURISDICIONAIS 3- EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FUNÇÃO JURISDICIONAL 4- TRIBUNAL DA RELAÇÃO 5- TRIBUNAL DE JUSTIÇA 6- CONCLUSÃO - BIBLIOGRAFIA

1- INTRODUÇÃO

Ubi societas, ibi ius. Onde (há) a sociedade, aí (há) o direito.

Desde quando se tem notícia da existência e convivência dos homens, mesmo em épocas pré-históricas, sempre ocorreram os conflitos de interesses qualificados por pretensões resistidas, como bem define Carnellutti. Esses conflitos, por sua vez, foram e ainda são solucionados conforme o momento histórico, a forma de Estado, a cultura e a evolução dos povos.

Em Minas Gerais não foi diferente, sendo que experimentamos uma evolução da função jurisdicional em sintonia com os principais acontecimentos históricos, que deixaram marcas indeléveis, como o descobrimento do ouro em nossas montanhas, a Inconfidência Mineira, entre outros.

As pesquisas e investigações sobre as histórias de Minas Gerais, notadamente no que se referem ao Poder Judiciário, muitas vezes tornam-se difíceis e pouco produtivas, pois não temos grande número de obras e, por outro lado, as referências e citações históricas pecam pelo subjetivismo de seus autores, como destaca OLIVEIRA TORRES (1961, p. 31).

Sem embargo deste pequeno óbice, é certo que as primeiras comarcas foram criadas em 1714, passando pela relevante criação do Tribunal da Relação em 1873, numa época em que Minas Gerais registrava grande crescimento demográfico, sendo que referido Tribunal recebeu, posteriormente, várias denominações, até chegarmos no atual Tribunal de Justiça.

2- A NECESSIDADE DE INSTALAÇÃO DE ÓRGÃOS JURISDICIONAIS

Conforme LIMA JÚNIOR (1965, p.10), o acontecimento mais importante da História do Brasil foi, sem dúvida, o descobrimento do ouro nas ásperas montanhas dos planaltos que, mais tarde, se denominariam, por isso, de Minas Gerais.

A grande concentração de escavadores, inclusive com alto fluxo de europeus, atrás do valioso metal, tornou as Minas Gerais um centro com alto índice demográfico, em face do comércio ali desenvolvido.

Embora houvesse à época, final do sec. XVII e início do sec. XVIII, o Guarda-Mór, responsável pela distribuição de terras minerais e o Capitão-Mór, com amplos e quase ilimitados poderes de polícia, este desenvolvimento instantâneo assustador, com grande afluxo de pessoas, demonstrou a necessidade de uma ordem jurídica mais efetiva.

Após a Guerra dos Emboabas (1708/1709), foram criadas as primeiras Comarcas, em 1714, sendo que, em face do desenvolvimento experimentado à época, com grande acréscimo de população, a Capitania de Minas Gerais, em 1720, separou-se da jurisdição civil de qualquer das demais capitanias, salvo quanto a assuntos eclesiásticos.

Analisando os fatos históricos, verificamos que os portugueses procuraram dar a Minas uma ordem jurídica independente, embora subordinada ao Reino, pela importância do comércio do ouro e explosão demográfica. Pode-se dizer que as alterações na nossa LODJ atual não são muito diferentes dos primórdios, contudo, talvez, com mais conotação política.

Minas, entretanto, ficou dependendo do Rio de Janeiro, onde estava instalado o Vice-Reinado desde 1761, para resolver os assuntos atinentes à segunda instância.

Conforme destaca LIMA JUNIOR (1965, p. 27), levaríamos ainda um século para a integral composição da organização judiciária, apesar dos clamores que se faziam ouvir contra a dificuldade de acesso à Justiça e custo proibitivo de recursos ao Tribunal de Relação do Rio de Janeiro.

Somente em 1873 foi criado o Tribunal da Relação de Minas, o qual foi instalado posteriormente para satisfação de todos os mineiros, em 1874, na querida Ouro Preto.

3- EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FUNÇÃO JURISDICIONAL

Esta evolução histórica em Minas Gerais, com implantação de uma ordem jurídica através de uma organização judiciária, deu-se com a instalação dos órgãos judiciários, sendo que as primeiras comarcas a serem instaladas em 1714 foram: Comarca de Vila Rica (Ouro Preto), Comarca do Rio das Velhas (Sabará) e Comarca do Rio das Mortes (São João Del Rei).

No ano de 1737, criou-se a Comarca de Serro do Frio, sendo que ainda dependíamos da Relação da Bahia, o que ocorreu até 1757, quando, então, passamos para a jurisdição do Rio de Janeiro.

---

[1] * PÓS GRADUADO EM PROCESSO CIVIL, PROFESSOR UNIVERSITÁRIO E JUIZ DE DIREITO EM BETIM

Conforme destaca FIUZA (2005, p. 7), em 1808 o Príncipe Regente D. João, mais tarde D. João VI, elevou a Relação do Rio de Janeiro à categoria de Casa de Suplicação do Brasil, como última instância de todas as demanda propostas em território brasileiro. Assim, o Rio de Janeiro passou a julgar os feitos que antes eram encaminhados para a Casa da Suplicação de Lisboa.

Portanto, Minas Gerais continuou na dependência da Relação do Rio de Janeiro, sendo que Minas tinha, na ocasião, uma população de mais de um milhão de pessoas e o Rio não atingia duzentas e vinte mil.

A Constituição de 1824 criou o Supremo Tribunal Federal, voltando a funcionar a Relação do Rio de Janeiro.

Finalmente, depois de tantos transtornos e tanto clamor, a população mineira, já com dois milhões de pessoas, sedenta por uma justiça de segunda instância, teve seu Tribunal da Relação, criado em 6 de agosto de 1873. Minas Gerais já contava com 47 comarcas.

O ilustre historiador LIMA JUNIOR (1965, p. 42) destacou que a 3 de fevereiro de 1874 instalava-se em Ouro Preto o Tribunal da Relação de Minas, ao mesmo tempo em que se instalava o de São Paulo, sob a presidência do jurista Tristão de Alencar Araripe, o autor da Consolidação do Processo Criminal do Império.

4- TRIBUNAL DA RELAÇÃO

Minas, assim, tinha sua segunda instância instalada, sendo que o Tribunal da Relação iniciou-se com sete desembargadores, embora a Relação do Rio e Espírito Santo, infinitamente menor, tivesse dezessete desembargadores.

O Tribunal da Relação, em sessão solene, instalou-se em Ouro Preto, Capital da Província de Minas, em 03 de fevereiro de 1874, num belo solar da Rua Direita, onde várias vezes se reuniram os inconfidentes, sendo que o historiador mineiro LIMA JUNIOR (1965, p. 42) assim registrou:

> Ali, sob aqueles suntuosos tetos, naqueles salões ainda hoje intactos, se realizaram várias reuniões dos que conjuravam a Independência e a República. Fora ali, na última reunião que precedeu às prisões, que Tiradentes apresentou, sendo aprovado, o modelo da bandeira da nova República, o Triângulo vermelho com a legenda *Libertas que sera tamen*. Singular coincidência tantos anos depois, a Justiça, não a Justiça de encomenda das Alçadas Régias, mas a Justiça de uma Ordem Jurídica, ali se instalava, para repelir o direito da Força, castigar o crime e assegurar a Liberdade e a Dignidade dos Cidadãos.

Com o passar do tempo, foram se alterando os desembargadores do Tribunal e o número de processos foi aumentando, até que veio a proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, e, posteriormente, a Constituição de 1891, que determinava a Organização Judiciária Estadual. Assim, a Lei n. 18 de 28 de novembro de 1891 previu que o Tribunal da Relação teria nove Desembargadores, os quais seriam nomeados pelo Presidente do Estado, dentre os dez Juízes de Direito mais antigos, em lista organizada pelo mesmo Tribunal.

Em 5 de agosto de 1897, antes mesmo de se instalar a Capital em Belo Horizonte, o que ocorreu em 05.12.1897, o Tribunal da Relação transferiu suas atividades para a nova Capital, com funcionamento na antiga Secretaria do Interior.

Como sabiamente documentou FIUZA (1999, p.16), por ocasião das comemorações dos 125 anos do Tribunal:

> Numa fria manhã do mês de julho de 1897, um trem especial varava o nevoeiro da garganta do Tripuí deixando Ouro Preto com destino à nova capital do Estado, ainda em construção. Nele vinham os Desembargadores da Relação de Minas acompanhados de suas famílias. Em Belo Horizonte, eles se instalaram em casas distribuídas pelo Bairro dos Funcionários, nas imediações da Igreja de Nossa Senhora da Boa Viagem.

Deve ser registrado que o Tribunal da Relação teve alterações em sua denominação, sendo que em 1934 passou a chamar-se Corte de Apelação, em 1937, Tribunal de Apelação, e em 1946 recebeu o atual nome de Tribunal de Justiça.

5- TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A denominação "Tribunal de Justiça", portanto, foi incorporada a partir da Constituição Federal de 1946, por força do seu art. 124, sendo atual até os dias de hoje com respaldo na atual Carta Magna.

O Tribunal de Justiça instalou-se no atual prédio, Palácio da Justiça, localizado na Avenida Afonso Pena, nº 1.420, no ano de 1911, no Governo de Bueno Brandão, embora tenha iniciado a construção em 1910, quando Wenceslau Braz era Presidente do Estado.

Tivemos em Minas Gerais a criação do Tribunal de Alçada, o qual veio, posteriormente, a unificar-se com o Tribunal de Justiça por força de modificação na legislação.

No caminhar de Minas tivemos várias alterações no Tribunal de Justiça, com reformas de prédios e aquisições de outros, bem como aumento do número de Desembargadores, em face do impressionante aumento do número de processos, notadamente após a promulgação da Constituição da República de 1988.

Hoje, o Tribunal de Justiça conta com 120 desembargadores, sendo que a Lei de Organização e Divisão Judiciárias, alterada recentemente pela Lei Complementar Estadual n. 105, de 14 de agosto de 2008, prevê a criação de mais 20 cargos de Desembargadores.

Quanto às instalações, iniciou-se neste ano a construção de um imponente prédio, para comportar

cerca de 170 desembargadores e todos os departamentos do Tribunal, que deverá ser concluído em 04 ou 05 anos.

6- CONCLUSÃO

Minas Gerais teve grandes dificuldades na organização e implantação de uma ordem jurídica, sendo que, do final do séc. XVII até início do séc. XIX, os povos de Minas passaram por dificuldades em face da inércia dos portugueses na regulamentação de órgãos de jurisdição, desprezando o potencial e a grande massa de trabalhadores mineiros.

Após a independência, ainda continuamos com grande morosidade na instalação dos órgãos, notadamente a sonhada segunda instância, que só chegou em 1874.

Olhando o passado de Minas e sua evolução jurisdicional, verifica-se que chegamos agora a ter um grande Tribunal de Justiça, contudo a demanda de processos é excessiva e o número de desembargadores bem como o número de juízes não vem atendendo a contento os jurisdicionados.

Assim, convenhamos, houve grande avanço na estrutura e funcionamento do Poder Judiciário. Entretanto, hoje, a morosidade que se reclama está atrelada, creio, à excessiva demanda de processos, que decorre do desrespeito dos órgãos públicos às leis em vigor, da ausência de educação, emprego, saúde e segurança pública, fundamentais para o funcionamento perfeito de toda atividade jurisdicional em um Estado Democrático de Direito.

BIBLIOGRAFIA

CARNELLUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil,** traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 2ª Ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais: A Instituição e A Casa**. Belo Horizonte: TJMG, 2005.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. **125 Anos de Tribunal de Justiça**. Belo Horizonte: TJMG, 1999.

LIMA JUNIOR, Augusto de. **Tribunal da Relação**. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1965.

OLIVEIRA TORRES, João Camilo de. **História de Minas Gerais** I. Iº volume. Belo Horizonte: Bernardo Alves S. A., 1961.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Três Décadas de História.** Belo Horizonte, 2007.

...

Qualidade no Judiciário

Marcelo Guimarães Rodrigues *

Sumário: 1 Introdução. 2 Judiciário, esse desconhecido. 3 Pressupostos da gestão pela qualidade. 4 Como enfocar a qualilçdade no Judiciário? 5 Certificação ISO 9001. 6 Conclusão.

1 Introdução

Neste ano, em que se comemora o bicentenário da instalação e funcionamento independente e ininterrupto do Poder Judiciário do Brasil,[1] observa-se que muito se fez pela evolução da Justiça brasileira. Temos, hoje, uma Justiça incomparavelmente melhor, mais acessível e democrática. As decisões judiciais são fundamentadas e os julgamentos são públicos, como nunca antes o foram em todos os tempos. Os 200 anos da Justiça brasileira são indelevelmente marcados como sinônimo de rompimento com o passado e de início de nova fase de eficiência, de transparência e de modernidade. E quem ganha com isso é o cidadão, que tem uma prestação jurisdicional mais ágil e transparente.

O Judiciário brasileiro de hoje está em posição diferenciada em relação aos demais poderes da República. Balizado pelos ideais de renovação, modernização e aperfeiçoamento. Deseja, enfim, aproximar-se da população - e dela fazer-se conhecido como verdadeiramente o é -, instituição indispensável à garantia do Estado Democrático do Direito voltado a servi-la, com a determinação de participar ativamente na construção de uma nova sociedade, em que não falte o pão, a justiça, nem a segurança jurídica. Em regra, este Poder é pautado pelo exemplar respeito à ética e à lei, constituindo o seu maior patrimônio a força moral aliada à capacitação técnica.

Não por acaso, foi o único Poder a cortar na própria carne eliminando o nepotismo (prática que no Judiciário, antes de sua extinção, diga-se de passagem, existia em percentual ínfimo em comparação a outros setores do Estado).[2]

O Judiciário implantou e consolidou de forma definitiva os Juizados Especiais (terceira instituição pública de maior credibilidade no País); instituiu cadastro estatístico nacional, a qualquer um acessível pela rede mundial de computadores, denominado 'Justiça Aberta',[3] ferramenta indispensável ao planejamento idôneo e à necessária transparência; colocou já em prática, ainda que de forma embrionária, diante das notórias restrições orçamentárias, o processo eletrônico e o Diário do Judiciário eletrônico (a partir da edição da Lei Federal 11.419, de 2006), que seguramente representa o início de uma nova e promissora era com o rompimento definitivo de seculares símbolos do arcaísmo (eliminação do papel, carimbos, linhas e agulhas de costurar maços, prateleiras, arquivos físicos - salas e prédios - imensos, caríssimos, inseguros e ineficientes). O fim do papel e dos penduricalhos a ele agregados, além de beneficiar o meio ambiente e economizar dinheiro público, por si só reduzirá em média 70% do tempo de tramitação atual dos processos judiciais. De há muito olhamos à frente com ênfase na seleção democrática (recrutando valores humanos vocacionados em todas as classes e segmentos sociais), através do concurso público de provas e títulos e aperfeiçoamento (inicial e contínuo) de magistrados e servidores, preparando-os com cursos obrigatórios nas Escolas Judiciais a assumirem, sem arrogância, com o testemunho de cada um, papel decisivo na construção de um novo sistema judiciário; implantamos e incentivamos a difusão de nova cultura jurídica e social no Brasil, a cultura da conciliação (através das Centrais e Juizados de Conciliação)[4], sem dúvida o mais eficaz meio não apenas de prevenção e solução de litígios, mas sobretudo de pacificação social; também em caráter pioneiro implementou-se o Projeto "Novos Rumos na Execução Penal", denominado método APAC, merecedor de justos reconhecimentos nacional e internacional[5].

Todavia, muito há ainda a ser feito. A busca da qualidade é um processo permanente, contínuo e, diria até, interminável, dado que, inspirada pelo ideal de evoluir, toda obra humana sempre pode (e deve) ser aperfeiçoada.

A partir da percepção de que o tradicional modelo de gestão administrativa burocrática do serviço público não mais atende às complexas demandas da sociedade contemporânea, deflagrou-se no Judiciário da Comunidade Européia movimento cuja meta é a preocupação de melhorar a prestação jurisdicional. E algumas

---

* Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Coordenador do Seminário Qualidade no Judiciário: Certificação ISO 9001 - Realização da Escola Judicial Edésio Fernandes.

[1] Em 10 de maio de 1808, por alvará expedido pelo Príncipe Regente, foi a Relação da cidade de São Sebastião do Rio de Janeiro elevada à Casa de Suplicação do Brasil, vale dizer, a última instância judiciária, onde terminariam os feitos, sem mais atuação da Casa de Suplicação de Lisboa (Gabriel Martins dos Santos Vianna, Organização e Distribuição da Justiça no Brasil, *Revista do Supremo Tribunal Federal,* v. 49, p. 342, 1923). Daí afirmar João Mendes de Almeida Júnior, ex-Ministro do STF que, antes mesmo da elevação do Brasil à categoria de Reino, o que se deu em 16 de dezembro de 1815, "já estava, de fato, estabelecida a mais completa autonomia das Justiças" (*O processo criminal brasileiro.* Rio de Janeiro: Tip. Baptista de Souza, 1920, p. 159).

[2] Em geral, a cobertura da mídia à época disseminou na população impressão contrária, como se a prática fosse reduzida ou simplesmente inexistente em outros setores. Os demais Poderes, Executivo e Legislativo, nas esferas federal, estadual e municipal até hoje não foram alcançados pela proibição sistemática e irrestrita do nepotismo, e o assunto estranhamente desapareceu da pauta da imprensa.

[3] www.cnj.jus.br.

[4] Mais informações: www.tjmg.gov.br.

[5] Lançado em dezembro de 2001 pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - TJMG -, com o objetivo de incentivar a criação e expansão da Associação de Proteção e Assistência aos Condenados - Apac, como alternativa de humanização do sistema prisional no Estado. O Método Apac, sem perder de vista a finalidade punitiva da pena, trabalha a recuperação do condenado e sua inserção no convívio social. Parte-se da premissa de que, recuperado o infrator, protegida está a sociedade, prevenindo-se o surgimento de novas vítimas. Referido projeto já se acha implantado em 81 Comarcas, envolvendo um total de 275 Municípios do Estado (mais informações disponíveis no Portal www.tjmg.gov.br).

importantes conclusões foram dali extraídas, dentre as quais a importância da gestão no âmago das instituições judiciais no mundo, exatamente por apresentarem, a despeito das notórias diferenças culturais, políticas, econômicas, sociais e raciais, objetivos intrinsecamente comuns, de forma a repercutir na eficiência de projetos, notadamente afetos à gestão dos recursos humanos.

A morosidade dos serviços judiciários tornou-se, no mundo inteiro, o principal e aparentemente insolúvel problema a ser enfrentado, em grande parte diante da insuficiência de ações dinamizadoras ao seu enfrentamento. Contrariamente ao que se possa presumir, não é a morosidade decorrência apenas da ineficiência do processamento dos atos judiciários, mas de toda e qualquer ineficiência no âmbito dos serviços judiciários (informatização, ordenamento jurídico, de magistrados e ou servidores, da área administrativa dos órgãos do Judiciário, etc.).

A partir desta constatação, desde o início da década passada, implementaram-se nos Estados Unidos e em vários países da União Européia metodologias modernas cientificamente comprovadas por empresas, a fim de quebrar paradigmas obsoletos. Em que pese a Administração Pública e a empresa privada possuírem diferentes estruturas e finalidades, na essência têm um ponto comum, que é a prestação de serviços. E o Judiciário, não há dúvida, é prestador de serviços. Com o reconhecimento das falhas, passa-se a destacar e identificar o potencial humano, técnico e orçamentário disponíveis.

Nesse contexto, a metodologia de gestão pela qualidade é mundialmente comprovada como a única solução dos problemas relacionados à morosidade e até mesmo como contraponto à burocracia[6] que nos conduziu aos conhecidos problemas de dificuldades, ineficiência e morosidade.

Entre outros aspectos relevantes, a gestão pela qualidade amplia a visibilidade do Judiciário à sociedade, aumentando a transparência em virtude da disponibilidade de indicadores estatísticos precisos e confiáveis. Ponte na mudança da cultura burocrática para uma cultura gerencial pautada em resultados e destinada ao cidadão, hoje claramente definido como o verdadeiro patrão, cliente e usuário do serviço judiciário.

Tão ou mais importante do que implantar novos métodos de gestão é disseminá-los e uniformizá-los, considerando-se que o Poder Judiciário, em que pese constituído por vários e diferentes órgãos, estaduais e federais, é uno e tem capilaridade nacional. Assim, a mudança comportamental precisa ser sentida em todos os cantos e recantos do país, de maneira sistemática, uniforme e consistente. Além de ouvir sobre o que pensa e o que deseja o jurisdicionado, devemos aprender a "conversar" entre nós, compartilhando a aplicação de experiências bem sucedidas e a resolução de problemas comuns. O estudo da administração e gestão dos tribunais requer o que pode ser referido como molecularização de todo o sistema da justiça, englobando, além dos tribunais, em conjunto, os institutos de reinserção social, sistema prisional, Ministério da Justiça e demais atividades essenciais à administração da justiça. Acabou-se o tempo do "ensimesmamento", da atomicidade de ilhas isoladas do sistema judicial. Com certeza, uma das áreas prioritárias na implementação da metodologia de gestão pela qualidade é comunicação e informação (conceber e aplicar sistemas de informação interna e de comunicação - interna e externa - do aparelho judicial). Ademais, do ponto de vista micro administrativo, a gestão deve ser focada, com critérios justos e ponderação, no desempenho funcional dos servidores e juízes.

Não por acaso, segundo recentes dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - Ipea,[7] a ineficiência na Justiça é responsável pela redução em 25% da taxa de crescimento de longo prazo do País. Ao contrário, ainda segundo o Ipea, com uma justiça mais eficiente o Brasil poderia acrescentar outros 0,8% ao ano na taxa de crescimento e aumentar a produção nacional em até 14%. A taxa de desemprego cairia quase 9,5% e os investimentos aumentariam em 10,4%.

Assim, vejamos.

2 Judiciário, esse desconhecido

A opacidade do sistema judicial e sua distância social é uma das principais questões que afligem o Judiciário contemporâneo e repercutem na massificação de paradigmas negativos.

Recente estudo divulgado pela AMB - Associação dos Magistrados Brasileiros,[8] realizado em parceria com o Instituto de Pesquisas Sociais, Políticas e Econômicas, revela que o Poder Judiciário é pouco conhecido da população brasileira. Apenas 8% dos

---

[6] Conforme anotado por Elizabeth Leão, "A burocracia surgiu no início do século XX, quando o objetivo fundamental das organizações centrava-se no melhoramento das tarefas e do trabalho em cadeia, sendo destacada a preocupação com a estrutura organizacional das instituições". Pontua que "tem sido lenta a evolução das organizações pertencentes ao poder público, já que exigências do Estado aparentemente encontram-se satisfeitas com a adoção do modelo burocrático, cujas características se encontram baseadas na centralização do poder, na rígida determinação das funções e dos procedimentos e a hierarquização das relações. Dessa estrutura, decorre o desenvolvimento de rotinas e resistências que dificultam a implementação de mudanças organizacionais. Por outro lado, a burocracia proporciona problemas de comunicação entre os diferentes níveis hierárquicos, despersonaliza as relações entre os indivíduos, torna a comunicação formal e distante, contribui para que as decisões sejam tomadas por pessoas afastadas dos problemas e dos usuários. Em decorrência, os funcionários admitidos com base em concursos e neutros nas suas decisões se sentem desmotivados, inexistindo percepção dos objetivos da organização". O modelo burocrático "resultou na despersonalização do relacionamento interpessoal e no uso excessivo de formalismos, o que potencializou elevada resistência à mudança e forte defesa dos funcionários em relação a pressões externas". Sua crise surgiu "com o aumento das funções do Estado, resultantes do *Nex Deal*, agravada com a emergência do *Welfore State* e o conseqüente aumento das despesas com a saúde, educação, segurança social e funcionários públicos" (em A realidade vigente na administração dos tribunais, INQJ, p. 24-25).

[7] www.ipea.org.br.

[8] Em 10.06.08.

entrevistados afirmaram conhecer bem o Judiciário. Alguns setores, como a Justiça do Trabalho, a Justiça Eleitoral e os Juizados Especiais são, em geral, menos desconhecidos. Um contingente de 45% "conhece mais ou menos" e outros 46% "conhecem só de ouvir falar" ou simplesmente "não conhecem". Em que pese tal nível de desconhecimento, o Poder Judiciário ocupa o 6° lugar entre 17 instituições na classificação nacional de confiança popular, com 56%. O estudo aponta que a confiança no Judiciário não está associada ao grau de conhecimento da população. Em outras palavras, o povo confia, mas não conhece!

Com efeito, foge quase que por completo ao senso comum do homem médio e muitas vezes até mesmo das elites e formadores de opinião brasileiros noções elementares sobre a missão constitucional do Poder Judiciário, suas responsabilidades, restrições, estrutura e composição, conceitos cujo desconhecimento afeta negativamente a própria cidadania.[9]

Percebe-se também que não há a devida e necessária divulgação no tocante a estudos sérios e isentos sobre o Judiciário. A propósito, segundo apurado em recente relatório do Banco Mundial[10], a produtividade do Judiciário brasileiro é a maior da América Latina, com elevado número de decisões proferidas, e marcada pela variedade de meios de distribuição da justiça (juizados especiais, centrais de conciliação, de precatórios, etc.). Houve reconhecimento de entidade insuspeita - Banco Mundial - de que o magistrado brasileiro, apesar da sobrecarga de serviço e das condições insatisfatórias de trabalho, compensa a omissão de outros atores da complexa engrenagem judiciária, julgando, no período avaliado, 1.357 ações (muito acima dos padrões internacionais) contra, por exemplo, 875 ações para os juízes argentinos e 377 para os venezuelanos, e que se na Argentina existem 10,9 juízes para cada 100 mil habitantes, por aqui esta relação é de 5,3 (em que pese o PIB brasileiro ser 10 vezes maior!) e que grande parte dos problemas enfrentados, como a lentidão dos processos, não diz respeito à atuação do Judiciário, mas sim a falhas do sistema judiciário como um todo.

Diga-se que para tal estado de coisas em muito contribuiu, até pouco tempo atrás, a histórica postura deste Poder. A máxima de que juiz só falava no processo foi um dogma incontestável e cultivado durante quase dois séculos (supostamente por confundir isenção com neutralidade). Com isso o Judiciário perdeu contato com a sociedade, e em razão de tal silêncio tornou-se desconhecido e provavelmente o mais incompreendido dos Poderes da República.

Tal postura gerou um distanciamento nefasto, pois trata o Judiciário da última trincheira de proteção e resguardo do cidadão, cuja missão constitucional fundamental é velar pelo Estado Democrático do Direito, zelar pelo estrito cumprimento das garantias e direitos fundamentais

---

[9] Nos meios social, acadêmico, na mídia e nos sindicatos, por exemplo, em geral desconhece-se que o juiz de qualquer grau ou instância tem independência para julgar e ao decidir não está sujeito a qualquer espécie de hierarquia (princípios da independência e da livre persuasão racional ou do convencimento motivado); mas as decisões estão sujeitas a recursos, muitas vezes repetitivos e infindáveis, e que prazos dobrados e até mesmo quadruplicados são concedidos aos órgãos públicos, tudo por anacronismo das leis processuais que são elaboradas pelo Congresso Nacional. Este, o juiz (apesar dos recentes, porém ainda insuficientes avanços), toma-se de insatisfação para com o sistema judicial do país, a impunidade, a qualidade das leis, a estrutura penitenciária, a cultura das relações de trabalho (regidas por uma consolidação de leis que data do Estado Novo de Getúlio Vargas) e o sistema político-partidário. O senso comum parece ainda não ter assimilado que a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos da magistratura não são privilégios, mas sim prerrogativas conquistadas em proveito e garantia de toda a sociedade, tanto quanto as restrições - ímpares, se considerados os demais servidores públicos - aos seus integrantes impostas. Raramente é lembrado com a necessária ênfase que o Poder Público - União Federal, Estados, Distrito Federal, Municípios, com respectivas autarquias, empresas e fundações públicas - ao lado do sistema financeiro (bancos, financeiras e administradoras de cartões de crédito), empresas de telefonia, seguradoras em geral e operadoras de planos de saúde são os maiores demandistas do país e congestionam o Judiciário com ações e recursos repetitivos, muitas vezes natimortos. Resultado: contribuem decisivamente para a lentidão do sistema judicial. Não fôra isso, a população confunde diferentes órgãos públicos, como se todos integrassem a estrutura do Judiciário: o Ministério da Justiça (plano federal), as Secretarias de Justiça (planos estadual e distrital), Procuradoria-Geral de Justiça e até mesmo a denominada Secretaria Extraordinária de Reforma do Judiciário, são instituições do Poder Executivo (federal e estaduais, conforme o caso) e dos Ministérios Públicos dos Estados. Do Ministério Público (federal, estadual), da Advocacia Pública (da União e dos Estados), da Advocacia (representada pela Ordem dos Advogados do Brasil) e da Defensoria Pública (federal e estadual), todas reconhecidas pela Constituição da República funções essenciais à administração da justiça, igualmente são instituições que não integram a estrutura do Poder Judiciário. Ignora-se que a construção e a administração de presídios e demais unidades prisionais são atribuições exclusivas do Poder Executivo (federal e estadual), a quem pertencem também as polícias judiciárias civis (da União, dos Estados e do Distrito Federal), encarregadas da investigação e confecção dos inquéritos sobre crimes e contravenções penais (sem investigação eficiente não há jeito de acontecer condenação). Não se imagina que tal Poder, independente e autônomo em relação aos demais poderes da República, seguramente é o mais fiscalizado da República (advogados, partes, membros do Ministério Público, tabeliães, notários, oficiais registradores, Corregedorias-Gerais de Justiça, sindicatos de servidores, associações de magistrados, Tribunais de Contas, imprensa e, por fim, um órgão externo especificamente criado, o Conselho Nacional de Justiça; a tal importante mister, em conjunto e não necessariamente nesta ordem, se dedicam no cotidiano forense). Possui caráter nacional (uno), regido por lei complementar orgânica federal (editada em pleno regime militar e, por sinal, carecendo de urgente revisão), portanto, organizado através das mesmas e únicas diretrizes básicas; embora composto por órgãos federais e estaduais, especializados no julgamento de determinadas matérias (Justiças do Trabalho, Eleitoral e Militar) e não especializados (Justiças Comuns Federal e Estadual). Apesar de a Constituição garantir a autonomia financeira, a verdade é que o seu orçamento é aprovado pelos Legislativos (Congresso Nacional e Assembléias Estaduais) em percentual fixo (6%), com base na previsão e controle de arrecadação (receitas) dos Executivos (federal e estadual), mas ainda sujeito, em regra, a repasses mensais (duodécimos), que invariavelmente não incorporam eventual crescimento da arrecadação no respectivo exercício fiscal. Poucos, pouquíssimos, dos leigos sabem que não integram a carreira da magistratura os cargos dos Tribunais Superiores (STF, STJ, TST, STM e TSE). Um quinto das vagas de todos os Tribunais do país, desde a Constituição de 1937, é preenchida diretamente por advogados e membros do Ministério Público, por nomeação do Poder Executivo. Mesmo entre indivíduos bem informados, raramente tem-se a noção correta do que trata o cargo de Desembargador. E por aí vai, pois a lista do ignorado em relação ao Judiciário é quase infindável...

[10] Do estudo intitulado "Fazendo com que a justiça conte". Relatório 32.789-BR, que fornecerá subsídios à segunda etapa da reforma do Judiciário.

da Constituição. Não há dúvida de que "o acesso ao direito e à justiça é a pedra de toque do regime democrático. Não há democracia sem o respeito pela garantia dos direitos dos cidadãos".[11]

Isso em boa parte resultou na criação de ambiente propício à proliferação de paradigmas negativos potencializados por discursos eleitoreiros de políticos demagogos e manchetes da mídia estampadas, na oportuna expressão do Des. José Fernandes Filho, com "frenética disposição demolitória"[12] , que de tão repetidos habitam o imaginário do cidadão comum como premissas verdadeiras, preceitos incontestáveis. Em verdade, uns equivocados, outros distorcidos e ilusórios, tais como "a polícia prende e o juiz solta"[13], "o credor não consegue receber por dificuldade em dar impulso ao processo", "o processo, para ser seguro, necessariamente deve ser lento", "no Brasil, só pobre vai para a cadeia", "o problema do Judiciário é a falta de magistrados (ou de orçamento)", "os problemas do Judiciário serão resolvidos com o controle externo", "a reforma do Judiciário vai reduzir o número de processos", "vamos abrir a caixa-preta do Judiciário", "o Judiciário é caro e demorado", "servidor público é marajá e não trabalha", etc.[14]

Leva-se em conta igualmente que a sociedade, por diversas razões (culturais, sociais, econômicas, educacionais, etc.), possui dinâmica própria. O cidadão comum não tem acesso a informações precisas, isentas e corretas, não conhece seus direitos e muito menos como se desenvolve um processo judicial (o Estado e seu sistema educacional não colaboram). Não é seguro do advogado (também sujeito a crenças incorretas) e, ao procurar a Justiça, além de efetividade e transparência, quer soluções rápidas e, sobretudo, favoráveis aos seus interesses. Quando misturados esses ingredientes à oscilação da ciência jurídica, própria de uma ciência inexata, de cunho social, formata-se um caldo cujo resultado nem sempre é satisfatório, sujeito facilmente à manipulação dos mal informados e oportunistas de plantão.

A mudança de tais crenças requer a reforma racionalizada do pensamento a partir de toda a complexa engrenagem judiciária (não apenas judicial). Cabe ao Judiciário, protagonista e condutor desta máquina, liderar o movimento de transposição da cultura burocrática para a cultura da gestão pela qualidade, orientada nos legítimos anseios do cidadão no tocante à solução dos seus problemas (o que esperam dos serviços judiciários?) - eficiência e transparência - e pautada pelos resultados, aferidos mediante indicadores confiáveis.

Ultimamente percebe-se uma saudável mudança de rumo.

Conforme enfatizado pelo Des. Reynaldo Ximenes Carneiro, Segundo Vice-Presidente e Superintendente da Escola Judicial do TJMG, tem-se agora a consciência de que "A realidade social exige do magistrado um perfil mais dinâmico, com habilidades outras que vão além do âmbito jurídico, pois se espera que seja uma pessoa equilibrada, de iniciativa, com capacidade de gestão, com senso de equipe e habilidade de tornar harmonioso o seu espaço de trabalho", cabendo-lhe buscar "um bom relacionamento com a sociedade em geral"[15]. Em outras palavras, do juiz do século XXI se exige mais do que o saber técnico. Várias outras habilidades deve ele reunir, dentre elas interagir com o meio social, ter formação também para conciliar e a capacidade de gestão da coisa pública (choque de eficiência), com todos os desafios que representa fazê-lo com orçamento insuficiente, numa jovem democracia, permeada por uma sociedade plural e profundamente desigual, na qual a educação e o ensino, responsáveis, quando menos, pela disseminação de conceitos básicos de cidadania, têm muito que evoluir.

Como agentes políticos e salvo impedimento legal,[16] os juízes devem satisfação à sociedade e, nesse descortino, atender à imprensa se inclui entre as tarefas necessárias à manutenção da transparência dos atos que praticam. É certo que alguns juízes se recusam a falar, ao passo que outros vêm falando mais do que devem. Torna-se necessário adotar um ponto de equilíbrio, de forma a não privar o particular das informações nem avançar para a crítica inútil, imprópria ou inoportuna.

O Poder Judiciário tem o dever de se comunicar com a sociedade. Não está acima de ninguém, integra uma República democrática, por isso deve satisfação de seus atos à população, não podendo se esquivar do contato com a imprensa.

Levar ao conhecimento da opinião pública (da opinião publicada), de forma isenta e transparente, livre de maniqueísmos, distorções e manipulações - disseminadas

---

[11] SANTOS, Boaventura de Souza (sociólogo). In *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*: o caso português. (co-autoria). Porto: Afrontamento/CES/CEJ, p. 483.

[12] Em *Do novo Judiciário*: missão e ambição. Del Rey Jurídica. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, ago./dez. 2007.

[13] "A polícia prende e a Justiça solta" é um dos mais freqüentes, mas não o único, equívocos quase à exaustão repetidos pela mídia. Em verdade, acautelamentos, sejam eles provisórios, preventivos ou definitivos, são efetivados em flagrante delito (hipótese em que a prisão deve ser obrigatoriamente comunicada à autoridade judicial em 24h para as providências necessárias) ou em virtude de ordens judiciais (à exceção de crime ou transgressão militar em lei definido), do contrário são ilegais. E se determinação há para que presos sejam soltos, diante do que diz a lei, significa que não mais subsistem motivos para a manutenção da privação da liberdade: art. 5º, LXV e LXVI, da CR.

[14] Cf. LEÃO, Elizabeth, ob. cit., p. 17.

[15] Discurso proferido por ocasião da solenidade de encerramento do 10º Curso de Formação Inicial dos novos juízes, da Escola Judicial Edésio Fernandes, do TJMG, em 21.06.07.

[16] A LOMAN (LCF 35, de 1979), editada na ditadura militar, em seu art. 36, III, proíbe ao magistrado "manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério".

por parte da mídia e formadores de opinião engrossando a onda, incutindo no imaginário comum exceções como se regra fossem ou até mesmo estereótipos pinçados de peças de ficção -,[17] o que é o Poder Judiciário, sua missão constitucional, sua verdadeira realidade, seus valores, objetivos, e ações que quase silenciosamente vêm sendo desenvolvidas para aprimorá-lo, é mais do que uma obrigação. É um grande desafio não apenas de toda a sociedade civil, mas, sobretudo, daqueles que o integram, sejam magistrados, sejam servidores.[18]

3 Pressupostos da gestão pela qualidade

A gestão pela qualidade é baseada em metodologia cientificamente comprovada como o mais eficaz método gerencial da atualidade, seja em empresas privadas, seja na Administração Pública, no combate à morosidade e à ineficiência.

Para tanto, o efetivo exercício da liderança é fundamental.

Cabe aos dirigentes do Poder Judiciário, atuais e futuros, em concerto, o movimento inicial e permanente de modernizá-lo, assumindo o compromisso de conduzir esse processo, unidos por dois objetivos comuns: melhorar a eficiência e aumentar a transparência. Os líderes constroem e modificam a cultura de uma organização, são responsáveis por liderar as mudanças através de novos projetos, e nós sabemos que é através das mudanças e inovações que as organizações conseguem crescer ou simplesmente se manter vivas, num mundo em que as necessidades das pessoas mudam continuamente e as instituições são obrigadas a acompanhar as mudanças para atender às novas demandas de uma sociedade em permanente mutação.

Neste norte, compete aos dirigentes, não apenas do meu Tribunal, mas em âmbito nacional, em coesão e uniformidade, selecionar projetos, estabelecer metas factíveis, definir objetivos e cobrar resultados, mobilizar, conscientizar e motivar as pessoas envolvidas, com o compromisso de satisfazer os legítimos anseios da clientela dos serviços jurisdicionais.

Liderar implica gerir pessoas para desenvolver e sustentar todo o potencial humano, estabelecer com precisão a política e estratégia da organização, definir objetivos, métodos e instrumentos, administrar parcerias externas, empregar recursos internos à organização, aumentar a eficiência dos procedimentos e comparar os resultados planejados com aqueles finalmente alcançados.

Além disso, com o auxílio da tecnologia da informação, cada núcleo da administração judicial deve dispor e visualizar na tela do computador, de preferência a um simples toque de uma única tecla, informações gerenciais básicas, tais como indicadores de desempenho. Não apenas o rápido e eficiente acesso, mas também o compartilhamento de informações gerenciais se constitui como uma das premissas do gerenciamento pela qualidade. Como desembargador, tenho todo interesse de saber o custo de cada acórdão relatado ou decisão monocrática por mim proferida, qual o tempo despendido entre a distribuição (ou protocolo) do recurso e seu julgamento, qual a minha produtividade individual [19] (e não apenas da Câmara que integro), quantos feitos julguei (como relator, revisor e vogal), no ano em curso, no acumulado dos últimos doze meses ou em cada mês do ano.[20] Não basta saber o acervo dos processos em andamento nos juizados especiais, nos primeiro e segundo graus de jurisdição, quantas ações ingressaram e quantas foram, no total, julgadas e encerradas no mesmo

---

[17] Emblemático é o uso da figura do juiz empunhando o martelo, própria do magistrado estadunidense, difundida por Hollywood e automaticamente assimilada pelo imaginário nacional, mas inexistente na magistratura brasileira.

[18] A partir da percepção de se tratar da grande meta e o desafio do Poder Judiciário para os próximos anos, em Minas Gerais, por iniciativa do Tribunal de Justiça, foi lançado o programa "Conhecendo o Judiciário", com o objetivo de criar canais efetivos de comunicação com a sociedade. O programa visa ampliar o conhecimento sobre as funções e a estrutura do Poder Judiciário. Com essas informações, o TJ contribui para a formação da cidadania, dotando os indivíduos de conhecimento necessário para a garantia dos seus direitos e para o fortalecimento da Democracia. Visitas orientadas, palestras específicas para professores, estudantes, associações de bairro, ONGs, debates com a imprensa e seminários estão entre as ações implementadas. São peças de apoio do Programa "Conhecendo o Judiciário" as publicações: "Tudo Legal no Tribunal", direcionada ao público infanto-juvenil; "Poder Judiciário em Minas Gerais", "TJ Responde" e "Juizados Especiais", criadas para o público adulto, além de um vídeo institucional (disponível no Portal www.tjmg.gov.br, ou pelo correio eletrônico: conhecendo@tjmg.gov.br). Todavia, a iniciativa precisa ser ampliada, de preferência introduzida em mídia aberta e de abrangência nacional.

[19] Até aqui, o levantamento de minha produtividade individual é alimentado no meu gabinete, manualmente, por impossibilidade de aplicação de programa específico.

[20] A isto se refere o "controle estatístico do processo - CEP". A função básica do controle estatístico de processo é padronizar sistemas de trabalho de forma a evitar a variabilidade. A variabilidade, como o próprio nome diz, são as variações ocorridas na execução dos serviços de uma organização. Vale dizer: qual o percurso, tempo, itinerário ou etapas que o processo levou para chegar à mesa do magistrado? Quantas vezes este mesmo processo retornou em conclusão até o seu arquivamento? Essa variação compromete o sistema de qualidade, visto que alguns métodos deverão ser retrabalhados ou simplesmente deixados de lado. Uma ferramenta importantíssima no controle estatístico de processo é a estatística. Através dela efetua-se coleta de dados no processo e formaliza-se uma padronização que deverá ser acompanhada de perto pelos envolvidos no processo de produção. Existem formas de implantação deste procedimento que devem ser observadas para garantir seu êxito. A primeira delas é selecionar o processo que será utilizado para aplicação do controle estatístico. A prioridade é escolher processos cujos produtos possuem grandes índices de rejeição ou necessitam de grande controle de inspeção. Os processos que estão sendo executados harmoniosamente serão analisados posteriormente, pois se não existem sintomas de anomalia (ou não-conformidade) não requerem uma preocupação inicial. O CEP informa quando agir e quando não agir. Se a ação for tomada oportuna e adequadamente ela se mostra econômica e eficaz. Quando se age no processo estamos nos orientando para o futuro e com isso evitamos o desperdício. O CEP é uma ferramenta para o "produzir com qualidade".

período. Quanto custa, afinal, ao Estado, a decisão proferida por cada magistrado?[21]

Trata-se de informações básicas à orientação do necessário planejamento que deve nortear a administração judicial (e judiciária, dado que os órgãos do Ministério Público, Advocacia e Defensoria Pública, como instituições essenciais à Justiça, devem igualmente apurar sua eficiência). Vale dizer: eficiência e transparência.

Dentre as áreas mais sensíveis, as seguintes foram identificadas como prioritárias na implementação da metodologia de gestão pela qualidade: recursos financeiros, infra-estrutura, recursos humanos, informação e comunicação.

Nesse aspecto, defendo que comunicação social apenas não basta. É necessário evoluir, e o responsável emprego do *marketing* indica ser a ferramenta adequada para tornar o Judiciário e o serviço prestado - jurisdição - mais conhecido da população. A esta ciência cabe monitorar as mudanças do ambiente externo e, através disso, divulgar boas ações e minimizar as ameaças, além de entender as fraquezas e forças internas da organização.

Marketing é mais do que divulgação. Na realidade, divulgação é apenas um dos quatro elementos do conceito. Os outros três, caso adaptados à estrutura da administração judicial, significam: acessibilidade (formal e material) ao sistema jurisdicional, serviços prestados e localização das unidades judiciais (comarcas, fóruns e tribunais).

O tema é tão amplo que diversos executivos buscam aperfeiçoamento nesta área. Uma das melhores e mais simples definições para *marketing* resume-se a: "*marketing* é entender para atender". Entender os desejos e necessidades dos usuários (no caso, do sistema judicial), quais os atributos mais importantes para os mesmos; prestando o melhor serviço, disponibilizando-o no local certo, no tempo certo. Significa antecipar (postura pró-ativa, não apenas reativa) necessidades do usuário do serviço (através de análises demográficas, geográficas, psicográficas e comportamentais) e sensibilizar os dirigentes da instituição a disponibilizar o serviço legitimamente esperado. Cuida-se do maior responsável entre a interação dos processos internos de uma organização com o ambiente externo e seus usuários (público-alvo), daí por que de seu profissional são exigidos conhecimentos bastante abrangentes. A propagação é apenas uma das formas de promoção e comunicação de um produto, serviço e marca (ou logomarca), com o seu público-alvo. O público-alvo são os clientes ou usuários do serviço prestado, que, além disso, recomendam e influenciam outros usuários.

4 Como enfocar a qualidade no Judiciário?

No âmbito da administração pública direta e indireta de todos os Poderes, vigora, ao lado dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, o da eficiência, cláusula geral a imprimir norte ao administrador público, dirigentes e membros de cada Poder (art. 37, *caput*, da CR)[22] .

O texto constitucional acabou por sumular no predicado da eficiência alguns conceitos tirados da ciência econômica, cunhados por Frederick Taylor (por isso denominados de taylorismo), quais sejam os princípios do planejamento, da preparação, do controle e da execução.

O principal produto ou serviço prestado pelo Poder Judiciário, sua atividade-fim, é a prestação jurisdicional. Em uma única palavra: justiça. Direito natural inerente a todo ser humano, refere-se a uma das mais primárias e indispensáveis aspirações das sociedades de todos os tempos, mesmo daquelas dos primórdios da civilização. Aplicar e interpretar o Direito ao caso concreto, resolver litígios e assim manter a pacificação social e criar ambiente propício ao desenvolvimento econômico.[23]

Ao lado da realização do justo, observados os preceitos da ética, do devido processo legal e o amplo direito de defesa, com os meios e recursos a ele inerentes,[24] também devemos garantir a segurança jurídica (dois dos principais objetivos da ciência do Direito). Cabe-nos ainda aumentar os canais de acesso da população de todas as camadas e estamentos sociais ao

---

[21] SANTANA, Jair Eduardo. Quanto custa a função jurisdicional? In *Decisão* - Informativo Mensal da AMAGIS - Associação dos Magistrados Mineiros. Belo Horizonte, p. 13, maio de 2007.

[22] O Governo Federal, pelo Decreto n. 5.378, de 2005, instituiu o Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização - Gespública, nomenclatura que substituiu a anterior: Programa da Qualidade no Serviço Público - PQSP. Uma das razões que motivaram a substituição foi o entendimento de que a Desburocratização é uma vertente das quais não se pode prescindir quando o propósito institucional é o de pautar suas práticas nos critérios de excelência em gestão pública. Por sua vez, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, na qualidade de organização que ancora o Gespública, editou o Manual "Avaliação Continuada da Gestão Pública", e, ao conceituar Qualidade no Serviço Público - PQSP e a Desburocratização, afirmou que são em essência duas grandes estratégias nacionais voltadas para um objetivo comum: promover a qualidade dos serviços públicos e das ações do estado, tendo em vista a satisfação do cidadão e a melhoria da qualidade de vida no País. Acrescenta se tratar de estratégias que atuam diretamente nas organizações públicas mobilizando e apoiando as ações de melhoria das práticas de gestão e da qualidade do atendimento ao cidadão; sensibilizando-o diretamente para o exercício do controle social, da participação e avaliação do grau de satisfação e insatisfação com os serviços prestados pelo poder público.

[23] Não é função do Judiciário, por exemplo, estabelecer políticas públicas, por maior o interesse que possa existir por parte da sociedade. Diante do claro balizamento constitucional, a intervenção judicial, nesse aspecto, se reveste de perfil acentuadamente corretivo. Aos juízes não compete distribuir renda ou papéis sociais e sim garantir o valor do justo, cumprindo o seu dever social ao solucionar os conflitos oriundos da violação dos direitos da cidadania. Na garantia dos direitos fundamentais reside a legitimidade do Judiciário como Poder. O desafio que se apresenta consiste em superar a defasagem social não prevista no impessoal texto da lei, freqüentemente desconexo com o sentido maior de sua interpretação, que deve responder ao contexto histórico e finalístico de sua aplicação. E o papel ativo da magistratura aqui reside.

[24] Art. 5º, LV, CR.

sistema judiciário, contribuindo, por exemplo, para o fortalecimento da Defensoria Pública, e pugnar pela cada vez maior efetividade das decisões judiciais (nestes dois aspectos, em conjunto com os demais Poderes). Com julgamentos, por sua vez, transparentes e fundamentados.

A capacitação técnica e humanista dos magistrados e servidores, o ideal de servir proporcionando a realização do justo e a força moral do Poder Judiciário integra o seu mais importante patrimônio. E disso é preciso que a população saiba e não duvide. Com efeito, a ciência do Direito da ética é extraída, sendo imprescindível que no recrutamento de valores da magistratura se possa avaliar com precisão não apenas o conhecimento técnico ou a aptidão de memorização do(a) candidato(a), sobretudo a capacidade de restaurar valores éticos, demonstrando no dia-a-dia forense que a Justiça sem tal atributo sequer poderia usar esse nome. Antes de mais nada, o Judiciário deve recrutar pessoas de bem com vocação para servir, com foco na ética, aptas a enfrentar a moral cada vez mais fragilizada da vida pública brasileira, forjadas no direito humanista.[25] Em última análise, mesmo que agentes políticos, os magistrados devem ser vocacionados intrinsecamente ao serviço público.

Os juízes e os tribunais devem estar preparados, conforme acima assinalado, não apenas para decidir (juiz que não decide ou que tem medo de decidir não pode ser juiz!), da mesma forma que para gerir uma complexa estrutura de apoio, extrair todo o potencial do uso da tecnologia como ferramenta de trabalho, promover a conciliação, interagir com a sociedade, conhecendo de perto suas vicissitudes, carências e necessidades mais prementes, atender a imprensa, etc.

Mas não é só.

A resposta deste Poder Estatal no exercício de uma das parcelas da soberania é exigida com celeridade, já agora em razão de inovador comando constitucional.[26]

Em síntese, o predicado constitucional da eficiência pode ser explicado na seguinte equação:

$$E = \frac{RJ \times SJ \times mGA \times T \times C}{DE \times RO}$$

Onde:

E (eficiência)
RJ (realização do justo)
SJ (segurança jurídica)
mGA (melhoria da gestão administrativa)

T (transparência)
C (celeridade)
DE (deficiência da estrutura)
RO (restrições orçamentárias)

A par disso, devemos ter estrutura física, de pessoal e de máquinas para acompanhar o vertiginoso e constante crescimento das demandas judiciais. Desde a Constituição de 1988 experimenta o Judiciário brasileiro um *boom* de ações judiciais, que as graves restrições orçamentárias (limitações inspiradas justamente na política neoliberal de limitação irracional dos recursos públicos) não permitem acompanhar em tempo sequer minimamente adequado. Resta uma clara e anualmente crescente defasagem entre o aumento do volume de serviço e a estrutura disponível para enfrentá-la.

É certo que produtividade quantitativa, por si só, não basta, e é fato que nestes vinte (20) anos da Constituição em vigor o Judiciário ainda não conquistou a autonomia financeira plena e de fato. [27] Todavia é importante ter um balizamento seguro acerca da demanda e da produção judicial, por meio de indicadores precisos e confiáveis. O gerenciamento por metas é indispensável ao administrador contemporâneo, a fim de nortear decisões corretivas e o planejamento futuro. A produtividade

[25] Para Dalmo de Abreu Dallari, vivemos um momento revolucionário, no qual o tradicional direito materialista, formalista e positivista, cuja lei é o mercado, que não reconhece as pessoas e a ética, estaria cedendo lugar para o direito humanista. Neste, "o juiz se preocupa em ser justo, aplicar os direitos constitucionais e completar a lei no momento da aplicação". Em palestra proferida no TJMG em 1999.

[26] Art. 5º, LXXVIII, CR, inserido pela EC 45, de 2004.

[27] Ainda por Dalmo de Abreu Dallari: "Só por ignorância ou absoluto desprezo pela Justiça poderá alguém cobrar maior produtividade dos juízes, em termos puramente quantitativos, da mesma forma como se exige maior produtividade dos que trabalham na produção industrial de objetos materiais ou na realização em série de operações financeiras, num estabelecimento bancário ou num jogo de Bolsa. Cobrar maior produtividade dos juízes, em termos de quantidade de decisões por dia ou por mês, sem analisar e procurar remover as causas da demora, é incorrer no absurdo de exigir injustiças rápidas. Essa é a atitude de quem, por inconsciência do relevante papel político e social do Judiciário, quer que os juízes produzam decisões, rapidamente e em grande quantidade, não importando se justas ou injustas, garantindo ou aniquilando direitos, protegendo a pessoa humana e sua dignidade ou tratando os conflitos humanos como impertinências que devem ser rapidamente sufocadas". Lembrou que a crença nos direitos fundamentais e na sua garantia jurisdicional é um retrato da confiança (em que pese mal o conheça) da população que parece começar a despertar para a cidadania. "A sobrecarga do Judiciário é decorrência, em grande parte, do fato de que pessoas modestas, para quem o Judiciário só existia como ameaça de punição, passaram a conhecer o juiz como instrumento do povo para assegurar direitos, como um órgão do Estado ao qual todos têm o direito de recorrer para obter Justiça. Entretanto, como já se tem dito com toda a ênfase, o Judiciário é um Poder inferior, porque não goza, efetivamente, de autonomia financeira. Ele deve remeter sua proposta de orçamento ao Executivo, que, de acordo com a Constituição, é o encarregado de montar o projeto de lei orçamentária anual. O Executivo sempre corta uma parte da proposta do Judiciário, dando primazia aos seus próprios objetivos e deixando espaço para fazer concessões orçamentárias aos parlamentares, condição para que o Legislativo aprove a proposta de Lei Orçamentária. A par disso, a lei chamada 'lei da responsabilidade fiscal', baseada exclusivamente em critérios econômico-financeiros, limitou os gastos com pessoal em todo o setor público. Disso decorre a impossibilidade de criar os cargos que contribuiriam para a expansão e agilização dos serviços judiciários. É preciso que haja boa-fé e prudência na cobrança de maior produtividade dos juízes, cuja função, da mais alta relevância, é produzir decisões justas". "A produtividade dos juízes e decisão justa", publicado no jornal *Gazeta Mercantil,* edição de 4 de junho de 2008.

deve ser ponderada com equilíbrio, levando-se em conta a especificidade, a natureza e a complexidade de cada serviço judicial. Lado outro, nem tudo se resume a dinheiro, e orçamento só não é panacéia para todos os males que afligem o Judiciário, [28] cumprindo destacar que em contexto de escassez de recursos, bem geri-los e aplicá-los, elegendo prioridades e estancando desperdícios, torna-se imperioso.

A produtividade é, ao lado da efetividade, um atributo da celeridade. Pode ser enfocada em vários aspectos. Deve ser perseguida não apenas na atividade-fim, como também atividade-meio do Judiciário, a administração judicial (esta desenvolvida única e exclusivamente para efetivar aquela). Implica a melhoria da gestão administrativa (diminuir custos e maximizar recursos), otimizar a estrutura existente, racionalizar procedimentos, na atividade-meio e na atividade-fim (nesta, sem prejuízo às garantias constitucionais essenciais dos cidadãos).

Obter produtividade requer, antes de tudo, melhoria da gestão, o que poderia ser traduzido, em três letras (no português, CCC): comando, controle e correção, [29] ou em cinco letras "S" (do japonês).[30] Dispor de dados estatísticos confiáveis, planejar, estabelecer metas, organizar, implantar novos métodos de trabalho, racionalizar atividades e custos. Ajustar-se ao modelo contemporâneo com o olhar atento ao que acontece em todo o mundo (não apenas ao processo), analisar a verdadeira revolução que ocorre em outros setores ao nosso redor. Em várias situações seguir o exemplo de grandes corporações que, para não desaparecer, tiveram de se reciclar e ressurgir renovadas e eficientes.

A cada conclusão aberta no processo, cabe ao juiz refletir que por trás das folhas dos autos figura um cidadão com seus anseios, legitimamente aflito e ávido por justiça. Não poucas vezes, toda uma vida está em jogo ali, entre maços e maços de papéis. Assim, o formalismo exagerado, o emprego do chamado juridiquês e a rispidez no tratar as partes, que a nada levam, apenas distanciam o jurisdicionado da Justiça, deveriam ser banidos definitivamente do cotidiano forense (importa em direcionar o ensino pelos cursos de graduação em Direito). Todas as questões, de fato ou de direito, por mais complexas que sejam, devem ser resolvidas da forma mais simplificada e imediatamente possível, com a menor utilização da custosa máquina judicial. Vale dizer, eliminar incidentes, decidir liminares e antecipação de tutelas o quanto antes e reduzir ao estritamente indispensável a prolação de despachos meramente ordinatórios. Distinguir entre o "acesso à Justiça" e o "acesso ao fórum (ou ao tribunal)". Incentivar (sem prejulgamentos) o acordo na fase inicial do processo. Adotar métodos eficientes de trabalho, com postura pró-ativa (e não simplesmente reativa). O maior proveito e eficiência à resolução do conflito, com o mínimo de intervenção judicial, é a meta a ser buscada. O tempo socialmente útil da Justiça deve ser otimizado. O conceito *less is more* aqui tem inteira e pertinente aplicação. Isto é produtividade. Sensibilizar os demais operadores do Direito (advogados, membros do Ministério Público e defensores públicos) sobre as vantagens e importância destes novos paradigmas é também indispensável.

Dar efetividade às decisões judiciais é outra vertente da produtividade. Eliminar as quatro instâncias que na prática temos hoje no Brasil é medida que se impõe com a maior brevidade, assim como racionalizar o confuso e difuso sistema (?) recursal até aqui em uso. Tais soluções reclamam reforma legislativa dos códigos de processo e por sua natureza e importância não renunciam de rigoroso estudo científico. Trata-se de tendência

---

[28] Vide, a propósito, artigo do Des. José Renato Nalini, do TJSP, em *O Estado de São Paulo*, de 02.07.07.

[29] Sistema dos três K, paradigma do Exército prussiano.

[30] Também o Programa "5S" - modelo japonês no qual se baseia o programa de gestão pela qualidade - refere-se à mudança de cultura dentro da organização, por isso é fundamental a participação e envolvimento da alta gerência em projetos desse tipo. A diferença entre o Programa "5S" e o "Housekeeping" é que o segundo se limita aos três primeiros "S". O "5S" recebe este nome porque é representado por cinco palavras japonesas iniciadas pela letra "S":

1) Seiri: separar e descartar;
2) Seiton: ordenar e organizar;
3) Seiso: limpar e inspecionar;
4) Seiketsu: padronizar;
5) Shitsuke: auto-disciplina.

Os três primeiros "S" são simples de serem executados e impressionam num primeiro momento, mas não trazem resultados efetivos na prática. O quarto e o quinto "S" são os mais importantes para a organização. Numa instituição que realmente pratica o "5S", todos combatem o desperdício de tempo e de recursos em geral. Funcionários têm prazer em cuidar de seus equipamentos, o espaço de trabalho é agradável, o risco de acidente é menor, a produtividade é maior e o índice de absenteísmo é menor. O "5S" não é a solução de todos os problemas de qualidade, mas é o primeiro passo para projetos mais audaciosos, como a certificação das normas ISO, por exemplo. Algumas atividades, como o Programa "5S" e a TPM - Manutenção Total Produtiva, fazem parte da filosofia KAIZEN, que busca trazer os seguintes resultados:

1) Reduzir custos;
2) Eliminar desperdícios;
3) Reduzir o tempo de troca das ferramentas;
4) Aumentar a produtividade;
5) Nivelar a produção;
6) Reduzir o transporte.

contemporânea da ciência processual agregar, cada vez mais, efeito mandamental às decisões judiciais, especialmente aquelas proferidas pelo juiz de primeiro grau, de forma a interferir diretamente na vontade do devedor para o cumprimento da obrigação. Constata-se que o sistema processual é ainda amplamente concebido para privilegiar o réu, que pode discutir, argumentar, recorrer, discutir novamente, retrucar, sem nada pagar, a um custo zero, pois nada indeniza o autor pela mora e demora do processo judicial, caso vencido, resultado perverso que vai de encontro ao que preconiza Chiovenda e, obviamente, gera descrédito ao aparelho judiciário, incrementa o custo das transações, desperdiça riquezas e semeia insegurança. Lado outro, salvo raras exceções, as reformas processuais com tanta ênfase divulgadas são dirigidas preferencialmente aos Tribunais Superiores e esquecem da base da pirâmide por onde tramita a esmagadora maioria dos processos, ou seja, a primeira instância. A partir dela, quer se queira ou não, é que se formata, da perspectiva do jurisdicionado, a cara e a imagem da Justiça.

Difundir a cultura da conciliação como método preliminar e alternativo que soluciona muito mais do que litígios (≠de conflitos) no seio de uma população que lamentavelmente não desenvolveu o salutar costume e que, contrariamente, parece alimentar sentimento oposto, ou seja, da crescente judicialização, é investimento da maior prioridade, ainda que com retorno a médio e longo prazos. A tarefa é árdua e exige a participação de vários setores da sociedade, além do Judiciário. Cabe incluir a adesão de profissionais da educação (em sentido amplo), imprensa, formadores de opinião, organizações não governamentais, associações civis e sindicatos, bem como os cursos de graduação em Direito, cujas grades curriculares devem dispor de disciplina obrigatória apta a transmitir aos futuros operadores do Direito a cultura da resolução dos conflitos pelo diálogo, além de conhecimento e domínio de técnicas específicas nesta área de atuação. A idéia é deixar para movimentar a custosa máquina judiciária nos casos mais complexos que demandam a realização de provas demoradas e naqueles em que a conciliação não for previamente obtida (= minimização dos procedimentos, dos custos e do tempo dispendidos). Além disso, segue na mesma lógica a transferência aos serviços de notas, ainda que facultativamente, da atribuição na realização de procedimentos típicos da administração pública de interesses privados, a exemplo da Lei 11.441, de 2007, que permite a celebração do inventário, da separação judicial e do divórcio, nos casos em que menciona, pela pública forma. E outros procedimentos da mesma natureza podem perfeitamente seguir o mesmo caminho, ampliando o rol inicialmente previsto.

Produtividade significa também distribuir de forma racional as unidades judiciais e corrigir desproporções. A manutenção de comarcas deficitárias é um verdadeiro contra-senso, desperdício de dinheiro público, geralmente ditada por motivação sentimental, política ou histórica. O administrador judicial deve aplicar critérios objetivos e racionais para depurar e aperfeiçoar a divisão judiciária. Muitas vezes, grandes comarcas providas de completa infra-estrutura judiciária são mais eficientes do que a manutenção de várias comarcas diminutas, sem movimento forense que justifique o custo de sua existência, reconhecidamente alto, mesmo quando desaparelhadas. A especialização de Varas e Câmaras (estas últimas nos Tribunais) nas Justiças Comuns (Estadual e Federal), por menor que seja (especialmente no vastíssimo e heterogêneo campo do Direito Privado) é medida salutar para racionalizar e até mesmo aperfeiçoar os julgamentos.

Produtividade representa planejar e construir prédios especialmente concebidos para abrigar as estruturas do Judiciário, sem remendos, puxadinhos e improvisações. Os prédios devem ser dotados de infra-estrutura compatível com o crescimento forense futuro, de preferência, mirando um horizonte de pelo menos quinze anos, sem luxos, mas com o emprego de materiais duráveis e de qualidade que exijam pouca manutenção. Incorporar instalações modernas e funcionais, boa acessibilidade, segurança, mobiliário, equipamentos e sinalização padronizados, iluminação e ventilação adequadas, reserva nas instalações elétrica, telefônica e cabeamento de informática, inclusive com rede *wireless*, com sistema inteligente de coleta de água e luz e de separação e reaproveitamento de resíduos. É o que se chama de arquitetura judiciária com respeito ao meio ambiente (sustentabilidade).

Produtividade reclama o gerenciamento profissional dos recursos humanos, com a informatização total dos registros funcionais de cada magistrado e servidor contendo o histórico pessoal completo e atualizado, datas de aquisição de direitos e vantagens, pretéritos e futuros e principais ocorrências, a racionalização no aproveitamento de talentos, muitas vezes deslocados de áreas que exigem conhecimento especializado. É considerar que o reconhecimento e a motivação promovem uma gestão centrada na valorização das competências e do mérito. Implica o compartilhamento do conhecimento profissional e a racionalização da folha de pagamento (correção de distorções), de modo a eliminar situações que ensejam o pagamento de remuneração dobrada, a garantir remuneração compatível seja a iniciantes, seja a iniciados, possibilidade de crescimento profissional, motivação no ambiente de trabalho e eficiente formação continuada a todos, indistintamente. Significa incentivar em seus quadros a iniciativa de elaboração de soluções que simplifiquem as tarefas e, às vezes, até mesmo eliminem os problemas. Como ocorreu, por exemplo, com o Oficial de Justiça Avaliador da Comarca de Caratinga, do TJMG, que criou e desenvolveu um programa de

informática da maior utilidade para o exercício da função e o disponibilizou gratuitamente aos seus colegas.

Produtividade requer a apropriação cada vez mais intensa dos recursos da tecnologia, em especial da informática, o que se espera seja efetiva e vigorosamente implementada a partir da edição da Lei 11.419, de 2006, que autoriza a implementação do processo virtual, entre outros aspectos. Não se concebe a (sub)utilização de *desk tops* e notebooks como se arcaicas máquinas de datilografia fossem (alguns necessitam de treinamento para usá-los em todo potencial). Transmissão de sessões de julgamento na linha pela rede mundial de computadores e emprego de videoconferência (salvo situações específicas), adoção de ambientes *wireless* inclusive nas salas de audiências e nos plenários das sessões de julgamentos e implantação do diário do Judiciário eletrônico constituem exemplos já utilizados em alguns tribunais, que merecem ser seguidos e replicados. Em verdade, este Poder, talvez como nenhum outro da República e mesmo a despeito das restrições orçamentárias, tem dito "sim" aos anseios de uma Justiça mais ágil, eficaz e mais próxima do cidadão. Também com a implementação de outras medidas que se espera em breve serão rotineiras, tais como a criação de uma rede de telecomunicações exclusiva do Judiciário, com o objetivo de reduzir custos, agilizar o andamento processual e ampliar a segurança e que permitirá a troca de informações entre os tribunais e órgãos como a Advocacia-Geral da União, Cartórios do extrajudicial, a Receita Federal e o Ministério Público; bem como a adoção do processo eletrônico, sem papel, que permitirá a utilização do Diário Oficial, as citações e intimações por meio eletrônico em toda a sua plenitude, a certificação digital, a requisição eletrônica de documentos instrutórios e o cumprimento de sentenças mediante troca de bancos de dados, entre outras inovações. Por meio desse conjunto de medidas legislativas, é que está sendo implementada a verdadeira e silenciosa reforma do Poder Judiciário e que, segundo levantamentos realizados, reduzirá em torno de 70% do tempo atualmente gasto com a prática de atos meramente ordinatórios, provenientes da burocracia até hoje utilizada.

5 Certificação ISO 9001

Na implementação da metodologia da gestão pela qualidade, a aplicação da norma ISO 9001 confere à instituição certificação de garantia de qualidade apurada por critérios objetivos e de eficácia cientificamente comprovada, reconhecida em todo o planeta.

A International Organization for Standardization, ou Organização Internacional de Normalização - ISO é um instituto sediado em Genebra, na Suíça. É uma organização não governamental composta de 110 países. A sigla ISO, propositadamente, vem inspirada do grego *isos*, que significa igualdade e conformidade.

Trata-se de norma internacional que fornece requisitos para o sistema de gestão da qualidade (SGQ) das organizações. Faz parte de uma série de normas publicadas pela ISO, conhecida por "série ISO 9000", [31] que define e organiza padrões internacionais. Esses padrões são definidos por delegações nacionais de especialistas do ramo, governo e outras organizações relevantes. A referência à ISO 9001:2000 indica que a organização possui um sistema de gestão da qualidade que atende aos requisitos da ISO 9001:2000. O propósito é inspirar confiança na capacidade da instituição em fornecer produtos ou serviços consistentes, conformes as legítimas expectativas dos usuários. A certificação tem validade de três anos, mas semestralmente, durante esse período, a empresa certificada permanece sob visita e auditoria do órgão credenciador.

A missão da ISO é promover o desenvolvimento da padronização e atividades relacionadas no mundo com o objetivo, dentre outros, de facilitar a prestação de serviços e promover a cooperação nas esferas científica, tecnológica e econômica. Os resultados do trabalho da ISO são publicados como normas internacionais. Através da certificação é fornecido um conjunto de requisitos que, bem implementados, fornecem garantia acerca da capacidade de a instituição certificada prover serviços que efetivamente atendam às necessidades e expectativas de seus clientes e estejam em conformidade com as leis e regulamentos aplicáveis.

Os requisitos abrangem uma grande variedade de tópicos, incluindo comprometimento da alta direção com a qualidade, foco no cliente (ou usuário), adequação de recursos, competência de funcionários, gestão de processos (produção e entrega de serviços, processos administrativos e processos de suporte pertinentes), planejamento da qualidade, projeto de produtos, análise crítica de pedidos recebidos, aquisição, medição e monitoramento de processos e produtos, calibração de equipamentos de medição, processos para solucionar reclamações de clientes (ou usuários), ações corretivas e preventivas e melhoria contínua do Sistema de Gestão da Qualidade. Por último, mas não menos importante, há também o requisito que exige que a organização monitore a opinião do cliente (ou usuário) quanto à qualidade dos produtos e serviços fornecidos.

---

[31] Por essa razão, verifica-se uma empresa ou instituição divulgar que é "certificada ISO 9000" ou tem um "SGQ em conformidade com a ISO 9000". Normalmente, isso significa que tal organização anuncia possuir um SGQ que atende aos requisitos da ISO 9001:2000, a única norma da série ISO 9000 que pode ser usada para fins de avaliação da conformidade. Entenda-se, porém, que a ISO é o organismo que desenvolve e publica a norma, ou seja, a ISO não "certifica" organizações.

Os padrões ISO são acordos documentados contendo especificações técnicas e outros critérios precisos para serem usados constantemente como regras, guias, ou definições de características, para assegurar que materiais, produtos, processos e serviços estejam de acordo com os seus propósitos[32] .

Em verdade, há várias formas pelas quais uma organização pode alegar que seu Sistema de Garantia de Qualidade atende aos requisitos da ISO 9001:2000, dentre elas a denominada avaliação de terceira parte (geralmente chamada de certificação). Ocorre quando a organização contrata uma terceira parte imparcial (organismo certificador) para conduzir uma avaliação, a fim de verificar a conformidade com os requisitos da ISO 9001:2000. Essa terceira parte emite então um certificado para a interessada, descrevendo o escopo do Sistema de Garantia de Qualidade e confirma se está em conformidade com a ISO 9001:2000. Importante frisar que as entidades certificadoras são credenciadas por organismos nacionalmente ou internacionalmente reconhecidos, que verificam sua independência e competência para realizar o processo de certificação. Muitos organismos credenciadores fazem acordos multilaterais sob a direção do IAF - *International Accreditation Forum* ou Fórum Internacional de Credenciamento, a fim de promover reconhecimento mútuo em entidades internacionais multilaterais, a exemplo da Organização Mundial do Comércio. No Brasil, o organismo credenciador oficial é o INMETRO, autarquia federal (www.inmetro.gov.br), além da ABNT - Associação Brasileira de Normas Técnicas. [33]

A rigor, frise-se que nenhuma instituição possui genericamente o certificado ISO 9000:2000, mas sim um de seus modelos de garantia de qualidade, sendo eles:

ISO 9001:2000 - modelo de garantia de qualidade em desenvolvimento de projeto, produção, instalação e serviços associados.

ISO 9002:2000 - modelo de garantia de qualidade em produção, instalação e serviços associados. [34]

ISO 9003:2000 - modelo de garantia em inspeção e ensaios finais.

No âmbito dos órgãos do Judiciário, a certificação ISO tem se revelado salutar, a exemplo de unidades de Tribunais de Justiça e do Gabinete do Ministro Ricardo Lewandowski, no Supremo Tribunal Federal, algumas daquelas já certificadas no modelo 9001:2000. Entre outros aspectos, reflete o ideal de mudar para melhor e prestar contas à sociedade, através da conquista de um selo de qualidade reconhecido em todo o planeta. Além disso, mostra a disposição de rompimento com antigos paradigmas negativos que permeiam a Administração Pública em geral e, em especial, o Judiciário, sedimentados ao longo de quase um século de rotinas extraídas da cultura da burocracia, que de há muito revelou seu esgotamento por não mais atender aos legítimos anseios do cidadão e jurisdicionado: eficiência e transparência.

À frente, abre caminho para que o Poder Judiciário brasileiro desenvolva o seu próprio selo de garantia de qualidade no tocante à excelência dos serviços prestados e que, se espera, tenha reconhecimento mundial.

6 Conclusão

Quando se fala sobre o Poder Judiciário, mesmo sem desejar, engloba-se uma estrutura altamente complexa, com capilaridade nacional, abrangendo todos os Estados, Distrito Federal e Municípios do país. Efetivamente somos um Poder Uno, a despeito de constituído por vários e diferentes órgãos, seja no âmbito federal, seja estadual, presente em todo o território brasileiro.

Por isso, e exatamente por isso, não se pode conceber, menos ainda planejar, o Judiciário como ilhas estanques, como se provido fosse de órgãos isolados, uns em direções diferentes, às vezes até mesmo opostas dos outros. Esse isolamento, interno e externo, demonstrou ao longo desses 200 anos que mais desserviu do que serviu nos propósitos de realizar sua indispensável e bela missão constitucional, sem a qual não existirá Estado Democrático do Direito. Dado que é fato que a solidão, no difícil sacerdócio de julgar, ronda a mesa do juiz, cabe exercitar o olhar em volta, observar as transformações pelas

---

[32] Sempre que a ISO 9001:2000 faz referência a "produtos", refere-se também a produtos intangíveis como, por exemplo, serviços e aplicativos *(softwares)*.

[33] www.abtn.org.br. Entidade de natureza privada, responsável pela operacionalização da normalização técnica no Brasil, através dos vários Comitês Brasileiros de Normalização técnica - CB. O CB 25 é o Comitê que se ocupa do assunto "gestão da qualidade". As normas da família ISO 9000, a partir da revisão de 1994, passaram a receber o mesmo registro em ambas as entidades, mantendo a numeração original e acrescentando o prefixo NBR, conforme anota Mauriti Maranhão, ISO série 9000 (versão 2000) - *Manual de implementação*. 8. ed. Rio de Janeiro: QualityMark editora, 2006, p. 37-38.

[34] A ISO exige a documentação de todo o sistema de garantia de qualidade, como forma de assegurar a qualidade do produto. Esse sistema está configurado em quatro níveis:

- Nível 1: Políticas e Diretrizes: descreve as políticas e diretrizes da empresa referentes a cada ponto da norma ISO. Apresenta a organização, o organograma, atribuições dos cargos com responsabilidade direta sobre o sistema da qualidade e, principalmente, a política e os objetivos da qualidade.
- Nível 2: Procedimentos Operacionais: estabelece como cumprir cada política definida no manual da Qualidade. Define quem faz o quê, como, onde, por que e quando executar determinada atividade.
- Nível 3: Instruções de Trabalho: determina as especificações e como executar detalhadamente cada etapa específica do processo. São utilizadas normalmente pelo nível operacional da organização e asseguram, desde que seguidas corretamente, a qualidade de seus processos e, conseqüentemente, de seus produtos.
- Nível 4: Registros da qualidade: comprova o cumprimento de cada requisito da norma. São controles, relatórios, formulários, enfim, tudo o que forneça a evidência objetiva.

quais o mundo passa, nos afinar com o nosso tempo e nos preparar institucionalmente para responder aos atuais e novos desafios que se apresentam na sociedade contemporânea, plural e desigual. Afinal, integramos um sistema que tem por objetivo responder aos anseios dessa sociedade, do jurisdicionado, com eficiência e transparência. E qualquer sistema, por definição, somente se acha no todo, jamais em suas partes ou átomos, como se existência independente tivessem.

Mais do que insuficiência orçamentária - que de fato existe e dificulta, diga-se de passagem -, e a profusão, confusão e esgotamento de leis e regulamentos em vigor, a administração burocrática é o principal entrave à eficiência e transparência da administração judiciária. Romper com essa estrutura, com essa cultura de séculos, constitui um imenso desafio que deve ser enfrentado pelas gerações atuais e futuras de magistrados. Nesse descortino, imprescindível é o aprimoramento da gestão, aliado à implantação de política global do Poder, envolvendo todos os seus órgãos, criar um verdadeiro sistema de administração judicial, em âmbito nacional, respeitadas algumas peculiaridades regionais com a manutenção da competência estadual na elaboração de leis de divisão e organização judiciárias.

O foco é um só: qualidade, que, a despeito de seu cunho às vezes subjetivo, assim como a beleza, todos entendem quando vêem.

...

O Princípio da Eficiência na prestação de serviços públicos

Maria Aparecida de Oliveira Grossi Andrade *

Sumário: Introdução. 1 Serviços públicos. 1.1 O conceito de serviços públicos. 2 Princípio da Eficência. 2.1 Considerações iniciais. 2.2 O princípio da eficiência no desempenho estatal. Conclusão. Referências bibliográficas.

Introdução

Nas últimas décadas do século XX, a questão principiológica se tornou o centro das reflexões sobre o Direito, que passou a ser visto como uma ordem constituída de princípios - um sistema aberto de princípios - em lugar de um sistema de regras.

No cenário jurídico brasileiro, surgiu a Constituição Federal de 1988, de significativa inspiração democrática e caráter nitidamente principiológico, prenunciando grandes mudanças em nosso ordenamento, sobressaindo, neste quadro, o princípio da dignidade humana.

Na pesquisa versando sobre o princípio da eficiência na prestação de serviços públicos, sempre vêm à baila algumas indagações do tipo: Qual o sentido do princípio da eficiência? Como a doutrina brasileira recepcionou o seu ingresso na Constituição Federal? Na prática, a Administração Pública em nosso país tem observado o princípio da eficiência na prestação de serviços públicos?

Embora não seja o cerne do trabalho, é imperioso prestar alguns esclarecimentos sobre a atuação do Estado direcionada para a consecução de interesses sociais rotulada de serviços públicos, colacionando algumas definições doutrinárias que traçam os seus aspectos principais.

O desfecho da pesquisa volta-se para a abordagem dos questionamentos acima, e o seu desiderato maior consiste na análise do princípio da eficiência, postulado constitucional que impõe à Administração Pública, no desempenho de suas atividades, a busca com objetividade do melhor resultado com o menor dispêndio, coibindo o uso perdulário da máquina administrativa.

1. Serviços públicos

1.1 O conceito de serviços públicos

A sociedade juridicamente organizada constitui o Estado, que tem por escopo a promoção do bem comum da coletividade, assentada em determinado território, com um governo instituído e soberania reconhecida.

Com esse propósito, o Estado realiza atividades rotuladas de serviços públicos, que, em sentido genérico, quer dizer a atuação administrativa voltada para a consecução de interesses sociais, englobando, também, as atividades dos Poderes Legislativo e Judiciário.

Neste sentido amplo, grassa a concepção apresentada ao mundo jurídico pelo publicista francês Leon Duguit, mestre da chamada "Escola do Direito Público", segundo a qual os serviços públicos justificam a razão de ser do Estado, que existe para prestar serviços à coletividade,[1] sendo essa a sua primordial atividade. A noção de serviços públicos transformou-se na idéia nuclear em torno da qual passou a gravitar o Direito Administrativo.[2]

Determinar o sentido da expressão "serviço público" com exatidão é tarefa de acentuada dificuldade pontuada pelos doutrinadores, diante da variedade de significados assinalados para a locução, que pode ser compreendida sob vários pontos de vista: subjetivo, objetivo e formal.

A propósito, leciona Diógenes Gasparini:

> Não é fácil oferecer a noção de serviço público (...). A doutrina toma essa locução nas mais variadas acepções e com isso dificulta a obtenção da almejada uniformidade conceitual. (...)
>
> A locução em apreço comporta, pelo menos, três sentidos: o orgânico, o material e o formal. Em sentido orgânico, também chamado subjetivo, o serviço público é um complexo de órgãos, agentes e recursos da Administração Pública, destinados à satisfação das necessidades dos administrados. Equivale, pois, a um organismo ou parte do aparelho estatal com tal precípua finalidade. Em sentido material, também designado objetivo, o serviço público é uma função, uma tarefa, uma atividade da Administração Pública, destinada a satisfazer necessidades de interesse geral dos administrados. Em sentido formal, serviço público é a atividade desempenhada por alguém (Poder Público ou seus delegados), sob regras exorbitantes do Direito Comum, para a satisfação dos interesses dos administrados. É a submissão de certa atividade a um regime de Direito Público.[3]

---

* Juíza de Direito titular da 2ª Vara Cível da Comarca de Ipatinga – MG. Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino. Ex-Promotora de Justiça e Ex-Delegada de Polícia do Estado de Minas Gerais.

[1] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito admstrativo brasileiro*, p. 296.

[2] BANDEIRA DE MELLO, Celso Natônio. *Curso de direito administrativo,* p. 652-653.

[3] GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*, p. 277.

Característica comum observada no tríplice aspecto apontado por Diógenes Gasparini, ao tentar aclarar o significado da expressão "serviços públicos", é a finalidade que se sobrepuja em todos eles, consistente na busca da satisfação dos interesses e necessidades basilares da coletividade.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ressaltando que a noção de serviço público não é simples, apresenta definição assinalando o seu sentido restrito:

> Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.[4]

Impende destacar, também, o conceito enunciado por Marcos Juruena, pontuando a fundamental importância dos serviços públicos para o desenvolvimento social, cuja prestação impõe-se ao Estado, que deve controlar a sua execução, segundo as condições estabelecidas em lei.

> Considera-se serviço público a atividade cuja realização é assegurada, regulada e controlada pelo Estado em face de sua essencialidade ao desenvolvimento da sociedade, exigindo, pois, uma supremacia na sua disciplina. Para tanto, a Constituição e as leis (CF arts. 174 e 175) devem estabelecer o tamanho do Estado que a sociedade quer ter em razão de suas necessidades materiais e possibilidades financeiras.[5]

Para finalizar esse elenco de definições, convém conferir o entendimento preconizado por José dos Santos Carvalho Filho, que sintetiza objetivamente o significado da "locução serviço" público, apontando, também, a sua vinculação ao interesse social: Serviço público é "toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade".[6]

Após colacionar vários conceitos sobre serviços públicos - o que não é demasiado para mostrar a disparidade de definições e auxiliar o estudo comparativo -, cumpre ressaltar que a grande divergência doutrinária em torno do tema, decerto, continuará a povoar os trabalhos dos estudiosos que se dedicam ao seu estudo, sem encontrar a uniformidade.

Fatores como as transformações do Estado ao longo de sua história, decorrentes da evolução social, das inovações tecnológicas e flutuações do discurso político, associados ao fenômeno da globalização, continuarão a influenciar profundamente a concepção acerca dos serviços prestados por aquele, cujo aperfeiçoamento contínuo é uma exigência inarredável dos novos tempos.

Sem dúvida, o impacto das imposições surgidas com a integração da humanidade, transformando o mundo em uma economia globalizada, que rompe dogmas e provoca mudanças em modelos estruturais consagrados, vai dificultar cada vez mais a padronização do significado, o consenso e a precisão em torno da definição dos serviços públicos.

Enfim, cumpre ao Direito e aos juristas encontrar as formulações adequadas à compreensão das novas questões emergentes, oriundas da evolução sincronizada dos povos, que impõe ajustes inexoráveis nos mecanismos e funções tradicionais do *Welfare State,*[7] em cujo contexto se inserem os serviços públicos.

2. Princípio da eficiência

2.1 Considerações iniciais

Muito usado pelos estudiosos e operadores do Direito, o termo princípio, genericamente, quer dizer, por um lado, começo, início, origem, ponto de partida; de outro, mandamento, fundamento da ordem jurídica, norma a seguir, vetor exegético, guia do pensamento jurídico.

Princípios são normas que instituem fins a serem atingidos, juridicamente relevantes, dotados de alta carga axiológica, ostentando com clarividência os valores jurídicos e políticos que consagram e visam a estruturar o sistema, disseminando os seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico.

Escrevendo sobre a necessidade de conhecê-los, Carlos Ari Sundfeld averba em pertinente lição:

> Os princípios são as idéias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se. (...)
> Por isso, conhecer os princípios do direito é condição essencial para aplicá-lo corretamente. Aquele que só conhece as regras ignora a parcela mais importante do direito – justamente a que faz delas um todo coerente, lógico e ordenado. Logo, aplica o Direito pela metade [...].[8]

---

[4] BANDEIRA DE MELLO, Celso Natônio. *Curso de direito administrativo*, p. 652-652.
[5] SOUTO, Marcos Juruena Vilela. *Direito administrativo das concessões,* p. 9.
[6] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo,* p. 293
[7] *Welfare State* - Estado do Bem-Estar Social: expressão que se tornou usual a partir da Segunda Guerra Mundial, para indicar um modelo de Estado voltado para os interesses sociais, assegurando a todos renda mínima, alimentação, saúde, educação, habitação e outros serviços públicos que garantam qualidade de vida aos seus cidadãos.
[8] SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público,* p. 143,146.

O exame do ordenamento jurídico revela que as normas de direito público - salvo poucas exceções (penal e processual) -, diversamente do direito privado, não estão condensadas em códigos, como o direito civil. Elas formam uma legislação esparsa, exigindo do aplicador um domínio maior dos princípios, que lhes permite ordenar a interpretação das regras existentes e extrair soluções mais coerentes com o ordenamento na sua integralidade.

É importante assinalar que a Constituição Federal de 1988 inovou ao dispor de forma expressa, no art. 37, que a Administração Pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, sendo esse último, inserido em sua redação pela Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.98.

Contudo, não se pode descurar que, além desses cânones, a Administração Pública, no exercício de suas atividades, está obrigada a observar outros princípios que também se sobrepõem às regras, sujeitas às diretrizes traçadas por aqueles.

2.2 O princípio da eficiência no desempenho estatal

A legislação pátria e a doutrina apontam vários princípios que informam a prestação de serviços públicos, inexistindo uniformidade quanto à denominação, quantidade e conteúdo deles, podendo ser citados: os princípios da legalidade, eficiência, isonomia, continuidade, regularidade, cortesia, generalidade, obrigatoriedade da prestação, segurança, pontualidade, modicidade nas tarifas e outros.

Com a Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/98 - que implementou a *Reforma Administrativa* durante o governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso -, a eficiência adquiriu *status* de princípio constitucional ao ser inserida expressamente na redação do art. 37, sob o argumento de que era por demais relevante a reestruturação do Estado, de seu papel e sua forma de atuação, diante da crise do aparelho estatal. O momento sinalizava para a necessidade de revisão de dispositivos constitucionais permanentes, que precisavam incorporar a eficiência para superar a estagnação da Administração Pública.

Neste sentido, o excerto *in verbis*, extraído da Justificativa da Emenda Constitucional em comento:

> Como resultados esperados da reforma administrativa, vale destacar o seguinte: Incorporar a dimensão da eficiência na administração pública: o aparelho do Estado deverá se revelar apto a gerar mais benefícios, na forma de prestação de serviços à sociedade, com os recursos disponíveis, em respeito ao cidadão contribuinte.[9]

Contudo, em posição diametralmente oposta, Fábio Konder Comparato, em conferência proferida durante a realização da XVII Conferência Nacional da OAB, intitulada *Controle Social Sobre os Meios de Comunicação em Massa*, lançou severa crítica à inserção da eficiência no texto constitucional, vazada nos seguintes termos:

> O governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, na mal disfarçada tentativa de legitimar o desmantelamento do Estado pela política de privatização de suas empresas, fez inserir a eficiência entre os princípios fundamentais da Administração Pública, enunciados no art. 37 da Constituição.[10]

Contundente, também, a crítica irônica de Celso Antônio Bandeira de Melo sobre a elevação da eficiência à categoria de princípio constitucional:

> Quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluído e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que buliram no texto. De toda sorte, o fato é que tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência. Finalmente, anote-se que este princípio da eficiência é uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da 'boa administração'.[11]

Todavia, embora a eficiência decorra do sistema constitucional adotado no Brasil, a sua expressa referência no art. 37 da Lei Maior, além de tornar induvidosa a existência do princípio, destaca a impossibilidade de se empregar manobras visando o seu apoucamento e a sua desconsideração, garantindo a real incidência do cânone em toda a atuação administrativa, pois o que interessa aos cidadãos é a boa e adequada prestação dos serviços públicos. Além disso, propicia o maior controle de qualidade na prestação de serviços pelo Estado e consecução das metas, alvo das contratações, limitando, ainda, a atuação discricionária da Administração Pública.

Citando Renato Lopes Becho, Paulo Henrique Spilotros Costa, no trabalho sobre O Princípio da Eficiência e a Competitividade nos Serviços Públicos de Transporte *Coletivo*, enfatizou com percuciência: "Ressalte-se que a elevação de um dever, como o de eficiência, ao nível de princípio, traduz um sentimento social latente na sociedade, como forma de auxiliar diretamente na

---

[9] VILLELA SOUTO, Marcos Juruena; MARSHAL, Carla C. (coords.). *Direito empresarial público*, p. 524.

[10] COMPARATO, Fábio Konder. *Anais da XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*, v. I, p. 696.

[11] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 117-118.

interpretação do sistema, no julgamento das causas e na própria elaboração de novas leis".[12]

É importante gizar que o Estado deve necessariamente visar a qualidade na prestação dos serviços postos à disposição dos cidadãos, quer sejam prestados pela União, Estado ou Município, quer sejam prestados por terceiros em regime de concessão ou permissão. O desempenho de suas atividades deve ser célere, almejar a perfeição e alcançar resultados positivos.

A eficiência consiste em buscar com objetividade o melhor resultado com o menor dispêndio, tornando os serviços mais baratos e, portanto, mais acessíveis aos usuários, coibindo o desperdício do dinheiro público.

O dever de eficiência impõe a adoção de medidas mais convenientes, como a aplicação adequada e transparente dos recursos públicos sob o ponto de vista econômico, o que envolve preços de acordo com o mercado, tempo razoável, mão-de-obra compatível com a natureza dos serviços, gastos de materiais sem esbanjamento e outros aspectos que deverão ser obrigatoriamente observados na prestação de serviços públicos, diretamente ou por terceiros, concessionários ou permissionários.

A expressão 'recursos públicos' já inculca a idéia de que eles não pertencem à Administração e muito menos aos seus agentes, que podem ser responsabilizados se transgredirem o postulado constitucional em apreço.

O princípio da eficiência não permite o emprego da máquina administrativa visando aos interesses pessoais dos administradores, nem tampouco o uso perdulário daquela, o desperdício e gastos desregrados que nada mais fazem do que dissipar o patrimônio público.

A gestão administrativa ineficiente é ilegítima. A aplicação do referido cânone pressupõe o menor desembolso e a maior vantagem, o emprego das melhores opções disponíveis, sempre objetivando alcançar a solução mais vantajosa para o atendimento das necessidades sociais.

Releva notar que a Lei nº 8.666, de 21.06.93, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e institui normas sobre licitações públicas e contratos que não caracterizam concessão comum, patrocinada ou administrativa, inseriu no *caput* do art. 3º, abaixo transcrito, os princípios que devem reger as licitações, obrigando os agentes públicos a observar tais diretrizes na execução de suas atribuições:

> Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Dito preceito, ao estabelecer que a licitação deve ser processada e julgada de acordo com os princípios enunciados e os que lhes são correlatos, deixou claro que o elenco apresentado é meramente exemplificativo.

Dentre os princípios correlativos ou que estão em correspondência com os enumerados no artigo 37 da Constituição Federal, segundo Jessé Torres Pereira Junior, podem ser citados o da competitividade, do procedimento formal, do sigilo das propostas, da adjudicação compulsória ao vencedor etc. [13]

Por sua vez, a Lei nº 8.987, de 13.02.95, que dispõe sobre o regime das concessões comuns e permissão da prestação de serviços públicos, previstos no art. 175 da Constituição Federal (exceto os de radiodifusão sonora e de sons e imagens), também faz expressa referência à eficiência no § 1º, do art. 6º, *in verbis*.

> Art. 6º. (...)
> § 1º. Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

De igual modo, a recente Lei nº 11.079, de 30.12.04, que institui normas gerais para a licitação e contratação de parceria público-privada, nas concessões patrocinada e administrativa, cita o vetor em análise, no item I, do art. 4º, a seguir colacionado:

> Art. 4º. Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:
> I – eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;

Como se percebe, qualquer atuação da Administração Pública deve se pautar nessas diretrizes, que impõem a execução dos serviços públicos conforme as normas e condições preestabelecidas, sem interrupções ou paralisações injustificadas, com resultados satisfatórios que atendam às necessidades permanentes da coletividade.

Impõe-se também aos agentes prestadores de serviços públicos a adoção das cautelas e providências necessárias diante das circunstâncias, para evitar danos a quem quer que seja, pois a segurança dos cidadãos é fundamental.

Eles devem ser executados com tecnologia atualizada, instalações e equipamentos modernos e outros referenciais de eficiência, cuja inobservância poderá legitimar a aplicação das sanções contratuais previstas e a extinção unilateral do contrato administrativo.

Da mesma forma, os serviços públicos deverão alcançar e atender a todos em iguais condições, desde

---

[12] VILLELA SOUTO, Marcos Juruena; MARSHAL, Carla C. (coords.). *Direito empresarial público*, p. 571.

[13] PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração* Pública, p. 54.

que satisfaçam os requisitos legais e os previstos no contrato. E mais, deverão ser prestados obrigatoriamente, sob as luzes do princípio da cortesia, que possui elevada carga de subjetividade, importando no dever de dar um tratamento educado, polido e civilizado aos usuários. Nas palavras memoráveis de Daniel Sarmento: "(...) é apenas o respeito à dignidade da pessoa humana que legitima a ordem estatal e comunitária, constituindo, a um só tempo, pressuposto e objetivo da democracia". [14]

Nessa perspectiva que vem se delineando pela efetiva relevância que assume, convém conferir a lição de Marcos Juruena sobre o princípio da economicidade, estabelecendo distinções entre esse e o princípio da eficiência:

> Enquanto a economicidade busca o melhor contrato, a eficiência cuida do melhor resultado em função do bem contratado. Exemplificativamente, a economicidade avalia a correta compra de vacinas; a eficiência avalia se as vacinas foram empregadas em quantidades e em localidades em que eram necessárias e se produziram redução de doenças. É, pois, controle de resultado, que se submete a parâmetros objetivos.[15]

A economicidade revela um dos aspectos da eficiência, sinalizando com a obrigatoriedade de se buscar a melhor proposta para o emprego dos recursos públicos. A eficiência, por seu turno, consiste na idéia maior da qual decorre a necessidade de minimização dos custos voltados para o controle do desperdício e ampliação do resultado almejado, propiciando mais benefícios para a sociedade.

Contudo, no Brasil - onde se irradia o modelo neoliberal, que impulsiona a concentração do poder econômico, vazado no discurso de crescimento do mercado com um alto grau de custo social, motivador do estiolamento das atividades sociais do Estado -, o panorama que se descortina não revela com clareza a prática de tão importantes princípios.

O que presenciamos é a ineficácia do Estado, sobressaindo a carência de políticas públicas na área da saúde, de recursos para a educação e habitação, de resultados positivos no âmbito da segurança, bem como o desvio constante de recursos de programas sociais e outras situações de flagrante ineficiência, que entram em rota de colisão frontal com os referenciais de eficiência e os direitos e liberdades fundamentais do homem.

Este quadro, desmerecedor do princípio constitucional em foco, revela o abandono dos critérios de eficiência - cujo objetivo maior é a supremacia do bem comum - e mostra o definhamento de serviços essenciais a cargo do Estado.

Em um cenário como esse, em que a valorização sistemática do mercado é a tônica - sabendo-se que esse não é um bom condutor de políticas públicas, que se movem pela luta contra as desigualdades econômicas, sociais, culturais, etc. -, o princípio da eficiência, que chegou ao ápice do nosso ordenamento jurídico com a Reforma Administrativa implantada pela Emenda Constitucional n° 19/98, pregando o aparelhamento do Estado, de modo a gerar mais benefícios na forma de prestação de serviços à sociedade, na prática, ressoa como uma quimera, assomando com um tempo e espaço longínquos, uma perspectiva futurista para o Brasil, onde a dívida social cresce diuturnamente.

No entanto, é preciso se conscientizar de que esse princípio, revelador de grande carga ética, voltado também para o controle da atuação administrativa, não pode ser amesquinhado pela concepção política direcionada para a acumulação de lucros, decorrente da adoção de um modelo econômico que privilegia o capital, contando com o apoio do Executivo, a capitulação do Congresso e a passividade da Justiça, mostrados pela mídia para todos os quadrantes deste país.

A sociedade não pode olvidar que a finalidade maior do Estado é a promoção do bem comum, a edificação de um projeto social baseado no espírito de solidariedade e na diminuição das diferenças, como diz expressamente o art. 3° da Constituição Federal, segundo o qual constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais, o que não permite o desdouro e esvaziamento do princípio da eficiência, constitucionalizado para gerar mais benefícios a todos os cidadãos na prestação de serviços do Estado.

Se a finalidade primordial do Estado é a busca constante do bem comum, o primeiro compromisso da Administração Pública deve ser a persecução de tal objetivo, executando os serviços que lhe são afetos, gizada pela eficiência, cuja força condutora pode ser resumida numa frase: *otimização da atividade estatal*, não tendo aquela, porém, caráter absoluto, pois não significa perfeição.

Já caminhando para o encerramento do tema, releva notar que o princípio da eficiência encontra ambiente para florescer em Estados democráticos, importando em uma nova idéia preocupada com a necessidade de modernizar a Administração Pública, para que possa buscar, da forma mais ampla possível, o bem comum e atender ao fim constitucional maior, consubstanciado na promoção da dignidade humana em toda a sua dimensão, por ser o homem a razão da própria existência do Estado.

Enfim, cumpre dizer que, após a pesquisa para a elaboração deste trabalho, a impressão que ficou em

---

[14] SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, p. 60.

[15] VILELA SOUTO, Marcos Juruena. *Direito administrativo contratual*, p. 20.

nossa mente é de que a doutrina brasileira majoritária, mesmo após a Reforma Administrativa trazida a lume pela Emenda Constitucional nº 19/98, não dispensa considerações mais profundas e detalhadas sobre o princípio da eficiência, situando-o no âmbito de cânones como a legalidade, a moralidade, etc. Porém, diante da autonomia e relevo constitucional que aquele efetivamente ganhou, tornando-se um importante princípio reitor da Administração Pública, seus traços e conteúdo merecem ser delineados de forma mais destacada.

Conclusão

Em considerações finais, convém assinalar, em rápidas pinceladas, que se ponderou sobre as dificuldades apresentadas pela doutrina para determinar, com exatidão, o conceito de serviço público diante da variedade de significados assinalados para a locução.

Restou claro que a finalidade daqueles é buscar a satisfação das necessidades basilares da coletividade, sendo dever do Estado realizar atividades adequadas, regulares e permanentes, que deverão atender a todos os cidadãos em iguais condições, desde que satisfaçam os requisitos legais e contratuais.

Exame à parte mereceu o princípio da eficiência Administrativa, elevado ao ápice do ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional nº 19/98, que o inseriu expressamente na redação do art. 37 da Constituição Federal.

Mostrou-se o lado da doutrina que censurou a inserção do cânone em comento no texto da Lei Maior, ao fundamento de que a eficiência decorre do sistema constitucional adotado no Brasil, estando inserida nos princípios da legalidade, moralidade e outros. Registrou-se, também, a crítica mais áspera, enfatizando que a razão daquela ascensão não passa da tentativa de desmantelar o Estado pela política de privatização de suas empresas.

Em contrapartida, ficou assinalado que as críticas acima não traduzem o enfoque mais consentâneo com a importância do princípio da eficiência, cujo *status* constitucional expresso lhe assegurou autonomia, transformando-o em um postulado reitor da Administração Pública, sinaleiro da boa administração.

Pontuou-se em diversas passagens que a eficiência - cuja idéia central pode ser resumida numa frase: *otimização da atividade estatal* - tem por desiderato a busca objetiva do melhor resultado com o menor dispêndio, tornando os serviços mais acessíveis aos usuários.

Finalmente, cumpre dizer que o princípio da eficiência, pela carga ética que contém e sua grande relevância no panorama administrativo, não pode ser amesquinhado na prática, sobretudo porque a finalidade maior do Estado é a promoção do bem comum, o que somente será possível por meio de uma atuação administrativa balizada em critérios de eficiência.

Referências bibliográficas

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *Anais da XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil - Justiça: Realidade e Utopia*. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2000, v. I.

DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRAU, Roberto Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

_____. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2004.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SADER, Emir e GENTILI, Pablo (coords.). *Pós-neoliberalismo:* as políticas sociais e o Estado Democrático. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.

SOUTO, Marcos Juruena Vilela. *Direito administrativo das concessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

_____. *Direito administrativo contratual*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

SOUTO, Marcos Juruena Villela; MARSHALL, Carla C. (coords.). *Direito empresarial público*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

...

Deveres e vedações aos magistrados na Loman

Luiz Guilherme Marques *

A Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Loman -), trata, nos seus arts. 35 e 36, respectivamente, dos deveres dos magistrados e das vedações a eles impostas.

Pretendo aqui comentar brevemente cada item dos mencionados dispositivos.

> *Art. 35 - São deveres do magistrado:*
> *I - Cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício;*

O presente dispositivo mistura coisas completamente diferentes, mas podemos interpretá-lo assim: os magistrados são obrigados a cumprir a legislação; são obrigados a praticar os atos do seu ofício, previstos na legislação; têm de cobrar de outrem o cumprimento da legislação e dos atos do ofício; no cumprimento da legislação e dos atos do seu ofício, não pode submeter-se a ninguém a não ser à legislação; na ação de obrigar outrem a cumprir a legislação e seus atos do ofício, deve agir da mesma forma; a expressão "serenidade" não faz diferença no texto, sendo meramente literária; a expressão "exatidão" visa reforçar o império da Lei.

Em resumo, a intenção clara do presente dispositivo é deixar claro que o Judiciário é mero *bouche de la loi*, ou seja, aplicador mecânico e cego das previsões legais elaboradas pelo Legislativo e pelo Executivo. Trata-se de verdadeira *capitis deminutio* do Judiciário.

Na época da elaboração da Loman, havia verdadeiro receio da independência do Judiciário, e a referida Lei visava, inclusive, a restringir essa independência.

É necessária a revisão cabal dessa lei, para que se valorize a magistratura.

> *II - não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar;*

Os prazos processuais talvez fossem suficientes, por exemplo, na época da edição do CPC, porque o número de processos era ínfimo em relação à época atual. O acesso à Justiça era limitado e, praticamente, *pro forma*.

Hoje em dia, com o volume excessivo de processos, não há como algum magistrado manter seu serviço rigorosamente em dia, a não ser que conte com uma assessoria excepcional ou renuncie aos seus horários de refazimento físico trabalhando até à exaustão.

Os prazos processuais deveriam ser revistos, aumentando-os.

A Corte Européia dos Direitos Humanos não estabelece prazos rígidos quanto à "duração razoável dos processos", uma vez que isso representaria uma irracionalidade. Cada situação de atraso deveria ser analisada observando-se suas especificidades.

> *III - determinar as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais;*

Vale para este dispositivo o que foi dito quanto ao tópico anterior.

> *IV - tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quando se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência.*

Aqui se contemplam duas situações diferentes: tratamento com urbanidade e atender a quem nos procure.

O dever imposto em primeiro lugar é inquestionável, representando uma obrigação que não se pode minimizar, uma vez que cabe inclusive em qualquer situação da vida pública ou privada, até no nível da boa educação.

Quanto à segunda situação, tem de ser analisada *cum grano salis*. O Desembargador Marcus Faver, quando de uma de suas últimas atuações no CNJ, entendeu que seria aplicável a disposição em apreço de forma literal. Os magistrados teriam de, praticamente, estar à disposição de quem quisesse com ele avistar-se, interrompendo suas demais atividades. Verdadeira interpretação rigorista do dispositivo geraria situações absurdas.

> *V - residir na sede da Comarca salvo autorização do órgão disciplinar a que estiver subordinado;*

A obrigação de residir na localidade onde trabalhamos tem uma série de vantagens para nosso trabalho. Os casos de autorização para residência em outra localidade devem ser analisados caso a caso, havendo aqueles em que tal se justifica.

> *VI - comparecer pontualmente à hora de iniciar-se o expediente ou a sessão, e não se ausentar injustificadamente antes de seu término;*

O ideal é que o magistrado possa ser encontrado facilmente, todavia, mais importante que ser mero cumpridor de horários, é que esteja sempre interessado em resolver os problemas a ele apresentados no exercício do seu cargo.

> *VII - exercer assídua fiscalização sobre os subordinados, especialmente no que se refere à cobrança de custas e emolumentos, embora não haja reclamação das partes;*

A fiscalização dos magistrados sobre seus subordinados é imprescindível, devendo, inicialmente, selecionar

---

* Juiz de Direito da 2ª Vara Cível de Juiz de Fora-MG.

pessoas competentes, honestas e de boa-vontade, e, em seguida, trabalhar com elas em ambiente de harmonia, visando ao bom atendimento ao público.

Com subordinados que não preencham esses requisitos pouco adianta ser rigoroso, pois sua produção será sempre dificultosa.

Tenho que os magistrados deveriam poder escolher livremente seus escrivães dentre os servidores de sua equipe.

> *VIII - manter conduta irrepreensível na vida pública e particular.*

O que seja "conduta irrepreensível" é um tema polêmico. Há quem ache até que o uso de terno em qualquer situação seja um dever impostergável...

> *Art. 36 - É vedado ao magistrado:*
> *I - exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, inclusive de economia mista, exceto como acionista ou quotista;*

As situações de acionista ou quotista podem prejudicar ou não a atuação de um magistrado, de acordo com as peculiaridades de cada caso. Se prejudicar, devem os magistrados renunciar a elas.

> *II - exercer cargo de direção ou técnico de sociedade civil, associação ou fundação, de qualquer natureza ou finalidade, salvo de associação de classe, e sem remuneração;*

Entendo que cada caso deve ser analisado dentro de suas peculiaridades. A imposição do CNJ no sentido de impedimento absoluto me parece rigorista.

> *III - manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério.*

É salutar que os magistrados sejam também doutrinadores e, portanto, analisem inclusive o Direito aplicado, visando ao seu aperfeiçoamento. Não deve haver tabu quanto ao estudo do Direito, sob pena de estagnação.

...

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS
CORTE SUPERIOR

Conflito negativo de competência - Relator - Mudança de câmara - Prevenção - Redistribuição - Possibilidade

Ementa: Conflito de competência. Relator que, embora tenha mudado de câmara, funcionou como relator em agravo interposto sobre o mesmo processo. Prevenção. Redistribuição. Possibilidade.

- Com a unificação dos Tribunais de Alçada e de Justiça, surgiu a possibilidade de um desembargador, ao mudar de Câmara, ter alterada também sua competência de julgamento.

- Não se admite a distribuição por prevenção quando o relator anterior não mais for competente para julgar as causas em que anteriormente exercia jurisdição.

Inteligência do art. 48, § 1°, do RITJMG.

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA Nº 1.0000.07.458840-1/000 - Comarca de Uberlândia - Suscitante: Des.ª Cláudia Maia - Suscitado: Des. Dídimo Inocêncio de Paula - Relator: DES. JARBAS LADEIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda a Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PELA COMPETÊNCIA DA SUSCITANTE.

Belo Horizonte, 9 de janeiro de 2008. - *Jarbas Ladeira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JARBAS LADEIRA - Cuida-se, na espécie, de conflito negativo de competência, com fulcro nos arts. 48, III, e 51, I, do RITJMG, e 4° da Resolução n° 463/2005, suscitado pela Des.ª Cláudia Maia em face do Des. Dídimo Inocêncio de Paula, ao fundamento de que este já funcionou como Relator no Agravo de Instrumento n° 2.0000.00.397287-8/000.

A Suscitante argumenta que, nos termos do art. 4° da Resolução n° 463/2005, o relator e o revisor permanecerão como juízes certos ainda que, no futuro, se removam, inclusive para os processos que retornarem da origem ou de outros tribunais ou juízes, ou de qualquer diligência.

Em despacho acostado às f. 517/518, o douto Des. Dídimo Inocêncio de Paula sustentou que o caso em análise não configura hipótese de prevenção, pois que esta somente se dá em relação aos processos distribuídos antes da remoção.

Na espécie, a apelação foi distribuída em 15 de fevereiro de 2007, tendo sido o Desembargador suscitado removido para a 3ª Câmara Cível deste Tribunal em janeiro de 2007.

Ademais, afirma que não se aplica ao caso o art. 48 do Regimento Interno do TJMG, mas sim o art. 51 do mesmo diploma legal, o qual trata da prevenção dos magistrados removidos para outras câmaras.

Conheço do conflito negativo de competência, presentes os pressupostos de admissibilidade.

A divisão de competência no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, nos termos de seu Regimento Interno, é definida, em matéria cível, por matérias de direito público (1ª a 8ª) e de direito privado (9ª a 18ª), tendo sido mantida a antiga divisão de matéria havida entre o TJMG e o extinto Tribunal de Alçada, inclusive quanto à localização física das câmaras.

Referida divisão tem o condão de especializar as câmaras de acordo com os dois grandes ramos da ciência jurídica, sendo que a regra de prevenção se destina a evitar, dentro das normas de competência, que o processo seja distribuído a desembargadores com pensamento diverso acerca de determinada matéria, gerando, dessarte, tratamentos díspares para as mesmas partes num mesmo processo.

Nesse sentido, sustenta a Desembargadora suscitante que a competência do Suscitado se justifica pelo fato de ser este prevento para o julgamento da Apelação Cível n° 2.0000.00.397287-8/000, tendo em vista que já julgou o agravo referente ao mesmo processo.

Todavia, a hipótese do art. 48, III, do RITJMG, usada como fundamento pela Suscitante para determinar a redistribuição ao Desembargador suscitado, não é aplicável quando o antigo relator muda não só de câmara, mas também passa a ser competente para matéria de direito público, quando antes julgava questões de direito privado.

De fato, a alteração de competência é questão recente, surgida quando da unificação dos Tribunais de Justiça e de Alçada, com a conseqüente extinção deste e absorção pelo primeiro, que deve ser levada em consideração no momento de definir a competência por prevenção.

Nesse diapasão, tenho que o Desembargador suscitado somente seria competente caso já estivesse vinculado ao processo, vale dizer, se já houvesse sido designado

relator anteriormente à sua remoção para a Terceira Câmara Cível.

Insta trazer à colação o seguinte julgado, em acórdão cujo condutor é da lavra do culto Des. Orlando Carvalho:

> Ementa: Conflito de competência entre desembargadores - Recurso de apelação - Anterior julgamento de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida nos mesmos autos - Prevenção do relator (RITJMG, art. 48, III) - Relator integrante de Câmara com competência diversa (4ª Câmara Criminal - Unidade Goiás) - Impossibilidade de a distribuição recair sobre o mesmo - Distribuição ao 1º vogal (RITJMG, art. 48, § 1º, I e II) - 1º vogal, à época, afastado de suas atividades, em gozo de férias-prêmio e em compensação de plantão - Impossibilidade de a distribuição recair sobre o mesmo - Distribuição ao 2º vogal (RITJMG, art. 48, § 1º, I e II) - 2º vogal também integrante de câmara com competência diversa (2ª Câmara Cível - Unidade Goiás) - Impossibilidade de a distribuição recair sobre o mesmo - Distribuição por sorteio (RITJMG, art. 48, § 1º, III) - Inaplicabilidade do art. 49, III, do mesmo Regimento (Conflito de Competência nº 1.0000.06.440880-0/000 - Comarca de Andradas - Suscitante: Des. Alberto Vilas Boas - Suscitado: Des. Fábio Maia Viani - Relator: Des. Orlando Carvalho).

Resta aplicável, dessarte, a hipótese do art. 48, § 1º, do RITJMG, visto que impossibilitada, por mudança de competência do Desembargador suscitado, a distribuição para o primitivo Relator.

Com tais considerações, julgo improcedente o conflito de competência, determinando, por via de conseqüência, a remessa dos autos à Desembargadora suscitante na forma do RITJMG.

DESEMBARGADORES BRANDÃO TEIXEIRA, ALVIM SOARES, FERNANDO BRÁULIO, EDELBERTO SANTIAGO, ANTÔNIO HÉLIO SILVA, CLÁUDIO COSTA, ISALINO LISBÔA, SÉRGIO RESENDE, REYNALDO XIMENES CARNEIRO, HERCULANO RODRIGUES, CARREIRA MACHADO, JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES, JOSÉ FRANCISCO BUENO, HYPARCO IMMESI, DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA, MÁRCIA MILANEZ, NILSON REIS, EDUARDO ANDRADE, NEPOMUCENO SILVA, MOREIRA DINIZ, PAULO CÉZAR DIAS e DÁRCIO LOPARDI MENDES - De acordo.

DES. ELPÍDIO DONIZETTI - Com devida vênia de entendimentos contrários, tenho que a competência do órgão jurisdicional fracionário para o qual o Desembargador foi removido não tem qualquer reflexo para efeito de determinação de eventual prevenção.

Como sabido, a competência para processar e julgar o recurso é do órgão jurisdicional, e não dos membros que o integram.

A questão posta a julgamento refere-se a atribuição referente a relatoria de recuso, na hipótese de remoção de desembargador, caso que desafia a interpretação sistemática dos arts. 48, III, e 51, I, do Regimento Interno do TJMG.

O art. 48, ao estabelecer a regra geral sobre distribuição por dependência, no inciso III, prescreve que:

> a distribuição será por dependência, na hipótese de ter ocorrido julgamento anterior no mesmo processo, salvo o caso de embargos infringentes e outro dele emanados, que tenham sido processados através de instrumento ou fora dos autos.

Como afirmado, o art. 48 trata de regra geral, que deve ser lida em conjunto com o disposto no art. 51, que excepciona as hipóteses de remoção - pouco importa a competência do órgão jurisdicional -, ressalvando, contudo, os feitos que já tenham sido distribuídos ao desembargador removido.

Das mencionadas normas, depreende-se que, se quando da remoção o recurso já tiver sido distribuído ao relator, não haverá redistribuição a outro desembargador.

Todavia, no caso vertente, verifica-se que, conquanto o suscitado, Des. Dídimo Inocêncio de Paula, tenha atuado como relator no julgamento de outro recurso, em sessão da Câmara Cível da qual fora removido, não se vislumbra previsão regimental para que a apelação, objeto deste conflito, seja a ela distribuído por dependência, haja vista que, quando da distribuição, já integrava a 3ª Câmara Cível.

Assim, vê-se que a competência para processar e julgar o presente recurso é, de fato, da Câmara Cível competente (Unidade Francisco Sales). Entretanto, porque não mais integrava aquele órgão jurisdicional por ocasião da distribuição, não há que se falar em prevenção do Des. suscitado.

À guisa de ilustração, registre-se o caso de um desembargador que, removido para outra câmara, permanece prevento, por anos a fio, para o julgamento dos recursos subseqüentes (apelação, embargos declaratórios, embargos infringentes, etc.), diante do simples fato de ter atuado como relator para o agravo de instrumento. Tal vinculação, indubitavelmente, traria sérios inconvenientes, tal como a participação em mais de uma sessão semanal, com possibilidade, inclusive de coincidência de horários e diversidade de locais de julgamento.

Assim, embora por fundamentos diversos, acompanho a conclusão do eminente Relator e, por conseguinte, declaro competente a suscitante, Des.ª Cláudia Maia.

Súmula - DERAM PELA COMPETÊNCIA DA SUSCITANTE.

...

Indenização - Dano material - Município - *Faute de service* - Rodovia - Pista de rolamento - Detritos espalhados - Acidente automobilístico - Poder Público - Omissão - Responsabilidade civil subjetiva

Ementa: Ação de indenização. Danos materiais. Município. Detritos espalhados na pista de rolamento. Ato omissivo do Poder Público. Acidente automobilístico. *Faute de service*. Culpa da Administração. Indenização devida. Responsabilidade civil subjetiva.

- A responsabilidade da Administração Pública pela *faute de service* é subjetiva e está subordinada à prova de culpa na causação dos danos e do nexo de causalidade entre a ausência ou má prestação do serviço público e o evento danoso, pois era seu dever limpar previamente o leito da rodovia ou sinalizar a existência de detritos no local de forma a evitar acidentes.

- Os detritos bisonhamente deixados pelo Poder Público na pista de rolamento, ao realizar a operação "tapa-buracos", e que venham a causar dano ao particular, acarretam responsabilidade de indenizar, haja vista que tal fato constitui culpa omissiva da pessoa jurídica de direito público interno.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0558.06.000546-6/001 - Comarca de Rio Pomba - Apelante: DER/MG Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais - Apelado: Expedito Batista de Carvalho - Relator: DES. BELIZÁRIO DE LACERDA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 29 de janeiro de 2008. - *Belizário de Lacerda* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - Cuida-se de apelação aviada contra a r. sentença de f. 93/104, a qual julgou procedente o pedido contido na ação de indenização ajuizada por Expedito Batista de Carvalho em face do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais, para condenar referida autarquia a pagar ao autor a importância de R$ 3.236,00 (três mil, duzentos e trinta e seis reais) a título de danos materiais, corrigidos monetariamente pelos índices da Corregedoria-Geral de Justiça, ainda incidindo juros moratórios de 1% ao mês, calculados a partir da data do evento, nos termos do art. 398 do CC e Súmula 54/STJ, além de condenar o réu ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 20% do valor da reparação do dano, com os consectários previstos.

Em razões recursais de f. 105/111, o requerido pugna pela reforma da sentença ante a ausência de responsabilidade da Administração pelo evento danoso, mediante a total inexistência de comprovação do nexo causal ante a alegada omissão pública e o dano experimentado.

Contra-razões às f. 114/118 pelo improvimento do recurso.

O il. representante da douta Procuradoria-Geral de Justiça deixa de apresentar parecer, invocando a Recomendação 01/01 do Conselho Superior do Ministério Público (f. 124).

Conheço do recurso voluntário, desde que atendidos seus pressupostos de admissibilidade.

A discussão gira em torno do pedido de reparação de danos materiais provocados no veículo do autor por ato omissivo do réu, que, sem nenhuma sinalização, deixou detritos espalhados na pista ao efetuar reparos na rodovia, dando ensejo ao acidente automobilístico ocasionado pela perda do controle direcional e conseqüente queda do veículo.

Como cediço, em se tratando de responsabilidade civil decorrente de ato ilícito, o Brasil adotou como regra a teoria subjetiva da culpa. Segundo ela, o lesado deve provar o evento danoso, o dano e nexo de causalidade.

E o evento danoso consiste na ação ou omissão do agente, contrária ao direito, sem a qual o resultado lesivo não teria acontecido; é a ligação entre a conduta antijurídica do agente e o resultado lesivo para a vítima.

Assim, tratando-se de responsabilidade decorrente de ato omissivo do Poder Público Municipal na conservação de via local, a responsabilidade é subjetiva, exigindo-se a comprovação do dolo ou da culpa por *faute de service* para viabilizar a indenização. É necessário que se apure se o Município efetivamente deixou de agir, ou agiu de forma ineficiente para evitar que o dano se verificasse.

Certo é que, em se tratando de responsabilidade subjetiva, há que se verificar em que termos a omissão propiciou o dano, isto é, qual o padrão de eficiência não foi observado pelo Município, que lhe seria exigível realizar.

Portanto, não basta, para configurar a responsabilidade, a simples relação entre ausência de serviço

(omissão) e o dano suportado. Mister se faz a comprovação de que o ente púbico tenha agido com culpa, por negligência, imprudência ou imperícia, ou teve a intenção de omitir-se, característica do dolo.

Da análise dos autos infere-se que o acidente automobilístico ocorreu em razão de detritos deixados na pista pelo réu ao efetuar reparos na via pública sem que houvesse qualquer sinalização.

A questão posta nos autos foi minuciosamente examinada pelo douto Sentenciante, não havendo evidências de culpa ou dolo do autor para o evento danoso, ao contrário do afirmado pelo apelante, não se pode imputar à própria vítima culpa por haver-se acidentado ao deparar com detritos espalhados na via pública.

Também não se trata de evento imprevisível e inevitável. Ao contrário, é perfeitamente previsível que detritos espalhados em rodovia de trânsito intenso possam vir a causar acidentes, bastando que o ente público incumbido da conservação e fiscalização das vias públicas, ao realizar os trabalhos de "tapa-buracos", tomasse as providências necessárias para eliminar o problema ou, no mínimo, sinalizar adequadamente o local.

Muito ao contrário do alegado pelo apelante, não há provas nos autos de que o autor estivesse em velocidade incompatível com a do local e/ou que este tivesse agido com imperícia; enfim, tenha concorrido com culpa ou dolo para o evento.

Como bem frisou o Magistrado no ato sentencial:

> [...] O boletim de ocorrência acostado às f. 16/19 demonstra que os policiais foram ao local e fizeram contato com o encarregado da obra, o qual, assim que tomou conhecimento dos fatos, acionou funcionários para que fizessem a limpeza da pista.
> Os esclarecimentos prestados no documento policial estão em total harmonia com os demais elementos de provas constantes dos autos. Logo, a meu ver, insustentável a alegação do réu de que o boletim de ocorrência é imprestável, vez que lavrado exclusivamente com base na palavra do autor.
> [...] a negligência da empresa estatal se consubstanciou, pois era seu dever limpar previamente ou sinalizar a existência de detritos no local onde foram realizados os reparos na rodovia, de forma a evitar acidentes; no entanto não o fez.

Com efeito, o boletim de ocorrência, as fotografias acostadas aos autos e, ainda, a prova oral produzida conduzem à conclusão inequívoca da responsabilidade da autarquia estadual pelo evento danoso, diante de sua evidente omissão, o que colocou em risco a incolumidade das pessoas que por ali transitam.

Inegável a culpa do apelante, consistente em atitude omissa, negligenciando-se na tomada de providências para erradicar o problema daquele trecho na via local e que veio a ser a única causa do acidente em questão.

Não há como negar a existência do nexo de causalidade entre o fato do acidente e os danos conseqüentes.

Comprovada a falha pelo apelante, legítimo se afigura o pedido de indenização, razão pela qual não merece qualquer reparo a sentença recorrida.

Nesse diapasão vem decidindo este Sodalício:

> Administrativo. Buraco. Pista de rolamento. Prejuízo. Omissão estatal. Cabe ao Município indenizar a lesão sofrida com a queda de veículo em buraco existente em pista de rolamento, se não providenciou o seu preenchimento, embora existisse tempo hábil para tanto (Apelação Cível nº 000.181.791-5/00 - Rel. Des. Almeida Melo, AC de 29.06.2000).

> Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Dano causado a veículo por buraco existente na pista. Ausência de sinalização no local. Omissão da Municipalidade caracterizada. Inexistência de prova de culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior. Responsabilidade objetiva da Prefeitura caracterizada. Indenizatória procedente. Recurso oficial e voluntário improvidos (1º TAC/SP - Processo 0911817-0 - 12ª Câmara de Férias de julho de 2000 - j. em 03.08.2000 - Rel. Juiz Roberto Bedaque, CD-ROM *Juis - Jurisprudência Informatizada Saraiva*).

A questão posta em julgamento não merece reparos, considerando restar plenamente escorreita a r. sentença objurgada, de tal modo que não merece qualquer censura.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES HELOISA COMBAT e EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Investigação de paternidade - Petição de herança - Cumulação de ações - Parentesco colateral - Declaração - Interesse meramente econômico - Inadmissibilidade

Ementa: Investigação de paternidade c/c petição de herança - Declaração de parentesco colateral - Pretenso irmão já falecido - Interesse meramente econômico - Inadmissibilidade.

- Atribuindo-se a um terceiro, já falecido, a condição de filho de um mesmo pai, igualmente falecido, objetivando, a final, ver declarada não só a paternidade, mas principalmente o parentesco colateral com o indigitado irmão, habilitando-se, desse modo, a recolher a herança deixada por este último, não pode prosperar a ação de investigação de paternidade ajuizada contra os sucessores colaterais do autor da herança, por impossibilidade jurídica do pedido. Apelo desprovido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0435.06.000734-9/001 - Comarca de Morada Nova de Minas - Apelante: M.J.M.

- Apelados: C.J.S. e outros, herdeiros de D.J.S. - Relator: DES. NILSON REIS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 26 de fevereiro de 2008. - *Nilson Reis* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. NILSON REIS - Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

M.J.M., alegando que, sem embargo de estar ele (autor) registrado como filho de L. J. M., seu verdadeiro pai é F.J.M., também pai biológico de D.J.S., não obstante do registro de nascimento deste último não conste o nome do pai. Falecendo D.J.S., aos 19 de agosto de 2003, sem deixar herdeiros (ascendentes ou descendentes), ajuizou a presente ação de investigação de paternidade c/c petição de herança e anulação ou reforma de assento de registro de nascimento em face de C.J.S., C.J.S., A.J.S., D.J.S.F., R.J.S., C.J.S. e A.J.S., sucessores colaterais do *de cujus*, objetivando que, reconhecida e declarada a paternidade de F.J.M. sobre ambos, e, por via de conseqüência, a sua condição de irmão de D.J.S., possa, como seu único herdeiro, recolher a herança por ele deixada.

Houve contestação (f. 31/36-TJ).

Sentenciando, ao fundamento de impossibilidade jurídica do pedido e ilegitimidade *ad causam* ativa, o ilustre Juiz *a quo* julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

Irresignado, apelou o autor, alegando que a verdadeira paternidade é um legítimo interesse, um direito que nenhuma lei e nenhuma Corte pode frustrar; que, *in casu*, deve-se buscar a verdade real "sobre o nexo biológico de irmão entre investigante e investigado" (*sic*), motivos pelos quais, sustenta, a ação ajuizada deve ter regular processamento.

Recebido (f. 108-TJ) o recurso, foi contra-razoado (f. 109/112-TJ).

A Procuradoria-Geral de Justiça, manifestando-se às f. 118/120-TJ, opinou pelo desprovimento do recurso.

Este o relatório. Decido.

Não se pode negar, os avanços da engenharia genética, permitindo a identificação da paternidade biológica com altíssimo grau de certeza, por meio dos marcadores genéticos do DNA, desencadeando uma verdadeira corrida na busca da filiação natural em substituição à verdade jurídica, fez com que o direito à identidade genética passasse a ser reconhecido como direito fundamental integrante do direito de personalidade, levando a jurisprudência a aceitar, cada vez com mais desenvoltura, a busca da identificação da paternidade (Confira.-se: DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: RT, p. 346).

A investigatória de paternidade, no entanto, é ação personalíssima e, por isso só, compete às partes diretamente envolvidas na relação paterno-filial.

É bem verdade que há decisões no colendo Superior Tribunal de Justiça admitindo que a ação declaratória de inexistência de filiação legítima, por comprovada falsidade ideológica, é suscetível de ser intentada não só pelo suposto filho, mas também por outros legítimos interessados (REsp 140.579/AC), e também que a anulação do registro, em virtude de falsidade ideológica, pode ser pleiteada por quem tenha legítimo interesse econômico ou moral (REsp 66691/RJ).

Não podem aquelas hipóteses, no entanto, ser equiparadas à ação ajuizada pelo pretenso irmão do falecido - que, em vida, não se interessou pela investigação de sua paternidade -, movido por interesse meramente econômico, à ação do filho ou do pai na busca da paternidade real.

> O interesse para questionar a paternidade não pode estar desvinculado do objetivo central, que é o fortalecimento da família. Quando existe apenas o interesse econômico oriundo da relação jurídica não protagonizada pelos titulares de relações familiares, a legitimação ativa não pode ser reconhecida sob pena de desqualificarmos o próprio sentido da busca da paternidade real (excerto do voto proferido pelo em. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito no REsp nº 467028-RS, *DJ* de 17.04.2006).

A isso se soma o que, com absoluta propriedade, observou o d. Procurador de Justiça subscritor do parecer de f. 118/120-TJ, que me permito transcrever:

> [...] pretextando um nexo paterno-filial com F.J.M., ambicionou o apelante obter a declaração de parentesco colateral com o finado D.J.S. e, *ipso facto*, arrecadar a herança deixada pelo suposto irmão. De forma inusitada e, quiçá inédita, propôs estranhamente uma ação de investigação de fraternidade.
>
> De se ver, pois, que a demanda visando à paternidade, como fato biológico da procriação, somente seria admissível com o acionamento dos herdeiros do indigitado progenitor, mas jamais, como na hipótese, contra os sucessores do eventual irmão e máxime para atribuir-lhe uma ascendência pela qual este não se interessou em vida.

Corroborando o entendimento ora adotado, confira-se no trato jurisprudencial:

> Ação de investigação de paternidade. Natureza personalíssima. Confirmação da sentença. [...] (Apel. Cível nº 1.0024.05.813541-9/001 - Rel. Des. Silas Vieira - *DJ* de 02.07.2007).

Investigação de paternidade. Ação personalíssima do filho. Terceiro interessado. Ilegitimidade ativa. - A ação de investigação de paternidade é personalíssima, privativa do filho, ocorrendo ilegitimidade quando terceiro se encontra no pólo ativo da demanda. Recurso a que nega provimento (Apel. Cível nº 1.0000.00.247831-1/000, Rel. Desembargador Kildare Carvalho, *DJ* de 23.08.2002).

Ação de investigação de paternidade. Legitimidade ativa. Precedentes da Corte.
1. Como já assentou precedente desta Terceira Turma, a ação de investigação de paternidade não pode ser ajuizada por mero interesse econômico, bem avaliada a realidade dos autos.
2. Recurso especial não conhecido (REsp nº 467.028-RS - Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito - *DJ* de 17.04.2005).

Assim sendo, com esses fundamentos e louvando-me no lúcido parecer da d. Procuradoria-Geral de Justiça, nego provimento ao apelo.

Custas recursais, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JARBAS LADEIRA e BRANDÃO TEIXEIRA.

Súmula: NEGARAM PROVIMENTO.

...

Indenização - Conta bancária - Abertura por estelionatário - Cadastro de inadimplentes - SPC - Nome - Registro indevido - Partes - Relação jurídica - Inexistência - Banco - Responsabilidade objetiva - Dano moral - Fixação - Parâmetro

Ementa: Ação de indenização. Abertura de conta por estelionatário. Registro indevido de nome nos órgãos de proteção ao crédito. Inexistência de relação jurídica entre as partes. Responsabilidade objetiva do banco. Dano moral. Parâmetros para fixação. Redução.

- O fornecedor responde, independentemente da verificação de culpa, pelos danos causados em decorrência de abertura de conta por estelionatário que se faz passar por outrem, dada a responsabilidade objetiva prevista no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.

- A falta de segurança na prestação do serviço afasta a incidência da excludente de responsabilidade por culpa de terceiro, uma vez que, conquanto seja inegável a participação do estelionatário, os fornecedores praticantes de uma atividade de risco profissional têm o dever de utilizar de todos os instrumentos de defesa contra esse tipo de golpe.

- O dano moral prescinde de comprovação, sendo presumido da ocorrência de fato com potencial de dano à esfera psicológica da vítima. Os parâmetros para o arbitramento dos danos morais devem atender tanto ao caráter punitivo da pena, evitando o aviltamento da reparação ou enriquecimento do beneficiário, valendo, sobretudo, a reprimenda pelo seu caráter pedagógico.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0239.04.000810-8/001 - Comarca de Entre Rios de Minas - Apelante: Banco Itaú S.A. - Apelado: Elias Tavares Pacheco - Relator: DES. ELIAS CAMILO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 10 de janeiro de 2008. - *Elias Camilo* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ELIAS CAMILO - Trata-se de apelação contra a sentença de f. 172/185, que julgou procedente o pedido inicial, para condenar o banco apelante ao pagamento de R$ 11.400,00 (onze mil e quatrocentos reais), devidamente atualizados a partir da data da publicação da sentença, além de juros de mora de 1% ao mês desde a citação, determinando, ainda, a retirada do nome do apelado dos cadastros restritivos de crédito, no caso de ainda existirem as restrições, sob pena de multa diária de cem reais.

Foi o apelante condenado ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor da condenação.

Fundamentando sua decisão, concluiu o ilustre Juiz sentenciante estarem presentes os pressupostos da responsabilização civil do banco apelante, dada a negligência em permitir a realização de abertura de conta por estelionatário, devendo indenizar o dano moral decorrente do impedimento ao apelado de efetuar compras a crédito pela negativação de seu nome decorrente da devolução de cheques sem fundo.

Nas razões recursais de f. 188/195, alega o apelante que inexiste culpa de sua parte na abertura da conta, porquanto o apelado teria sido identificado pelos documentos de identidade e CPF, bem como que não há comprovação de dano moral indenizável, o qual não pode ser confundido com o simples aborrecimento.

Sucessivamente, aduz que o valor da indenização deve ser reduzido, a fim de evitar enriquecimento sem causa do apelado, requerendo, por fim, que sua responsabilidade seja atenuada, ante a configuração de culpa concorrente do apelado, que poderia ter evitado o constrangimento decorrente da tentativa de compras no

crediário e tomado providências quanto às restrições cadastrais.

Arremata requerendo o provimento do recurso para reformar a decisão recorrida nos pontos renovados.

Recebida a apelação, o apelado apresentou as contra-razões de f. 210/216, em infirmação dos argumentos daquela peça.

Constatada a insuficiência do preparo, o apelante, regularmente intimado, efetuou a sua complementação às f. 230/231.

Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos de sua admissibilidade, sendo próprio, tempestivo, regularmente processado e preparado.

Antes de qualquer coisa, registro que não houve qualquer insurreição apresentada quanto ao fato de ter a abertura de conta sido realizada por estelionatário, não havendo ainda controvérsia instaurada acerca da efetiva inscrição do nome do apelado nos cadastros restritivos de crédito em decorrência daquele ato. Em sendo assim, cinge-se a questão dos autos à verificação da existência ou não dos requisitos necessários à configuração dos pressupostos do dever de indenizar do banco apelante daí advindo.

A esse respeito, de início, com a devida vênia do apelante, que procura se escusar da responsabilidade sob o argumento de inexistência de culpa de sua parte, entendo que tal indagação é impertinente no caso dos autos, visto originar-se de relação de consumo, que imputa ao fornecedor responsabilidade objetiva pelo fato do serviço, independentemente da verificação de culpa.

Deve-se ressaltar que, embora não tenha o apelado, de fato, nenhum contrato de consumo válido para com o apelante, é aquele tutelado pelas normas de proteção da relação consumerista. Isso porque figura o apelado como terceiro prejudicado, em decorrência de falha na prestação de serviço, pela chamada "propagação do dano", que ocorre quando o vício não afeta somente o consumidor, mas também terceiros estranhos à relação jurídica de consumo.

O art. 17 do Código de Defesa do Consumidor consagra tal teoria: "Para os efeitos desta Seção (*v.g.* 'Da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço'), equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento".

O Código Consumerista disciplina, assim, inequivocamente, a responsabilidade dos fornecedores perante terceiros alheios à relação de consumo,

> protegendo os denominados bystanders, vale dizer, aquelas pessoas estranhas à relação de consumo, mas que sofreram prejuízo em razão dos defeitos intrínsecos ou extrínsecos do produto ou serviço (DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, capítulo IV, p. 176).

No caso dos autos, pode-se definir, portanto, o apelado como *bystander*, ou terceiro prejudicado, por defeito na prestação de serviço, razão por que, por expressa disposição do artigo transcrito, equipara-se ao consumidor, tendo seus direitos tutelados pelas normas consumeristas.

Verificada a aplicabilidade do Direito do Consumidor, incidem *in casu* as disposições do art. 14, *caput* e § 1°, do Código de Defesa do Consumidor, o qual regula a responsabilidade do fornecedor por defeito do serviço, assim dispondo:

> Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.
> § 1° O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:
> I - o modo de seu fornecimento;
> II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
> III - a época em que foi fornecido.

Pelo disposto no artigo citado, resulta expressa a adoção, pelas normas de consumo, da teoria da responsabilidade sem culpa do fornecedor, ou da chamada "responsabilidade objetiva".

Maria Helena Diniz ratifica tal entendimento, *in verbis*:

> Consagra, assim, o Código de Defesa do Consumidor a responsabilidade objetiva, ressarcindo os danos físico-psíquicos causados ao consumidor e demais vítimas do evento (Lei nº 8.078/90, art. 17), por vício de qualidade, por insegurança (*Curso de direito civil brasileiro*. 17. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, v. 7, p. 400).

E a mesma autora cuida de conceituar a responsabilidade objetiva:

> Na responsabilidade objetiva, a atividade que gerou o dano é lícita, mas causou perigo a outrem, de modo que aquele que a exerce, por ter a obrigação de velar para que dela não resulte prejuízo, terá o dever ressarcitório, pelo simples implemento do nexo causal. A vítima deverá pura e simplesmente demonstrar o nexo de causalidade entre o dano e a ação que o produziu (obra citada, v. 7, p. 53).

Assim, pela teoria da responsabilidade objetiva do fornecedor, o debate acerca da prova da conduta culposa do apelante é impertinente, já que responde pelos danos causados ao consumidor - ou, no caso, ao terceiro a ele equiparado - pelo defeito na prestação do serviço, desde que presente o nexo causal entre eles.

In casu, o defeito do serviço é claro, resultando do equívoco causado pela abertura de conta, por outrem, em nome do apelado, o que provocou a inscrição do nome deste, por dívida que não era sua, nos cadastros de proteção ao crédito. O vício, então, decorre da falta

de mecanismos de segurança capazes de evitar que isso ocorra, impedindo o estelionatário de cometer o delito, o que demonstra a insegurança do serviço prestado pelo apelado.

Seguindo essa linha de raciocínio, irrelevante é perquirir acerca da negligência do apelante no momento da abertura de crediário pelo suposto estelionatário. Seria por demais árduo analisar se a fraude seria ou não superficialmente perceptível, sendo suficiente para imputar ao apelante o dever de indenizar o fato de não ter sido capaz de impedir a ocorrência do ilícito.

Essa falta de segurança, aliás, é o que afasta a incidência da excludente de responsabilidade por culpa de terceiro. O principal causador do dano é, sem dúvida, o estelionatário, mas o fornecedor, praticante de uma atividade de risco profissional, tem o dever de utilizar todos os instrumentos de defesa contra esse tipo de golpe, muito ocorrente nos dias atuais, persistindo, assim, sua responsabilidade por eventuais danos decorrentes da não-identificação da fraude na realização de sua atividade.

Sobre o tema, mais uma vez, recorro ao ensinamento de Zelmo Denari:

> A culpa exclusiva é inconfundível com a culpa concorrente: no primeiro caso, desaparece a relação de causalidade entre o defeito do produto e o evento danoso, dissolvendo-se a própria relação de responsabilidade; no segundo, a responsabilidade se atenua em razão da concorrência de culpa, e os aplicadores da norma costumam condenar o agente causador do dano a reparar pela metade o prejuízo, cabendo à vítima arcar com a outra metade.
> A doutrina, contudo, sem vozes discordantes, tem sustentando o entendimento de que a lei pode eleger a culpa exclusiva como única excludente de responsabilidade, como fez o Código de Defesa do Consumidor nesta passagem. Caracterizada, portanto, a concorrência de culpa, subsiste a responsabilidade integral do fabricante e demais fornecedores arrolados no *caput* pela reparação dos danos (obra citada, p. 166).

Não há dúvida, dessarte, de ser legítima a pretensão ressarcitória do apelante, já que está caracterizado o defeito do serviço, não se contesta o nexo de causalidade entre este e o dano e não incidem na hipótese dos autos as causas excludentes de responsabilidade.

Cumpre, então, apurar se houve dano moral efetivo em decorrência de tal fato, fixando, em caso positivo, o *quantum* da indenização.

Com a devida vênia, entendo estar caracterizada a sua ocorrência na hipótese.

Pondero que a inclusão do nome do devedor nos cadastros de proteção ao crédito é, por si só, ato do qual decorre dano, estando presentes, portanto, todos os requisitos para a concessão da indenização.

Torna-se desnecessária, *data venia*, a comprovação específica do dano moral sofrido pelo apelado. De fato, o dano moral, diferentemente do material, prescinde de comprovação em juízo, pois sua ocorrência é presumida diretamente do ato que apresente potencial de dano, sendo hábil a gerar perturbações na esfera psicológica da vítima.

Esse é o escólio de Carlos Roberto Gonçalves, *in verbis*:

> O dano moral, salvo casos especiais, como o de inadimplemento contratual, por exemplo, em que se faz mister a prova da perturbação da esfera anímica do lesado, dispensa prova em concreto, pois se passa no interior da personalidade e existe *in re ipsa* (*Responsabilidade civil*. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 552).

Assim, o entendimento já pacificado neste Tribunal é de que prescinde de comprovação a ofensa moral em casos como o dos autos, a qual deve ser presumida da própria inclusão do nome no cadastro de inadimplentes, que é fato potencialmente danoso, capaz de causar uma série de transtornos à vida do inscrito, principalmente porque restringe de maneira indubitável seu crédito.

Nesse sentido, já se pronunciou esta Corte:

> O dano extrapatrimonial resta configurado a partir do momento em que se efetiva a inscrição indevida nos cadastros de proteção ao crédito, divulgando uma informação falsa acerca de uma pessoa que honrou acertadamente seus compromissos (Apelação nº 454.462-9 - Rel. Des. Batista de Abreu - j. em 13.04.2005).

> O dano moral independe de qualquer comprovação quando resulta da indevida inscrição de nome no cadastro de inadimplentes. A inscrição ou manutenção indevida do nome de alguém em cadastros de proteção ao crédito traz repercussão à sua honra, gerando direito à indenização por dano moral (Apelação Cível nº 498.468-9 - Rel. Des. Irmar Ferreira Campos - j. em 28.04.2005).

Dessarte, verificada no caso em tela a ocorrência de ato potencialmente danoso, consubstanciado na inclusão do nome do apelado nos cadastros de restrição ao crédito em razão da inadimplência de dívida que não era sua, é forçoso reconhecer o dever de indenizar decorrente.

Em outros termos, os danos já se presumiriam da simples inscrição, até mesmo se não tivesse sido demonstrada a negativa à concessão de crédito ou a conclusão de negócios.

Superada tal questão, para a fixação do valor a ser indenizado a título de danos morais, tenho por bem considerar, como é cediço, que inexiste na norma pátria dispositivo a especificar o *quantum* indenizatório quando de sua avaliação.

Assim, a sua mensuração consiste em árdua tarefa para o julgador, que deve valer-se do juízo de eqüidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso. Deve o *quantum* da indenização corresponder à lesão, sem se preocupar, contudo, com a sua equivalência, porquanto impossível, materialmente, nesta seara, alcançá-la.

Sobre o tema, leciona Rui Stoco que:

> Para nós, quem melhor conceituou o dano moral foi o admirado e excepcional civilista Walter Moraes, assim se expressando, *in verbis*, quando já havia sido posta a lume a Constituição Federal de 1988:
> 'O que se chama de dano moral é, não um desfalque no patrimônio, nem mesmo a situação onde só dificilmente se poderia avaliar o desfalque, senão a situação onde não há ou não se verifica diminuição alguma. Pois, se houve diminuição no patrimônio ou se difícil ou mesmo impossível avaliar com precisão tal diminuição, já há dano, e este pode ser estimado por aproximação (art. 1.553); e logo será supérflua a figura do dano moral. Vale dizer que o dano moral é, tecnicamente, um não-dano, onde a palavra dano é empregada com sentido translato ou como metáfora: um estrago ou uma lesão (este é o termo jurídico genérico), na pessoa, mas não no patrimônio'.
> Nesse sentido que Brebbia assinala alguns elementos que se devem levar em conta na fixação do reparo: a gravidade objetiva do dano, a personalidade da vítima (situação familiar e social, reputação), a gravidade da falta (conquanto não se trate de pena, a gravidade e mesmo a culpa da ação implica a gravidade da lesão), a personalidade (as condições) do autor do ilícito (*El daño moral*, p. 19).
> Obtempera com exação Caio Mário que 'a vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido'.
> O dano moral, que em verdade é um não-dano, sob o aspecto patrimonial, fixado apenas para compensar a dor, o vexame, o abalo psicológico, a tristeza e outros fatores anímicos, como regra deve ser arbitrado em valor fixo e único, sempre representado por uma compensação pecuniária (*Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*, p. 673, 675 e 813).

Ainda, não se pode perder de vista que a indenização deve ser a mais completa possível, sem tornar-se fonte de lucro indevido. Como adverte Sérgio Cavalieri Filho - "Visão constitucional do dano moral" (In: *Cidadania e Justiça* - 1° semestre/99):

> A dor da mãe que perde o filho não é a mesma daquele que tem o seu nome indevidamente lançado no rol dos maus pagadores (SPC), o que está a indicar que o juiz não pode se afastar dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, hoje tidos como princípios constitucionais.

Esse numerário deve proporcionar à vítima satisfação na justa medida do abalo sofrido, produzindo, no causador do mal, impacto bastante para dissuadi-lo de igual procedimento, forçando-o a adotar uma cautela maior, diante de situação como a descrita nestes autos.

Expostas tais premissas, no caso dos autos, conforme venho manifestando em casos semelhantes, considerando o dano moral decorrente da inscrição indevida, potencialmente danosa ao apelado, entendo ser razoável a redução do valor da indenização a título de danos morais, que deverá ser fixado em R$ 7.600,00 (sete mil e seiscentos reais).

Por último, registro que deverá o apelante assumir por inteiro o pagamento de tal quantia. É que, com a devida vênia, não há que se falar em concorrência de culpa do apelado, com base nas alegações do apelante de que aquele não teria diligenciado junto aos órgãos de restrição ao crédito para a exclusão ou mesmo de que não deveria ter tentado efetuar a compra a crédito, atos que nem sequer teriam influência na causa do dano em si, que remonta à simples inclusão nos referidos cadastros. Ademais, ao apelado não se pode imputar dever que, em condições normais, não lhe seria exigido, não se podendo impedi-lo ainda da realização de atos que normalmente poderia realizar, já que a negativa da conclusão do negócio certamente lhe foi negada por fato que não lhe era imputável (inscrição decorrente de inadimplemento pertinente à dívida que não foi assumida por ele).

Com tais considerações, dou parcial provimento à apelação principal, tão-somente para, reformando a sentença primeva, reduzir o valor da indenização por danos morais para R$ 7.600,00 (sete mil e seiscentos reais), mantida a forma de atualização e juros estipulada na sentença, diante da inexistência de recurso quanto a essa parte.

Custas recursais, a serem divididas na proporção de 30% para a apelada e 70% para o apelante, ficando suspensa a exigibilidade em relação àquela, em face da gratuidade de justiça.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores EVANGELINA CASTILHO DUARTE e ANTÔNIO DE PÁDUA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...

Direito de preferência - Imóvel - Aquisição - Condômino - Indivisibilidade - Não-ocorrência - Área superior ao módulo rural

Ementa: Ação de preferência na aquisição de imóvel. Condomínio. Indivisibilidade. Inocorrência. Área superior ao módulo rural.

- Não há que se falar em indivisibilidade do imóvel, se a parte vendida é superior ao módulo rural da localidade, podendo ser separada da área total sem que se altere sua destinação. Não se aplica o direito de preferência do condômino na aquisição de imóvel quando o mesmo é divisível.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0657.07.001684-2/001 - Comarca de Senador Firmino - Apelantes: Maria Beatriz

Teixeira Coelho e Outros - Apelados: João de Deus Monteiro de Magalhães, Maria Aparecida Moreira de Oliveira, Ricardo Moreira de Oliveira - Relator: DES. GENEROSO FILHO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 25 de março de 2008. - *Generoso Filho* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. GENEROSO FILHO - Verificados os pressupostos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Maria Beatriz Teixeira Coelho, Beatriz Aparecida Teixeira Coelho, Almir Teixeira Coelho, Juliana Teixeira Coelho e José Geraldo Coelho Júnior, contra sentença de f. 93/96, que, nos autos da ação de preferência para aquisição de bem imóvel que movem em face de Maria Aparecida Moreira de Oliveira, Ricardo Moreira de Oliveira e João de Deus Monteiro Magalhães, julgou improcedente o pedido inicial e extinguiu o processo com resolução de mérito, de acordo com o art. 269, I, do CPC.

Em suas razões de f. 107/109, os apelantes alegam que a indivisibilidade do imóvel não é eventual, mesmo que ainda não esteja formalizada a partilha, visto que os quinhões das partes correspondem a menos de 2 hectares estão abaixo do módulo rural estabelecido para a região, e determinada fração da herança foi recebida por um herdeiro menor e incapaz.

Asseveram que o art. 1.793 do Código Civil determina a ineficácia da disposição de bem componente de acervo hereditário que tenha pendente a indivisibilidade, sem prévia autorização do juiz da sucessão.

Aduzem, também, que já existe decisão transitada em julgado, que deu procedência à ação de reintegração de posse, do bem objeto do recurso, proposta pela primeira apelante contra o terceiro apelado, o que o impossibilita de tomar posse do bem adquirido. Requerem seja reformada *in totum* a sentença recorrida.

O terceiro apelado apresentou contra-razões às f. 161/162, rebatendo as alegações dos apelantes e requerendo a manutenção da sentença.

Percebe-se que o cerne da questão se encontra na indivisibilidade ou não do imóvel.

Pretendem os recorrentes seja reconhecido o direito de preferência na compra de área rural alienada pela primeira e segundo apelados ao terceiro apelado ao fundamento de que o imóvel em condomínio é indivisível.

Contudo, como se trata de imóvel rural, com área total de 10,58,75 ha, conforme descreve a certidão de f. 19/20, está claro que o imóvel é divisível.

Observa-se, ainda, que a fração ideal da propriedade que foi vendida corresponde a 03,97,02 ha, área superior ao módulo rural previsto para o Município de Senador Firmino, que é de 2 ha, sendo divisível sem que ocorra a alteração de sua destinação, podendo assim ser destacada do todo, em futuro procedimento divisório.

Sobre o assunto, vale trazer a seguinte lição:

> Se a coisa é divisível, nada impede que o condômino venda a sua parte a estranho, sem dar preferência aos seus consortes, pois estes, se não desejarem compartilhar o bem com aquele, poderão requerer a sua divisão (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2004, v. 3, p. 220).

Portanto, estando a parte vendida acima do módulo rural da localidade, não há que se falar em indivisibilidade, não se aplicando ao caso as disposições do art. 504 do Código Civil.

Ressalte-se que a existência de herdeiro menor e incapaz no inventário do comunheiro Geraldo Alacoque Moreira não torna indivisível o imóvel, uma vez que seu quinhão ficou devidamente resguardado não fazendo parte da área alienada.

Quanto à menção feita pelos recorrentes sobre o art. 1.793 do Código Civil, a meu ver não houve infringência ao referido dispositivo legal, que, na verdade, se relaciona ao direito de preferência na sucessão *causa mortis,* e não ao direito de preferência do condômino.

Por fim, cumpre salientar que a decisão proferida na ação de reintegração de posse, ainda que eventualmente relacionada ao mesmo bem objeto desta ação, possui matéria diversa da versada no presente caso, não interferindo em seu julgamento.

Dessa forma, tenho que os apelantes não detêm a preferência para a aquisição do bem, devendo ser mantida a sentença recorrida.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pelos apelantes, suspensa a sua exigibilidade, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES OSMANDO ALMEIDA e PEDRO BERNARDES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Adoção - Menor - Pátrio poder - Perda - Situação de fato - Formalização - Interesse da criança - Prevalência

Ementa: Direito de família. Adoção de menor. Perda do pátrio poder. Defesa dos interesses da criança.

- O deferimento do pedido de adoção de menor, entregue aos adotantes ainda recém-nascida e que conviveu com estes por toda a infância e adolescência por quase dezoito anos, enquanto a mãe natural não demonstrava interesse efetivo em reaver sua guarda, é medida de direito.

- Não é justo nem razoável que a menor seja retirada do lar no qual já estabeleceu seus laços familiares e afetivos, numa relação desenvolvida ao longo de vários anos, mormente quando a adoção só vem para formalizar uma situação de fato criada pela própria mãe biológica, que voluntariamente entregou a filha para a irmã com o intuito de dá-la em adoção.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0231.93.004857-5/001 - Comarca de Ribeirão das Neves - Apelante: V.G.S. - Apelados: J.S.S. e outro(a) - Relatora: DES.ª VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINARES E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 25 de março de 2008. - *Vanessa Verdolim Hudson Andrade* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE - Trata-se de apelação proposta às f. 166/171 por V.G.S., nos autos da ação de destituição de poder familiar e adoção proposta por J.S.S. e M.G.S., diante do seu inconformismo em face da decisão de f. 155/160, que julgou procedente o pedido inicial, destituindo da mãe biológica o pátrio poder e deferindo o pedido de adoção em favor dos requerentes, tios da menor.

A apelante alega, preliminarmente, que a sentença merece ser anulada, pois seu advogado dativo não teria cuidado de seus interesses. No mais, sustenta que atualmente leva uma vida tranqüila, com um companheiro fixo e que possui condições financeiras para prover o sustento da criança. Aduz ainda que a destituição de poder pátrio é medida demasiado extrema, ainda mais no presente caso, no qual não haveria elementos suficientes para tanto.

Intimados, os apelados apresentaram contra-razões às f. 179/182, pela manutenção da sentença.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça se manifestou, às f. 199/202, pelo não-conhecimento do recurso ou, eventualmente, pela negativa de seu provimento.

Conheço da apelação, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Antes de analisar as questões colocadas nos autos, não posso deixar de manifestar a tristeza pela lentidão e desinteresse com que foram processados estes autos, embora se tratasse de pedido de adoção que mereceu da mãe, em audiência, manifestação contrária, embora não tenha contestado o pedido. A ação foi proposta em março de 1992 e, embora a menor já estivesse em companhia dos adotantes desde o início, apenas em novembro de 2005 foi deferida a guarda provisória.

Passaram pela Comarca inúmeros Juizes, e o que se vê nos autos são despachos como "em razão de minha promoção, sejam os autos conclusos ao meu sucessor" (f. 66), "certifique a Secretaria a existência ou não de petições ou documentos a serem juntados aos autos (f. 116), em 2002, com certidão negativa, com novo despacho apenas em 2003.

O estudo social determinado em novembro de 1997 (f. 77) só foi providenciado em 1999 (f. 82), assim mesmo sendo feita apenas diligência por oficial de justiça. Mediante nova solicitação do MP em 2000, veio o estudo social de f. 112 em agosto/2001.

Em agosto de 2004, o mesmo Juiz despachou, mandando aguardar a instalação de nova vara na Comarca. A menor, que nasceu em 1990 e estava com dois anos ao ser proposta a ação, já estava então com 14 anos.

No fundo do túnel, uma luz. Chega à Comarca a ilustre Juíza Lucimeire Rocha, que despachou primeiro em maio de 2005 e em seguida deferiu a guarda provisória, expediu precatória para oitiva de testemunhas e imprimiu ao feito andamento regular, vindo a sentenciar em julho de 2006.

Após anos e anos de dedicação à Justiça, vendo inúmeros juízes dedicados, produtivos e interessados com a prestação jurisdicional, assim como o demonstrou a douta e laboriosa Juíza sentenciante, permito-me esse desabafo ao deparar com a lamentável demora que acarretou a consolidação de uma situação de fato, que, para ser desfeita, poderia enfrentar questões outras de difíceis soluções, que antes não existiam.

Passo ao julgamento.

Preliminarmente.

Não-conhecimento do recurso/defeito na representação.

Em sede preliminar, a d. Procuradoria-Geral de Justiça sustentou que o recurso não deve ser conhecido,

tendo em vista o documento de f. 194, que informa o cancelamento da inscrição da advogada Izabella Pires Costa nos quadros da Ordem dos Advogados de Minas Gerais.

Entretanto, em que pesem as informações trazidas à f. 194 e corroboradas pelo próprio site da OAB/MG, o cancelamento em crivo não apresenta óbice ao conhecimento do apelo. É que, na realidade, a procuradora, exercendo seu mister de defensora pública concursada, não precisa de sua inscrição na Ordem dos Advogados para atuar; sua atuação é validada pela sua matrícula (Madep), consignada na peça recursal.

Essa, inclusive, é a orientação do art. 1º da Portaria nº 13, de 2005, exarada pela Corregedoria da Defensoria Pública de Minas Gerais.

Dito isso, rejeito a preliminar.

Nulidade da sentença.

A recorrente, mãe biológica da adotanda, espera que a sentença seja nulificada sob a alegação de inexistência de defesa técnica.

As razões do recurso, entretanto, referem-se à perda do pátrio poder, questão de mérito no caso *sub examine*. A dita 'nulidade da sentença', apesar de citada à f. 167 e novamente no item 'dos pedidos' à f. 171, não foi alvo de argumentação pela apelante.

Faltou à recorrente apontar os fatos e fundamentos jurídicos pelos quais entende que a sentença é nula, e esta falha obsta o conhecimento e análise da questão prefacial, conforme a dicção do inciso II do art. 514 do CPC.

Nesse compasso Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery ensinam que:

> [...] o apelante deve dar as razões, de fato e de direito, pelas quais entende deva ser anulada ou reformada a sentença recorrida. Sem as razões do inconformismo, o recurso não pode ser conhecido (*Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 6. ed., p. 855).

Assim, deixo de conhecer do pedido de nulificação do *decisum*. Em tempo, friso que a argumentação despendida no apelo será analisada oportunamente com o mérito.

Mérito.

A presente ação trata de pedido de destituição de poder familiar e adoção, tendo sido ajuizada em meados de 1993 pelo casal J.S.S. e M.G.S., que já detém a posse precária da menor A.S.G. há quase 18 anos.

Pelo que se extrai das provas ora carreadas, a requerida (mãe biológica da menor) levava uma vida desregrada, incompatível com os deveres maternos de criação e educação da filha, ganhando seu sustento com a prostituição e mantendo-se em freqüente estado de embriaguez. A genitora, então, entregou sua filha à irmã, que, sem condições financeiras para criá-la, cedeu a infante aos requerentes.

A situação perdurou por longos anos, visto que a criança chegou ao lar dos requerentes no ano de 1990, logo em seu primeiro ano de vida. Mais ainda, quando do ajuizamento da ação, a requerida quedou-se inerte, não demonstrando qualquer interesse em reaver a filha e não diligenciando para o cumprimento dos atos processuais mais básicos, o que corroborou para a demora da prestação jurisdicional.

Quando finalmente foi ouvida, no final de 1997, a ré, ora apelante, aduziu estar em condições de cuidar da criança. Informou que possui companheiro fixo e que se converteu à religião evangélica, tendo até mesmo largado a prostituição e a bebida (f. 78).

Ainda em análise das provas, existe um ponto interessante e que merece atenção. Com a inicial, foi juntado o documento de f. 08, declaração assinada de próprio punho pela requerida, na qual está consignado seu consentimento na adoção ora pretendida. No depoimento pessoal de f. 78, a requerida assevera que assinou tal termo "sem saber do que se tratava", pois não é alfabetizada e não pôde ler o conteúdo do documento.

Não obstante, à f. 172, faz prova de que sabe escrever. É claro que, entre o depoimento de f. 78 e a juntada do documento de f. 172, decorreram mais de cinco anos, tempo suficiente para que uma pessoa aprenda a ler e a escrever. No entanto, a assinatura firmada na carteira de identidade da ré e as demais escritas de próprio punho constantes ao longo do processo nos fazem crer que a requerida já detinha o dom da leitura e da escrita.

Em contrapartida às alegações da apelante, os requerentes alegam que a requerida não leu o documento porque naquela oportunidade se encontrava embriagada. Prova disso seria o modo como postou sua firma na "Declaração", com grafia completamente diversa daquela constante em sua carteira de identidade (cópia à f. 09) ou da assinatura de f. 46, e.g. A assinatura que se vê à f. 08 não segue uma linha reta, está torta e os traços não são firmes; na verdade pouco se consegue ler daquela escrita.

Não existem provas, entretanto, de que a apelante realmente havia ingerido bebidas alcoólicas, de forma que prevalece seu depoimento no sentido de que àquela época já havia se livrado do vício. Ademais, a declaração consubstanciada no documento de f. 08 não faz prova para sustentar o pedido exordial, uma vez que não retrata a atual vontade da genitora, que resiste veementemente à adoção. À luz do § 1º do art. 45 do Estatuto da Criança e do Adolescente, em casos como este se dispensa o consentimento dos pais como requisito para a adoção, já que a perda do pátrio poder supre a vontade dos pais.

Seguindo os procedimentos pertinentes aos processos desta natureza, foi realizado "Estudo Social", cujo laudo foi juntado às f. 112/113. Após analisar o caso e

ouvir as partes envolvidas, o profissional opinou pela procedência da ação.

Mais ainda, a própria adotanda, já adolescente, manifestou seu interesse pelo deferimento do pedido inicial (f. 137).

A legislação específica - ECA, Lei 8.069 de 1990 - trata do tema nos arts. 39/52. Da leitura dos dispositivos legais, fica claro que o legislador optou por vincular a adoção estritamente aos interesses do menor, em face da realidade fática, impondo requisitos objetivos aos candidatos à adoção. Cumpridos os requisitos dos arts. 42, 43 e 50 e havendo plausibilidade no pedido, sob a ótica da proteção integral e defesa dos direitos e interesses da criança e do adolescente (art. 43), a adoção torna-se medida de direito.

No caso concreto, a adotanda viveu com os requerentes durante toda a sua vida, criando com eles vínculo afetivo, instaurando-se ali um sentimento familiar que jamais teve com sua mãe biológica. Prova disso é o laudo do estudo social e a oitiva da própria adolescente (f. 137). Afinal, não seria justo retirar a menor do convívio do seu lar para que seja inserida no âmbito de uma família completamente nova e com a qual não existem quaisquer laços de afeto, intimidade e amor, indo, inclusive, contra os próprios interesses da menor.

Os adotantes também se manifestam pelo interesse na adoção como meio de simples formalização de uma situação fática que já vem se alastrando por muitos anos, estando a adotanda totalmente inserida no seio familiar dos requerentes, com um bom convívio com todos os demais familiares do casal.

A questão financeira não é requisito para a adoção e tampouco pode consubstanciar-se em causa de perda do pátrio poder. Entretanto a menor encontra-se em idade estudantil, e espera-se que queira cursar faculdade, quando seu custo de vida irá aumentar substancialmente. As provas constantes nos autos dão conta de que os adotantes poderão arcar com tais gastos mais uma vez, corroborando para a proteção dos interesses da menor.

Importante frisar que o deferimento da adoção não obsta à mãe biológica o estabelecimento de uma convivência saudável, amistosa e afetuosa com a filha. Cabe exclusivamente à apelante tentar se reaproximar da filha como meio de estreitar suas relações com a menina. A adoção importa, no entanto, na perda do pátrio poder e da guarda da genitora, estabelecendo-se uma relação de filiação legal entre a adotante e a adotada.

O próprio processo já caminhava para o deferimento do pedido exordial, uma vez que a realidade vivenciada pelos envolvidos já demonstrava uma relação familiar tamanha que a adoção em si apenas formalizará a vivência, na qualidade de pais e filha, dos requerentes em relação à adotanda.

O recurso não traz argumentos ou fatos bastantes para alterar a realidade já consolidada. Enfim, a adoção é a medida que mais se ajusta aos interesses da menor, regularizando uma situação de fato e uma relação afetiva já consolidada, de modo que a sentença primeva julgou com o devido acerto.

Assim, nego provimento ao recurso e mantenho a decisão de primeiro grau.

Custas recursais, *ex lege*.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES ARMANDO FREIRE e ALBERTO VILAS BOAS.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO.

...

Inventário - Ausência - Espólio - Ilegitimidade passiva

Ementa: Ausência de inventário. Espólio. Ilegitimidade passiva.

- O espólio passa a ter existência formal e representação legal apenas após a abertura do inventário.

- Tendo sido a ação proposta claramente contra o espólio, e não contra os seus herdeiros, e verificando-se que não houve a abertura de inventário, ocorre a falta de legitimidade passiva do apelado, pois, pela sua própria inexistência, não é possível que sobre ele recaiam os efeitos da tutela jurisdicional.

Apelação não provida.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0352.03.007643-9/001 - Comarca de Januária - Apelante: Renato Prudêncio da Veiga - Apeladas: Lívia Gonçalves Almeida, Neuza Maria Gonçalves Martins - Relator: DES. CABRAL DA SILVA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 18 de março de 2008. - Cabral da Silva - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CABRAL DA SILVA - Trata-se de apelação interposta pelo apelante, contra decisão de f. 55/56, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da

Comarca de Januária, nos autos da ação de usucapião, ajuizada pelo apelante em face do Espólio de Carolina Ferreira da Silva, a qual extinguiu o feito reconhecendo a ilegitimidade passiva do espólio, condenando o apelante nas custas processuais, suspendendo a exigibilidade da cobrança em razão da assistência judiciária deferida.

Em suas razões recursais, à f. 58, o apelante Renato Prudêncio da Veiga requer que seja reformada a sentença *a quo*, alegando que é possível verificar a legitimidade passiva. Pugna, ao final, pela procedência integral da apelação.

As apeladas, devidamente intimadas, não apresentaram suas contra-razões, f. 59-verso.

Analisando atentamente as provas dos autos, especialmente a petição de f. 47, verifico que não há inventário em nome do *de cujus*.

Ora, sem inventário não se há falar em espólio, pelo menos no que se refere à existência formal dessa figura jurídica.

Como é sabido, com a morte abre-se a sucessão, e todos os bens deixados pelo *de cujus* formam uma massa única que se denomina espólio, mas que só passará a ser um ente formal, com capacidade para estar em juízo, desde que devidamente representado, após a abertura do inventário.

É com o inventário que se forma juridicamente o espólio, e é feita a nomeação do seu representante legal; antes disto, o que há é tão-somente uma universalidade de bens pertencentes a todos os herdeiros, que não possui capacidade processual.

No caso em tela, portanto, tendo sido a ação proposta claramente contra o espólio da ex-proprietária do imóvel usucapiendo, e não contra os seus herdeiros, e, verificando-se que não houve a abertura de inventário, ocorre a falta de legitimidade passiva do apelado, pois, pela sua própria inexistência, não é possível que sobre ele recaiam os efeitos da tutela jurisdicional.

Nesse sentido a jurisprudência:

> Embargos do devedor. Inventário não aberto. Pluralidade de herdeiros. Ilegitimidade passiva. Cobrança. Dívida contraída pelo *de cujus*. Espólio. - Na ausência de inventário, deve o credor do espólio cobrar seu crédito de todos os herdeiros conjuntamente e não de um deles somente. [...] (TJMG. Apel. nº 359.953-3, 10º Câm. Cív., Rel. Des. Pereira da Silva, j. em 25.06.02).

> Apelação cível. Processual civil. Sentença. Desapropriação. Imóvel situado no município de Barracão. Desapropriação para fins de construção da Usina Hidrelétrica Machadinho - UHMA. Demanda proposta contra o espólio do falecido proprietário da gleba de terras e seus herdeiros, nominados e qualificados na inicial. Ausência de prova da abertura de inventário dos bens do falecido. Contestação apresentada por um casal de herdeiros. Manifesta legitimidade passiva *ad causam* dos herdeiros necessários, nessa contingência. [...]" (TJRS. Apel. nº 70008035933, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Miguel Ângelo da Silva, j. em 29.06.2005).

> Ação de indenização proposta em face do espólio. Ausência de inventário. Ilegitimidade passiva. Extinção do feito sem resolução do mérito. - O espólio passa a ter existência formal, e representação legal, apenas após a abertura do inventário. - Havendo propositura de ação em face do espólio antes da abertura do inventário, deve-se extinguir o feito sem resolução do mérito (Apelação Cível nº 1.0145.05. 247852-9/001, Comarca de Juiz de Fora, Apelante: Terezinha Dornellas Ribeiro, Apelado: Espólio de Judite Silva Pereira, rep. p/ curador especial - Rel. Des. Pedro Bernardes).

Nestas condições, de fato, era o caso de se reconhecer a ilegitimidade passiva e, conseqüentemente, extinguir o feito sem resolução do mérito, como acertadamente feito pelo Juízo *a quo*.

Nestes termos, nego provimento ao recurso, mantendo-se *in totum* a sentença combatida, reconhecendo e mantendo a ilegitimidade passiva do espólio.

Custas, pela apelante, suspensa a exigibilidade em face da assistência judiciária deferida.

DES. MARCOS LINCOLN - Estou acompanhando o eminente Relator, negando provimento ao recurso, pois, não tendo sido aberto inventário, o apelante deveria ter dirigido a ação em face dos sucessores da falecida.

Considerando a especificidade da ação de usucapião, acrescento que o autor deve requerer a citação da pessoa em cujo nome estiver registrado o imóvel, além dos confinantes e dos eventuais interessados, a teor do art. 942 do CPC, disso não destoando a jurisprudência nem a doutrina: "A ação de usucapião exige a identificação do pólo passivo, uma vez que eventual sentença tenha possibilidade de obrigar pessoas certas, sob pena de se tornar ineficaz" (Ap. Cível nº 419.078-5, Relator: Juiz Dárcio Lopardi Mendes, TAMG).

Segundo Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> É ineficaz a sentença proferida em ação de usucapião na qual não foi citado aquele em cujo nome está transcrito o imóvel, sendo desnecessária a propositura de ação rescisória (*RT* 573/286) (*Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 7. ed. RT, 2003, p. 1.152).

No caso em pauta, estando o imóvel usucapiendo registrado no nome de Carolina Ferreira da Silva, conforme certidão cartorária de f. 10, e tendo ela falecido, conforme se infere dos autos, não havendo inventário, a ação deveria ter sido obrigatoriamente endereçada contra os sucessores da antiga proprietária, além dos confinantes e dos eventuais interessados, sendo o espólio parte manifestamente ilegítima.

Destarte, nego provimento à apelação, votando com o douto Desembargador Relator para confirmar a r. decisão objurgada.

DES. ROBERTO BORGES DE OLIVEIRA - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Embargos do devedor - Imóvel - Doação pelo município - Benfeitoria - Cláusula de reversão - Prazo não ultimado - Impenhorabilidade

Ementa: Apelação cível. Embargos do devedor. Bem objeto de doação pela municipalidade. Benfeitorias. Cláusula de reversão. Prazo não ultimado. Impenhorabilidade.

- O imóvel objeto de doação pelo ente público assim como as benfeitorias nele edificadas, antes de ultimado o prazo para a reversão ao patrimônio do doador, não podem ser objeto de penhora, sendo irrelevante sua oferta em garantia em contrato de confissão de dívida firmado pela donatária.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0045.05.011105-8/001 - Comarca de Caeté - Apelante: Comércio Metais Shalom Ltda. - Apelada: Funso - Fundição Soares Ltda. - Relator: DES. AFRÂNIO VILELA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 20 de fevereiro de 2008. - *Afrânio Vilela* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. AFRÂNIO VILELA - Cuida-se de recurso de apelação aviado contra a r. sentença de f. 38/48 que acolheu os embargos do devedor manejados por Funso - Fundição Soares Ltda. nos autos da execução que lhe move Comércio Metais Shalom Ltda., determinando a desconstituição da penhora lançada sobre o imóvel descrito à f. 28 da execução em apenso. Condenou, por conseguinte, a embargada a arcar com as custas e os honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Recurso próprio, tempestivo e preparado, dele conheço.

A controvérsia em debate cinge-se em aferir sobre a possibilidade de penhora do imóvel descrito no auto de f. 28, dos autos da execução em apenso, dado em garantia do adimplemento do contrato de confissão de dívida de f. 13/15.

A irresignação consubstanciada na petição dos embargos no sentido de que o título, por não conter as assinaturas das respectivas esposas dos devedores, não preenche os requisitos legais, foi devidamente rechaçada pelo Exmo. Juiz singular, uma vez que os bens penhorados não pertencem às pessoas físicas dos sócios, mas sim à empresa embargada.

No que concerne à assinatura de testemunhas, esse requisito encontra-se preenchido, conforme se infere do teor de f. 15, *in fine*.

Inexistindo irregularidades no título exeqüendo, adentro a questão afeta à impenhorabilidade do bem.

Também nesse ponto não merece censura a r. sentença da lavra da Exma. Juíza Raquel Bhering Nogueira.

O "contrato de confissão de dívida e compromisso de pagamento, mediante hipoteca", acostado às f. 13/15 dos autos em apenso, revela que a apelada, reconhecendo sua condição de devedora do montante de R$ 51.832,64 (cinqüenta e um mil oitocentos e trinta e dois reais e sessenta e quatro centavos), em favor da ora apelante, deu em garantia, dentre outros bens, 01 (um) galpão em alvenaria e estrutura metálica, com área aproximada de 600m^2 (seiscentos metros quadrados), edificado sobre a área doada pela Prefeitura Municipal de Caeté-MG, consoante escritura de f. 19/21.

Decerto que a garantia não repousa sobre o terreno doado, mas tão-somente sobre o galpão edificado no imóvel.

Todavia, esse fato não traduz a penhorabilidade do bem, haja vista que a construção referida se deu em atendimento à condição disposta no art. 2º da escritura respectiva, lavrada em 22.03.2000, *verbis*:

> Sob pena de revogação da doação e reversão do bem ao patrimônio do Município, a donatária se compromete a:
> I - edificar na área doada, no prazo máximo de 2 (dois) anos, a partir da assinatura da escritura de doação, as instalações necessárias ao desenvolvimento de suas atividades, capazes de gerar no mínimo 15 (quinze) empregos diretos;
> II - não modificar a destinação do imóvel doado, não gravá-lo com ônus, nem transferi-lo a terceiros, a qualquer título, sem a prévia anuência do município.
> Os arts. 3º e 4º regulam, respectivamente, que:
> No prazo de 10 (dez) anos, após a assinatura da escritura, se houverem sido cumpridas as exigências e as condições do artigo anterior, tornar-se-ão as mesmas sem efeito, não mais obrigando a donatária, que terá o imóvel livre e desembaraçado.
> Se durante o prazo de 10 (dez) anos, contados da assinatura da escritura, a donatária descumprir qualquer das exigências insertas no art. 2º, a área doada reverterá ao patrimônio do município, sem que assista à mesma qualquer direito à retenção ou à indenização pelas benfeitorias realizadas, sejam elas úteis, necessárias ou voluptuárias [...].

Ao que se depreende, o terreno somente integrará o patrimônio da donatária após 22.03.2010, período no qual, caso não sejam cumpridas as obrigações insertas no art. 2º do instrumento de doação, retornará, juntamente com as benfeitorias edificadas, ao patrimônio do ente público.

Com isso, o imóvel objeto de doação pelo ente público, assim como as benfeitorias nele edificadas,

antes de ultimado o prazo para a reversão ao patrimônio do doador, não podem ser objeto de penhora, sendo irrelevante sua oferta em garantia em sede de contrato de confissão de dívida firmado pela donatária.

No que tange ao usufruto sobre o galpão, nos termos do art. 716 do Código de Processo Civil, entendo incabível no caso em apreço, haja vista que a escritura de doação é clara ao dispor sobre a impossibilidade de transferência do bem "a terceiros, a qualquer título", sem a anuência prévia do Município, o que não se vislumbra na espécie.

Isso posto, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a r. sentença.

Custas, pela apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MARCELO RODRIGUES e DUARTE DE PAULA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Ação reivindicatória - Lote - Aterro - Benfeitoria - Retenção - Possibilidade - Cerceamento de defesa - Perícia - Ausência - Julgamento antecipado da lide

Ementa: Processual civil. Ação reivindicatória. Aterro. Benfeitoria. Retenção. Perícia. Defesa. Cerceamento.

- Em caso de ação reivindicatória, o réu que realizou o aterro pode pedir a retenção do lote, que teve sua utilização aumentada ou facilitada com aquela obra.

- É nula, por cerceamento de defesa, a sentença que julga antecipadamente a lide, sem possibilitar a realização de perícia para apuração e avaliação da benfeitoria que tenha sido realizada no imóvel.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0701.00.014049-4/001 - Comarca de Uberaba - Apelantes: 1º) Albert Barroso Gomes em causa própria, 2ºs) Euler Gomes e outro - Apelados: Aziz Camilo Abrão & Cia. Ltda. - Relator: DES. GUILHERME LUCIANO BAETA NUNES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR, DAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E ANULAR A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 11 de março de 2008. - *Guilherme Luciano Baeta Nunes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. GUILHERME LUCIANO BAETA NUNES - Cuida-se de ação reivindicatória ajuizada por Aziz Camilo Abrão e Cia. Ltda. em face de Euler Gomes e Anilsen Alves Barroso, alegando a autora, em suma, que é legítima proprietária dos imóveis descritos às f. 02/03 e que os réus se encontram na posse desses imóveis há cerca de cinco anos, de forma injusta e sem qualquer título que lhes autorize o ato. Pede, então, sejam os réus condenados a entregar-lhe a posse do imóvel, bem assim ao pagamento dos ônus da sucumbência.

O feito culminou com a sentença de f. 224/225, que julgou procedente o pedido, condenando os réus ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, corrigido desde o ajuizamento.

Inconformados com o dito provimento, os réus interpõem recurso de apelação (f. 231/234-A), reafirmando a sua condição de parte ilegítima para figurar no pólo passivo da lide. Dizem que o apelante varão se encontra no imóvel à guisa de usufrutuário legal, ao passo que a apelante virago nele se encontra a título de usufrutuária instituída. Asseveram que a pessoa correta para figurar no pólo passivo da demanda é o Sr. Albert Barroso Gomes, filho dos ora apelantes e titular do domínio do imóvel, cuja posse foi por ele - filho do casal - transferida para os ora recorrentes. Asseveram que, por ocasião de anterior ação possessória, ajuizada pela apelada contra os apelantes, restou verificado que os recorrentes se encontram há anos ocupando o terreno. Ao final, consignam ter garantida a sua posse no imóvel e que, "se pretende a apelada suscitar dúvida em relação ao título de domínio de Albert Barroso Gomes, contra ele deve ser deduzida sua pretensão".

Pelo acórdão de f. 277/298, foi acolhida a preliminar argüida pelos apelantes e anulado o processo a partir de f. 143, inclusive.

Pela decisão de f. 304, Albert Barroso Gomes, proprietário do imóvel, foi incluído no pólo passivo da lide.

Contestação apresentada por Albert Barroso Gomes às f. 315/335, aduzindo, preliminarmente, a ausência de mandato por parte dos procuradores da autora, para demandar contra o contestante. No mérito, sustenta, em resumo, que exerceu, de boa-fé, mansa e pacificamente, a posse sobre o imóvel; que, juntamente com seus antecessores, tem mantido a posse sobre o imóvel há mais de 40 anos, preenchendo os requisitos necessários para usucapir o imóvel; que, caso a ação seja julgada procedente, deve ser indenizado pelas melhorias empreendidas no imóvel.

Impugnação à contestação às f. 339/345.

Intimado para especificar as provas que pretendia produzir, o réu Albert Barroso Gomes requereu a produção de prova testemunhal e pericial.

Pela decisão de f. 362, o douto Juiz *a quo*, entendendo que o feito comportava julgamento antecipado, determinou que os autos lhe fossem conclusos para sentença.

Houve a interposição de agravo retido às f. 364/366.

Em seguida, veio a sentença de f. 368/369, julgando procedente o pedido inicial, para imitir o autor na posse dos imóveis descritos na inicial. Os requeridos foram condenados ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa.

Recurso de apelação pelo réu, Albert Barroso Gomes, às f. 373/400. Preliminarmente, requer o conhecimento e o provimento do agravo retido de f. 364/366; suscita a nulidade da sentença por ausência de fundamentação; argúi a ausência de mandado por parte dos procuradores do autor. No mérito, sustenta, em suma, que existe outro feito possessório manejado pelo apelado em face dos ora apelantes; que os elementos debatidos naqueles autos possuem conexão direta com a matéria da presente ação; que a presente ação deve ser suspensa até que a sentença proferida nos autos da outra ação possessória seja totalmente executada; que os requisitos necessários para usucapir restaram sobejamente comprovados; que, caso não sejam aceitos os argumentos apresentados, deve ser assegurado ao apelante o direito à retenção pelas benfeitorias realizadas no imóvel.

Preparo recursal à f. 401.

Contra-razões às f. 432/444.

Recurso de apelação pelos réus Euler Gomes e Anilsen Alves Barroso, às f. 403/411. Sustentam, em resumo, que o apelado ajuizou a presente ação sem ter cumprido a decisão proferida nos Autos da Manutenção de Posse nº 701.96.000324, situação vedada pelo art. 932 do CPC; que o processo foi anulado a partir da f. 143, incluída a prova pericial (f. 164/167) utilizada pelo douto Juiz em sua fundamentação.

Preparo recursal à f. 415.

Contra-razões às f. 432/444.

Recursos próprios, tempestivos, devidamente instruídos e preparados, deles conheço.

Da preliminar de ausência de mandato.

Às f. 315/335, o contestante, Albert Barroso Gomes, argüiu nulidade do processo, por ausência de procuração da autora para que a demanda fosse proposta contra ele.

Contudo, sem razão o contestante.

A procuração de f. 06, embora mencionasse os nomes dos réus originais, registrou também que os poderes eram para o foro em geral e "para propor contra quem de direito as ações competentes", o que inclui qualquer outra pessoa além daquelas mencionadas.

O contestante em questão só fora posteriormente incluído na demanda por alegação dos réus originais de que ele seria o titular do domínio do imóvel. Rejeito a preliminar.

Do agravo retido.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do agravo retido, interposto às f. 364/366.

Argumenta o agravante, em síntese, que o julgamento antecipado da lide não pode prosperar; que a questão versada nos autos exige dilação probatória; que as provas requeridas comprovariam a posse "ultratrintenária", bem como possibilitaria quantificar as benfeitorias realizadas no imóvel.

Inicialmente, sobre o pedido de realização de prova pericial, para que seja apurada a existência e o valor das alegadas benfeitorias, entendo com razão o agravante.

Conforme se vê na peça de contestação apresentada pelo recorrente, às f. 315-335, ficou consignado o pedido de retenção do imóvel em razão de benfeitorias nele erigidas.

O douto Juiz da causa entendeu que não houve especificação de benfeitorias.

Mas o agravante descrevera a benfeitoria:

> O imóvel, antes da intervenção dos réus, possuía certa aclividade e unidade, razão pela qual o aterro fora empreendido.
> O volume de terra empregado no referido imóvel fora na ordem de 5.850 metros cúbicos, cujo valor unitário gira em torno R$ 5,80 (cinco reais e oitenta centavos), o que perfaz nos dias de hoje a quantia de R$ 33.930,00 (trinta e três mil novecentos e trinta reais), o que já é muito superior ao valor dado à causa pela autora, o que por si já indica a valorização do referido bem e portanto o direito a ser ressarcido pelas mesmas.
> A existência de referidas obras poderão ser facilmente verificadas por intermédio de perícia técnica a ser realizada no imóvel objeto da lide, conforme requerido nos autos.

A alegada obra é um aterro e, embora possa parecer tratar-se de acessão, pois o aterro incorpora-se ao solo como a construção e a plantação, estou a entender tratar-se, efetivamente, de benfeitoria nos termos do art. 96, § 2º, do Código Civil:

Com efeito, assim diz o referido dispositivo:

> Art. 96. As benfeitorias podem ser voluptuárias, úteis ou necessárias.
> § 2º. São úteis as que aumentam ou facilitam o uso do bem.

No caso, evidentemente o aterro aumentou ou facilitou o uso do lote.

O doutrinador Sílvio de Salvo Venosa, em seu livro *Direito Civil*, 4. ed., Atlas, Parte Geral, p. 346, dá um exemplo de obra que, apesar de constituir-se em

acessório do solo, configura benfeitoria: "São úteis as que aumentam ou facilitam o uso da coisa: é o caso do aumento da área para o estacionamento em um edifício".

Portanto, estou a entender que o aterro, por aumentar ou facilitar o uso do lote, não constitui acessão, mas benfeitoria.

E, em sendo benfeitoria, enseja a retenção do bem, nos termos do art. 1.219 do Código Civil, bem como, em conseqüência, a necessária avaliação.

Mutatis mutandis, aplica-se ao caso o seguinte julgado:

> Locação. Direito de retenção. Cerceamento de defesa. - Se as partes divergem sobre a natureza das obras realizadas em prédio locado, o pedido de retenção não pode ser de plano indeferido, se o locatário se propõe provar que elas se tratam de benfeitorias necessárias, requerendo, para tanto, a inquirição de testemunhas e a realização de perícia. Cerceamento de defesa reconhecido. Sentença desconstituída (Apelação Cível nº 196057640, 1ª Câmara Cível do TARS, Pelotas, Rel. Heitor Assis Remonti, j. em 04.06.1996).

Por outro lado, também se alegou, como matéria de defesa, a usucapião, o que também ensejaria a oitiva de testemunhas.

Como, no caso, houve o julgamento antecipado da lide, sem que se possibilitasse a realização das provas pretendidas, houve cerceamento do direito de defesa do agravante.

Com essas considerações, dou provimento ao agravo retido, para anular a sentença de 1º grau, e determinar que a instrução prossiga com a realização das provas pretendidas, sendo a pericial às expensas do agravante.

Julgo prejudicada a análise do mérito de ambos os recursos.

Custas, a final.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores D. VIÇOSO RODRIGUES e ELPÍDIO DONIZETTI.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR, DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E ANULARAM A SENTENÇA.

...

Alvará judicial - Bem imóvel - Doação - Descendente - Regime de comunhão parcial de bens - Sub-rogação - Ausência de prova - Improcedência do pedido

Ementa: Alvará judicial. Doação de imóvel adquirido em sub-rogação a outro, este adquirido antes do casamento. Comunhão parcial de bens. Prova. Ausência.

- Pelo regime de comunhão parcial de bens, não se permite a comunicação dos bens havidos antes do casamento, nem daqueles adquiridos em sub-rogação destes, conforme disposição do art. 1.658 c/c art. 1.659, I, ambos do Código Civil.

- Não provado, no caso concreto, que o bem imóvel tenha sido adquirido com o produto da venda de outro (sub-rogação), é de se negar provimento ao pedido de expedição de alvará de doação daquele à filha.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0011.06.015823-2/001 - Comarca de Aimorés - Apelante: N.G.F. - Apelados: D. e outro, herdeiros de L.F. - Relator: DES. GERALDO AUGUSTO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de f., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 04 de março de 2008. - *Geraldo Augusto* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. GERALDO AUGUSTO - Conhece-se do recurso, presentes os requisitos à sua admissibilidade.

Trata-se de apelação interposta contra a sentença (f. 26/30) que julgou improcedente o pedido inicial, extinguindo o processo com resolução de mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC.

Irresignada, recorre a requerente às f. 32/34, pretendendo a reforma da sentença, ao argumento, em síntese, de que restou comprovada a sub-rogação, uma vez que o imóvel alienado em 1983 foi adquirido pela apelante em 1970, quando ainda era solteira. Aduz que se casou em 1979 sob o regime de comunhão parcial de bens, residiu no imóvel até 1983, quando o alienou por uma quantia superior ao valor do imóvel adquirido em 1984, e que pretende doar. Ressalta que o primeiro imóvel, adquirido em 1970, foi alienado em 10.10.1983 e o segundo imóvel foi adquirido em 14.03.1984 por valor bem inferior ao primeiro, cinco meses após efetivado o primeiro negócio. Aduz que o imóvel adquirido e que pretende doar para a única filha do casal, foi adquirido com a venda do primeiro imóvel, isto é, por sub-rogação. Afirma que a diferença de valores entre a venda e a compra foi utilizada para a manutenção do casal e da filha, pois que o falecido L. F. não deixou bens a inventariar; assim, nada foi adquirido na constância do casamento, a não ser o imóvel sub-rogado. Conclui que o fato de não mencionar na escritura que um bem substituiu o outro não pode ser considerado para deixar de autorizar a doação, ainda mais que os filhos do primeiro matrimônio do *de cujus* foram citados por edital.

Examina-se o recurso.

No caso concreto e específico dos autos, requer a autora, ora apelante, a expedição de alvará judicial para a doação de um imóvel à sua filha, ao argumento de que o referido bem é incomunicável, pois seu falecido marido não teria deixado bens a inventariar.

Outrossim, observa-se que a apelante casou-se em 04.08.1979, pelo regime de comunhão parcial de bens (f.14), regime este que não permite a comunicação dos bens havidos antes do casamento, nem daqueles adquiridos em sub-rogação destes, conforme disposição do art. 1.658 c/c art. 1.659, I, ambos do Código Civil.

Com efeito, verifica-se que a apelante, em 09.01.1970, antes do casamento, adquiriu um apartamento em São João do Meriti/RJ (f. 07/09), e que o mesmo fora alienado ainda na constância do casamento.

Da análise da escritura de compra e venda do referido imóvel, acostada às f. 10/11, vê-se que a apelante recebeu pela venda do mesmo a importância de Cr$ 5.000.000,00, em 10.10.1983.

Entretanto, o bem que ora se pretende doar (uma casa situada na Rua Otaviano Coelho, nº 38, Igrejinha, em Aimorés) foi adquirido em 14.03.1984, pelo valor de Cr$ 400.000,00.

Em que pese ao inconformismo da apelante, não há nos autos qualquer prova demonstrando que referido bem tenha sido adquirido com o produto da venda do bem particular (em sub-rogação).

Assim, no caso específico dos autos, conclui-se que houve a devida adequação do direito às circunstâncias de fato e de direito, pelo que entendo que a d. sentença bem analisou e cumpriu os requisitos legais essenciais para lastrear a decisão, razão pela qual deve ser mantida.

Com tais razões, nega-se provimento à apelação, e mantém-se a d. sentença hostilizada.

DES.ª VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE - De acordo com o Relator.

DES. ARMANDO FREIRE - Senhor Presidente.

Peço vista dos autos.

Súmula - PEDIU VISTA O VOGAL, APÓS VOTAREM O RELATOR E A REVISORA NEGANDO PROVIMENTO AO RECURSO.

Notas taquigráficas

DES. GERALDO AUGUSTO - O julgamento deste feito foi adiado na Sessão de 26.02.2008, a pedido do vogal, após votarem o Relator e a Revisora negando provimento ao recurso.

Com a palavra, o Des. Armando Freire.

DES. ARMANDO FREIRE - Após pedido de vista na última sessão, tive acesso aos autos e, analisando-os detidamente, cheguei à mesma conclusão a que chegou o eminente Desembargador Relator.

Com efeito, não há nos autos provas efetivas da alegada sub-rogação, não se podendo admitir que a simples presunção autorize a exclusão do imóvel da comunhão, por meio de doação do mesmo à filha da apelante. Se a apelante não se desincumbiu do ônus probatório que lhe incumbia, deve prevalecer a presunção de que todos os bens adquiridos na constância do matrimônio o foram em decorrência de esforço comum.

Com essas breves considerações, acompanho o em. Relator, para negar provimento ao recurso aviado.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Hipoteca - Cancelamento - Legitimidade ativa - Ocorrência - Promessa de compra e venda - Adquirente de boa-fé - Imóvel quitado - Prova - Código de Defesa do Consumidor - Escritura definitiva

Ementa: Apelação cível. Ação ordinária. Cancelamento de hipoteca. Legitimidade passiva. Ocorrência. Promessa de compra e venda. Preço quitado. Adquirente de boa-fé. Hipoteca cancelada.

- Legitimado passivo é aquele que integra a lide como possível obrigado, mesmo que não faça parte da relação de direito material.

- A hipoteca constituída entre a incorporadora e o agente financeiro não atinge os direitos do consumidor adquirente de boa-fé da unidade imobiliária, sendo imperiosa a escritura definitiva em seu nome, quando provado o pagamento do preço pactuado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.01.016523-4/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelado: Geraldo Ladeira Dutra - Relator: DES. MAURO SOARES DE FREITAS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 14 de fevereiro de 2008. - MAURO SOARES DE FREITAS - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MAURO SOARES DE FREITAS - Trata-se de apelação interposta pelo Estado de Minas Gerais em face de Geraldo Ladeira Dutra contra r. sentença que julgou parcialmente procedente o pedido inicial na ação ordinária de nulidade de hipoteca.

Inconformado, recorre o apelante, requerendo a reforma da sentença. Suscita preliminar de ilegitimidade passiva e, no mérito, ao fundamento de que houve respeito às normas pertinentes, ao ato jurídico perfeito, da boa-fé do credor ao liberar o empréstimo, além de que não incide no caso o Código de Defesa do Consumidor, requer a improcedência do pedido, mantendo-se a hipoteca do imóvel do autor, uma vez que eficaz.

Contra-razões às f. 535/542, em que o apelado pugna pela manutenção do r. *decisum*.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Inicialmente, apreciarei a preliminar de ilegitimidade passiva, suscitada pelo apelante.

O apelante sustentou ser parte ilegítima para figurar no pólo passivo da presente ação, sob o argumento de que não participou da relação jurídica de direito pessoal existente entre o autor e a incorporadora e que, por conseguinte, a pretensão almejada na ação não pode ser oponível a ele.

Leciona Moacyr Amaral Santos que a terceira condição do direito de ação é a qualidade para agir, legitimidade ou legitimação para agir *legitimatio ad causam*. O autor deve ter título em relação ao interesse que pretende seja tutelado. Por outras palavras, o autor deverá ser titular do interesse que se contém na sua pretensão com relação ao réu.

Assim, a legitimação para agir em relação ao réu deverá corresponder à legitimação deste para contradizer, em relação àquele. Ali, legitimação ativa; aqui, legitimação passiva. Reproduza-se o art. 3º do Código de Processo Civil: 'para propor ou contestar a ação é necessário ter interesse e legitimidade (*Primeiras linhas de direito processual civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1983, p. 173).

E arremata:

> São legitimados para agir, ativa e passivamente, os titulares dos interesses em conflito: legitimação ativa terá o titular do interesse afirmado na pretensão, passiva terá o titular do interesse que se opõe ao afirmado na pretensão. Fala-se então em legitimação ordinária, porque a reclamada para a generalidade dos casos (idem, p.173).

Com efeito, tem-se que a legitimidade passiva, como uma das condições da ação, é a pertinência subjetiva da ação, ou seja, deve ser endereçada a quem tem possibilidade, em sendo procedente o pedido, de suportar os efeitos oriundos da sentença.

E, como diz Humberto Theodoro Júnior,

> legitimados ao processo são os sujeitos da lide, isto é, os titulares dos interesses em conflito. A legitimação ativa caberá ao titular do interesse firmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que se opõe ou resiste à pretensão (*Curso de direito processual civil*. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 54).

In casu, o apelado ajuizou a presente ação contra o suposto obrigado Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais S.A., que firmou a hipoteca sobre o imóvel litigioso, e também contra a Construtora Alber Ganimi Ltda., com quem firmou o contrato de promessa de compra e venda de imóvel, visando à liberação daquele ônus real que foi gravado no imóvel em favor do apelante. Por tal motivo, o apelante é possível obrigado, pois suportará os efeitos da condenação.

A certeza da referida obrigação resultará da análise do mérito da demanda, com a análise das provas produzidas sobre a possibilidade de cancelamento ou não da garantia hipotecária que recaiu sobre o imóvel adquirido pelo apelado.

Assim, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva.

Relatam os autos que o autor, ora apelado, na qualidade de promissário comprador, adquiriu uma unidade autônoma nº 1405, com uma vaga de garagem, incluindo a fração ideal do terreno correspondente, situada no Edifício Gláucia de Almeida Fortini, na Avenida Independência, nº 1.630, em Juiz de Fora/MG, empreendimento imobiliário promovido pela Construtora Alber Ganimi Ltda., sendo certo que, após a celebração dessa promessa de compra e venda, em 16.11.1993 (f.17/20), e o pagamento do preço avençado, celebrou um contrato particular de abertura de crédito com garantia hipotecária com o Banco de Crédito Real de Minas Gerais, em 28.02.1994, dando em garantia o terreno onde seria incorporado o Edifício Gláucia de Almeida Fortini e suas benfeitorias e acessões.

Importante ressaltar que a mais recente jurisprudência tem declarado a ineficácia ou o cancelamento da garantia hipotecária gravada sobre as unidades autônomas de um empreendimento, quando este ônus real é dado em garantia do financiamento daquele empreendimento.

Isso porque o credor hipotecário, certamente uma instituição financeira, como de fato ocorreu no presente caso, age com negligência em não observar a situação do empreendimento já oferecido ao público e, muitas vezes, com preço total ou parcialmente pago por terceiros adquirentes de boa-fé.

Dessa forma, a financeira que negocia com a incorporadora sem cercar-se das cautelas necessárias para a concessão de vultosas somas em dinheiro corre um grande risco ao não investigar a capacidade financeira da empresa construtora, por saber que o bem dado em garantia é objeto de contrato de compra e venda, além de ser o risco inerente à sua atividade.

Essa foi a situação dos autos, visto que o beneficiado pelo gravame hipotecário é um agente financeiro (BDMG, pertencente ao Estado, ora apelante) que, para garantir o contrato celebrado com a construtora Alber Ganimi Ltda. para a construção do bem litigioso, fê-lo com cláusula de garantia hipotecária.

Assim, o negócio jurídico firmado entre a construtora e o agente financiador não pode atingir os direitos do apelado, como consumidor e adquirente da unidade autônoma através do contrato de compra e venda cujo valor foi inteiramente quitado.

Em razão disso, e como a relação jurídica existente entre o apelado e a construtora claramente é abrangida pelas disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor, a escritura do imóvel litigioso já quitado não poderá se subordinar ao ônus hipotecário realizado em favor do Estado, leia-se BDMG. Caso contrário, repassaria o risco inerente às atividades financeiras e imobiliárias ao consumidor hipossuficiente.

Ora, o Código de Defesa do Consumidor tem como objetivo proteger aquele que é economicamente mais fraco, sendo certo que os princípios da autonomia da vontade, da intangibilidade dos contratos, do *pacta sunt servanda*, na forma originalmente concebida, foram mitigados, prestigiando-se, atualmente, a boa-fé e a função social do contrato, buscando sempre o equilíbrio das obrigações entre as partes.

Assim, se a hipoteca foi firmada apenas entre a construtora e a instituição financeira, deve esta assumir o risco inerente ao negócio jurídico e aquela, não transferir ao consumidor o ônus pelo seu inadimplemento, mormente em face da legislação consumerista.

Nesse sentido, já se pronunciou o colendo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> Direito civil. Recurso especial. SFH. Contrato de financiamento. Unidade de apartamentos. Hipoteca constituída sobre imóvel já prometido à venda e quitado. Invalidade. Princípio da boa-fé. Código de Defesa do Consumidor. Ofensa. Caracterização. Encol. Negligência da instituição financeira.
> I - É nula a cláusula que prevê a instituição de ônus real sobre o imóvel, sem o consentimento do promitente-comprador, por ofensa ao princípio da boa-fé objetiva, previsto no Código de Defesa do Consumidor.
> II - Não prevalece diante do terceiro adquirente de boa-fé a hipoteca constituída pela incorporadora junto ao agente financeiro, em garantia de empréstimo regido pelo Sistema Financeiro da Habitação. Dessarte, o adquirente da unidade habitacional responde, tão-somente, pelo pagamento do seu débito.
> III - Consoante já decidiu esta Corte: 'é negligente a instituição financeira que não observa a situação do empreendimento ao conceder financiamento hipotecário para edificar um prédio de apartamentos'.
> Da mesma forma, 'ao celebrar o contrato de financiamento, facilmente poderia o banco inteirar-se das condições dos imóveis, necessariamente destinados à venda, já oferecidos ao público e, no caso, com preço total ou parcialmente pago pelos terceiros adquirentes de boa-fé' (Precedentes: REsp n° 239.968/DF, *DJ* de 04.02.2002 e REsp n° 287.774/DF, *DJ* de 02.04.2001 e EDResp n° 415.667/SP, de 21.06.04).
> Recurso especial não conhecido (STJ. 3ª Turma. REsp 617045/GO. Relator Ministro Castro Filho. *DJ* de 28.10.2004).

Ante tais considerações, nego provimento ao recurso, mantendo a decisão recorrida em sua íntegra.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores CLÁUDIO COSTA e MARIA ELZA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Inventário - Partilha - Homologação - Casamento - Regime de bens - Comunhão parcial - Bens adquiridos por sucessão - Exclusão - Esposa de herdeiro - Interesse e legitimidade recursais - Ausência

Ementa: Direito sucessório. Inventário. Sentença que homologou a partilha. Recurso interposto por esposa de herdeiro. Casamento em comunhão parcial de bens. Exclusão dos bens adquiridos por sucessão. Ausência de interesse e legitimidade recursais.

- No regime da comunhão parcial de bens, são incomunicáveis os bens adquiridos por sucessão.

- A esposa de herdeiro, casada pelo regime da comunhão parcial de bens, não tem interesse recursal para impugnar a sentença que homologou a partilha.

- Não tendo sido a apelada prejudicada pela sentença, não tem legitimidade para dela recorrer.

Recurso não conhecido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0514.06.021645-4/001 - Comarca de Pitangui - Apelante: Suely Maris Saldanha Machado - Apelados: Espólio de Tasso Lacerda Machado, representado pelo inventariante Antônio Kleber Álvares de Abreu Machado, e outros - Relatora: DES.ª HELOÍSA COMBAT

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NÃO CONHECER DO RECURSO.

Belo Horizonte, 26 de fevereiro de 2008. - *Heloísa Combat* - Relatora.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral pelo apelado o Dr. Longuinho de Freitas Bueno.

DES.ª HELOÍSA COMBAT - Trata-se de apelação cível interposta por Suely Maris Saldanha Machado nos autos do inventário dos bens deixados por Tasso Lacerda Machado, pretendendo a cassação da r. sentença que homologou a partilha amigável feita entre os herdeiros.

I - Questão preliminar: ausência de interesse recursal e ilegitimidade recursal.

O apelado apresentou contra-razões às f. 69/73, suscitando preliminar de ausência de interesse recursal e ilegitimidade da recorrente, uma vez que o seu casamento com o herdeiro Tasso Lacerda Machado Júnior foi celebrado sob o regime de comunhão parcial de bens, que exclui da comunhão os bens que sobrevierem ao cônjuge na constância do casamento por sucessão.

Salienta que a recorrente não é herdeira do falecido, nem está representando seus filhos menores, uma vez que esses só herdariam de seu avô, se seu pai estivesse morto, o que não ocorre na espécie.

De fato, consiste em pressuposto de admissibilidade do recurso a existência de interesse da parte em reverter o comando judicial, o que se traduz através da verificação de prejuízo ou gravame que lhe seja causado pela decisão.

É necessário que a providência pleiteada possua utilidade e necessidade e que, através do recurso, a parte venha a obter situação mais vantajosa do que aquela consolidada antes de ser proferida a sentença.

A respeito do conceito de interesse recursal, Barbosa Moreira disserta com precisão:

> Configura-se este requisito sempre que o recorrente possa esperar, em tese, do julgamento do recurso, situação mais vantajosa, do ponto de vista prático, do que aquela em que o haja posto a decisão impugnada (utilidade do recurso) e, mais, que lhe seja preciso usar as vias recursais para alcançar esse objetivo (necessidade do recurso). Em relação à parte, alude o artigo 499 à circunstância de ter ela ficado vencida (sucumbência, conforme se costuma dizer em doutrina); o adjetivo deve ser entendido como abrangente de quaisquer hipóteses em que a decisão não tenha proporcionado à parte, ao ângulo prático, tudo que lhe era lícito esperar, pressuposta a existência do feito (*O novo processo civil brasileiro*. 21. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001, p. 117/118).

Verifica-se, portanto, que o conceito de interesse recursal está diretamente ligado ao conceito de prejuízo, de modo que, se o recorrente tiver sido prejudicado pelo comando sentencial e puder, através do recurso, ficar em situação mais vantajosa do que a que ficou após a sentença, evidencia-se o seu interesse em recorrer.

No caso em comento, entendo que a recorrente não tem interesse em pleitear a nulidade do processo de inventário e da r. sentença.

Consta dos autos que a apelante, Suely Maris Saldanha Machado, é casada com um dos herdeiros do *de cujus*, Tasso Lacerda Machado Júnior, embora dele esteja separada de fato há vários anos.

Resulta da certidão de f. 11 que o casamento da apelante com o herdeiro supracitado ocorreu em 5 de maio de 1989, sob o regime da comunhão parcial de bens.

Pelo art. 269, I, do Código Civil de 1916, que tratava do regime da comunhão parcial de bens e que era vigente na data do casamento da recorrente com o filho do *de cujus*, "excluem-se da comunhão os bens que cada cônjuge possuir ao casar e os que lhe sobrevierem, na constância do matrimônio, por doação ou por sucessão".

A regra foi repetida pela lei civil atual, que dispõe no inciso I do 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.

Dessa forma, os bens recebidos por um dos cônjuges por força de herança não se comunicam ao outro, independentemente de estarem ou não separados de fato.

Nesse sentido, Carlos Alberto Bittar disserta:

> O regime de comunhão parcial ou limitada, definido como legal (CC, art. 1.640), caracteriza-se pela separação patrimonial dos nubentes no casamento, conservando cada qual os bens próprios e comungando-se os adquiridos, na constância do matrimônio. Persistem, pois, como bens particulares os adquiridos antes do matrimônio, os que sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar (CC, art. 1.659, I), dentre outros (*Direito de família*. 2. ed. Ed. Forense Universitária, p. 122).

Registre-se que, ainda que a recorrente tivesse filhos menores com o herdeiro do *de cujus* e estivesse agindo em nome deles, não haveria interesse de sua parte em anular a partilha, haja vista que somente herdariam, se o pai estivesse morto.

Na espécie, o herdeiro Tasso Lacerda Machado Júnior, marido da apelante, foi incluído na partilha e recebeu o quinhão que lhe cabia, inexistindo direito dos netos à herança em questão, conforme decorre dos arts. 1.833 e 1.851 do Código Civil de 2002, vigente na data do óbito do inventariado.

Também não consta do testamento apresentado às f. 75/76 que a recorrente ou seus filhos tenham sido contemplados com parte da herança. Naquela disposição, apenas eram contemplados a esposa e os filhos do *de cujus*, sendo que todos os bens ali dispostos já foram objeto de partilha entre os filhos, quando do falecimento da esposa do *de cujus*, conforme se vê às f. 77/87.

Assim, apenas os filhos do autor da herança, contemplados pelo testamento, teriam interesse em pleitear a nulidade do processo, em razão de não ter sido juntado o testamento, pois apenas eles e sua mãe, já falecida, eram beneficiados por aquele ato.

Observe-se, ainda, que, no testamento mencionado, o *de cujus* deixou claro que sobre os bens ali dispostos recaía cláusula de incomunicabilidade.

Portanto, ficou patente a ausência de interesse recursal da apelante, impondo-se o não-conhecimento do recurso.

Da mesma forma, conclui-se não estar configurada a legitimidade recursal da apelante, pois, nos termos do art. 499 do CPC, "o recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público".

Não sendo a recorrente parte no processo e não tendo sido prejudicada pela sentença, pelos motivos já expostos, evidencia-se a sua ilegitimidade recursal.

Isso posto, não conheço do recurso.

DES. ALVIM SOARES - De acordo.

DES. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS - De acordo.

Súmula - NÃO CONHECERAM DO RECURSO.

...

Mandado de segurança - Serviço notarial - ISS - Incidência - Lei Complementar nº 116/03 - Constitucionalidade - Supremo Tribunal Federal - Precedente - Denegação da ordem

Ementa: Direito constitucional. Direito tributário. Apelação. Mandado de segurança. ISSQN. Incidência sobre serviços de registros públicos, cartorários e notariais. Possibilidade. Precedente do Supremo Tribunal Federal.

- O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 3.089, considerou constitucionais os itens 21 e 21.1 da lista de serviços anexa à Lei Complementar 116/03. Com esse posicionamento, há de ser reconhecido que sobre os serviços de registros públicos, cartorários e notariais pode incidir o ISSQN.

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0342.04.044846-2/001 - Comarca de Ituiutaba - Remetente: Juiz de Direito da 3ª Vara Cível - Comarca de Ituiutaba - Autor: Município de Ituiutaba - Apelado: Lucas José de Lima - Autoridade coatora: Prefeito do Município de Ituiutaba - Relator: DES. MOREIRA DINIZ

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REFORMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 27 de março de 2008. - *Moreira Diniz* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MOREIRA DINIZ - Reportando-me ao relatório de f. 232, acrescento que houve o sobrestamento do feito (f. 246), até o julgamento da ADI 3.089, pelo Supremo Tribunal Federal.

Passo ao reexame necessário.

Sempre entendi que, embora os serviços prestados pelos tabeliães de notas fossem exercidos por particulares, são eles considerados de natureza eminentemente pública, na medida em que delegados pelo Estado, e, dessa forma, não poderiam ser incluídos na lista de serviços de competência tributária dos Municípios, sujeitos à cobrança do ISSQN.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente, em 13 de fevereiro de 2008, a ADI 3.089, que contestava os itens 21 e 21.1 da lista de serviços anexa à Lei Complementar 116/03.

Assim, segundo o entendimento da Suprema Corte, é constitucional a incidência do ISSQN sobre os serviços de registros públicos, cartorários e notariais.

Como a questão foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, o Poder Judiciário deve se orientar levando em consideração o posicionamento daquele órgão máximo, na medida em que de nada adiantaria decidir em sentido contrário, porque o feito chegaria à Excelsa Corte, com diferente resultado.

Não desconsidero meu posicionamento em situações análogas, mas, como o Direito é dinâmico e ligado ao bom senso, é inócua a insistência em uma tese já afastada pela Suprema Corte. Sendo assim, também reconheço, no presente caso, a constitucionalidade dos itens 21 e 21.1 da lista de serviços anexa à Lei Complementar 116/03.

Por outro lado, não há dúvida de que os itens 21 e 21.1, da lista de serviços anexa à Lei Complementar 57/2003 (f. 82), do Município de Ituiutaba, são constitucionais, na medida em que repetem, *ipsis literis,* o disposto na Lei Complementar 116/03.

Dessa forma, não há como falar em lesão a direito líquido e certo do impetrante.

Com tais apontamentos, em reexame necessário, reformo a sentença, para denegar a segurança; prejudicado o recurso.

Não há condenação ao pagamento de honorários advocatícios, ante o teor da Súmula 512 do Supremo Tribunal Federal, assim como da Súmula 105 do Superior Tribunal de Justiça.

Custas processuais e recursais, pelo impetrante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES DÁRCIO LOPARDI MENDES e ALMEIDA MELO.

Súmula - REFORMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO.

. . .

Exibição de documento - Carência da ação - Inexistência - Documento bancário - Obtenção - Viabilidade - Direito ao acesso - Sentença - Descumprimento - Possibilidade

Ementa: Ação de exibição de documentos. Carência da ação que se refuta. Obtenção de documentos bancários por intermédio de exibição. Viabilidade. Direito ao acesso de documentação que se reconhece. Multa em caso de descumprimento da sentença. Possibilidade. Honorários de sucumbência. Retificação.

- A medida cautelar de exibição de documentos, de natureza meramente satisfativa, tem por objetivo permitir que o interessado tenha, às vistas, a documentação, a fim de examiná-la, para atestar seu direito ou interesse.

- Quando o correntista e mutuário de banco não possui cópia da contratação, porta inegável interesse para agir quanto ao acionamento através do Judiciário, ainda mais quando há necessidade para a conferência da evolução das cobranças e há resistência da instituição financeira em apresentar os documentos quando solicitados.

- É dever do banco apresentar os documentos pretendidos pelo cliente, inclusive sem a cobrança prévia de tarifas, sobretudo quando os extratos sejam portadores de informações que aqueles costumeiros não tenham.

- Apesar de o capítulo destinado à ação de exibição de documentos no CPC não disciplinar sobre a cominação de multa para o caso de descumprimento, ela é perfeitamente possível, haja vista as disposições dos arts. 287 e 461, § 5º, na medida em que ela assegurará a obtenção do resultado prático da condenação.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0707.01.045010-4/001 - Comarca de Varginha - Apelante: Banco do Brasil S.A. - Apelado: Anderson Figueiredo Esquiavoni - Relator: DES. FRANCISCO KUPIDLOWSKI

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM REJEITAR PRELIMINARES, COM FUNDAMENTO DIVERSO DA REVISORA QUANTO À PRELIMINAR DE CARÊNCIA DA AÇÃO, POR AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO RESISTIDA, E, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 27 de março de 2008. - *Francisco Kupidlowski* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FRANCISCO KUPIDLOWSKI - Pressupostos presentes. Conhece-se do recurso.

Contra a sentença que, na Comarca de Varginha - 2ª Vara Cível -, julgou procedente o pedido de exibição de documentos bancários, no prazo de cinco dias, sob pena de multa diária de R$ 50,00, surge o presente o apelo interposto pelo Banco do Brasil S.A., pretendendo a reforma da decisão, alegando falta de interesse para agir do autor e falta de demonstração de resistência, o que configura em carência da ação. Quanto ao mérito, sustenta que o banco fornece a seus clientes os extratos mensais, bem como a cópia do contrato quando da celebração, não sendo sua obrigação suprir o cuidado que o apelado deveria ter com seus documentos, além de descabimento da multa arbitrada.

Sobre a preambular de carência e ação.

Em momento algum o autor trouxe aos autos a comprovação de que haja instado o requerido administrativamente a respeito da entrega ou exibição dos documentos; todavia, na primeira oportunidade em que a instituição financeira teve para apresentar, satisfatoriamente, os documentos, ou seja, quando de sua citação para a medida cautelar, deixou de atender à solicitação, apresentando resistência, inclusive em sede de recurso, motivo esse que afasta a alegada carência da ação.

Rejeita-se a preliminar.

Sobre a preambular de falta de interesse para agir.

Também não ocorre, pois, se o autor não possui cópia do contrato celebrado com o banco apelante e precisa de comprovante dos encargos contratados, bem como da evolução das cobranças, presente está o binômio necessidade/utilidade da prestação jurisdicional.

Rejeita-se essa preliminar.

Meritoriamente, os extratos fornecidos rotineiramente não trazem os dados apontados na inicial e deferidos na sentença recorrida, o que justifica o seu pedido judicial.

Necessário tecer o comentário de que, estando os documentos que pertencem a ambas as partes em poder de apenas uma, a outra pode exigir a exibição deles, na medida em que há relação jurídica entre o interessado e a instituição financeira, e os documentos são comuns.

A exibição, nesses casos, tem por objetivo não antecipar provas, mas permitir que o interessado tenha às vistas a documentação, a fim de examiná-la, para atestar seu direito ou interesse (art. 844, I a III, do CPC).

Nessa situação, o Ilustre Desembargador Ernane Fidélis dos Santos preleciona que a exibição dispensa o requisito do *periculum in mora*, já que o interesse da parte se limita a ter a documentação para exame, dispensado o autor, nesses casos, de indicar a lide futura e seu fundamento, conforme se exige para a medida cautelar em geral.

Confirme-se que essa emissão de segunda via dos extratos não é de ser paga antecipadamente, conforme jurisprudência recente:

> A emissão da segunda via dos extratos de conta corrente, ou de autorizações para débito, não pode ser condicionada ao pagamento antecipado de tarifas, pois o banco tem o dever de juntar os documentos que estiverem em sua posse, por decorrência de imposição legal [...] (TJPR - Agravo nº 0319658-1/01 - Comarca de Cambé - 15ª Vara Cível - Relator: Des. Luiz Carlos Gabardo - j. em 08.03.2006).

No que diz respeito à multa fixada em caso de descumprimento da sentença, razão não assiste ao 2º apelante, pois o art. 287 do CPC permite a cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença.

Mais enfaticamente, o art. 461, § 5º, do mesmo diploma legal diz que, para a obtenção do resultado prático equivalente, pode o Juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as medidas necessárias, tal como a imposição de multa por tempo de atraso, a fim de que a pretensão inicial seja satisfeita.

Se assim não fosse, muitas das ações de exibição de documentos restariam frustradas, portanto, correta a decisão primeva.

Com o exposto, nega-se provimento à apelação.

Custas do recurso, pelo apelante.

DES.ª CLÁUDIA MAIA - Peço vênia ao eminente Desembargador Relator para apresentar fundamento próprio quanto à preliminar de carência da ação por ausência de pretensão resistida.

Não é condição para a propositura da ação de exibição de documentos a comprovação de que foi buscado administrativamente o recebimento dos documentos, nem tampouco a recusa em entregá-los.

Existindo previsão no CPC do procedimento específico, tal fato já autoriza à parte o ajuizamento da medida cautelar de exibição de documentos, bastando, para tanto, a existência de "documento próprio ou comum", e que este esteja em poder de uma das pessoas elencadas no art. 844, inciso II, do CPC.

Quanto ao tema, este eg. Tribunal de Justiça assim vem se manifestando:

> Medida cautelar. Exibição de documentos. Prova de recusa. Falta. Extinção do processo. Impossibilidade. Art. 5º, XXXV, CF/88. Decisão cassada. - Não há exigência legal que obrigue tenha o jurisdicionado, primeiro, esgotado qualquer instância administrativa, notificação da parte contrária, para, então, buscar a tutela de seu direito perante o Judiciário, que, aliás, não se exime de apreciar lesão ou ameaça a direitos (art. 5º, XXXV, CF/88) (TJMG - Apelação Cível nº 2.0000.00.514352-8/000 - Relator: Des. Valdez Leite Machado - pub. em 1º.02.06).

> Ação cautelar. Exibição de documento. Interesse de agir. Art. 5º, inciso XXXV, da CR/1988. Esgotamento das vias administrativas. Inexigibilidade. Honorários de advogado. Sucumbência. - O interesse de agir pode ser extraído do binômio necessidade-adequação. Verifica-se a necessidade do interessado em demandar quando o seu pretenso direito não pode ser realizado sem a intervenção do juiz. O inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República de 1988 dispõe sobre o princípio da inafastabilidade da jurisdição, determinando que não escapará da apreciação, pelo Poder Judiciário, qualquer lesão ou ameaça a direito, não havendo, no ordenamento jurídico pátrio, qualquer exigência para que a parte esgote, previamente à propositura da ação, as vias administrativas para satisfazer sua pretensão [...] (TJMG - Apelação Cível nº 1.0344.06.027321-8/001 - Relator: Des. Dárcio Lopardi Mendes - pub. em 26.04.07).

> Apelação cível. Ação cautelar de exibição de documentos. Providência preliminar. Desnecessidade. Carência da ação inexistente. - A parte não precisa esgotar a via administrativa para somente, após, acionar a via judicial, porque o princípio do livre acesso às instâncias judiciais, preconizado no art.5º, XXXV, da CF/88, assegura que a lei não criará restrições a direito de ingressar em juízo (TJMG - Apelação Cível nº 1.0479.04.077956-9/001 - Relator: Des. Luciano Pinto - pub. em 25.05.06).

Ademais, a inércia do apelante, que, ao ser citado, não apresentou os documentos, gera a presunção de que estaria se recusando a entregá-los.

Isso posto, renovando vênia ao il. Relator, também rejeito as preliminares e nego provimento ao recurso.

DES. ALBERTO HENRIQUE - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES, COM FUNDAMENTO DIVERSO DA REVISORA QUANTO À PRELIMINAR DE CARÊNCIA DA AÇÃO, POR AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO RESISTIDA, E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO.

...

Dissolução parcial de sociedade - Apuração de haveres - Interesse processual - *Affectio societatis* - Perda - Contrato social - Sucessores - Cessão de cotas - Participação na sociedade - Cláusula de permissibilidade

Ementa: Ação de dissolução parcial de sociedade com apuração de haveres. Interesse de agir demonstrado. Perda do *affectio societatis*. Nulidade de alteração contratual que transferiu as cotas da empresa. Falecimento de sócio. Contrato social. Cláusula que permite aos sucessores assumir os direitos.

- Verificando-se a existência, em tese, de necessidade, utilidade e adequação do provimento jurisdicional pretendido, já que, se a autora for mesmo sócia, teria suposto direito à dissolução da sociedade, com apuração de seus haveres, não há falar em ausência de interesse de agir.

- Falecendo um dos componentes da sociedade comercial, ocorre a cessão de suas quotas a seus herdeiros e sucessores. Contudo, tal cessão não implica, necessariamente, inserção dos sucessores no quadro social da empresa, devendo-se realizar o exame do contrato social a fim de verificar se poderão ou não participar da sociedade ao lado dos sócios remanescentes.

- Nenhum sócio está obrigado a permanecer na sociedade, quando não há mais interesse. A apuração de haveres é mecanismo próprio das sociedades dissolvidas parcialmente, em que se busca a definição do montante devido pela sociedade ao sócio dissidente, excluído ou aos herdeiros do sócio pré-morto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0134.04.046341-3/001 - Comarca de Caratinga - Apelantes: Humberto Luiz Salustiano Costa e outros - Apelada: Maria das Graças Cardoso Gade - Relator: DES. VALDEZ LEITE MACHADO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 27 de fevereiro de 2008. - *Valdez Leite Machado* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. VALDEZ LEITE MACHADO - Cuida-se de recurso de apelação interposto por Humberto Luiz Salustiano Costa e outros contra sentença proferida em ação ordinária em que contende com Maria das Graças Cardoso Grade.

Alegou a autora, em síntese na inicial, que é sócia com os cinco primeiros réus, da sexta ré, com contrato social arquivado na Jucemg desde janeiro de 1968.

Aduziu que a sociedade em questão era um sucesso, com a empresa desenvolvendo seu trabalho continuamente, mas, após a morte do seu marido, George Gade, tal cenário foi alterado, dado a percalços comerciais, cuja atuação vem comprometendo a obtenção do lucro.

Asseverou que tal comportamento destruiu a *affectio societatis* e tornou impossível sua permanência como sócia da empresa.

Destacou que diversos fatos contribuíram para a impossibilidade de permanência da autora na sociedade, como a falsificação da assinatura do seu marido, que constava da 5ª Alteração Contratual, realizada em 08.09.1994, quase quatro anos após o falecimento daquele, que ocorreu em 01.06.1990.

Prosseguiu afirmando que várias outras práticas eram realizadas, como permutas entre créditos e serviços, viagens, postos de combustíveis, hotéis e faculdades, dentre outros, ensejando retiradas irregulares e ilegais.

Assegurou que tentou solucionar as questões amigavelmente, o que não foi possível. Assim, entendendo não lhe restar outra alternativa, ajuizou a presente ação, visando à dissolução parcial da sociedade e à apuração dos haveres a que faz jus.

Os réus apresentaram contestação às f. 45/56, na qual afirmaram que a autora alegou que houve falsificação da assinatura do seu marido já falecido na 5ª Alteração Contratual da empresa, mas em tal documento consta também a assinatura daquela.

Sustentaram que a entrada da autora na sociedade empresarial da qual agora quer ver-se desligada se deu mediante a citada 5ª Alteração Contratual; e, se houve vício, tal se deu de maneira a beneficiar a própria requerente, pois consta da referida alteração contratual que o marido falecido da autora estaria lhe passando suas cotas de capital.

Garantiram que, no formal de partilha, tem-se que as cotas de capital da empresa pertencentes ao marido da autora foram objeto de arrolamento, no qual foi determinado pelo Juízo que realizou o inventário que o pagamento à autora, referente às cotas, se daria em pecúnia, avaliadas à época em CR$ 1,66 (um vírgula sessenta e seis cruzeiros).

Ressaltaram que as cotas de capital de sociedade limitada não se transferem a herdeiros, pelo intuito *personae afeto* a esse tipo de sociedade.

Atestaram que a 5ª Alteração Contratual, instrumento pelo qual a requerente passou a integrar a sociedade, é ato jurídico nulo de pleno direito.

Aduziram que a atual situação de não-lucratividade da sociedade não ocorre por má gestão dos recursos da empresa, mas de crise de mercado publicitário em Caratinga, o que pode ser atestado por qualquer outro veículo de comunicação da cidade.

Com relação às permutas entre créditos e serviços, prática apontada na inicial como lesiva, asseguraram que não existe qualquer ilicitude em tal conduta, que eram praticadas inclusive pelo marido já falecido da autora.

Afirmaram que é necessária a realização de liquidação, no sentido de se mensurar o real valor patrimonial da sociedade, para se calcular o exato valor das cotas, o que, em tese, cabe à requerente.

Garantiram que não procede o pedido de compensação em virtude de retiradas irregulares dos sócios, uma vez que tal prática nunca ocorreu. Além disso, não

há que se falar em análise de balanço, visto que "O Jornal de Caratinga Ltda." é microempresa, devidamente inscrita no Simples, dispensada de balanço anual por força de lei.

Às f. 71/79, sobreveio sentença, na qual o Magistrado singular julgou procedente o pedido inicial, para o fim de decretar a dissolução parcial da empresa "O Jornal de Caratinga", com fundamento na inexistência de *affectio societatis*, determinando a exclusão da sócia Maria das Graças Cardoso Gade, ora requerente, do quadro societário da empresa requerida e a entrega a ela de seus eventuais haveres. Determinou-se, ainda, que a apuração dos haveres da sociedade deverá ser realizada, levando-se em consideração as proporções de quotas dos sócios a partir do momento em que a autora passou a integrar a sociedade, bem como de acordo com o patrimônio atual da sociedade, na data do trânsito em julgado da presente decisão. Após a declaração de dissolução, determinou-se que a apuração dos haveres se dará por meio de perícia contábil, por meio de liquidação de sentença, seguindo-se o procedimento dos arts. 655 a 674 do CPC de 1939, que permanecem em vigor por força do art. 1.218, VII, do CPC vigente. Por fim, os réus foram condenados nas custas processuais e em honorários advocatícios fixados em 10% do valor atualizado atribuído à causa.

Embargos de declaração às f. 81/82, os quais foram rejeitados.

Inconformados, Humberto Luiz Salustiano Costa e "O Jornal de Caratinga" interpuseram recurso de apelação às f. 89/93, aduzindo que a autora alegou que era sócia da empresa recorrente e que a destruição da *affectio societatis* tornou impossível sua continuidade nos quadros da sociedade. Porém, verifica-se que a apelada se tornou sócia da empresa por meio da 5ª Alteração Contratual, que foi reconhecida pela sentença como sendo nula de pleno direito.

Afiançaram que, se o ato jurídico é nulo, não se aperfeiçoa pelo decurso do tempo e não gera qualquer efeito jurídico, mas o Juízo singular, apesar de reconhecer a nulidade do ato de entrada da recorrida na sociedade empresária, julgou procedente o seu pedido de retirada da sociedade, reconhecendo, ainda, direitos na apuração de haveres em virtude de tal dissolução parcial da sociedade.

Asseveraram que o formal de partilha acostado aos autos não é documento hábil para provar a qualidade de sócia da apelada, já que a legislação civil brasileira não preceitua tal documento como hábil para admitir sócios em sociedades empresárias.

Ademais, aduziram que, uma vez reconhecida e declarada a nulidade da 5ª Alteração Contratual da empresa apelante, ato jurídico que recebeu a recorrida como sócia, esta perde o interesse de agir no que concerne à sua retirada como sócia da empresa.

Sustentaram que a apelada requereu a dissolução da sociedade, baseando-se na inexistência de *affectio societatis*, porém, uma vez declarado nulo o ato jurídico que introduziu a recorrida nos quadros societários da empresa recorrente, devem ser julgados improcedentes todos os pedidos iniciais, já que a apuração de haveres em liquidação de sentença é decorrência lógica do primeiro pedido; e, deixando de existir o principal, deixam também de existir os pedidos acessórios.

Por fim, pugnaram pelo provimento do recurso, para se declarar nula de pleno direito a 5ª Alteração Contratual de f. 15/17 e, por conseguinte, a extinção do processo sem apreciação meritória, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

Intimada, a apelada apresentou contra-razões (f. 98/100), pugnando pela manutenção da decisão.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

De início, verifico que os apelantes argüiram preliminar de falta de interesse de agir, alegando que, uma vez reconhecida e declarada a nulidade da 5ª Alteração Contratual da empresa apelante, ato jurídico que recebeu a autora, ora apelada, como sócia, inexiste o interesse de agir no que concerne à sua retirada da empresa.

Sem razão os apelantes.

A apelada não requereu a dissolução parcial da empresa com fundamento apenas na 5ª Alteração Contratual. Na realidade, ela tem um formal de partilha onde consta em seu favor determinado percentual sobre as cotas sociais. Se este é ou não suficiente para a dissolução da empresa, constitui matéria afeta ao mérito e como tal será examinada.

Verificando-se a existência, em tese, de necessidade, utilidade e adequação do provimento jurisdicional pretendido, já que, se a autora for mesmo sócia, teria suposto direito a dissolução da sociedade, com apuração de seus haveres, não há falar em ausência de interesse de agir.

Sobre o tema, Sérgio Sahione Fadel, comentando a respeito da falta de interesse processual, de que trata o art. 295, III, do Código de Processo Civil, leciona:

> O interesse processual é o que põe o autor em condições de pleitear, no processo, do réu o objetivo perseguido e formular um pedido contra aquele. (...) Há mister de que a parte autora, ao ingressar com uma petição em juízo, demonstre de plano ter interesse no desfecho da demanda favoravelmente a si, isto é, interesse jurídico em que a ação seja julgada procedente. Se o juiz não vislumbra, desde logo, esse interesse o indeferimento da inicial se impõe. Realmente, para pretender acionar a máquina estatal de dirimir conflitos, que é o Poder Judiciário, o autor deve apresentar de plano as provas de seu interesse processual, porquanto, se não está em condições de reivindicá-lo, a justiça não lhe abre as portas (in *Código de Processo Civil comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. 1, p. 50).

Logo, rejeito a preliminar de ausência de interesse processual.

Examinando o mérito, observo que os apelantes se insurgem contra decisão que julgou procedentes os pedidos iniciais, declarando a dissolução parcial da empresa "O Jornal de Caratinga", com fundamento na inexistência da *affectio societatis*, e determinando a apuração dos haveres de acordo com as proporções das quotas dos sócios.

Sustentaram os apelantes que a autora/apelada afirmou que era sócia da empresa recorrente e que a destruição da *affectio societatis* tornou impossível sua continuidade nos quadros da empresa. Reconhecida pelo Magistrado singular a nulidade da 5ª Alteração Contratual, sustentaram que não se pode mais falar que a apelada fazia parte dos quadros da sociedade.

Entendo, contudo, que razão não assiste aos apelantes.

Consoante se depreende da análise dos autos, realmente a 5ª Alteração do Contrato, em que foram cedidas as cotas (f. 15/17), deve ser considerada ato jurídico nulo, uma vez que tal alteração, ocorrida em 08.09.1994, contém a assinatura do cônjuge da autora, que faleceu quase quatro anos antes da referida alteração contratual, em 1º.06.1990.

Porém, em que pese a declaração de nulidade da mencionada alteração contratual, entendo que a autora passou a integrar os quadros da sociedade empresária a partir do momento em que houve decisão judicial nos autos do processo de inventário dos bens deixados por seu falecido marido, extraindo-se do respectivo formal de partilha:

> Haverá para seu pagamento em 3.333 cotas na sociedade "O Jornal de Caratinga Ltda.", descritas e avaliadas no presente inventário - pela importância de CR$ 3,33 (três cruzeiros e trinta e três centavos), somente haverá para seu pagamento nas ditas cotas 50% das mesmas, pela importância de CR$1,66 (Um cruzeiro e sessenta e seis centavos) (f. 28).

Certo é que, com a morte do sócio, ocorre a transferência de suas quotas a seus herdeiros e sucessores, independentemente do consentimento dos demais sócios. Entretanto, tal transferência não implica, necessariamente, a inserção dos sucessores no quadro social da empresa, devendo-se realizar o exame do contrato social a fim de verificar se poderão ou não participar da sociedade ao lado dos sócios remanescentes.

Reproduzindo-se a cláusula décima quarta do Contrato Social:

> No caso de falecimento de um dos sócios, não implicará de imediato a dissolução da sociedade, podendo os herdeiros ou sucessores, maiores e capazes, assumir seus direitos e deveres dentro da sociedade (f. 20).

Dessa forma, na hipótese, falecendo um dos componentes da sociedade comercial, abre-se aos herdeiros ou sucessores a possibilidade de nela ingressar, não havendo que se falar em ausência de interesse de agir da autora, visto que, em razão do falecimento do marido e do seu direito de meação, tornou-se sócia da empresa apelante.

Nesse sentido:

> Ementa: Sociedade - Responsabilidade limitada - Contrato - Falecimento de sócio - Continuação com os herdeiros - Cláusula nesse sentido - Dissolução total unilateral impossibilitada. - Constando no contrato social da sociedade por quotas de responsabilidade limitada, mesmo no caso de existência de apenas dois sócios, que, no caso de falecimento de um deles, a sociedade continuará com os seus herdeiros, não pode o sócio remanescente requerer a dissolução total da sociedade, cabendo apenas a dissolução parcial se o outro sócio ou herdeiro desejar manter a sociedade, o que atende ao princípio da preservação da sociedade que vige na economia moderna (Extinto TAMG, Embargos Infringentes n. 2.0000.00. 318804-9/001, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Gouvêa Rios, j. em 27.11.2001).

> Ação de dissolução parcial de sociedade por cotas de responsabilidade limitada - Sociedade formada por dois sócios - Falecimento de um deles - Previsão contratual no sentido da continuidade da empresa com aproveitamento dos herdeiros ou sucessores do sócio falecido - pretendida exclusão pura e simples deles, sem motivo suficiente a tanto - Improcedência do pedido declarada.
> - É possível a dissolução parcial de sociedade por cotas de responsabilidade limitada, composta por dois sócios, falecendo um deles, mediante retirada do sócio dissidente, apurando-se os seus haveres.
> - Inviável, no entanto, a exclusão pura e simples de pessoas que estariam exercendo direitos oriundos do falecimento de sócia da empresa, em não sendo por elas praticado algum ato abusivo ou ilegal, apto a ensejar a medida desejada pelo sócio remanescente.
> - Máxime, ainda, quando o contrato social reza, expressamente, que, 'ocorrendo falecimento de qualquer um dos sócios, não dissolverá a sociedade, que continuará com os herdeiros ou sucessores do sócio falecido (Extinto TAMG, Apelação Cível n. 2.0000.00.400454-6/000, 6ª Câmara Cível, Rel. Des.ª Beatriz Pinheiro Caires, j. em 27.11.2003).

No que tange à dissolução parcial da empresa, ressalto que todo sócio tem o direito de, a qualquer tempo, retirar-se da sociedade se for do seu interesse, como ocorreu no presente caso.

Nesse sentido, estabelece o art. 5º, XX, da CR/88: "Ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado".

A desarmonia entre os sócios, evidenciada no caso em comento, pode decorrer de situações diversas e afetar o escopo de somar esforços, justificando a retirada de determinado sócio, bem como a exclusão de seu nome do contrato social.

A *affectio societatis* é condição necessária ao contrato de sociedade, em que o elemento fundamental é a vontade comum de que o empreendimento prospere em prol de todos.

Assim, pode o sócio pleitear em juízo a sua retirada da sociedade, com a dissolução parcial desta, com

fundamento na quebra da *affectio societatis*, a qual restou evidenciada na espécie, como acima destacado e afirmado pelos litigantes ao longo do presente processo.

Acerca do tema, veja-se lição de Waldo Fazzio Júnior:

> Como assente pela maioria dos comercialistas, a dissolução parcial foi construída pela doutrina e adotada pela jurisprudência, precisamente para resguardar a estabilidade da empresa contra eventual instabilidade dos interesses dos sócios, suprindo assim as deficiências do individualismo do Código Comercial, voltado preferencialmente para a proteção destes. Por isso, só uma leitura produtiva daquele diploma pode superar a perplexidade despertada por sua exegese literal.
>
> Claro que estamos nos referindo, apenas, às sociedades contratuais, assentadas sobre o substrato pessoal, porque inexiste dissolução parcial de sociedade anônima.
>
> Se não se faz mais presente a *afffectio societatis*, nem por isso se desfaz a sociedade, para o bem dela mesma, dos sócios que ficam e da coletividade que usufrui da empresa. O princípio protetivo da continuidade desta alicerça, por si só, a dissolução parcial e não total.
>
> Precisamente por isso, já se decidiu que aquela regra de qualquer sócio poder postular a dissolução da sociedade, caso em que, terminada a liquidação, receberia, de uma só vez, o que lhe pertence, foi amenizada pela jurisprudência que, apoiando-se no ordenamento jurídico, construiu a solução, segundo a qual, sempre que os demais sócios queiram continuar a vida social, e a sociedade tenha condições de continuar, a dissolução será parcial, apurando-se e pagando-se os haveres dos sócios que pretendem deixá-la (in *Manual de direito comercial*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 184/185).

Nesse sentido:

> Apelação cível. Direito comercial. Dissolução parcial de sociedade. Quebra da *affectio societatis*. Retirada de sócio. - É o patrimôniio da sociedade que responde pelo pagamento dos haveres do sócio dissidente. - Nenhum sócio está obrigado a permanecer na sociedade quando não há mais interesse. Ninguém é obrigado a contratar contra a sua vontade, sendo uníssona a doutrina nesse sentido. - O patrimônio particular dos sócios não pode ser abalado com a saída do sócio/apelado uma vez que a riqueza individual dos associados não integra o patrimônio social. Desta feita, quem deve suportar os haveres do apelado é a sociedade (TJMG, Apelação Cível n. 2.0000.00.515032-5/000, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. Osmando Almeida, j. em 22.11.2005).

> Sociedade - Perda da *affectio societatis* - Correição da sentença que determinou a dissolução parcial da sociedade por cotas de responsabilidade limitada - Apuração de haveres - Nomeação de perito. - Reconhecendo-se o rompimento da *affectio societatis* pelos sócios cotistas da sociedade por cotas de responsabilidade limitada, é de se preferir a sua dissolução parcial, a fim de viabilizar a continuidade de seus fins sociais. Tratando-se de resilição parcial do contrato social, decorrente do afastamento de integrante da sociedade, não há que se falar em nomeação de liquidante e sim de perito que proceda à apuração da cota do sócio dissidente (Extinto TAMG, Apelação Cível n. 2.0000.00. 434617-8/000, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Unias Silva, 16.12.2004).

Como se vê, a sentença merece ser mantida no que tange à dissolução parcial da sociedade "O Jornal de Caratinga Ltda.", deferindo-se a retirada da apelada do seu quadro societário, com a devida apuração dos haveres do sócio excluído.

A apuração de haveres é mecanismo próprio das sociedades dissolvidas parcialmente, em que se busca a definição do montante devido pela sociedade ao sócio dissidente, excluído ou aos herdeiros do sócio pré-morto.

Nesse sentido, esclarece Fábio Ulhoa Coelho:

> [...] os objetivos da apuração dos haveres não são os mesmos que os da liquidação. Por ela, não se busca a solução das pendências obrigacionais da sociedade, mas a definição do *quantum* devido pela sociedade ao sócio desvinculado. Tem ele direito de crédito contra a pessoa jurídica no importe equivalente ao que teria se a hipótese fosse de dissolução total. Ou seja: o sócio tem direito ao valor patrimonial de sua cota social, não ao valor nominal, nem o de mercado, ou outro que se lhe atribua. A sociedade deve apurar os haveres do sócio desvinculado e pagar-lhe - nos prazos contratualmente previstos ou à vista em caso de omissão do contrato -, ou aos seus sucessores, a parte do seu patrimônio líquido que corresponder à proporção da cota liberada em relação ao capital social. Neste sentido é que se afirma que, sob o ponto de vista econômico, não há diferença entre a liquidação e a apuração de haveres. Somente assim é que se evita o enriquecimento ilícito do sócio desvinculado ou dos sócios que permanecem na sociedade (in *Manual de direito comercial*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, p. 160/161).

Desse modo, determinada a apuração dos haveres, esta deverá ser realizada através de perícia contábil, na forma dos arts. 655 a 674 do Código de Processo Civil de 1939, que, como bem mencionou o Magistrado singular, permanece em vigor por força do art. 1.218, VII, do CPC vigente.

Com essas razões, rejeito a preliminar e nego provimento ao recurso, para manter a bem-lançada sentença de primeiro grau, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, pelos apelantes.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ELIAS CAMILO e EVANGELINA CASTILHO DUARTE.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

...

Indenização - Morte de recém-nascido em creche municipal - Poder Público - Responsabilidade subjetiva - Dano moral - Configuração - Pensão - Inadmissibilidade

Ementa: Civil. Indenização. Morte de bebê em creche municipal. Omissão do Poder Público. Responsabilidade subjetiva. Dano moral configurado. Dano material (pensionamento). Inadmissibilidade. Agravo retido. Cerceamento de defesa. Inocorrência.

- Inexiste cerceamento de defesa nos casos em que a solução da demanda prescinde de produção de perícia, por constarem dos autos elementos de prova documental suficientes para formar o convencimento do Julgador.

- Em se tratando de ato omissivo atribuído à Administração Pública, a verificação da responsabilidade civil, nesse caso, é subjetiva.

- Comprovado nos autos que os prepostos do Município faltaram com o dever objetivo de cuidado no sentido de evitar que um recém-nascido, logo após a amamentação, viesse a falecer devido ao fato de ter engasgado com o próprio alimento (mingau) que lhe foi ministrado, impõe-se ao Poder Público o dever de indenizar os pais do infante pelos danos morais sofridos.

- A morte de filho menor que não contribui para o sustento da família não dá ensejo à indenização por dano material, visto consistir em mera expectativa de direito.

APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0439.06.057459-7/002 - Comarca de Muriaé - Remetente: Juiz de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Muriaé - Apelante: Município de Muriaé - Apelados: Natanael Rodrigues de Magalhães e outro - Relator: DES. EDILSON FERNANDES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REFORMAR PARCIALMENTE A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO DO MUNICÍPIO; NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO.

Belo Horizonte, 11 de março de 2008. - *Edilson Fernandes* - Relator

Notas taquigráficas

DES. EDILSON FERNANDES - Trata-se de reexame necessário e recurso voluntário interposto contra a r. sentença de f. 343/362, proferida nos autos da ação de indenização movida por Natanael Rodrigues de Magalhães e outro em face do Município de Muriaé, que julgou procedente o pedido inicial para condenar o réu a pagar aos autores, a título de dano moral, a quantia de R$ 100.000,00, corrigida monetariamente da data da sentença até o seu efetivo pagamento e acrescida de juros moratório, a partir do evento danoso; danos materiais equivalentes a uma pensão mensal no valor correspondente a 2/3 do salário mínimo, tendo como termo inicial a data em que o menor completaria 14 anos até os 25 anos de idade, quando possivelmente constituiria família, reduzindo sua colaboração no lar, minorando, a partir de então, para 1/3 do salário mínimo até o limite etário de 65 anos de idade, ou até a morte dos beneficiários; condenou o réu, ainda, no pagamento dos honorários advocatícios de sucumbência arbitrados em 20% sobre o valor total de condenação.

Em suas razões, requer o apelante o conhecimento do agravo retido, interposto contra a decisão que indeferiu a produção de perícia médica. Afirma que, a despeito do lamentável falecimento do filho dos apelados, não pode ser atribuída culpa aos servidores da creche, que agiram de forma adequada e recomendada para casos semelhantes, inexistindo falha no serviço prestado. Alega que, no caso de omissão da Administração, a responsabilidade deve ser aferida de forma subjetiva, mediante a análise do elemento culpa. Aduz que a hipótese é típica de caso fortuito, situação que rompe o nexo causal; Argúi que, se o menor não trabalhava, seus pais não fazem jus ao pensionamento. Na eventualidade, pugna pela redução do valor do dano moral (f. 380/398).

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do reexame necessário e dos recursos voluntários (agravo retido e apelação).

Versam os autos sobre o ajuizamento de uma ação ordinária em que os autores postulam o recebimento de indenização por danos morais e materiais diante da responsabilidade civil do Município de Muriaé, em razão do falecimento do filho deles, ocorrido em creche pública.

Do agravo retido, não há falar em cerceamento ao direito de defesa do agravante, visto ficar constatado que, no presente caso, o devido processo legal foi integralmente observado, possibilitando às partes a ampla defesa e o contraditório.

O nosso ordenamento jurídico prestigia o princípio do contraditório, onde é conferido à parte o direito de se contrapor aos argumentos expendidos pela parte contrária, podendo, para tanto, imbuir-se de todos os meios de prova admitidos em direito.

Contudo, não constato nos autos a hipótese de se reconhecer eventual cerceamento ao direito de defesa, uma vez que, sendo o Magistrado o destinatário da prova, a ele incumbe verificar quais meios probatórios serão suficientes para a solução da lide, cabendo, a seu exclusivo critério, determinar a produção das provas que

entenda necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias (CPC 130).

A propósito, o MM. Juiz da causa deixou consignado no despacho saneador a desnecessidade de produção de prova pericial "uma vez existente nos autos laudo pericial realizado pelo Instituto Médico Legal definindo a causa da morte da vítima como sendo asfixia por bronco aspiração (...) restringindo-se a questão controvertida à indagação da relação de causalidade entre a morte do menor e a alegada omissão dos prepostos do Município" (f. 255).

De fato, a não-produção de prova técnica (perícia) só resulta em cerceamento de defesa quando se mostrar apta a alterar a convicção do Julgador, causando prejuízo ao direito de defesa da parte, o que não é o caso dos autos. Nego provimento ao agravo retido.

Da análise dos elementos de prova constantes dos autos restou incontroverso o fato de que os apelados eram pessoas carentes e, por isso, deixavam o filho recém-nascido (aproximadamente quatro meses de idade) aos cuidados de uma creche administrada pela municipalidade, e que no dia 11 de março de 2006 veio a falecer devido a "asfixia por broncoaspiração", conforme laudo de necropsia, relatado por dois médicos legistas (f. 28/29).

Segundo se sabe, o apelante - na qualidade de ente público - sujeita-se à norma prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que trata da responsabilidade objetiva, hipótese em que a vítima não tem o ônus de provar a culpa ou dolo do causador do dano.

Todavia, no especial caso em exame, não se pode falar na aplicação da teoria do risco administrativo, uma vez que, no eventual dano causado por ato omissivo do ente estatal, a responsabilidade é subjetiva.

Nessa hipótese, há necessidade de comprovação de omissão culposa - imprudência, imperícia ou negligência - da Administração Pública, para que fique configurada a obrigatoriedade da indenização estatal.

Sobre o tema, Celso Antônio Bandeira de Mello disserta que:

> Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto e: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo. (...)
> Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo), Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva (*Curso de direito administrativo*, 15. ed., Malheiros Editores, p. 871/872).

Para obter êxito na tutela jurisdicional reclamada é necessário que os apelados tenham demonstrado: a) o dano, b) a culpa do apelante, e c) o nexo de causalidade entre a falta do seu serviço e o evento danoso, pressupostos da responsabilidade subjetiva.

A solução do litígio consiste em saber se o falecimento do filho dos apelados deveu-se a falha na prestação de serviço de creche, cuja instituição é mantida pelo Poder Público local.

A servidora responsável pela criança no berçário relatou que:

> ... por volta das 09:00 horas deu uma mamadeira à criança contendo no seu interior mingau o qual era feito de leite e maisena. Sendo que após uma hora percebeu que a criança estava passando mal, tentou prestar alguns socorros, sendo que a criança não reagiu (f. 35).

A médica que atendeu o infante, ao prestar depoimento no inquérito policial nº 389/06, afirmou que:

> ... no decorrer das manobras de ressuscitação constatou que a criança chegou a projetar pelo tubo e pelas narinas uma secreção de cor esbranquiçada contendo material viscoso, semelhante a leite e maisena; (...) que o tubo utilizado para 'entubação endotraquial' é introduzido pela boca, vindo atingir a área pulmonar acima mencionada, certamente a criança broncoaspirou a mamadeira que havia se alimentado anteriormente (f. 158).

De acordo com a prova testemunhal produzida, aliada aos demais elementos probatórios constantes dos autos, observo que a culpa pelo infortúnio aqui discutido converge no sentido de que os prepostos do apelante agiram com negligência, não tomando as devidas cautelas para evitar que um recém-nascido, logo após a amamentação, viesse a falecer devido ao fato de ter engasgado com o próprio alimento (mingau) que lhe foi ministrado.

Com efeito, não é dado negligenciar-se no atendimento de qualquer criança que se encontra com apenas quatro meses de idade, que, por óbvio, necessita de cautela sabidamente intensificada e de atenção especial.

Consoante o disposto no art. 30, V, da Constituição Federal, compete ao poder público municipal a prestação de serviços públicos de interesse local, devendo zelar pela segurança dos usuários, assim como o dever de assegurar à criança com absoluta prioridade, dentre outros, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à dignidade, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-la a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227, CF), com a devida vênia, situação não observada na espécie.

O falecimento do filho dos apelados decorreu da lamentável falta do dever de cuidado de berçário

municipal ("CEMEI" - São João Batista), restando presente o dano, a conduta culposa e o nexo de causalidade, pressupostos indispensáveis para a ocorrência da responsabilidade civil do apelante, situação que ampara a tutela jurisdicional reclamada na peça vestibular.

Forçoso concluir que, ficando demonstrado o nexo de causalidade entre a omissão do poder público e o evento danoso, impõe-se reconhecer a responsabilidade civil do recorrente.

Na fixação do montante indenizatório, há de se considerar a dupla finalidade da reparação, qual seja a de punir o causador do dano, buscando um efeito repressivo e pedagógico e de propiciar à vítima uma satisfação, sem que isso represente um enriquecimento sem causa, conforme concluiu esta egrégia Câmara, no julgamento dos Embargos Infringentes nº 1.0000.00. 250433-0/001, da minha relatoria:

> Indenização por danos morais. Fixação. Critério. - Para fixação dos danos morais deve-se levar em conta as condições econômicas das partes, as circunstâncias em que ocorreu o fato, o grau de culpa do ofensor, a intensidade do sofrimento, devendo-se ainda considerar o caráter repressivo e pedagógico da reparação, além de se propiciar a vítima uma satisfação (j. em 05.05.2004 - da minha relatoria).

Como se vê, no arbitramento do dano moral deve-se levar em conta as condições econômicas das partes, as circunstâncias em que ocorreram os fatos, o grau de culpa do ofensor, a intensidade do sofrimento da vítima, enfim, aspectos dotados de ampla subjetividade, o que torna a tarefa bastante difícil e delicada.

Na espécie, levando-se em consideração a falta do serviço por parte do recorrente; a circunstância de ser agente público, mas sem se esquecer da notória crise financeira que atinge o setor público e que culmina na prejudicialidade de serviços públicos essenciais a toda coletividade, como educação, saúde e outros; as condições particulares das vítimas; e ainda, com vista a evitar o ensejo de enriquecimento ilícito da parte, é de se constatar que o valor de R$100.000,00 (cem mil reais), fixado pelo douto Magistrado a título de indenização por dano moral, encontra-se elevado, revelando-se suficiente e adequada a quantia certa e atualizada de R$25.000,00 (vinte e cinco mil reais) para cada autor, perfazendo o total de R$ 50.000,00 (cinqüenta mil reais), a serem corrigidos pelos índices divulgados pela douta Corregedoria-Geral de Justiça, devendo incidir apenas a partir da decisão definitiva do *quantum* devido.

A esse respeito, a jurisprudência dominante do colendo STJ firmou o entendimento de que:

> Nos casos de danos morais, o termo *a quo* para a incidência da correção monetária é a data em que foi arbitrado o valor definitivo da indenização, ou seja, *in casu*, a partir da decisão proferida pelo Tribunal de origem (REsp. 773075/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 27.09.2005).

Para que a reparação do dano seja completa, a indenização deve ser acrescida de juros que, no caso de responsabilidade extracontratual, devem incidir a partir do evento danoso (Súmula 54/STJ).

No que diz respeito ao dano material, não há como reconhecer aos recorridos reparação por danos materiais em forma de pensionamento, quando inexistente nos autos prova de contribuição, por parte do menor, para o sustento da família.

Com efeito, o dano a ser indenizado não pode corresponder à mera expectativa da concretização de uma realidade que, não obstante provável, não era certa.

Da mesma forma que se pode concluir que o *de cujus*, após o infortúnio ou quando atingisse a fase adulta, entraria no mercado de trabalho e, ainda assim, por liberalidade, quisesse contribuir para a manutenção da família, não se pode negar a possibilidade de hipótese contrária em que o menor, nas mesmas condições, deixasse de exercer atividade laborativa, inviabilizando a contribuição para o sustento de seus genitores.

O fato comprovado nos autos é que o menor L.R.M.S., então com apenas 04 quatro meses de idade à época do acidente, não contribuía, por óbvio, para o sustento de sua família.

Diante da ausência de uma situação jurídica da qual tirava proveito a família, ou na falta de certeza incondicionada de ocorrência futura, conforme acima ressaltado, não se pode afirmar a existência do dano material.

A propósito, no julgamento da Apelação Cível nº 2.0000.00.378774-4/000 (j. em 05.02.2003), cuja situação fática se assemelha ao presente caso, tive a oportunidade de asseverar que a indenização por morte de menor que ainda não ingressou no mercado de trabalho, constitui uma obra de "futurologia jurídica", enquanto que a indenização por danos morais encontra expressa previsão no atual ordenamento jurídico, podendo ser fixada com base em dados concretos extraídos do conjunto probatório analisado.

A jurisprudência tem sabido ministrar em cada caso a solução adequada, merecendo destaque trecho do erudito voto proferido pelo eminente Ministro Athos Carneiro, no julgamento do REsp 28.861-0/PR, relatado pelo eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:

> Realmente ocorria, como o disse, se não estou equivocado, Mário Moacir Porto, em. Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça da Paraíba e advogado no Rio Grande do Norte atualmente, obra de 'futurologia jurídica'. Era previsto, em antecipação do futuro, que aquele menor, às vezes de tenra idade, iria contribuir para a manutenção da família...
> Agora, parece-me mister distinguir as duas situações: a primeira, a da morte do menor de tenra idade ou que ainda não trabalha, quando entendo cabível apenas a indenização por danos morais; e a segunda - à qual aludem alguns acórdãos a que fez referência o em. Ministro Relator - é a situação da indenização por morte de menores que já trabalhavam e efetivamente ajudavam os pais. Neste caso, não

se estará fazendo obra de 'futurologia jurídica', mas, sim encarando danos concretos e realmente ocorrentes [...] (*RT* 698/240).

Forçoso concluir que, em se tratando de menor de idade que ainda não exercia atividade remunerada, revela-se mais razoável a orientação que não acolhe pensionamento aos pais a título de dano material.

Em reexame necessário, reformo parcialmente a sentença, para decotar da condenação o valor correspondente ao dano material (pensão), e fixar a indenização por danos morais em R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) para cada autor, atualizada monetariamente pelos índices fornecidos pela douta CGJ/MG a partir do presente julgamento, prejudicado o recurso voluntário.

Diante da sucumbência recíproca, fixo os honorários advocatícios de sucumbência no importe de R$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais), já considerando o disposto nos arts. 20, § 4º, 21, *caput*, do CPC e Súmula 306/STJ. Isento de custas na forma da Lei Estadual nº 14.939/03.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MAURÍCIO BARROS e ANTÔNIO SÉRVULO.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMARAM PARCIALMENTE A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO DO MUNICÍPIO; NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO.

...

Embargos de terceiro - Cooperativa de crédito - Instituição financeira - Captação de recursos - Empréstimo - Finalidade - Desenvolvimento de atividade comercial - Relação de consumo - Não-ocorrência - Código de Defesa do Consumidor - Inaplicabilidade

Apelação cível. Embargos à execução. Cooperativa de crédito. Instituição financeira. Relação de consumo. Ocorrência quando não se trate de captação de insumo. Inaplicabilidade de suas normas ao caso.

- As cooperativas de crédito são instituições financeiras, aplicando-se as normas do CDC aos contratos firmados entre elas e consumidores finais. Se o empréstimo se deu para captação de recursos financeiros, com fins do desenvolvimento da atividade comercial da embargante, a relação não se estabelece sob a égide de tal lei.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0153.07.066327-0/001 - Comarca de Cataguases - Apelante: Lívia Mara Almeida do Valle - Apelada: Coopemata - Cooperativa de Economia de Crédito Mútuo dos Comerciantes de Confecções do Vestuário de Cataguases Ltda. - Relator: DES. LUCIANO PINTO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR ARGÜIDA EM CONTRA-RAZÕES E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, COM OS ACRÉSCIMOS DA REVISORA.

Belo Horizonte, 28 de fevereiro de 2008. - *Luciano Pinto* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. LUCIANO PINTO - Lívia Mara Almeida do Valle manejou embargos à execução movida contra si por Coopemata - Cooperativa de Economia de Crédito Mútuo dos Comerciantes de Confecções do Vestuário de Cataguases Ltda.

Narrou que na execução a embargada pretende receber o valor de R$ 94.100,81, originário de um contrato de crédito firmado entre as partes.

Argüiu preliminar de falta de interesse de agir da exeqüente.

Adiante, disse ter havido modificação da situação financeira da sociedade, razão pela qual ela entrou em mora no pagamento do débito, mas que sua intenção é a de saldar a dívida.

Pediu a aplicação do CDC na relação firmada e transcreveu aresto.

Mais, disse que tentou inúmeras vezes renegociar a dívida, sem êxito, de modo que a alegada mora não se efetivara, já que, no seu entender, ela somente ocorre quando haja exclusiva resistência do devedor ao pagamento da dívida.

Alegou excesso de execução, salientando que, na data da propositura da ação, seu débito perfazia o total de R$ 24.724,35, e não R$ 94.100,81, como dissera a exeqüente.

Disse ainda que, nos termos do art. 52, V, § 2º, do CDC, o pagamento antecipado da dívida, que venceria em 2010, impõe a redução dos juros de forma proporcional.

Narrou ter havido excesso de penhora porque o imóvel penhorado teria valor muito maior do que o da dívida.

Pediu novamente a aplicação do CDC para fins de revisão das cláusulas do contrato, entendendo haver abusividade e excessiva cobrança.

Pediu a procedência de seus embargos.

A embargada impugnou às f. 49/54.

Disse que os embargos eram intempestivos e, por isso, deviam ser rejeitados de plano.

No mérito, negou a possibilidade de aplicação do CDC no caso, ao argumento de não ser ela, cooperativa,

equiparada aos bancos, se enquadrando como instituição financeira *sui generis*.

Transcreveu jurisprudência sobre a matéria.

Discorreu sobre a liquidez, certeza e exigibilidade da dívida, assinalando não haver excesso de execução porque o próprio contrato, em sua cláusula 7ª, previa o vencimento antecipado de todo o débito no caso de inadimplência.

Sobre a redução proporcional dos juros, disse que tal não se aplica ao caso, porque a dívida vencera antecipadamente, além de não ser aplicável ao caso a Lei da Usura.

Sobre o excesso de penhora, disse que ela poderia ser reduzida a termo nos próprios autos da execução, após a avaliação do bem.

Por fim, disse que o pedido de revisão do contrato não pode ser acolhido porque a embargante nem sequer apontou quais cláusulas seriam abusivas e como elas deveriam ser reescritas.

Com isso, requereu a improcedência dos embargos.

Sobreveio audiência de conciliação às f. 87/89, sem êxito, na qual constara que as partes não pretendiam produzir outras provas.

Na mesma assentada, foi proferida sentença que julgou improcedentes os embargos.

Daí a apelação da embargante, de f. 93/103.

Insiste serem aplicáveis as normas do CDC ao seu contrato, transcrevendo jurisprudência sobre o tema.

Disse que a sentença teria julgado contrariamente ao entendimento predominante dos Tribunais e, por isso, devia ser reformada.

Adiante, passou a discorrer sobre o cooperativismo e como funcionam as cooperativas de crédito, tal como a embargada.

Por fim, pediu o provimento de seu recurso.

A apelada apresentou contra-razões às f. 108/115.

Apontou preliminar de rejeição do recurso, porque, no seu entender, a apelante estaria inovando quando disse que o CDC devia ser aplicado ao caso em razão da relação entre cooperado e cooperativa, haja vista que o que a sentença decidiu foi que a inaplicabilidade de tal lei se devia ao fato de que a captação de recurso pela apelante se dera a título de insumo.

No que chamou de mérito, bateu-se pelas teses já expostas anteriormente e pediu a confirmação da sentença.

Conheço do recurso porque próprio, tempestivo e preparado.

Preliminar das contra-razões.

Disse a apelada que a apelante estaria inovando em recurso, em relação ao fundamento para a aplicação das normas do CDC sobre o seu contrato, e, por isso, seu recurso deveria ser rejeitado de plano.

Não acolho o argumento da apelada.

Primeiro, porque a questão deve ser examinada no mérito do próprio recurso, haja vista que o tema da aplicação do CDC ao contrato em tela é primordial.

Segundo, a verdade é que o que impõe efetivamente a aplicação de uma determinada norma são as circunstâncias em que se deu o fato, isto é, se o contexto se insere, de alguma forma, no que a lei estabelece para sua incidência.

Desse modo, se o CDC aqui for aplicável, por uma ou por outra razão, tal aplicação não pode ser desprezada ao simples argumento de que a motivação dessa aplicação se alterara após a sentença.

Assim, rejeito a preliminar das contra-razões.

DES.ª MÁRCIA DE PAOLI BALBINO - Também rejeito a preliminar.

DES. LUCAS PEREIRA - Também rejeito.

DES. LUCIANO PINTO - Em relação ao recurso, estou que não tem razão a apelante.

Embora o CDC se aplique, sim, nas relações entre cooperados e cooperativas, porque estas são instituições financeiras não-bancárias, que, por essa razão, se submetem às normas do Conselho Monetário Nacional e à fiscalização e controle do Banco Central do Brasil, equiparando-se, genericamente, aos bancos, especificamente no caso em tela a aplicação não se dá porque a apelante não se enquadra na condição de consumidora final do crédito.

Bem de ver que, por se tratar de uma empresa, a captação de empréstimo naturalmente se reverte em benefício do desempenho de suas funções, o que implica insumo, não sendo ela, empresa, pois, a consumidora final dos serviços prestados.

Veja-se, a propósito, o que diz Cláudia Lima Marques (*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2003, p.71/72):

> O destinatário final é o consumidor final, o que retira o bem do mercado ao adquiri-lo ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático), aquele que coloca um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico), e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é o consumidor final, ele está transformando o bem, utilizando o bem, incluindo o serviço contratado no seu, para oferecê-lo por sua vez ao seu cliente, seu consumidor, utilizando-o no seu serviço de construção, nos seus cálculos do preço, como insumo da sua produção.

Assim, as alegações da apelante de que o contrato firmado pelas partes deveria ser revisto porque continha cláusulas abusivas, notadamente por se tratar de um contrato de adesão, não têm juridicidade, sendo necessária a demonstração cabal da má-fé da

apelada e da lesão causada, não incidindo, no caso, frise-se, o CDC.

Estou que a sentença deva ser mantida.

A principal alegação da apelante, conforme se verifica de sua peça de f. 94/103, foi que a apelada não estaria obedecendo às regras da Lei de Defesa do Consumidor, no que cuida de limitação de juros, capitalização mensal, etc.

No entanto, como já dito linhas acima, o CDC não se aplica ao caso, de modo que qualquer irregularidade no contrato devia ter sido cabalmente demonstrada pela própria apelante.

Contudo, a apelante não apenas deixou de especificar que tipo de irregularidade o contrato apresentava, como também deixou de produzir provas em tal sentido.

De outro lado, lê-se do contrato às f. 55/58 que seu conteúdo é de fácil interpretação, não se mostra omisso nem complexo; contém o necessário para a estipulação das obrigações das partes e respectivas penalidades.

Dessarte, não vislumbro qualquer irregularidade no contrato em si.

De resto, a digressão feita pela apelante acerca do funcionamento das cooperativas nada acresce ao feito, sendo imperativa a manutenção da sentença.

Isso posto, nego provimento ao recurso.

A SR.ª DES.ª MÁRCIA DE PAOLI BALBINO - Estou de acordo com os termos do voto do em. Des. Relator, acrescentando que o contrato das partes é de empréstimo com garantia de hipoteca, sendo devedora principal Vallemetal Fundições Ltda. e devedores solidários a apelante e outro.

Examinando o contrato, concluo que, ainda que se entendesse aplicável o CDC na relação contratada entre as partes, a apelante não tem razão quando alega excesso de execução, não demonstrado.

Isso porque do contrato constam juros remuneratórios de apenas 1,5% ao mês (f. 07), que não se mostram excessivos, estando inclusive conforme Súmula 596 do STF. Na execução, estão sendo exigidos juros de mora de 1% ao mês, ou seja, inteiramente adequados ao Código Civil, e multa de apenas 2%, ou seja, adequada inclusive ao CDC.

Logo, a apelante não tem razão em seu inconformismo.

DES. LUCAS PEREIRA - Acompanho o Relator, também com os acréscimos da Revisora.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR ARGÜIDA EM CONTRA-RAZÕES E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, COM OS ACRÉSCIMOS DA REVISORA.

...

Ação popular - BHTrans - Poder de polícia - Competência legislativa complementar - Municipalidade - Interesse local - Regulamentação de normas

Ementa: Ação popular. BHTrans. Poder de polícia. Competência legislativa suplementar. Matéria de interesse local que pode ser regulamentada pela municipalidade.

- A BHTrans, que integra o Sistema Nacional de Trânsito, tem competência para aplicar multa aos infratores de trânsito nos termos do art. 24 do Código Nacional de Trânsito, além de executar a fiscalização do trânsito local, autuar, notificar a arrecadar multas, aplicar medidas administrativas e advertências por infrações de circulação, estacionamento e parada irregulares, com base no exercício do poder de polícia.

- Desde que implementada com autorização legal, não há inconstitucionalidade ou ilegalidade na delegação à pessoa jurídica de direito privado da polícia administrativa de trânsito.

- Estando os contratos impugnados fundados nas hipóteses legais, neles explicitamente contempladas, não há, no caso, qualquer procedimento que se subsuma aos preceitos impressos na Lei 4.717/65.

Agravos retidos improvidos. Sentença parcialmente reformada.

APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0024.01.066450-6/001 (em conexão com a de nº 1.0024.02.826662-5/001) - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 3ª Vara da Fazenda Municipal da Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Cláudio Guimarães Duval - Apelados: BHTrans Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte S.A., Sitran Sinalização de Trânsito e Indústria Ltda. e outros - Relator:DES. CLÁUDIO COSTA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR OS AGRAVOS RETIDOS E DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 10 de janeiro de 2008 - *Cláudio Costa* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CLÁUDIO COSTA - Conheço do reexame e do apelo voluntário, visto que adequados e tempestivos.

Da decisão que julgou carecedor de ação o autor em relação ao Município de Belo Horizonte, Célio de Castro, Geraldo Magela Terra e Otacílio Gonçalves Tomé e, quanto aos demais, improcedente a ação popular por ausência de ilegalidade e lesividade dos contratos impugnados e aditamentos debatidos (f. 1.075/1.083), visto que decorrentes de regular procedimento licitatório ou de hipótese legalmente contemplada como dispensa do certame, condenando o autor popular no décuplo das custas e em honorários de advogado arbitrados em R$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada um, integrado pela decisão declaratória (f. 1.092), ao lado do apelo, remete o Juízo os autos para reexame, nos termos do art. 19 da Lei 4.717/65.

Postula o apelante (f. 1.093/1.117), em preliminar, sejam conhecidos e apreciados os agravos retidos de f. 1.066 e 1.073, cuja matéria objetiva trazer questão de direito municipal (art. 337/CPC) com o fito de influenciar o julgamento da lide (art. 462/CPC).

Pondera, mais, que o Juízo de primeiro grau, ao determinar fosse desentranhada a peça que instruiu o agravo retido, invadiu a competência do Tribunal, motivo pelo qual requer seja decretada a nulidade do feito a partir da f. 1.065.

No mérito salienta o apelante que as atividades desempenhadas pela BHTrans - "radares, veículos particulares, multas, poder de polícia" - são manifestamente ilegais, visto que em ferimento direto ao seu próprio estatuto e em desvio de finalidade, na medida em que não são permitidas pela lei criadora daquela sociedade de economia mista - a Lei Municipal nº 5.953/91.

Indica que a Lei 6.404/76 exige o detalhamento do objeto e finalidades da sociedade de economia mista e que a BHTrans estaria a exercer atividade não autorizada no seu objeto, gerando, assim, o incontrastável estigma de ilegalidade.

Argumenta que o art. 30, V, CF/88, atribuiu competência aos Municípios tão-só quanto ao serviço público de transporte coletivo de passageiros, preceito ratificado pelo art. 170, CE/89; e, nessa esteira constitucional, foi editada a Lei 5.953/91, permitindo apenas àquela empresa a organização dos serviços públicos relativos ao transporte coletivo e individual de passageiros.

Entretanto, a partir do ano de 1999 passou a BHTrans a exercer a fiscalização, autuação, expedição de multa por infração, alcançando veículos particulares, e não só os de aluguel, ferindo seus atos constitutivos, dando azo à mais patente ilegalidade (arts. 46, 166, IV, VII, c/c 104, III, 168 e 169 do CC; 2º e 237 da Lei 6.404/76), visto que a Lei Municipal 5.953/91, que criou aquela empresa, não lhe outorga o exercício de poder de polícia.

Conclui que, por natural repercussão, todos os contratos administrativos debatidos nos autos são, em sua gênese e em seu objeto, manifestamente ilegais, pelo que passa a impugná-los individuadamente, pedindo a reforma da sentença, até mesmo quanto à multa aplicada pelo Juízo de primeiro grau, ao reputar os embargos declaratórios opostos manifestamente protelatórios.

Contra- razões (f. 1.120/1.136 e 1.137/1.139)

A PGJ, ouvida, opinou pela confirmação da decisão (f. 1.145/1.147).

Com efeito.

Na forma do art. 523, CPC, passo a analisar, inicialmente, os agravos retidos interpostos às f. 1.066 e 1.073.

Quanto àquele exposto à f. 1.066/1.067, vejo que, efetivamente, tal como o acentuou o Juízo de primeiro grau, já à f. 1.015, foi encerrada a fase probatória (art. 456/CPC), dando lugar à apresentação de memoriais, conforme publicação de 17.09.2004 (f. 1.015-v.), sendo que, após fazê-lo (f. 1.026/1.043), é que o ora apelante manifestou o agravo retido, isso em 04.10.2005, ou seja, quase um ano e um mês daquela decisão de f. 1.015.

E aqui não há falar no disposto no art. 462/CPC, visto que não há, a meu viso, qualquer fato superveniente, tanto que, como é cediço, diante do aforismo *jura novit curia*, o Juízo aplica o direito ao fato, ainda que aquele (o direito) não tenha sido alegado.

Logo, não há dúvidas da correção da decisão agravada (f. 1.069); e, se intempestivos são, defeso é à parte vindicar trazê-los junto ao retido, tentando, com isso, alterar sua inércia preclusiva, com o que também não tem razão o agravo retido de f. 1.075.

Rejeito, em bloco, ambos os agravos retidos e passo ao exame do mérito.

A controvérsia inicial posta no apelo consiste em perquirir se há delegação legal à BHTrans com poderes de polícia administrativa e se podem eles validamente ser descentralizados a uma sociedade de economia mista.

Sabe-se que o art. 22 da CF/88 indica as matérias de competência legislativa da União e, dentre elas, insere a referente ao trânsito e transporte (inciso XI), o que não obsta a competência concorrente dos Estados e Municípios.

Hely Lopes Meirelles salienta que "o trânsito e o tráfego são daquelas matérias que admitem a tríplice regulamentação - federal, estadual e municipal - conforme a natureza e âmbito do assunto a prover".

E acrescenta:

> De um modo geral pode-se dizer que cabe à União legislar sobre os assuntos nacionais de trânsito e transporte, ao Estado-membro compete regular e prover os aspectos regionais e a circulação intermunicipal em seu território e ao Município cabe a ordenação do trânsito urbano, que é de seu interesse local (CF, art. 30, I e V) (in *Direito municipal brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 320/321).

O Código de Trânsito Brasileiro, em seu art. 7º, estatui que os órgãos e as entidades executivas de trânsito do Município compõem o Sistema Nacional de Trânsito (III), e o art. 24 atribuiu aos seus órgãos e suas entidades, no âmbito de sua circunscrição, várias medidas administrativas relativas ao tráfego, trânsito e sistema viário, dentre as quais umas se caracterizam como serviços (II, III, IV, V, X, XII, XV, XVI) e como atos de polícia administrativa (VI, VII, VIII, IX, XVII, XVIII, XX, XXI).

A Lei Orgânica do Município de Belo Horizonte estabelece que:

> Art. 193 - Incumbe ao Município, respeitadas as legislações federal e estadual, planejar, organizar, dirigir, coordenar, executar, delegar e controlar a prestação de serviços públicos relativos a transporte coletivo e individual de passageiros, tráfego, trânsito e sistema viário municipal.
> § 1º - Os serviços a que se refere o artigo, incluído o de transporte escolar, serão prestados diretamente ou mediante delegação, nos termos da Lei.
> § 2º - À entidade da administração indireta, que será criada pelo Poder Público, caberão as atribuições, entre as referidas no artigo, fixadas em Lei.

É inegável, assim, que compete ao Município legislar sobre os assuntos de interesse local, conforme dispõe o inciso I do art. 30 da CF/88, desde que as regras não destoem da norma geral, editada pela União ou Estado, adaptando-as somente às suas necessidades locais.

Ensina Nelson Nery Costa :

> A organização e competência elencada no art. 30 da Constituição Federal constitui função fundamental do Município. A prestação de tais serviços pode ser feita sob o regime de concessão ou permissão, como também podem ser executados diretamente pela Administração local, desde que seja dentro das fronteiras municipais. Compreende o transporte coletivo os efetuados através de ônibus ou táxi, como também aqueles efetuados por veículos alternativos, como motos ou vans, destinados inclusive para o transporte especializado de crianças, de servidores públicos ou de empregados de empresas particulares de difícil acesso (in *Curso de direito municipal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999).

Nos termos do Código de Trânsito Brasileiro:

> Art. 7º - Compõem o Sistema Nacional de Trânsito os seguintes órgãos e entidades: I - O Conselho Nacional de Trânsito - Contran, coordenador do sistema e órgão máximo normativo e consultivo; II - os Conselhos Estaduais de Trânsito - Cetran e o Conselho de Trânsito do Distrito Federal - Contradife, órgãos normativos, consultivos e coordenadores; III - os órgãos e entidades executivos de trânsito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; IV - os órgãos e entidades executivos rodoviários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; V - a Polícia Rodoviária Federal; VI - as Polícias Militares dos Estados e do Distrito Federal; VII - as Juntas Administrativas de Recursos de Infrações - Jari.
>
> Art. 8º - Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão os respectivos órgãos e entidades executivos de trânsito e executivos rodoviários, estabelecendo os limites circunscricionais de suas atuações.

No caso, a Lei Municipal nº 5.953/91, foi editada em consonância com o art. 30 da CF e com fundamento no Código de Trânsito Brasileiro:

> Art. 1° - Fica o Executivo autorizado a constituir e organizar uma sociedade de economia mista, sob a forma de sociedade anônima, denominada Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte S.A. - BHTrans.
> § 1° - A BHTrans, com personalidade jurídica de direito privado, terá sede e foro na cidade de Belo Horizonte, prazo de duração indeterminado e jurisdição em todo o Município de Belo Horizonte.
> § 2° - A BHTrans reger-se-á por esta Lei, pelo seu Estatuto, que será aprovado por decreto e, subsidiariamente, pelas demais normas de direito aplicáveis.
> § 3° - A BHTrans disporá de patrimônio próprio e gozará de autonomia administrativa e financeira, observadas as limitações constantes desta Lei.
> Art. 2° - A BHTrans terá por finalidade planejar, organizar, dirigir, coordenar, executar, delegar e controlar a prestação de serviços públicos relativos a transporte coletivo e individual de passageiros, tráfego, trânsito e sistema viário, observado o planejamento urbano municipal.
> Art. 3° - Para o exercício de suas atividades, a BHTrans poderá: I - firmar convênios, acordos, contratos e constituir consórcios; II - contrair empréstimos e contratar financiamentos; III - participar do capital de outras empresas, cujas atividades sejam relacionadas com os transportes urbanos.
> (...)
> Art. 14 - Para o exercício de suas atividades, a BHTrans poderá estabelecer normas de acordo com a legislação relativa a transporte coletivo e individual de passageiros, tráfego, trânsito e sistema viário municipal.

Assim é que, com fulcro na Lei Orgânica e no art. 37, XIX, da CF/88, a Lei nº 5.953/91 autorizou o Município de Belo Horizonte a instituir uma sociedade de economia mista - BHTrans (art. 1º), entidade local integrante do Sistema Nacional de Trânsito, cuja finalidade é planejar, organizar, dirigir, coordenar, executar, delegar e controlar a prestação de serviços públicos relativos a transporte coletivo e individual de passageiros, tráfego, trânsito e sistema viário, observado o planejamento urbano municipal (art. 2º).

Portanto, não há óbice à delegação do poder de polícia estatal para entidades que, apesar da sua forma de constituição (sociedade de economia mista), exercem atividade nitidamente pública.

José Celso de Mello Filho entende que:

> Se houver regra legal expressa, será válida a atribuição do poder de polícia a quaisquer entidades privadas, inclusive pessoas físicas ou naturais, desde que estejam no exercício de uma função pública outorgada ou delegada (*Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 402).

Assim, se a CF/88 reserva ao Município a administração dos interesses locais, é lícito que a Lei Orgânica que disponha sobre o trânsito também o faça sobre as conseqüências do desrespeito às normas respectivas, inclusive sobre a aplicação de penalidades aos infratores.

Portanto, o mencionado poder de polícia de que desfruta inquestionavelmente o Município, impõe-lhe o poder-dever de fiscalizar e multar o ato infracional de trânsito apurado.

Vale destacar que a BHTrans não possui natureza arrecadatória, o que evidenciaria a sua instituição para fins econômicos, visto que, pelo contrário, sua criação possui natureza fiscalizatória de relevante interesse público, tanto que os recursos orçamentários obtidos são destinados ao Fundo de Transportes Urbanos (FTU), cuja verba será revertida para a "execução dos programas de investimento e manutenção em transporte público, tráfego e trânsito" (art. 7º da Lei Municipal nº 5.953/91).

Sendo o poder de polícia inerente à Administração Pública e recebendo o agente de trânsito delegação da autoridade competente para agir dentro dos limites da jurisdição do Município, extrai-se que este possui o poder-dever de aplicar as multas cabíveis ao ato infracional em concreto, sob pena de sua atuação, ao final, revelar-se inócua.

A propósito, a Apelação nº 1.0024.04.353035-1/001, de relatoria do Des. Edilson Fernandes, que concluiu pela validade da delegação legal à BHTrans das funções de fiscalização do trânsito do Município de Belo Horizonte:

> Administrativo e constitucional. Ação civil pública. BHTrans. Poder de polícia. Fiscalizar o trânsito e impor sanções. Competência legislativa suplementar. Validade. Matéria de interesse local que pode ser regulamentada pela municipalidade.
> - A Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte - BHTrans, criada com o objetivo de gerenciar o trânsito local, tem competência para aplicar multa aos infratores de trânsito nos termos do art. 24 do Código Nacional de Trânsito.
> - Sendo o poder de polícia inerente à Administração Pública e recebendo o agente de trânsito delegação da autoridade competente para agir dentro dos limites da jurisdição do município, extrai-se que este possui o poder-dever de aplicar as multas cabíveis ao ato infracional em concreto, sob pena de sua atuação, ao final, revelar-se inócua (TJMG, 6ª CC, j. em 26.04.2005).

Vencida a primeira premissa, passo a analisar os procedimentos impugnados pelo autor popular.

Impugnou aquele, em síntese, nos Autos nº 1.0024.02.826662-5/001, o Contrato Administrativo nº 958/01 e, nos Autos nº 1.0024.01.066450-6/-001, os Contratos de nº 756/99, 833/00 e 901/01.

Analisando-os pormenorizadamente, como o fez o Juízo *a quo*, reputo-os insubsumíveis à Lei 4.717/65, visto que não identifiquei qualquer ato lesivo ao patrimônio público.

De fato, como o pondera a sentença recorrida, o Contrato nº 756/99 (f. 438) - oriundo da Carta-convite nº 006/99, encaminhada para onze empresas (f. 439/449), que teve por objeto a contratação de serviços de engenharia para detecção, registro e processamento de imagens de infrações de trânsito - foi assinado em 27.4.99 (f. 452/474), mediante regular adjudicação, e, posteriormente, na forma do art. 57, II, da Lei 8.666/93, sobrevieram os primeiro (f. 476), segundo (f. 477/478), terceiro (f. 479), quarto (f. 481), quinto (f. 482), sexto (f. 483) e sétimo aditamentos contratuais (f. 484/485).

Contando expressa previsão legal para prorrogação dos contratos de prestação de serviços, até cinco anos, e tendo sido efetivada dentro do limite estabelecido, não há qualquer eiva a tisnar o procedimento da Administração.

Quanto ao Contrato 833/00 - provindo da Concorrência Pública nº 002/99, cujo objeto foi a contratação de prestação de serviços de detecção, medição e registro de infrações de trânsito por excesso de velocidade - foi regularmente adjudicado (f. 254) com contrato (f. 256/271) prorrogado através do primeiro (f. 274/277) e segundo termos aditivos (f. 278/279).

De idêntico modo, não verifiquei qualquer ilegalidade no processo.

Já quanto ao Contrato 901/01, é de se ver que a BHTrans fez publicar o Edital de Concorrência Pública nº 003/99, para contratação de prestação de serviços de detecção, medição e registro de infrações de trânsito por excesso de velocidade; e, publicado o resultado da habilitação (f. 343), o processo licitatório foi suspenso em razão da impetração de ordem de segurança (f. 344), motivando, assim, com base em parecer de administrativa de escol que opinou pela contratação emergencial (art. 24, IV, da Lei 8.666/93) (f. 345/361), dando azo, assim, à formalização do contrato (f. 363/389).

Com a retomada do processo de concorrência em agosto/2001, foi adjudicado o objeto à empresa Sitran - Sinalização de Trânsito Industrial Ltda., contando, antes, com a escolta do MP, que reputou que o procedimento não seria nocivo ao erário.

Em relação ao Contrato Administrativo 958/01, como bem o fixou o Juízo (f. 655/660), é decorrente de procedimento licitatório regular, tendo sido alterado por termo de ajustamento de conduta firmado com o MP, ligado ao preço final fixo mensal de R$ 6.878,75, inferior até mesmo ao montante estabelecido no art. 1º, II, do citado TAC.

Não há, pois, qualquer base factual ou legal para o ajuizamento da ação popular, tanto que ambas as sentenças devem ser confirmadas, nos termos em que proferidas.

Altero-a, tão-somente, quanto à multa do art. 538, parágrafo único, do CPC, já que, do exame das peças de embargos, não identifiquei qualquer propósito protelatório, sendo que, ademais, o fato de as apontadas eivas do art. 535 do CPC inexistirem na sentença embargada não se afigura, tão-só, a procrastinação.

Logo, com base nessas razões, rejeito os agravos retidos e, quanto ao mérito, confiro provimento parcial aos apelos, apenas para decotar a multa do art. 538, parágrafo único, do CPC, mantendo as decisões recorridas quanto ao mais.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA e NEPOMUCENO SILVA.

Súmula: REJEITARAM OS AGRAVOS RETIDOS E DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...

Indenização - Rede de esgoto - Ausência de manutenção - Inundação de moradia - Responsabilidade do Estado - Dano material - Dano moral - Caracterização

Ementa: Indenização. Inundação de moradia. Rede de esgoto. Ausência de manutenção pelo Poder Público. Responsabilidade do Estado. Dano material e dano moral. Caracterização. Recursos não providos.

- O Poder Público responde por danos materiais e morais oriundos de inundação da moradia do particular, uma vez constatado que a rede coletora de esgoto estava entupida por ausência de manutenção causando o refluxo de água. Nega-se provimento aos recursos.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0479.05.086469-9/001 - Comarca de Passos - Apelantes: 1º) Márcia Aparecida Ferreira; 2º) Saae - Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Passos - Apelados: Márcia Aparecida Ferreira, Saae - Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Passos - Relator: DES. KILDARE CARVALHO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 28 de fevereiro de 2008. - *Kildare Carvalho* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. KILDARE CARVALHO - Trata-se de apelações interpostas em face da r. sentença que, nos autos da ação de indenização que Márcia Aparecida Silveira move contra Saee - Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Passos, julgou procedente o pedido inicial para condenar o réu ao pagamento de indenização a título de dano material no valor de R$ 342,00, atualizado pela tabela da CGJ, com juros de mora a partir da citação, e dano moral no valor de R$ 5.250,00, correspondente a 15 salários mínimos, além das custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 15% do valor da condenação.

Sustenta a primeira apelante que a sentença merece reparos com relação à fixação dos danos materiais e morais. Assim, requer o acolhimento do recurso para reformar os valores a título de danos materiais e morais.

A segunda apelante sustenta que os danos materiais não foram demonstrados e que os danos morais são indevidos. Requer a reforma da sentença e, caso mantida a sentença, que os danos morais sejam minorados.

Conheço das apelações, presentes os pressupostos para sua admissão.

Ao que se vê dos autos, Márcia Aparecida Ferreira ajuizou ação de indenização por danos morais e materiais, em razão de sua casa ter sido inundada por águas e resíduos que se encontravam na rede de captação de esgotos que passa pela rua de sua moradia.

O pedido foi julgado procedente pela MM. Juíza singular, para cujo exame das apelações os autos foram remetidos a este Tribunal.

Anoto que as apelações serão examinadas em conjunto, considerando que as razões recursais se contrapõem sobre o mesmo objeto a ser analisado.

A responsabilidade civil da Administração Pública, segundo Hely Lopes Meirelles, pode ser entendida como a obrigação que se impõe à Fazenda Pública de compor o dano causado a terceiros por agentes públicos no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las.

A responsabilidade estatal está atrelada à noção de Estado Democrático de Direito e do princípio da igualdade, a fim de assegurar o equilíbrio dos encargos sociais, de tal modo que, se uma pessoa sofre um ônus maior do que o suportado pelas demais, aparece para o Estado a obrigação de indenizá-la.

A Constituição Federal de 1988, no art. 37, § 6º, consagrou a teoria da responsabilidade objetiva, ou do risco administrativo, segundo a qual a obrigação de indenizar prescinde da comprovação dos elementos subjetivos dolo ou culpa.

Em regra geral, o Estado responde pelos atos que seus agentes houverem dado causa, por ação ou por omissão, bastando à vítima demonstrar a extensão do dano e o nexo causal, independentemente de caracterização de culpa ou dolo dos agentes estatais.

Porém, a doutrina e a jurisprudência não são pacíficas em relação à aplicação da teoria da responsabili-

dade objetiva, nos casos em que os danos são causados por omissão do Estado, havendo uma corrente que adota a teoria do risco administrativo e outra, a teoria da responsabilidade subjetiva.

Assim, nem sempre a responsabilidade estatal será objetiva, especialmente nos casos em que é atribuída conduta culposa ou com excesso de poder do agente estatal, demandando, neste caso, a demonstração do comportamento ilícito da Administração.

De todo modo, seja à luz da responsabilidade objetiva, ou subjetiva, o nexo causal entre a conduta e o dano deve estar demonstrado.

Na hipótese dos autos e tendo em vista as circunstâncias factuais que envolvem a lide, com efeito, restou incontroverso, pela exuberância das provas constantes dos autos (prova testemunhal às f. 135/138 e laudo pericial às f. 92/107), o infortúnio ocorrido com a requerente (inundação de sua casa), bem como o nexo causal entre o evento causado por descumprimento de dever legal na adoção de providências obrigatórias pela autarquia e os danos ocorridos (entupimento da rede de esgoto, com refluxo para a casa da autora), tendo a jurisprudência pátria já sedimentado o entendimento no sentido da responsabilização do Poder Público por entupimento de rede de esgoto.

Assim, sobejamente caracterizada a relação de causalidade entre a conduta da autarquia e o dano noticiado nos autos, cuida a espécie, portanto, de responsabilidade da Administração Pública, pela denominada *faute de service*. Logo, sem razão a segunda apelante, pois caracte-rizada a ocorrência dos danos por ela causados.

Resta, portanto, o exame da questão quanto aos valores fixados a título de indenização por danos materiais e morais.

Em relação aos danos materiais, a primeira apelante pretende que, além do sofá, sejam incluídos os prejuízos suportados em relação aos demais bens danificados tais como: guarda-roupas, rack, cortinas, armário de parede e capa de sofá.

A MM. Juíza determinou a indenização pelos danos materiais no valor de R$ 342,00, relativo ao sofá afetado.

A meu sentir, a sentença não merece reparos. Isso porque, de fato, o laudo pericial demonstra que o sofá fora afetado pela inundação (f. 97), não havendo nos autos outras provas que autorizem de modo incontroverso a reparação dos demais bens pleiteados.

No que toca aos danos morais, infere-se da sentença que a autarquia foi condenada ao pagamento de indenização no valor de R$ 5.250,00 (cinco mil duzentos e cinqüenta reais), equivalente a 15 salários mínimos.

Aduzido valor é considerado ínfimo pela primeira apelante e excessivo pela segunda apelante, e ambas as recorrentes pleiteiam a sua alteração.

Sabe-se que o critério de fixação da reparação, a título de dano moral, deve corresponder a um denominador comum, sendo sua avaliação apanágio exclusivo do julgador, que o fixará levando em conta as circunstâncias do caso concreto, tais como o grau da ofensa, sua repercussão e as condições das partes.

A propósito, doutrina e jurisprudência têm estabelecido parâmetros para o arbitramento do valor da indenização, traduzidos, *v.g.*, nas circunstâncias do fato, na condição do lesante e do ofendido, devendo a condenação corresponder a uma sanção ao autor do fato, para que não volte a cometê-lo. Ainda deve-se levar em consideração que o valor da indenização não deve ser excessivo a ponto de constituir fonte de enriquecimento do ofendido nem apresentar-se irrisório, visto que, segundo observa Maria Helena Diniz, *in verbis*:

> Na reparação do dano moral, o juiz determina, por eqüidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso, o *quantum* da indenização devida, que deverá corresponder à lesão e não ser equivalente, por ser impossível tal equivalência. A reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e satisfação compensatória. Não se pode negar sua função: penal, constituindo uma sanção imposta ao ofensor; e compensatória, sendo uma satisfação que atenue a ofensa causada, proporcionando uma vantagem ao ofendido, que poderá, com a soma de dinheiro recebida, procurar atender a necessidades materiais ou ideais que repute convenientes, diminuindo, assim, seu sofrimento (*A responsabilidade civil por dano moral*. In *Revista Literária de Direito*, ano II, n. 9, p. 9, jan./fev./ de 1996).

O dano moral, na hipótese dos autos, é mesmo presumido, visto que decorre da humilhação sofrida em razão da conduta lesiva do Poder Público e ainda em se considerando os momentos aflitivos pelos quais passou a autora e seus familiares.

Nesse sentido Rui Stoco (*Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995, p. 491/2) salienta que o pagamento pelo dano moral:

> ... deve representar para a vítima uma satisfação, igualmente moral, ou seja, psicológica, capaz de neutralizar ou "anestesiar" em alguma parte o sofrimento impingido. A eficácia da contrapartida pecuniária está na aptidão para proporcionar tal satisfação em justa medida, de modo que tampouco signifique um enriquecimento sem causa da vítima, mas está também em produzir no causador do mal impacto bastante para dissuadi-lo de igual e novo atentado. Trata-se, então, de uma estimação prudencial.

E conclui:

> A composição do dano moral causado pela dor, ou o encontro do *pretium doloris* há de representar para a vítima uma satisfação, igualmente moral, ou seja, psicológica, e uma compensação pela perda de bem insubstituível.

Neste caso, considerando as provas produzidas nos autos, restaram evidentes a falta de manutenção na rede de esgoto municipal pela autarquia, que, ao deixar de observar um dever legal, não cumpriu sua obrigação

de manter desobstruída a rede coletora de dejetos, bem como a repercussão dos fatos em relação à vida da autora, que, de uma hora para outra, viu transformar sua casa em depósito de água e lama contaminada, além de submetida a situação vexatória e humilhante.

Assim, tenho que deve ser mantida a condenação, a título de dano moral, em R$5.250,00, em razão *da faute de service*, por se adequar aos requisitos legais necessários.

Com estas considerações, nego provimento às apelações.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores MANUEL SARAMAGO e DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA.

Súmula: NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

...

Ação civil pública - Combustível - Impropriedade para o consumo - Laudo - Comprovação - Procedimento administrativo - Utilização da prova - Possibilidade - ANP - Especificações de padrão - Verificação - Dano moral coletivo - *Quantum* - Fixação

Ementa: Ação civil pública. Apelação cível. Combustível impróprio para o consumo. Vício comprovado em laudo oriundo de procedimento administrativo. Utilização desta prova em processo judicial. Possibilidade. Produto com coloração fora das especificações da ANP. Verificação. Dano moral coletivo. Existência. *Quantum*. Fixação.

- O ônus da prova é regra de juízo, isto é, de julgamento, cabendo ao juiz, quando da prolação da sentença, proferir julgamento contrário àquele que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu.

- O sistema não determina quem deve fazer a prova, mas sim quem assume o risco caso não se produza: "Desde que regularmente produzida em contraditório de que participou a parte contra aquela se pretende usá-la, é admissível a prova trasladada de outro processo, se o fato é o mesmo" (*JTARS* 26/255).

- Tratando a relação jurídica entre as partes de relação de consumo e pleiteando-se indenização por danos morais decorrentes da venda de produto impróprio para o consumo, para a configuração da responsabilidade civil imputada ao apelado, é despicienda a averiguação de culpa.

- Na aferição do *quantum* moral em caso de comercialização de combustível fora do padrão de especificação, deve-se levar em consideração não só a satisfação da honra do ofendido, o desestímulo à reincidência do ofensor na conduta lesiva, como também aqueles constantes do art. 11 da Lei 9.847/99, que se referem à sanção de cunho administrativo a ser aplicada aos infratores.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.03.089917-4/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelada: Coleto Alda Filhos Ltda. - Relator: DES. DOMINGOS COELHO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 26 de março de 2008. - *Domingos Coelho* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DOMINGOS COELHO - Cuida-se de apelação cível interposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra a sentença de f. 328/331, que, nos autos da ação civil pública que move em desfavor de Coleto Alda Filhos Ltda., julgou improcedentes os pedidos pórticos.

Em suas razões de inconformismo, aduz o apelante que a prova de que o produto (combustível) era impróprio e inadequado fim a que se destina foi apresentada pelo Ministério Público através da representação feita pelo Procon/MG e que dela se extraem os seguidos laudos apresentados pela Universidade Federal de Minas Gerais, os quais advertiram, repetidamente, que o produto era impróprio à utilização do consumidor.

Afiança que impossível ao Ministério Público a prova de que, atualmente, os combustíveis vendidos pela apelada são impróprios ao fim a que se destinam, porque esses não seriam os fatos dos autos, sendo os laudos confeccionados pela UFMG mais do que suficientes para comprovar que o produto era impróprio à finalidade a que se destinava.

Foram apresentadas contra-razões às f. 348/357, nas quais se pugna pela manutenção do *decisum* objurgado.

Parecer da d. Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 370/378, pugnando pelo provimento do apelo.

Recurso próprio, tempestivo, regularmente processado e isento de preparo; dele conheço, visto que presentes todos os pressupostos de sua admissibilidade.

Ab initio, anoto que, diante da inexistência de preliminares a serem analisadas, passo diretamente ao exame do mérito recursal.

E, nele, tenho que razão assiste ao apelante.

A pretensão exordial é a de condenação da apelada por danos morais coletivos em virtude de adulteração no óleo diesel comercializado, tornando-o, portanto, impróprio/inadequado ao consumo a que se destina.

Pois bem.

Como cediço, se o autor alega fato constitutivo de seu direito, incumbe-lhe o ônus da prova.

De fato, e até por corolário da interpretação na norma legal ínsita no art. 333 do Código de Processo Civil, o ônus de provar incumbe a quem alega.

A doutrina assim se posiciona a respeito do tema:

> A distribuição do ônus da prova repousa principalmente na premissa de que, visando à vitória na causa, cabe à parte desenvolver perante o juiz e ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente [...].
> O ônus da prova recai sobre aquele a quem aproveita o reconhecimento do fato. Assim, segundo o disposto no art. 333 do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 297).

> O ônus da prova é regra de juízo, isto é, de julgamento, cabendo ao juiz, quando da prolação da sentença, proferir julgamento contrário àquele que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu. O sistema não determina quem deve fazer a prova, mas sim quem assume o risco caso não se produza (ECHANDIA. *Teoria general de la prueba judicial*. v. 1, nº 126, p. 441).

Assim, era ônus do Ministério Público, pois, demonstrar que o produto vendido pelo apelado estava adulterado e, portanto, impróprio ao consumo.

Ora, o que se pode verificar dos autos, ao contrário do entendimento defendido pela d. Juíza sentenciante, foi o fiel cumprimento das disposições constantes do art. 333, I, do CPC através da simples análise do laudo pericial realizado no procedimento administrativo.

Com a devida vênia, os documentos juntados são hábeis a comprovar as alegações de vício no produto, porquanto a prova emprestada - oriunda do procedimento administrativo instaurado em desfavor do apelado - respeitou o contraditório e a ampla defesa, servindo, pois, como meio legítimo para comprovar a verdade dos fatos alegados na exordial.

Sobre a prova emprestada confiram-se:

> A prova colhida em outro feito pode servir de elemento de convicção, pois a chamada prova emprestada inclui-se entre os meios moralmente legítimos que o CPC, art. 332, declara hábeis para provar a verdade dos fatos (NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado*. 10. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais).

> Desde que regularmente produzida em contraditório de que participou a parte contra aquela se pretende usá-la, é admissível a prova trasladada de outro processo, se o fato é o mesmo (*JTARS* 26/255).

Ademais, seria impossível ao Ministério Público provar que, atualmente, o combustível vendido pelo apelado é impróprio ao consumo, visto que as amostras colhidas foram utilizadas pela UFMG na confecção do laudo de f. 262, que constatou, inequivocamente, a inadequação do produto.

Nada obstante, cumpre ressaltar que a apelada apenas se bateu pela regularidade do produto comercializado, deixando, contudo, de providenciar provas que infirmassem qualquer equívoco no laudo apresentado, não sendo demais afirmar que a análise da contraprova - que se encontrava em poder do posto - também foi firme em comprovar o vício no produto, *verbis*:

> Informo ainda que o posto reclamado apresentou impugnação ao processo administrativo e requereu análise de contraprova da coleta de óleo diesel, a qual foi deferida e realizada posteriormente, ficando demonstrado ser o referido óleo impróprio ao uso e ao consumo, como pode ser visto dos Boletins de Análise nºs 129/03, 132/03 e 136/03 (f. 284).

Por fim, a eventual divergência técnica existente entre a Petrobras e a ANP no que concerne à especificação do combustível (coloração) não tem o condão de afastar as orientações técnicas expedidas pelo órgão regulador, cabendo a qualquer dos co-obrigados, como dispõe o art. 18 do CDC, a responsabilidade por reparar o dano.

A respeito:

> No sistema do CDC, respondem pelo vício do produto todos aqueles que ajudaram a colocá-lo no mercado, desde o fabricante (que elaborou o produto e o rótulo), o distribuidor, ao comerciante (que contratou com o consumidor). A cada um deles é imputada a responsabilidade pela garantia de qualidade-adequação do produto. Parece-nos, em um primeiro estudo, uma solidariedade imperfeita, porque tem como fundamento a atividade de produção típica de cada um deles. É como se a cada um deles a lei impusesse um dever específico, respectivamente, de fabricação adequada, de distribuição somente de produtos adequados e com as informações devidas. O CDC adota, assim, uma imputação, ou atribuição objetiva, pois todos são responsáveis solidários, responsáveis, porém, em última análise, por seu descumprimento do devedor de qualidade, ao ajudar na introdução do bem viciado no mercado. A legitimação passiva se amplia com a responsabilidade solidária e com um dever de qualidade que ultrapassa os limites do vínculo contratual consumidor/fornecedor direto (MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais).

Quanto ao dano moral, tenho que a reparabilidade ou ressarcibilidade do dano moral é pacífica na doutrina e na jurisprudência, mormente após o advento da Constituição Federal, de 05.10.88 (art. 5º, incisos V e X), estando hoje sumulada, sob o nº 37, pelo STJ.

Como observa Aguiar Dias, citado pelo Des. Oscar Gomes Nunes do TARS,

> [...] a reparação do dano moral é hoje admitida em quase todos os países civilizados. A seu favor e com o prestígio de sua autoridade, pronunciaram-se os irmãos Mazeaud, afirmando que não é possível, em sociedade avançada como a nossa, tolerar o contra-senso de mandar reparar o menor dano patrimonial e deixar sem reparação o dano moral (DIAS, Aguiar. *A reparação civil*. Tomo II, p. 737).

Importante ter-se sempre em vista a impossibilidade de se atribuir equivalente pecuniário a bem jurídico da grandeza dos que integram o patrimônio moral, operação que resultaria em degradação daquilo que se visa a proteger (cf. voto do Min. Athos Carneiro, no REsp nº 1.604/SP, *RSTJ* 33/521).

Caio Mário, apagando da ressarcibilidade do dano moral a influência da indenização, na acepção tradicional, entende que há de preponderar

> [...] um jogo duplo de noções: a - de um lado, a idéia de punição ao infrator, que não pode ofender em vão a esfera jurídica alheia [...]; b - de outro lado, proporcionar à vítima uma compensação pelo dano suportado, pondo-lhe o ofensor nas mãos uma soma que não é o *pretium doloris*, porém uma ensancha de reparação da afronta (*Instituições de direito civil*. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, v. 2, p. 235).

E acrescenta: "[...] na ausência de um padrão ou de uma contraprestação que dê o correspectivo da mágoa, o que prevalece é o critério de atribuir ao juiz o arbitramento da indenização" (ob. cit., p. 316).

Os pressupostos da obrigação de indenizar são, no dizer de Antônio Lindenbergh C. Montenegro:

> a - o dano, também denominado prejuízo; b - o ato ilícito ou o risco, segundo a lei exija ou não a culpa do agente; c - um nexo de causalidade entre tais elementos. Comprovada a existência desses requisitos em um dado caso, surge um vínculo de direito por força do qual o prejudicado assume a posição de credor e o ofensor a de devedor, em outras palavras, a responsabilidade civil (*Ressarcimento de dano*. Rio de janeiro: Âmbito Cultural Edições, 1992, nº 2, p. 13).

Contudo, tratando a relação jurídica entre as partes de relação de consumo e pleiteando-se indenização por danos morais decorrentes da venda de produto impróprio para o consumo, para a configuração da responsabilidade civil imputada ao apelado, é despiciendo a averiguação de culpa (art. 12, *caput*, CDC).

Sendo incontroverso, nos autos, que o combustível comercializado pelo apelado era impróprio ao consumo, não resta dúvida de que o posto, na condição de fornecedor que participou da cadeia de consumo, sob o enfoque o art. 18 do CDC, descurou de seu dever legal de comercializar bens em perfeitas condições de utilização.

Dito isso, a conduta do fornecedor de comercializar combustível impróprio ao fim a que se destina, implica não só danos efetivos para aquele que venha a abastecer o veículo, mas, sobretudo, há uma ofensa a toda a coletividade, que, confiando na lisura da empresa e na suposta qualidade do produto que está sendo apresentado, foi irremediavelmente lesada, fato que caracteriza a conduta ilegal praticada e a conseqüente imposição do pagamento de montante a título de dano moral.

Quanto ao valor a ser fixado a título de danos morais coletivos, tenho que deverá ser arbitrado com prudência, devendo ser suficiente para a reparação do dano sofrido.

Carlos Alberto Bittar ensina:

> Tem a doutrina, todavia, bem como algumas leis no exterior, delineado parâmetros para a efetiva determinação do *quantum*, nos sistemas a que denominaremos abertos, ou seja, que deixam ao juiz a atribuição. Opõem-se-lhes os sistemas tarifados, em que os valores são predeterminados na lei ou na jurisprudência.
> Como é por demais sabido, na valoração da verba indenizatória a título de danos morais, deve-se levar em conta a dupla finalidade da reparação, buscando um efeito repressivo e pedagógico e propiciar à vítima uma satisfação, sem que isto represente um enriquecimento sem causa.

Caio Mário da Silva Pereira observa:

> É certo, como visto acima, que a indenização, em termos gerais, não pode ter o objetivo de provocar o enriquecimento ou proporcionar ao ofendido um avantajamento, por mais forte razão deve ser eqüitativa a reparação do dano moral, para que se não converta o sofrimento em móvel de captação de lucro (*de lucro capiendo*) (*Responsabilidade civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1990, nº 252, p. 339).

No caso em análise, por se tratar de uma ação civil pública baseada em legislação específica, tenho que, na aferição do *quantum*, deve-se levar em consideração não só os parâmetros outrora mencionados, como também aqueles constantes do art. 11 da Lei 9.847/99, que se referem à sanção de cunho administrativo a ser aplicada aos infratores nos casos em que:

> importar, exportar e comercializar petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis fora de especificações técnicas, com vícios de qualidade ou quantidade, inclusive aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes do recipiente, da embalagem ou rotulagem, que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor: Multa - de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) a R$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais).

Assim, tenho que a fixação do dano moral coletivo no patamar de R$ 100.000,00 (cem mil reais) é suficiente

para a reparação do dano sofrido, visto que atende às circunstâncias do caso e à extensão dos danos causados à coletividade, sendo de bom alvitre ressaltar que o *quantum* indenizatório fica ao arbítrio do juiz.

Em razão do exposto, dou provimento ao recurso para reformar a sentença monocrática e condenar o apelado - a título de danos morais coletivos - ao pagamento da quantia de R$ 100.000,00 (cem mil reais).

Custas recursais, pelo apelado.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA e NILO LACERDA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Embargos do devedor - Execução fiscal - Inventário - Espólio - Cota-parte - Bem de família - Não-caracterização - Penhora no rosto dos autos - Admissibilidade - Não-acolhimento dos embargos

Ementa: Penhora. Rosto do inventário. Universalidade de bens. Impenhorabilidade do bem de família.

- Quando a penhora é efetivada no rosto dos autos do inventário, recaindo, portanto, sobre a universalidade dos bens deixados pelo devedor falecido, e não sobre um bem certo e determinado, não há como reconhecer, antes da partilha, a impenhorabilidade do bem de família.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0672.04.137811-4/002 - Comarca de Sete Lagoas - Apelante: Espólio de Fernando Pereira de Moura, representado pelo inventariante Luiz Fernando Gonçalves de Moura - Apelada: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 26 de fevereiro de 2008. - *José Domingues Ferreira Esteves* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES - Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Espólio de Fernando Pereira de Moura, representado pelo inventariante Luiz Fernando Gonçalves de Moura, em face da r. sentença de f. 73/75, que julgou improcedentes os embargos por ele opostos contra a penhora realizada no rosto dos autos do inventário para garantir execução fiscal que lhe recaiu, na condição de coobrigado do devedor principal Batersete Ltda.

Para tanto, sustenta o apelante, em suas razões recursais de f. 76/79, a impenhorabilidade do quinhão referente a 1/7 de um imóvel, à alegação de que constituía bem de família do autor da herança, pelo que pugnou pelo provimento de seu recurso.

Conheço do vigente recurso, visto que próprio e tempestivo.

Cuida-se de embargos de devedor opostos pelo espólio de Fernando Pereira de Moura, alegando, primordialmente, a ilegalidade da penhora, por ter recaído sobre imóvel amparado pela Lei nº 8.009/90.

O d. Magistrado inaugural, após verificar que, nos termos do art. 1.997 do CC, a herança responde pelas dívidas do falecido, julgou improcedente o pedido, ao fundamento de que não se pode estender aos herdeiros o direito de impenhorabilidade do bem de família pertencente ao devedor falecido, se aqueles não residirem no imóvel penhorado.

Nos termos do art. 1.997 do Código Civil, "a herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido".

Nesse contexto, dúvidas inexistem de que a herança deixada pelo devedor falecido deve responder pelas obrigações fiscais a ele imputadas, na condição de coobrigado da empresa Batersete Ltda.

Feita esta consideração inicial, para o correto deslinde do feito, imperioso evidenciar que a penhora efetivada na execução fiscal não recaiu sobre bem certo, ou seja, sobre o imóvel residencial, que, segundo o apelante, diz ser impenhorável por consistir em bem de família.

Conforme se comprova nos autos da execução, a penhora foi efetivada no rosto do inventário no montante de R$ 4.310,72 (quatro mil trezentos e dez reais e setenta e dois centavos), *ex vi* de f. 43.

No mencionado inventário foram arrolados os seguintes bens: 1/7 de uma casa residencial; uma moto Honda 125cc; saldo na conta vinculada do FGTS e saldo conta PIS/PASEP, totalizando o valor de 4.756,30 (quatro mil setecentos e cinqüenta e seis reais e trinta centavos) - f. 04/05.

Nesse rumo, não obstante a penhora ter recaído sobre a quase totalidade do montante inventariado, a insurgência cinge-se, tão-somente, sobre o quinhão do devedor falecido sobre o imóvel, que, segundo prova dos autos, de fato, constituía, para o autor da herança, bem de família, amparado pela impenhorabilidade reconhecida pela Lei 8.009/90.

Todavia, a despeito das considerações feitas nos autos, não há como reconhecer, neste momento, a alegada impenhorabilidade, porquanto, conforme acima evidenciado, a penhora foi efetivada no rosto dos autos

do inventário, recaindo, assim, sobre o direito à herança, consistente numa universalidade de bens deixados pelo *de cujus*, que estão sendo inventariados, e não sobre bem certo e determinado.

Sobre a impossibilidade de a penhora em inventário recair, antes da partilha, em bem certo e determinado, cumpre trazer à colação jurisprudência deste eg. Tribunal:

> Ementa: Embargos de terceiro. Penhora. Constrição de bem certo e determinado, antes da partilha. Impossibilidade. - A penhora realizada antes da partilha, no rosto dos autos do inventário, não pode recair sobre bem certo e determinado, mas, sim, sobre os direitos que o executado tem na herança. Nula, portanto, a penhora assim feita, nos termos do art. 145, II, do Código Civil, por ser impossível seu objeto (Ap. nº 2.0000.00.361223-1/000; Rel. Des. Maurício Barros; *DJ* de 08.06.2002).

Assim, não recaindo sobre bem certo e determinado, não há como, neste momento, excluir dos direitos penhorados aquele referente ao quinhão (1/7) do bem imóvel, muito menos reconhecê-lo como sendo bem de família, já que, neste caso particular, não se pretende a impenhorabilidade da 'residência', mas apenas e tão-somente do direito a um quinhão (1/7) que era de propriedade do devedor falecido, em que o inventariante, ora apelante, único herdeiro, não reside, assim como nunca residiu, no aludido imóvel, não constituindo, para este, bem de família.

Por estas breves considerações, não vejo como desconstituir a penhora realizada nos autos.

Em razão do exposto, não havendo qualquer fundamento a ensejar a desconstituição da sentença, nego provimento ao recurso.

Custas, pelo apelante, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ERNANE FIDÉLIS e EDILSON FERNANDES.

Súmula: NEGARAM PROVIMENTO.

...

Indenização - Dano moral - Dano material - Acidente do trabalho - Morte do trabalhador - Viúva e filho do vitimado - Demanda em nome próprio - Relação de direito pessoal - Competência da Justiça comum

Ementa: Agravo de instrumento. Ação de indenização por danos morais e materiais. Acidente de trabalho. Falecimento. Demanda em nome próprio. Relação de direito pessoal. Competência da Justiça comum.

- A ação de reparação por danos morais e materiais sofridos pelo parente em razão de falecimento de ente familiar, mesmo que tenha ocorrido em decorrência de acidente de trabalho, possui natureza exclusivamente cível.

- A indenização pleiteada guarda relação com os direitos civis (direitos da personalidade), e não com os direitos trabalhistas do *de cujus*, razão pela qual não há que se falar em competência da Justiça do Trabalho.

AGRAVO Nº 1.0024.06.190897-6/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravantes: Sônia de Fátima Borges e outro - Agravada: RVR Siderurgia Empreendimentos Florestais Ltda. - Relator: DES. ADILSON LAMOUNIER

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 28 de fevereiro de 2008. - *Adilson Lamounier* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ADILSON LAMOUNIER (convocado) - Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão do douto Magistrado *a quo*, reproduzida às f. 58/62-TJ, que, nos autos da ação de indenização por acidente do trabalho c/c danos morais e materiais, proposta pelos agravantes em face da agravada, fundamentando-se no art. 113 do CPC, na Súmula 736 do STF, bem como nas recentes alterações constitucionais trazidas pela EC-45 a respeito da competência material da Justiça do Trabalho, declinou de sua competência para uma das varas da Justiça do Trabalho de Belo Horizonte.

Nas razões recursais, os agravantes pugnam pela reforma da decisão agravada sob a alegação de que, apesar de o fato gerador do dano moral por eles alegado ser o acidente de trabalho fatal sofrido pelo *de cujus* (que era marido da primeira e pai do segundo agravante), a indenização pleiteada na ação principal busca a compensação pela dor da perda do parente, estando, assim, fundamentada em direito próprio dos agravantes, e não em direito do *de cujus* em face da ex-empregadora decorrente da relação trabalhista, razão pela qual a competência para a causa é da Justiça comum estadual.

Requerem a concessão de efeito suspensivo ao recurso.

Pedem, ao final, o provimento do recurso para que seja declarada a competência da Justiça comum estadual para a apreciação e julgamento do feito.

Às f. 67/69-TJ, foi concedido o efeito suspensivo requerido.

À f. 76-TJ, o douto Magistrado *a quo* informou o cumprimento do disposto no art. 526 do CPC, bem como que mantivera a decisão agravada.

Às f. 91/95-TJ, a agravada ofereceu resposta pugnando pelo improvimento do recurso.

Parecer ministerial às f. 138/143-TJ, opinando pelo conhecimento do recurso.

É o relatório do essencial.

Decido.

Compulsando os autos, verifico que a ação de indenização foi proposta pela viúva e pelo filho do trabalhador (falecido em decorrência de acidente de trabalho) em face da ex-empregadora do *de cujus*, pleiteando compensação por danos morais e materiais decorridos em razão da perda do referido ente familiar.

É fato que o inciso VI do art. 114 da CF/88, acrescentado pela EC-45, estabelece a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar "as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho".

Acrescenta-se, que o STF, ao julgar o Conflito de Competência nº 7.204-1/MG, pacificou o entendimento de que a ação de indenização fundada em dano moral ou material, decorrentes da relação de trabalho, intentada por trabalhador contra empregador, é da competência da Justiça do Trabalho.

Contudo, este não é o caso da lide em questão, uma vez que aqui a indenização pleiteada guarda relação com os direitos civis dos agravantes (direitos da personalidade), e não com os direitos trabalhistas do *de cujus*, razão pela qual não há que se falar em competência da Justiça do Trabalho.

Desse modo, a pretensão dos autores agravantes é a reparação pelos danos que teriam decorrido da morte do ex-marido e pai (André Luis da Silveira Cardoso), sendo irrelevante a circunstância de o infortúnio ser conseqüência de ato comissivo ou omissivo praticado pela ex-empregadora ou por terceiro.

A propósito, veja-se jurisprudência do colendo STJ:

> Ementa: Conflito de competência. Acidente do trabalho. Morte do empregado. Ação de indenização proposta pela esposa do falecido. - Compete à Justiça comum processar e julgar ação de indenização proposta pela mulher de trabalhador que morre em decorrência de acidente do trabalho. É que, neste caso, a demanda tem natureza exclusivamente civil, e não há direitos pleiteados pelo trabalhador ou, tampouco, por pessoas na condição de herdeiros ou sucessores desses direitos. Os autores postulam direitos próprios, ausente relação de trabalho entre estes e o réu. Precedentes da Segunda Seção (CC 54.210-RO e 40.618-MS). Conflito conhecido, para declarar a competência da Justiça comum (STJ - CC 056443/MG - Relator Ministro Castro Filho - *DJ* de 10.05.2006).
>
> Conflito de competência. Acidente do trabalho. Morte do empregado. Ação de indenização proposta pela esposa e pelo filho do falecido.
> 1. Compete à Justiça comum processar e julgar ação de indenização proposta pela mulher e pelo filho de trabalhador que morre em decorrência de acidente do trabalho. É que, neste caso, a demanda tem natureza exclusivamente civil, e não há direitos pleiteados pelo trabalhador ou, tampouco, por pessoas na condição de herdeiros ou sucessores destes direitos. Os autores postulam direitos próprios, ausente relação de trabalho entre estes e o réu.
> 2. Conflito conhecido para declarar a competência da Justiça comum (STJ - CC 54210/RO - Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito - Segunda Seção - julgado em 09.11.2005 - *DJ* de 12.12.2005, p. 268).
>
> Conflito de competência. Acidente do trabalho. Viúva e filha de empregado vitimado em serviço. Demanda em nome próprio.
> 1. Após o advento da Emenda Constitucional 45, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Conflito de Competência 7.204-MG, compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações de dano moral e patrimonial decorrentes de acidente do trabalho.
> 2. No caso, as autoras, na condição de viúva e filha do empregado vitimado, buscam e atuam em nome próprio, perseguindo direito próprio, não decorrente da antiga relação de emprego, e sim do acidente do trabalho.
> 3. Neste contexto, em se tratando de ato das empresas, suficiente à caracterização de culpa civil, de onde emergente o direito à indenização pleiteada, a competência para o processo e julgamento é da Justiça Estadual.
> 4. Competência determinada pela natureza jurídica da lide, relacionada com o tema da responsabilidade civil.
> 5. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 6ª Vara Cível de Dourados-MS - o suscitado. (STJ - CC 40618/MS - Relator Ministro Fernando Gonçalves - Segunda Seção - julgado em 28.09.2005 - *DJ* de 13.10.2005, p. 139).

Como se pode ver, orbitando a *vexata quaestio* em torno da pretensão de reparação por danos morais e materiais sofridos pelo parente em razão de falecimento de ente familiar, mesmo que o falecimento tenha ocorrido em decorrência de acidente de trabalho, a natureza da lide é exclusivamente cível, razão pela qual compete à Justiça comum estadual apreciar e julgar a questão, não se enquadrando o feito na regra do art. 114 da Constituição Federal ou no precedente firmado no julgamento do conflito de competência pelo Supremo Tribunal Federal, relativo à demanda proposta por empregado contra empregador.

Pelo exposto, dou provimento ao agravo de instrumento para revogar a decisão agravada e declarar competente para processamento e julgamento do feito o Juízo da 7ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores CLÁUDIA MAIA e ALBERTO HENRIQUE.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Mandado de segurança - Estabelecimento de ensino - Matrícula - Menor - Portador de necessidades especiais - Recomendação médica - Direito líquido e certo

Ementa: Mandado de segurança. Matrícula em escola infantil por recomendação médica. Menor portador de necessidades especiais. Direito líquido e certo.

- É ilegal o ato de autoridade educacional que nega a matrícula de menor portador de necessidades especiais, por recomendação médica, para complementar o seu tratamento e propiciar-lhe o desenvolvimento da linguagem e da socialização.

- Tem o menor direito a um atendimento que possibilite o seu tratamento de forma adequada, ou estará ferido o direito à vida e os princípios da isonomia e da igualdade de condições.

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0223.07.212829-9/001 - Comarca de Divinópolis - Remetente: Juiz de Direito da Vara de Execuções Criminais, da Infância e Juventude da Comarca de Divinópolis - Apelante: Município de Divinópolis - Apelado: Eduardo Henrique Souza Vieira representado p/ mãe Neide Aparecida Rodrigues Vieira - Autoridade coatora: Prefeito do Município de Divinópolis, Secretaria Municipal de Educação de Divinópolis - Relator: DES. WANDER MAROTTA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONFIRMAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 11 de março de 2008. - *Wander Marotta* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. WANDER MAROTTA - Eduardo Henrique Souza Vieira, menor impúbere, representado por sua mãe, Neide Aparecida Rodrigues Vieira, impetrou mandado de segurança contra ato da Secretária Municipal de Educação de Divinópolis e do Prefeito Municipal, alegando que, contando com três anos de idade, é portador de "deformidades congênitas de membros inferiores, com amputação congênita da tíbia distal esquerda e hemimelia tibular à direita"; que, em razão de seu quadro clínico, a ortopedista que o acompanha prescreveu a necessidade de ser matriculado em escola regular, para melhor aquisição de linguagem e socialização; que o parecer clínico foi referendado pela psicóloga atuante no SUS; que, apesar dos esforços de sua mãe no sentido de obter uma vaga nas escolas municipais, notadamente na Escola Herbert de Souza, no período próprio, não obteve êxito, sendo-lhe negada a matrícula. Ressalta que o ato viola direito constitucionalmente garantido à saúde e educação, requerendo a liminar para efetivação de sua matrícula e, ao final, a concessão da segurança.

A r. decisão de f. 30/31 deferiu ao impetrante os benefícios da assistência judiciária, além da liminar, determinando às autoridades impetradas providenciar, no prazo de quarenta e oito horas, a matrícula do impetrante no estabelecimento de ensino mencionado, assegurando-lhe a freqüência às aulas durante o ano letivo de 2007 e períodos subjacentes, sob pena de multa diária de R$ 3.000,00.

Informações do Prefeito Municipal sustentando não ter negado matrícula ao impetrante, sendo cumpridas apenas as providências burocráticas para sua efetivação.

À f. 55, manifestou-se o Ministério Público pela concessão da ordem.

A sentença concedeu a segurança, confirmando a liminar já deferida em todos os seus termos (f. 56/57).

Inconformado, recorre o Município de Divinópolis (f. 60/68), sustentando não ser seu objetivo descuidar-se do dever constitucionalmente imposto de prestar assistência digna e satisfatória no campo de educação; que deve obedecer aos parâmetros técnicos estabelecidos ano a ano; que não há prova do direito líquido e certo pretendido, uma vez que não se negou ao impetrante o acesso às escolas municipais, tornando-se necessário "identificar os procedimentos reclamados *in concreto* e, nesse passo, respeitá-los de bom grado" (f. 68).

Em contra-razões, o apelado pugna pelo não-conhecimento do recurso pela intempestividade. Caso assim não se entenda, bate-se pelo improvimento.

Em que pese não haver prova da intimação do Procurador do Município de Divinópolis, que deve ser feita pessoalmente e não através da imprensa oficial, o recurso foi interposto no prazo legal.

Nos termos do art. 2º da Res. 289/95 deste Tribunal, "as intimações publicadas no Diário Oficial consideram-se feitas 2 (dois) dias úteis após a data de sua edição".

Assim, publicada a decisão em 30.05.2007, quarta-feira (f. 57-v.), a intimação ocorreu no dia 04.06.2007, segunda-feira, iniciando-se o prazo recursal em 05.06.2007, que expirou em 04.07.2007. Interposto o recurso voluntário pelo Município em 02.07.2007, é tempestivo.

Conheço da remessa oficial e do recurso voluntário.

O mandado de segurança visa proteger direito subjetivo individual, líquido e certo, que deve ser comprovado documentalmente e de plano.

In casu, pretende o impetrante que se lhe reconheça o direito líquido e certo à matrícula em escola pública em decorrência de prescrição médica.

A prova demonstra que o impetrante, menor impúbere, com três anos de idade, é portador de "deformidades congênitas de membros inferiores, com amputação congênita da tíbia distal esquerda e hemimelia fibular à direita", fazendo uso de "ortoprótese à direita e prótese transtibial à esquerda", mantendo acompanhamento médico desde agosto de 2003, sendo-lhe recomendada a inserção "em escola regular para melhorar a aquisição de linguagem e socialização da criança", conforme relatório médico emitido pela Dr.ª Iara R. A. Lacerda, da equipe de ortopedia e traumatologia da Associação das Pioneiras Sociais Rede Sarah de Hospitais de Reabilitação (f. 25).

Nos termos da declaração emitida pela psicóloga do SUS, o menor "é uma criança que necessita freqüentar uma escola para socializar-se mais. É uma criança inteligente, estabelece um bom contato com as pessoas, porém não convive muito com crianças de sua idade" (f. 23).

Dispõe a Constituição Federal:

> Art. 196 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. [...]
> Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. [...]
> Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: [...]
> IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

Segundo o disposto na Lei nº 9.394, de 20.12.96, que estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional:

> Art. 4º. O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de: [...]
> IV - atendimento gratuito em creches e pré-escolas às crianças de zero a seis anos de idade;
> V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

A Lei nº 8.069, de 13.07.90, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, garante à criança o acesso ao ensino pré-escolar e ao fundamental, bem como aos níveis mais elevados de escolaridade:

> Art. 7º A criança e o adolescente têm direito à proteção, à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. [...]
> Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes:
> I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; [...]
> V - acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência.
> Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: [...]
> IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

O impetrante, menor impúbere, além de portador de necessidades especiais, é uma criança inteligente, cuja inserção na escola é necessária ao seu desenvolvimento harmonioso e completo, como recomendado pelos profissionais que acompanham o seu tratamento médico.

Como bem observou o d. Magistrado de primeiro grau:

> O direito à saúde é muito mais amplo do que o simples fornecimento de atendimento médico e de remédios, uma vez que seu objetivo não é tão-somente manter viva a pessoa, mas também lhe fornecer meios para que esta vida seja sadia e harmoniosa. É nesse contexto que se depreende a importância da inserção do impetrante em uma escola infantil, já que sua socialização foi requerida em complemento ao tratamento médico. Outrossim, não há dúvida de que a responsabilidade para garantir o direito do impetrante, no caso dos autos, é do Município, sendo que a matrícula foi negada, conforme se observa do documento de f. 28/29. As normas constitucionais que regulam a matéria não deixam nenhuma dúvida quanto a isso... (f. 56).

Não pode o Município erguer barreiras burocráticas, ensejando obstaculizar ou mesmo impedir o tratamento adequado ao cidadão carente, até mesmo porque o direito à saúde é assegurado pela Constituição Federal e não pode ser restringido.

A saúde é um direito constitucional previsto nos arts. 6º e 196 da CF, extensivo a toda a população e previsto, também, no Estatuto da Criança e do Adolescente. Esses dispositivos, ao contrário do que afirma o apelante, não podem ser entendidos como normas programáticas, ou de "mera orientação ao legislador", como dizia a doutrina clássica, sob o risco de se deixar de tutelar bem considerado pela ordem jurídica pátria como de essencial relevância.

Com efeito, quando se defende o direito à saúde, protege-se, por conseqüência, a principal objetividade jurídica do nosso ordenamento, a vida humana.

Tem o menor direito a um atendimento que possibilite o seu tratamento de forma adequada, ou estará ferido o direito à vida e os princípios da isonomia e da igualdade de condições.

Na real verdade, a melhor interpretação da lei é a que se preocupa com a solução mais justa, não poden-

do seu intérprete e aplicador olvidar que o rigorismo na hermenêutica de seus textos pode conduzir à injustiça e ao sofrimento.

Os portadores de necessidades especiais não podem ficar à mercê da solução de problemas de ordem administrativa.

In casu, trata-se de necessidade decorrente de deformidades congênitas, que tornam vulnerável a criança, e sua adaptação ao meio e ao convívio com outras crianças é imperioso, para que se lhe proporcione o desenvolvimento harmonioso e sadio a que tem direito e que não pode ser dificultado pela inércia do setor público.

Assim, em reexame necessário, confirmo a sentença, prejudicado o recurso voluntário.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES HELOÍSA COMBAT e ALVIM SOARES.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

...

Embargos do devedor - Prova - Desnecessidade - Indeferimento - Cerceamento de defesa - Não-ocorrência - Fiança - Outorga uxória - Ausência - Alegação de nulidade pelo fiador - Inadmissibilidade - Sociedade de responsabilidade limitada - Quotas - Penhora - Proposta de contrato assinada - Título hábil - Execução

Embargos do devedor. Indeferimento de prova desnecessária. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Fiança. Ausência de outorga uxória. Alegação de nulidade pela própria pessoa que ofereceu a garantia. Inadmissibilidade. Penhora das quotas sociais de sociedade de responsabilidade limitada. Proposta de contrato devidamente assinada. Título hábil a instruir a execução.

- Se a prova pericial requerida pela parte não é necessária ao deslinde da controvérsia, o seu indeferimento não implica cerceamento de defesa.

- Apenas o cônjuge prejudicado com o oferecimento de garantia, sem sua aquiescência, poderia demandar a nulidade da fiança ou a sua não-prevalência em face dele, mas nunca aquele que ofereceu a garantia sem conhecimento de seu consorte, sob pena de se permitir que a parte se beneficie de sua própria torpeza.

- É possível a penhora das quotas de sociedade de responsabilidade limitada, pois não há nenhuma regra impedindo tal constrição. E, se as quotas integram o patrimônio do devedor, devem responder por suas dívidas.

- Se a proposta de contrato foi devidamente assinada pelas partes, contém descrição dos serviços a serem prestados e valores devidos, não tendo os executados negado a prestação do serviço, é o título hábil a instruir processo de execução.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.307952-9/002 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: Academia Dynamis Tênis S/C Ltda. e outro - Apelados: R Barros Equipamentos Promocionais Ltda. e outro - Relator: DES. PEDRO BERNARDES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR AS PRELIMINARES E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 29 de janeiro de 2008. - *Pedro Bernardes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PEDRO BERNARDES - Trata-se de embargos do devedor apresentados por Academia Dynamis de Tênis S/C Ltda., Claudius Tenório Pereira e Glauce Moura Tenório em face da execução que lhes promovem R Barros Equipamentos Promocionais Ltda. e LR Design Ltda. O MM. Juiz da causa, às f. 133/137, julgou improcedente o pedido inicial.

Inconformados com a r. sentença, apelam os embargantes (f. 139/167) alegando, em suma, que a sentença deve ser cassada, já que os valores cobrados pelas apeladas estão muito acima da média de mercado; que há necessidade de demonstração do vício do contrato e do excesso de execução, devendo ser produzida prova pericial; que houve cerceamento ao direito de defesa dos recorrentes; que não há confirmação da prestação de serviços, nem tampouco prova da efetiva locação; que a prova pericial é indispensável para comprovar os vícios do contrato objeto da execução, bem como para demonstrar os excessos e as ilegalidades praticadas pelas apeladas, sendo certo que o julgamento da lide sem a realização da indispensável prova pericial cerceou o direito de defesa dos recorrentes; que, à época da celebração do contrato, o segundo apelante era casado sob regime de comunhão parcial de bens; que, para a validade da fiança, imprescindível se faz a anuência da esposa, ou seja, prestação de outorga uxória; que indiscutível a nulidade da fiança prestada no contrato celebrado, já que inexistente a outorga uxória;

que, sendo nula a fiança, impossível a manutenção do segundo apelante no pólo passivo da execução; que deve ser declarado nulo ou anulado o penhor constituído pelo apelante; que deve ser acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva do segundo recorrente, com o cancelamento da penhora realizada; que são divergentes, doutrina e jurisprudência, quanto à possibilidade de se realizar o ato de penhora sobre quotas sociais pertencentes ao executado, quando este figurar como sócio de uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada, cujo contrato social não estabeleça expressamente o critério da forma de cessão, alienação ou transferência de tais quotas; que, quando a hipótese de cessão, alienação ou transferência é prevista no contrato, havendo restrição expressa sobre a realização de tais atos, sem o consentimento prévio e unânime dos demais sócios, tanto doutrina e jurisprudência não têm vacilado a este respeito, protegendo a vontade maior dos demais sócios de manter a característica *intuitu personae* da sociedade; que a apelante é sociedade eminentemente personalista, familiar; que a restrição mencionada está prevista na cláusula 9ª do contrato social; que é impossível a constrição judicial sobre quotas sociais da sociedade apelante, pertencentes ao segundo recorrente; que deve ser reconhecida a impenhorabilidade das quotas sociais; que não há título de crédito hábil a instruir e a fundamentar o pedido; que o documento juntado aos autos pelas apeladas não preenche os requisitos legais do art. 586 do CPC; que na proposta de contrato não há confirmação da prestação dos serviços; que não consta dos autos prova da efetivação da locação; que as apeladas não trouxeram aos autos os documentos fiscais que deveriam acobertar o negócio; que da proposta de contrato não se extrai certeza, liquidez e exigibilidade; que os apelantes não reconhecem e não devem o valor cobrado na execução, porque não há prova da exigibilidade do valor perseguido; que as apeladas não demonstraram os custos da contratação, da mão-de-obra, dos materiais e dos demais produtos utilizados no contrato; que os valores praticados pelas apeladas estão muito acima da média dos concorrentes.

Alegam as recorridas, nas contra-razões de f. 169/176, que os apelantes assumiram, por meio de instrumento particular de penhor mercantil, ser devedores da quantia de R$ 225.000,00 referente à locação e montagem de *stand*, conforme contrato firmado em 19.07.2006; que se verifica dos autos a existência de proposta de contrato de locação de bens móveis e montagem, a qual foi rubricada por todos os apelantes, por eles assinada, na presença de duas testemunhas, aperfeiçoando-se o contrato; que não se pode falar em simples proposta, mas em um perfeito e jurídico contrato de prestação de serviços; que o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas se constitui título executivo extrajudicial; que não se sustentam as alegações de não-comprovação dos serviços e da ausência de documentos fiscais; que o penhor mercantil assinado pela primeira e segundo apelantes é prova suficiente da total e irrestrita prestação dos serviços, havendo confissão quanto à dívida; que o segundo apelante não pode valer-se da suposta falta de consentimento de sua esposa porque, ao tempo em que foram assinados os contratos, já se encontravam separados consensualmente; que somente o cônjuge teria legitimidade para pleitear a anulação do ato supostamente maculado; que não há falar em nulidade da fiança prestada; que não há qualquer óbice legal à penhora de quotas sociais; que a dívida foi assumida pela própria sociedade; que a outra sócia também assinou o contrato, aquiescendo com as garantias oferecidas; que no contrato social não há restrição à cessão de quotas para terceiros, não sendo vedada a constrição.

Presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, conheço do apelo.

Analiso a preliminar de cerceamento de defesa.

Preliminarmente: Cerceamento de defesa.

Dizem os recorrentes que os valores cobrados pelas apeladas estão muito acima da média de mercado, devendo ser realizada prova pericial para demonstrar que há vício no contrato e excesso de execução.

Entendo que, na presente hipótese, não há o alegado cerceamento de defesa.

Não havia qualquer necessidade de produção de prova pericial na presente hipótese.

As ora apeladas apresentaram uma proposta de contrato aos apelantes, especificando os serviços a serem prestados e os custos.

E os apelantes concordaram com os valores apresentados, tanto que assinaram a proposta e ofereceram as quotas sociais como garantia de pagamento da dívida. Posteriormente, ainda assinaram um outro contrato, relativamente a serviços complementares a serem prestados no mesmo evento a que se referia o primeiro contrato.

Não poderiam os recorrentes, após a celebração do contrato, simplesmente dizer que os valores cobrados estão acima dos preços praticados no mercado. Se concordaram com os valores apresentados, devem arcar com eles. Poderiam, antes de assinarem a proposta, negociar o valor, se o achavam exagerado. Mas não agora, quando o contrato já foi assinado e a dívida está sendo executada.

Se assinaram a proposta, são responsáveis pelo pagamento do valor dela constante, não se podendo falar em realização de perícia para apurar os preços cobrados por outras empresas que atuem no mesmo setor.

Logo, não havia necessidade de produção da prova pericial requerida, não se configurando, na espécie, o alegado cerceamento de defesa.

Cabe ao magistrado indeferir as provas inúteis, protelatórias ou desnecessárias, sendo exatamente esta a hipótese dos autos.

Logo, rejeito a preliminar de cerceamento de defesa.

Ilegitimidade passiva do segundo recorrente.

Dizem os recorrentes que, quando da celebração da proposta de contrato, o segundo recorrente, fiador, era casado, não sendo válida a garantia por ele prestada.

Mais uma vez, não merece acolhimento a afirmação dos recorrentes.

Primeiramente porque apenas eventual cônjuge prejudicado com o oferecimento da garantia, sem sua aquiescência, poderia demandar a nulidade da fiança ou a sua não-prevalência em face dele, mas nunca aquele que ofereceu a garantia sem conhecimento de sua esposa. A se admitir tal conduta, estar-se-ia admitindo que a parte se beneficiasse da própria torpeza, o que não é razoável nem justo.

Assim sendo, apenas eventual esposa do apelante poderia questionar a validade da fiança por ele prestada, mas nunca ele mesmo.

Já decidiu o TJMG:

> Monitória. Protesto. Inadimplemento. Exercício regular de direito. Fiança. Ausência de outorga uxória. Nulidade invocada pelo próprio fiador. Impossibilidade. Alegação do cônjuge. Procedimento próprio. Prorrogação do contrato. Anuência. Inocorrência. Desoneração. Pessoa jurídica. Sócios. Distinção. Autonomia patrimonial. - Constitui exercício regular de direito o protesto de título uma vez que for comprovado o inadimplemento. A alegação de nulidade da fiança não favorece o próprio garantidor, uma vez que estaria valendo-se de sua torpeza, sendo que referida argüição quando realizada pelo cônjuge deve-se dar em procedimento apropriado. (...) (TJMG - Número do processo: 1.0145.05.262344-7/001 - Relatora: Eulina do Carmo Almeida - Data do julgamento: 15.03.2007 - Data da publicação: 27.04.2007).

> Contrato de arrendamento. Fiador. Ausência de outorga do cônjuge. Nulidade requerida por quem deu causa. Impossibilidade. Arresto. Ausência dos requisitos. - Conforme o disposto no art. 243 do Código de Processo Civil a decretação da nulidade não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa, sob pena de se premiar a própria torpeza. (TJMG - Número do processo: 1.0450.07.000005-1/001 - Relator: D. Viçoso Rodrigues - Data do julgamento: 31.07.2007 - Data da publicação: 13.08.2007.)

> Despejo e cobrança de aluguéis. Fiador. Ausência de outorga uxória. Prova do casamento. Alegação pelo cônjuge que aderiu à fiança. - Fotocópia ilegível de certidão de casamento, especialmente no que tange à data de sua celebração, impossibilita que se verifique se a fiança foi concedida antes ou após a celebração do casamento, inviabilizando, assim, a verificação da necessidade da outorga uxória. Afasta-se a legitimidade do cônjuge autor da fiança para alegar sua nulidade, pois a ela deu causa. Preserva-se, assim, o princípio consagrado na lei substantiva de que não pode invocar a nulidade do ato aquele que o praticou, valendo-se da própria ilicitude para desfazer o negócio. Apelação não provida. (TJMG - Número do processo: 1.0024.06.100829-8/001 - Relator: Cabral da Silva - Data da publicação: 04.10.2007 - Data do julgamento: 25.09.2007.)

Além disso, ao que tudo indica, quando da assinatura da proposta (19.07.06), o apelante já se havia separado de sua esposa, pois, em 27.07.2006 (oito dias após a assinatura do contrato), já era averbada, no registro civil, a separação do casal, sendo evidente que a sentença foi prolatada antes desta data e muito provavelmente antes de 19.07.2006. Não produziu o recorrente qualquer prova em sentido contrário, o que leva a tal conclusão, qual seja no sentido de que a separação é anterior a 19.07.2006, sendo perfeitamente válida a fiança prestada pelo segundo recorrente.

Logo, rejeito a preliminar de ilegitimidade de parte.

Impenhorabilidade das quotas sociais.

Dizem os recorrentes que a Dynamis Academia de Tênis S/C Ltda. é sociedade personalista, familiar, havendo restrição à cessão das quotas sociais por um sócio, sem consentimento dos demais sócios, não podendo prevalecer a penhora das quotas sociais de titularidade do segundo recorrente.

Não assiste razão aos recorrentes.

É certo que há entendimento no sentido de que as quotas de sociedade de responsabilidade limitada são impenhoráveis. No entanto, a jurisprudência majoritária, a qual estou a acompanhar, entende que é perfeitamente possível a penhora das quotas de sociedade de responsabilidade limitada, pois não há nenhuma regra impedindo tal constrição. Além disso, se as quotas integram o patrimônio do devedor, devem responder por suas dívidas.

Não há qualquer norma dizendo que as quotas de sociedade limitada são impenhoráveis, não podendo ser acolhida a afirmação no sentido de que seriam impenhoráveis.

Caso não seja do interesse da sociedade que terceiro venha a integrar seus quadros sociais, poderá remir a execução, pagando a dívida em tela. Mas não pode impedir sejam suas quotas penhoradas em garantia da dívida afiançada pelo sócio titular das mesmas.

Além disso, foi o segundo apelante quem ofereceu as quotas em garantia, não podendo, agora, alegar que são impenhoráveis (estaria ele, novamente, se beneficiando da própria torpeza).

No caso em comento, a questão é ainda mais grave, já que a dívida não é particular do sócio, mas sim da própria pessoa jurídica, sendo que um dos sócios ofereceu suas quotas em garantia do pagamento da dívida.

O TJMG já se manifestou em diversas oportunidades sobre o tema em comento:

> Embargos do devedor. Penhora. Quotas de sociedade de responsabilidade limitada. Possibilidade. - É possível a penhora de cotas da sociedade por responsabilidade limitada, visto que não existe qualquer restrição legal nesse sentido, ao que se acresce que patrimônio do devedor responde por suas obrigações, consoante o art. 591 do CPC. A sociedade pode, como terceira interessada, remir a execução, pagando o débito e se sub-rogando nos direitos do credor exeqüente, além de poder utilizar-se do direito de preferência, na forma dos arts. 1.117 a 1.119 do Código de Processo Civil, atendendo aos princípios societários, bem como ao

estabelecido no seu contrato social. (TJMG - Número do processo: 2.0000.00.477093-2/000 - Relatora: Teresa Cristina da Cunha Peixoto - Data do julgamento: 08.11.2006 - Data da publicação: 06.12.2006.)

Processual civil. Execução por título extrajudicial. Embargos do devedor. Demonstrativo de débito satisfatório. Excesso de penhora. Impossibilidade de discussão em embargos do devedor. Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Penhora. Cota social. Possibilidade. [...] Admissível a penhora de cotas pertencentes ao sócio de sociedade de responsabilidade limitada, em execução decorrente de dívida particular deste. (TJMG - Número do processo: 2.0000.00.434108-4/000 - Relator: Maurício Barros - Data do julgamento: 27.10.2004 - Data da publicação: 06.11.2004.)

Processual civil. Execução provisória. Sócio. Penhora. Quotas. Possibilidade. Inteligência do art. 655 do CPC. Efeitos materiais do ato de constrição judicial. Poder de dispor. Permanência. Avaliação dos bens. Competência do oficial de justiça. - Não só inexiste óbice legal como autorização expressa para penhora de quotas sociais. É possível, portanto, a penhora de quotas de sociedade por responsabilidade limitada. Compete ao oficial de justiça avaliar os bens penhorados. O serventuário, no auto de penhora, consigna o valor que atribui ao bem. (TJMG - Número do processo: 1.0024.07.405653-2/002 - Relator: Marcelo Rodrigues - Data da publicação: 22.09.2007 - Data do julgamento: 04.09.2007).

Embargos de devedor. Penhora cotas sociais. Possibilidade. Honorários advocatícios. Redução. - É possível a penhora de cotas pertencentes a sócio de sociedade de responsabilidade limitada, em razão de inexistir vedação legal. (TJMG - Número do processo: 2.0000.00.484617-3/000 - Relator: José Affonso da Costa Côrtes - Data da publicação: 26.09.2007 - Data do julgamento: 06.09.2007.)

Execução. Penhora de quotas de sociedade. Avaliação. Apuração de valores. Patrimônio líquido da empresa. - As cotas sociais relativas a sociedade de responsabilidade limitada, por configurarem créditos que compõem o patrimônio individual de cada sócio, ao serem penhoradas, devem ser avaliadas em apuração contábil do patrimônio líquido da empresa, e não no valor constante do contrato social. (TJMG - Número do processo:1.0035.98.001696-4/001 - Relator: Antônio de Pádua - Data do julgamento: 19.07.2007 - Data da publicação: 13.08.2007.)

Apelação cível. Embargos à execução. Penhorabilidade de cotas sociais. Possibilidade. Sentença mantida. - Em se tratando de dívida particular de societário, não há óbice legal para que se proceda à penhora das respectivas cotas de participação em sociedade limitada. (TJMG - Número do processo: 2.0000.00.499815-2/000 - Relator: Mauro Soares de Freitas - Data do julgamento: 28.03.2007 - Data da publicação: 27.04.2007.)

Assim sendo, conclui-se que não há qualquer óbice à penhora das quotas sociais de titularidade do segundo recorrente.

Inexistência de título executivo e insuficiência de provas.

Alegam os recorrentes que não há título hábil a instruir e fundamentar o pedido.

Dizem os recorrentes que na proposta assinada não há confirmação de prestação de serviços e que não constam dos autos provas da efetiva locação.

Ocorre que, na contestação, os apelantes não negaram a prestação dos serviços e a efetiva locação dos bens móveis, tendo-se limitado a dizer que não demonstraram as apeladas a prestação do serviço, não tendo sido juntada aos autos nota fiscal ou duplicata.

Apenas disseram que não comprovaram as apeladas a efetiva prestação dos serviços, mas não afirmaram, em momento algum, que o contrato não fora cumprido pelas apeladas.

Caso realmente não tivessem as apeladas cumprido com sua parte do contrato, teriam os apelantes feito afirmação nesse sentido de forma expressa e categórica, mas, em momento algum, na contestação, disseram que o serviço não fora devidamente prestado. Se não afirmaram que o serviço não foi prestado, é porque o foi, devendo os apelantes arcar com os custos a ele relativos.

Não havia exigência de apresentação das notas fiscais na presente ação, sendo bastante a proposta de contrato, que contém os serviços avençados e respectivos valores.

O documento que lastreou a execução preenche sim os requisitos da certeza (comprova a existência da dívida), liquidez (contém o valor devido) e exigibilidade (o montante descrito na proposta de contrato é exigível), sendo título executivo.

Valor cobrado.

Asseveram os recorrentes que não reconhecem e não devem o valor cobrado, já que não demonstrados os custos da contratação, da mão-de-obra, dos materiais e demais produtos utilizados no contrato.

Como dito supra, não podem ser acolhidas as alegações dos recorrentes.

É que, se firmaram a proposta de contrato, concordaram com os valores cobrados pelas apeladas, não podendo, agora, após a contratação e prestação dos serviços, pretender que sejam demonstrados os custos da contratação, questionando os valores com os quais concordaram.

Assim sendo, devem responder pelo valor constante da proposta de contrato por eles assinada, sendo o caso de improcedência do pedido inicial dos presentes embargos do devedor.

Tendo a sentença concluído pela improcedência, deve ser mantida.

Pelo exposto e por tudo mais que dos autos consta, nego provimento ao apelo, para manter a sentença conforme prolatada.

Custas recursais, pelos apelantes.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES TARCÍSIO MARTINS COSTA e JOSÉ ANTÔNIO BRAGA.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO.

...

Indenização - Instituição financeira - Documento de terceiro - Utilização - Fraude - Verificação da autenticidade - Dever - Dano moral - *Quantum* - Fixação

Ementa: Ação de indenização. Instituição financeira. Utilização de documentos de terceiro. Fraude. Negativação do nome da vítima. Danos morais. Valor da reparação. Critério.

- É dever de toda instituição financeira exigir e verificar a autenticidade dos documentos necessários para a negociação, respondendo pelos prejuízos morais suportados pela vítima que teve o seu nome utilizado de forma fraudulenta, restando demonstrada a culpa da empresa em razão de sua negligência.

- Na fixação do valor da indenização por dano moral, o juiz deve levar em consideração, dentre outros elementos, as circunstâncias do fato, a condição do ofensor e do ofendido, a fim de que o valor indenizatório não constitua lucro fácil para este nem se mostre irrisório.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.07.343843-5/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: IBI Administradora e Promotora Ltda. - Apelado: Lindomar Lemes Martins - Relator: DES. ALVIMAR DE ÁVILA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

Belo Horizonte, 5 de março de 2008. - *Alvimar de Ávila* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALVIMAR DE ÁVILA - Trata-se de recurso de apelação interposto por IBI Administradora e Promotora Ltda., nos autos da ação declaratória de inexistência de débito c/c exclusão do nome do SPC c/c indenização por dano moral e patrimonial, movida por Lindomar Lemes Martins, contra decisão que julgou parcialmente procedente o pedido inicial (f. 84/89).

A apelante alega que não nega o fato de ter promovido a inscrição dos dados cadastrais do autor nos órgãos de restrição; contudo, acreditava que estava agindo em exercício regular de direito; que, ao contratar com aquele que se identificou como Lindomar Lemes Martins, se cercou de todas as cautelas na identificação do contratante; que é tão vítima como o autor, já que sofreu uma fraude; que não praticou deliberadamente o ilícito; que providenciou imediatamente a exclusão da restrição havida em nome do recorrido; que é o caso de aplicar a excludente do inciso II do § 3º do art. 14 do CDC, uma vez que o dano causado ao recorrido é de culpa exclusiva de terceiro fraudador; que a indenização não poderia ser superior a R$ 1.000,00; que os juros de mora devem incidir desde a citação (f. 91/111).

O apelado apresenta contra-razões, às f. 114/121, pugnando pelo desprovimento do recurso.

Conhece-se do recurso por estarem presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Alega o autor/apelado que, apesar de não ter realizado qualquer transação comercial com a ré/apelante, esta incluiu seu nome nos cadastros negativos de crédito, em razão da existência de débito, o que lhe acarretou dano moral, em face dos inúmeros transtornos que sofreu, especialmente no que se refere ao abalo do crédito.

A própria apelante reconheceu divergências entre os documentos que lhe foram apresentados e os do apelado.

Argumenta a recorrente que foi vítima de fraude cometida por terceiro, o que afasta sua culpa, já que agiu com todas as cautelas legais.

O cerne da questão discutida nestes autos reside na seguinte indagação: agiu a apelante de forma negligente ao permitir a realização de compras mediante a apresentação de documentos falsos? Entendemos que sim.

Ora, houve a formalização de um verdadeiro contrato no qual são estipulados direitos e obrigações, com repercussão jurídica para ambas as partes.

Sob esse prisma, a apelante, antes de efetivar a aceitação da proposta que lhe é apresentada, até porque esta poderá implicar a concessão de crédito ao cliente, deve se cercar de todos os cuidados necessários para evitar a prática de fraudes e mesmo de prejuízo a terceiros, é dizer, a natureza do negócio e da própria atividade exige esse tipo de cuidado.

Assim, tendo a apelante se limitado a aceitar a documentação que lhe foi entregue pelo terceiro, não procedendo a qualquer espécie de diligência no sentido de confirmar a sua legitimidade e autenticidade, agiu com negligência.

Dessarte, à recorrente, como prestadora de serviços, cabe a responsabilidade de se organizar de maneira tal a atender eficientemente sua clientela, respondendo pelos danos que lhe causar.

E, embora não se possa afirmar que também não tenha sido vítima da empreitada criminosa, certo é que dispunha de todos os meios suficientes para coibir a prática fraudulenta. Nesse particular, impende destacar que a apelante se encontra em um setor da economia altamente desenvolvido e que, hoje, desponta pela utilização dos meios mais modernos e eficazes de comunicação, isto é, tem à sua disposição pleno acesso a toda espécie de informações que, se consultadas, poderão

identificar, com facilidade, a tentativa de práticas delituosas dessa natureza.

Ora, temos que a apelante agiu com negligência, pois negociou com terceiro, sem nem sequer verificar a veracidade dos dados constantes dos papéis apresentados.

A apelante deve dispor de um banco de dados ou de algum meio de realizar a conferência dos documentos e a assinatura, sob pena de ocorrer, com freqüência, investidas de falsários, como no presente caso.

O próprio risco da atividade impõe a adoção de medidas que possam coibir e evitar fraudes, principalmente envolvendo terceiros, os quais, na verdade, são os maiores prejudicados, pelo que é de se aplicar ao caso a teoria do risco profissional, segundo a qual, em hipóteses tais, a responsabilidade pende àquele que extrai lucro com o exercício da atividade que dera margem ao dano.

Arnoldo Wald ensina que:

> O mau funcionamento dos serviços bancários obriga a instituição financeira a ressarcir os prejuízos causados a seus clientes e o banqueiro responde por dolo e culpa, inclusive leve, e até pelo risco profissional assumido de acordo com a jurisprudência do STF (*Estudos e pareceres de direito comercial*, v. 2, p. 9).

Por interpretação análoga, não vemos óbice em aplicar a mesma teoria ao caso presente, visto que partem do mesmo fundamento, qual seja do caráter sempre lucrativo das financeiras, pelo que deverá responder pelos danos verificados na espécie.

Nesse sentido, o trato jurisprudencial em relação à atividade das instituições financeiras:

> Cabe ao banco, que exerce atividade altamente especializada, estar aparelhado para detectar falsificações de assinaturas, arcando com os riscos a que está sujeito no desempenho de sua atividade (TJSP - 4ª Câmara Cível - *RJTJSP* 77/144).

> Responsabilidade civil. Abertura de conta. Falsa identidade. Protesto. - Reconhecida no acórdão a culpa do estabelecimento bancário pela abertura de conta e fornecimento de talonário de cheques a quem se apresentava com identidade falsa, o que veio a causar prejuízos ao titular, responde o banco pelos prejuízos materiais e morais daí decorrentes. Recurso não conhecido (STJ - REsp 77117/SP - 9500538415 - j. em 12.12.1995 - Quarta Turma - Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar - v.u. - *DJ* de 18.03.1996, p. 7.577).

> Responsabilidade civil. Banco. Abertura de conta. Documentos de terceiro. Entrega de talonário. Legitimidade ativa. Gerente de supermercado. - Falta de diligência do banco na abertura de contas e entrega de talonário a pessoa que se apresenta com documentos de identidade de terceiros, perdidos ou extraviados. Reconhecida a culpa do estabelecimento bancário, responde ele pelo prejuízo causado ao comerciante, pela utilização dos cheques para pagamento de mercadoria. O gerente do supermercado, que responde pelos cheques devolvidos, está legitimado a propor a ação de indenização. Recurso não conhecido (STJ - REsp 47335/SP - 9400120621 - j. em 29.11.1994 - Quarta Turma - Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar - v.u. - *DJ* de 06.02.1995, p 1.358).

Dessa forma, não pode a recorrente invocar em seu favor o fato de terceiro, porque concorreu decisivamente com negligência para que o falso contrato fosse firmado.

Assim, demonstrada a culpa da ré, haja vista ter faltado com o seu dever de vigilância, afasta-se a argüição da inexistência de prejuízos de ordem moral, sendo devida a indenização.

Saliente-se que o apelado teve seu nome injustamente negativado, impedindo-o de realizar negócios no mercado. Inegável, portanto, que a conduta da apelante acarretou danos morais ao recorrido, danos esses que, segundo a doutrina:

> São lesões sofridas pelas pessoas, físicas ou jurídicas, em certos aspectos da sua personalidade, em razão de investidas injustas de outrem. São aqueles que atingem a moralidade e a afetividade da pessoa, causando-lhes constrangimentos, vexames, dores, enfim, sentimentos e sensações negativas. Os danos morais atingem, pois, as esferas íntima e valorativa do lesado, enquanto os materiais constituem reflexos negativos no patrimônio alheio (BITTAR, Carlos Alberto. Reparação civil por danos morais. *Tribuna da Magistratura*, p. 33).

Despicienda, desse modo, a comprovação da repercussão patrimonial do dano moral, bastando, para fins de indenização, a prova de sua ocorrência.

Ademais, a simples negativação injusta do nome de alguém no cadastro de devedores já é, por si, suficiente para gerar dano moral reparável, independendo de comprovação específica do mesmo, visto que o dano em tais casos é presumido.

Dessa forma, verificada a conduta ilícita praticada pelo apelante, não há dúvidas quanto à necessidade de reparação, independentemente do prejuízo por ele experimentado.

Com relação à fixação dos danos morais, não existe forma objetiva de aferir e quantificar o constrangimento e o abalo psíquico decorrentes de infundada acusação da prática de ato juridicamente. Todavia, doutrina e jurisprudência estão conjugando esforços para o estabelecimento de parâmetros.

Necessária se faz a ponderação de cada caso, porquanto se trata de questão subjetiva, em que a reparação deve corresponder à lesão, e não ser equivalente a ela, sendo certo que, na fixação do valor da reparação por dano moral, deve-se levar em consideração as circunstâncias do fato, a condição do lesante e do lesado, a fim de que o *quantum* reparatório, sem perder seu caráter pedagógico, não constitua lucro fácil para o lesado, nem se traduza em quantia irrisória.

Esse numerário deve proporcionar à vítima satisfação na justa medida do abalo sofrido, produzindo, nos

causadores do mal, impacto bastante para dissuadi-los de igual procedimento, forçando-os a adotar uma cautela maior diante de situações como a descrita nestes autos.

Assim, considerando os parâmetros acima destacados, conclui-se que o valor arbitrado em primeira instância (R$ 5.700,00) não se mostra exagerado, pois é a quantia proporcional à lesão causada e ao constrangimento sofrido pelo requerente.

Por derradeiro, razão assiste à apelante no que tange ao termo inicial dos juros de mora, que deverão incidir a partir da citação.

Pelo exposto, dá-se parcial provimento ao recurso, tão-somente para determinar que os juros de mora incidam desde a citação. Mantém-se, no mais, a r. sentença monocrática por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, pela apelante, nos termos do parágrafo único do art. 21 do CPC.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SALDANHA DA FONSECA e DOMINGOS COELHO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

...

Mandado de segurança - Educação - Direito individual e indisponível da criança - Garantia constitucional - Ministério Público - Legitimidade ativa - Pedido - Possibilidade jurídica - Creche - Vagas limitadas - Matrícula negada - Município - Desídia - Ausência de prova - Direito líquido e certo - Lesão - Inexistência - Estatuto da Criança e do Adolescente

Ementa: Apelação cível. Ação de mandado de segurança. Educação. Direito individual indisponível da criança. Legitimidade ativa do representante do Ministério Público. Possibilidade jurídica do pedido. Existência. Indeferimento da petição inicial afastado. Creche. Vagas limitadas. Matrícula negada. Ausência de prova da desídia do Município. Inexistência de lesão ao direito líquido e certo. Recurso provido.

- O Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, Lei nº 8.069, de 1990, contemplou a viabilidade de ações públicas e privadas de responsabilidade por ofensa a direitos individuais ou coletivos da criança e do adolescente (art. 208 c/c o parágrafo único), legitimando, dentre outros, o Ministério Público (art. 210, I).

- A possibilidade jurídica do pedido consiste na existência, em abstrato, dentro da ordem jurídica, de tutela jurisdicional para a pretensão deduzida.

- É juridicamente possível a impetração, pelo Ministério Público, de mandado de segurança com o objetivo de obrigar a direção de creche municipal a matricular menor.

- O direito à educação é garantia constitucional da criança e do adolescente, sendo dever do Estado disponibilizar creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade.

- A insuficiência de vagas para atendimento da demanda relativamente a creches municipais, em princípio, fere lesão a direito líquido e certo à educação. Todavia, comprovado nos autos o empenho do Município em aumentar o número de vagas, resta afastada a desídia da Administração Pública e, conseqüentemente, a lesão alegada.

Apelação cível conhecida e provida para cassar a sentença e, no mérito, denegar a segurança.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.07.365694-5/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Município de Uberlândia - Autoridade coatora: Secretário Municipal de Educação de Uberlândia - Relator: DES. CAETANO LEVI LOPES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARA CASSAR A SENTENÇA E DENEGAR A SEGURANÇA.

Belo Horizonte, 18 de março de 2008. - *Caetano Levi Lopes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CAETANO LEVI LOPES - Conheço do recurso, pois que presentes os requisitos de sua admissibilidade.

O apelante, na condição de substituto processual, aforou esta ação de mandado de segurança contra o apelado. Afirmou que, no dia 07.03.2007, foi informado pela genitora da menor Maêva Pereira Cortes, nascida em 15.12.2005, da inexistência de vaga para a sua filha na Creche Maria Pacheco Resende, no Município de Uberlândia. Afirmou que os pais da menor não têm condições financeiras para custear escola particular da

filha e que a Defensoria Pública daquele Município está em greve. Acrescentou que foi informado pelos pais que a menor se encontra devidamente inscrita na lista de espera de chamada para matrícula da referida escola, que foram cumpridas todas as exigências legais e que as autoridades municipais não estão obedecendo à ordem de chamada da inscrição. Entende que tal circunstância é lesiva ao direito constitucional da menor de ingressar na escola pública municipal e iniciar seus estudos. O impetrado, além de matéria processual, confirmou a negativa, alegando insuficiência de verbas e falta de estrutura para o oferecimento dos serviços de educação infantil. Pela r. sentença de f. 89/91, a petição inicial foi indeferida por ilegitimidade ativa *ad causam* e impossibilidade jurídica do pedido.

Cumpre verificar se as referidas condições de ação estariam presentes.

Sabe-se que a legitimação do Ministério Público sempre constitui matéria controvertida na doutrina e jurisprudência pátrias. É que a Constituição da República, de 1988, em seu art. 129, tornou mais amplas as funções institucionais do *Parquet*, e as normas infraconstitucionais passaram a prever novas hipóteses de cabimento, daí por que aumentaram as indagações, questionamentos e interpretações.

O art. 127 da Constituição da República, de 1988, dispõe que ao Ministério Público incumbe, dentre outros, a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Por outro lado, sabe-se que as ações por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não-oferecimento ou oferta irregular de ensino obrigatório, regem-se pela Lei nº 8.069, de 1990, a teor do disposto em seu art. 208. Eis o comentário na obra coletiva coordenada por Munir Cury, *Estatuto da criança e do adolescente comentado*:

> Pelo novo Estatuto, regem-se pelas disposições da Lei 8.069/90 as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não-oferecimento ou oferta irregular: do ensino obrigatório; de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência; de atendimento em creche e pré-escola; de ensino noturno; de programas suplementares de oferta material didático-escolar, transporte e assistência à saúde; de serviço de assistência social; de acesso às ações e serviços de saúde; de escolarização e profissionalização dos adolescentes privados de liberdade (cf. art. 208) (6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 670).

E esta mesma norma infraconstitucional, através de seu art. 201, IX, confere legitimidade ativa ao Ministério Público para a impetração do *mandamus*:

> Art. 201. Compete ao Ministério Público: [...]
> IX - impetrar mandado de segurança, de injunção e *habeas corpus*, em qualquer juízo, instância ou tribunal, na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis afetos à criança e ao adolescente.

Existem julgados do eg. Superior Tribunal de Justiça entendendo existir legitimidade ativa extraordinária do Ministério Público para impetrar mandado de segurança em caso de defesa de direito indisponíveis do menor, dentre eles, a educação:

> Mandado de segurança. Estabelecimento de ensino. Recusa no fornecimento de histórico escolar de aluno. Interesse individual indisponível. Legitimidade para a impetração do Ministério Público. Arts. 127 e 227 da CF, 53, *caput,* e 201, inc. IX, da Lei nº 8.069, de 13.07.1990. Está o Ministério Público legitimado a impetrar mandado de segurança sempre que periclitarem os direitos indisponíveis de menores, entre os quais se inclui o direito à educação, indispensável ao pleno desenvolvimento da criança e do adolescente. Recurso especial conhecido e provido (Ac. no REsp nº 51. 408/ RS, Quarta Turma, Rel. Ministro Barros Monteiro, j. em 26.08. 2006, *DJ* de 18.11.1996, p. 44.898, in www.stj.gov.br).

> Administrativo. Constitucional. Mandado de segurança. *Legitimatio ad causam* do *Parquet*. Art. 127 da CF/88. Arts. 7º, 200 e 201 da Lei nº 8.069, de 1990. Direito à creche extensivo aos menores de zero a seis anos. Norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Norma definidora de direitos não programática. Exigibilidade em juízo. Interesse transindividual atinente às crianças situadas nessa faixa etária. Cabimento e procedência (Ac. no REsp nº 736.524/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 21.03.2006, *DJU* de 03.04.2006, p. 256, in www.stj.gov.br).

> Administrativo. Ensino infantil. Creche para menores. Mandado de segurança. Legitimidade do Ministério Público.
> 1. Tem o Ministério Público legitimidade para, via mandamental, requerer o cumprimento de políticas sociais.
> 2. Hipótese em que a pretensão não pode ser seguida pela específica determinação.
> Recurso improvido (Ac. no REsp nº 503028/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. em 20.04.2004, *DJU* de 16.08.2004, p. 210, in www.stj.gov.br).

O apelante impetrou mandado de segurança cujo objetivo era obrigar a direção da Creche Maria Pacheco Resende a matricular a menor Maêva Pereira Cortes. E a educação, como já mencionado alhures, é direito indisponível. Logo, o Ministério Público tem, sim, legitimidade para impetrar o presente *mandamus*.

Quanto à possibilidade jurídica do pedido, refere-se ela à existência, *in abstracto*, de tutela jurisdicional para a pretensão da parte ativa. Nesse sentido, eis a lição de Humberto Theodoro Júnior:

> Pela possibilidade jurídica, indica-se a exigência de que deve existir, abstratamente, dentro do ordenamento jurídico, um tipo de providência como a que se pede através da ação. Esse requisito, de tal sorte, consiste na prévia verificação que incumbe ao juiz fazer sobre a viabilidade jurídica da pretensão deduzida pela parte em face do direito positivo em vigor. O exame realiza-se, assim, abstrata e idealmente, diante do ordenamento jurídico (*Curso*

de direito processual civil. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. I, p. 50).

No mesmo sentido, eis o entendimento do eg. Superior Tribunal de Justiça, no seguinte aresto:

> Rescisória. Decisão atacada que decretou a carência de ação. Hipótese em que se afirmou que o autor não fazia jus ao pretendido. Matéria de mérito e não atinente às condições da ação (impossibilidade jurídica do pedido). Sentença, portanto, rescindível. Recurso especial procedente. Processamento e julgamento determinados. Inteligência do art. 485 do CPC. Declarações de votos vencedores e vencido.
> Ementa oficial: Processo civil. Apreciação do mérito. Inocorrência da afirmada carência. Recurso provido para ensejar o processamento da rescisória.
> 1. Por possibilidade jurídica do pedido entende-se a admissibilidade da pretensão perante o ordenamento jurídico, ou seja, previsão ou ausência de vedação, no Direito vigente, do que se postula na causa.
> 2. A circunstância de o julgado ter proclamado a carência de ação é irrelevante para o cabimento da rescisória (CPC, art. 485) se na realidade houve pronunciamento de mérito (Ac. no REsp nº 1.678, GO, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo; j. em 13.02.1990, in *RT* 652/183).

Ora, estabelecida a legitimidade ativa do recorrente para a impetração e tendo a pretensão amparo legal, força é concluir, também, que a possibilidade jurídica para o pedido se encontra presente independentemente de vir a ser concedida ou não a segurança.

Assim, presentes as condições da ação, não pode subsistir a sentença que indeferiu a petição inicial e decretou a extinção do processo sem resolução do mérito.

Com fundamento no art. 515, § 3º, do CPC, passo a julgar o mérito.

O recorrente, com a petição inicial, acostou vários documentos. Destaco o termo de requerimento de f. 11/12, consignando a precariedade financeira dos pais da menor e sua classificação na lista de espera para matrícula, bem como o de f. 13/14, requisição de matrícula em creche expedida pelo Conselho Tutelar do Município de Uberlândia dirigida ao Secretário Municipal de Educação do mesmo município e respectiva resposta negando a existência de vagas. Igual destaque merece, ainda, o documento de f. 20, Ofício nº 395/2007 - SME/IE, expedido pela Secretaria de Educação e dirigido ao Ministério Público, informando a impossibilidade de efetivação da matrícula da menor por falta de vagas, a necessidade de a família se inscrever em lista de espera, a existência de centenas de outras crianças na mesma situação e o empenho da administração no sentido de minimizar o problema.

O recorrido, com as informações, trouxe aos autos os documentos de f. 43/87. Destaco o relatório de vagas, inscrições e demanda reprimida para 2007, de f. 46, bem como o relatório de obras do exercício de 2007, para a educação infantil, f. 47/51. Estes os fatos.

Em relação ao direito, conforme é de geral ciência, são pressupostos específicos do mandado de segurança, além dos processuais e das condições da ação, a existência de direito líquido e certo lesado ou ameaçado de lesão, sem os quais o interesse de agir não se configuraria.

O direito, quando existente, é sempre líquido e certo, os fatos é que podem ser imprecisos e incertos, motivo pelo qual exigem comprovação de plano. Sobre o tema esclarece Celso Agrícola Barbi: "Líquido está no texto como reforço de expressão, mais na acepção vulgar de escoimado de dúvidas, o que equivale a 'certo', do que no sentido correlato da obrigação correspondente" (*Do mandado de segurança*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 53).

Suprimindo, assim, mais um elemento da discussão, resta sozinha a expressão "direito certo" para ser definida. E, a nosso ver, ninguém lhe deu melhor demonstração do que Costa Manso, no trecho citado no nº 72. Daí a conclusão que, desde que sejam incontestáveis os fatos, resolverá o juiz a questão de direito, por mais intrincada que se apresente. E, se concluir que a regra jurídica, incidindo sobre aqueles fatos, configura um direito da parte, haverá "direito líquido e certo".

Como se vê, o conceito de direito líquido e certo é tipicamente processual, pois atende ao modo de ser de um direito subjetivo no processo: a circunstância de um determinado direito subjetivo realmente existir não lhe dá a caracterização de liquidez e certeza; esta só lhe é atribuída se os fatos em que se fundar puderem ser provados de forma incontestável, certa, no processo. E isso normalmente só se dá quando a prova for documental, pois esta é adequada a uma demonstração imediata e segura dos fatos.

Assim, a prova assume excepcional relevo, uma vez que a definição de direito líquido e certo repousa na indiscutibilidade dos fatos e, conseqüentemente, na questão probatória.

Aqui, a prova documental é suficiente para convencer acerca do pedido de matrícula e da negativa de vaga.

Resta, então, verificar a extensão da obrigação do apelado com a educação infantil.

Dispõe o art. 208 da Constituição da República de 1988:

> Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: [...]
> IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

Repetindo a garantia constitucional transcrita, a Lei nº 8.069, de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 54, IV, garantiu também o direito da criança à educação com o acesso à creche e ao pré-escolar para os menores entre zero e seis anos de idade:

> Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: [...]

> IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

De igual forma o art. 4º, IV, da Lei nº 9.394, de 1996, Diretrizes e Bases da Educação:

> Art. 4º. O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de: [...]
> IV - atendimento gratuito em creches e pré-escolas às crianças de zero a seis anos de idade;

Logo, estabelecido nas normas legais o direito da criança à freqüência em creche, incumbe ao Estado, através da sua rede própria, cumprir este dever.

Ressalvo, por oportuno, que consagrado o direito pelas normas constitucionais e infraconstitucionais, impõe-se ao Poder Judiciário torná-lo realidade, ainda que isso implique obrigação de fazer com repercussão na esfera orçamentária, sem que isso represente ofensa ao princípio da harmonia dos poderes.

Todavia, entendo ser necessário maior cuidado para impor ao Poder Público a obrigação de fazer que implique criação de despesa. E isso porque é preciso entender que os recursos municipais são insuficientes para atender a todos os deveres e demandas do município. Além disso, não se pode perder de vista que aos ordenadores de gastos públicos é imposto o dever de atender ao disposto na Lei de Responsabilidade Fiscal, por isso a necessária moderação.

Ora, não resta dúvida quanto à obrigação do apelado e o direito da menor ao acesso à creche. Entretanto, tal obrigação, por si só, é insuficiente para caracterizar a lesão ao direito líquido e certo da criança. É necessária a prova de que a referida obrigação está sendo descumprida por desídia ou negligência do apelado. E essa prova não veio.

O recorrente também não trouxe aos autos a prova de que a ordem de espera na lista de matrícula foi descumprida ou inobservada pelas autoridades administrativas, hipótese que poderia levar à presunção de lesão ao direito da menor. Tampouco foi demonstrada a existência de condições financeiras do Município para realizar a obrigação, ônus do apelante. Ao contrário. Observo que o apelado trouxe aos autos o documento de f. 46, relatório de vagas, inscrições e demanda reprimida para 2007, demonstrando o excesso de inscrições em relação ao número de vagas oferecidas pelo Município. E o relatório de acompanhamento de obras, f. 47/51, comprova a existência de obras de expansão das creches e a construção de outras novas. Logo, não restou demonstrada a lesão do direito líquido e certo da menor capaz de gerar a concessão da segurança pleiteada.

Com esses fundamentos, dou provimento ao recurso para cassar a sentença e, prosseguindo no exame do mérito, julgo improcedente a pretensão inicial e denego a segurança.

Sem custas.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores RONEY OLIVEIRA e BRANDÃO TEIXEIRA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARA CASSAR A SENTENÇA E DENEGAR A SEGURANÇA.

...

Consignação em pagamento - Contrato de seguro - Impontualidade - Notificação do segurado - Imprescindibilidade - Cancelamento unilateral - Impossibilidade

Ementa: Consignação em pagamento. Contrato de seguro. Impontualidade. Cancelamento unilateral. Impossibilidade.

- O mero atraso no pagamento de uma das parcelas do prêmio contratado não implica cancelamento automático da apólice, mostrando-se imprescindível a notificação do segurado, sob pena de desequilíbrio contratual.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.04.370274-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Cia. de Seguros Minas Brasil - Apelado: José Carlos Ferreira - Relator: DES. JOSÉ ANTÔNIO BRAGA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 11 de março de 2008. - *José Antônio Braga* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ ANTÔNIO BRAGA - Cuida-se de recurso de apelação interposto pela Companhia de Seguros Minas Brasil, nos autos da ação de consignação em pagamento movida por José Carlos Ferreira perante o Juízo da 33ª Vara Cível de Belo Horizonte, tendo em vista o seu inconformismo com os termos da sentença de f. 132/137, que julgou procedente o pleito inicial para:

1) declarar quitadas as parcelas relativas aos meses de dezembro de 2003, janeiro, fevereiro, março, abril (f. 43), maio, junho (f. 46), julho (f. 64), agosto (f. 65), setembro (f. 67) de 2004;

2) condenar a parte ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em R$ 500,00, consoante o disposto no § 4º do art. 20 do CPC.

Em suas razões recursais, às f. 140/145, sustenta a parte apelante que a inadimplência do segurado autoriza o cancelamento do seguro, após o 30º dia de atraso,

nos termos contratados, independentemente de notificação, consoante instruções da Susep.

Argumenta, ainda, que o pagamento do prêmio é elemento essencial do contrato de seguro, sem o qual desobrigado está o segurador.

Busca a declaração de cancelamento do contrato de seguro e a improcedência do pleito consignatório, com a conseqüente inversão dos ônus sucumbenciais.

Preparo regular, à f. 146.

Contra-razões, às f. 148/152, pugnando o apelado pela mantença do *decisum*.

Conhece-se do recurso, porquanto presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

Ausentes preliminares, ao mérito recursal.

Trata-se de ação de consignação em pagamento proposta por José Carlos Ferreira contra Companhia de Seguros Minas Brasil, objetivando o depósito da quantia de R$ 144,95, referente ao pagamento de 05 parcelas (dezembro de 2003, janeiro, fevereiro, março e abril de 2004) do seguro de vida contratado.

Cinge-se a controvérsia em aferir se a inadimplência do segurado, por prazo superior a 30 dias, é suficiente para a rescisão unilateral do contrato, como previsto nas cláusulas 14ª e 16ª, independentemente de notificação do segurado.

Inicialmente, julga-se oportuno conceituar-se o seguro, objeto da presente demanda:

> Toda operação de seguro representa, em última análise, a garantia de um interesse contra a realização de um risco, mediante o pagamento antecipado de um prêmio. Os *essentialia negotii* são, portanto, quatro: o interesse, o risco, a garantia e o prêmio (COMPARATO, *Novos ensaios*, p. 353) (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado e legislação extravagante*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 499).

No que tange ao dever do segurado, estabelecia o art. 1.449 do CC/16: "Salvo convenção em contrário, no ato de receber a apólice pagará ao segurado o prêmio que estipulou".

Compulsando-se os autos, verifica-se que a Prefeitura Municipal de São José da Lapa, na condição de estipulante, firmou contrato de seguro de vida com a requerida, conforme apólice nº 7.541, cuja cópia se encontra acostada às f. 27/39, dela constando, expressamente (cláusulas 14ª e 16ª), a cessação do seguro em caso de não-pagamento do prêmio no prazo máximo de 30 dias.

Todavia, em que pese a mencionada disposição contratual, a impontualidade no pagamento do prêmio não tem o condão de rescindir unilateralmente o pacto.

Nesse sentido:

> Cláusula contratual que permite o cancelamento da apólice por falta de pagamento de parcela do prêmio. Inaplicabilidade. - Trata-se de desvantagem exagerada imposta ao consumidor, devendo-se, em tais hipóteses, aplicar-se o CDC 47 e 53 e o CC/1916 1.450, de molde a possibilitar ao inadimplente o pagamento das parcelas em atraso (*RT* 783/310) (ob. cit. p. 500).

> Apelação cível. Contrato de seguro. Prêmio parcelado. Pagamento de uma das parcelas em atraso. Cancelamento automático da apólice. Impossibilidade. Necessidade de notificação do segurado. Cláusula contratual que exime a seguradora de tal mister. Abusividade.
> - O mero atraso no pagamento de uma das parcelas do prêmio contratado não implica o cancelamento automático da apólice, mostrando-se imprescindível a notificação do consumidor sobre tal cancelamento, sob pena de desequilíbrio contratual.
> - Não há que se falar em cancelamento do contrato de seguro quando comprovada a quitação total do prêmio, independentemente do pagamento em atraso de uma das parcelas, sob pena de enriquecimento sem causa da seguradora (TJMG, 14ª Câmara Cível, Ap. nº 1.0080.05.001027-3/001, Rel. Des. Dídimo Inocêncio de Paula, j. em 23.11.2006; p. em 13.12.2006).

> Ação ordinária. Plano de saúde. Contrato de confissão de dívida. Atraso no pagamento das mensalidades. Rescisão unilateral do contrato. Impossibilidade. Ofensa ao Código de Defesa do Consumidor. Sentença mantida.
> - Cláusula que dispõe sobre a rescisão contratual unilateral e automática do contrato é considerada abusiva e nula pelo Código de Defesa do Consumidor, por ofender o princípio da boa-fé e da eqüidade.
> - A operadora só poderá rescindir o contrato em caso de atraso de pagamento das mensalidades, quando o atraso for superior a noventa dias, conforme previsto no contrato, mediante comunicação por escrito com trinta dias de antecedência (TJMG, 9ª Câmara Cível, Ap. nº 1.0145.03.115082-7/001, Rel. Des. Osmando Almeida, j. em 07.11.2006, p. em 18.11.2006).

Desse modo, o atraso superior a 30 dias para a quitação das parcelas do seguro é incapaz, por si só, de pôr fim ao contrato celebrado entre as partes. Isso porque o segurado não foi notificado previamente do cancelamento da apólice, o que lhe propiciaria purgar a mora, já que demonstrou interesse na continuidade do contrato.

A impontualidade do segurado com relação ao pagamento das parcelas implica somente a obrigação do devedor de pagar os juros legais sobre as prestações em atraso, não ensejando o seu cancelamento automático.

Isso posto, nega-se provimento ao apelo, mantendo-se a sentença em seus exatos termos, inclusive quanto aos ônus da sucumbência.

Custas recursais, pela parte apelante.

Para os fins do art. 506, III, do CPC, a síntese do presente julgamento é:

1) negou-se provimento à apelação, tendo em vista a impossibilidade de cancelamento unilateral do contrato de seguro sem a notificação prévia do segurado;

2) custas recursais, pela parte apelante.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores GENEROSO FILHO e OSMANDO ALMEIDA.

Súmula: NEGARAM PROVIMENTO.

...

Mandado de segurança - Centro de formação de condutores - Registro - Descredenciamento e cancelamento - Processo administrativo disciplinar - Duplo grau administrativo - Garantia constitucional - Ofensa

Ementa: Mandado de segurança. Centro de formação de condutores. Descredenciamento e cancelamento dos registros. Procedimento administrativo disciplinar. Duplo grau administrativo. Garantia constitucional. Ofensa. Segurança concedida.

- O inciso LV do art. 5º da Constituição Federal estabeleceu a garantia de que, no bojo do processo administrativo, os atos administrativos primários podem receber dupla análise, sendo que a segunda deverá ser feita por órgão superior. Assim, no processo administrativo disciplinar instaurado para apuração de irregularidades praticadas por diretora de Centro de Formação de Condutores, a autoridade coatora, ao indeferir o pleito recursal quando do exercício do juízo de retratação, confirmando a sua própria decisão e deixando de encaminhá-lo à autoridade imediatamente superior, no caso o Chefe da Polícia Civil de Minas Gerais, violou o princípio do duplo grau administrativo, corolário das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, as quais, por força do art. 5º, LV, da Carta Magna, foram estendidas aos processos administrativos.

APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0024.07.385084-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: Leir Maria de Resende Mourão e outros - Apelado: Estado de Minas Gerais - Autoridade coatora: Chefe do Detran (Departamento de Trânsito de Minas Gerais - Relator: DES. EDUARDO ANDRADE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NÃO CONHECER DO REEXAME NECESSÁRIO E DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 04 de março de 2008. - *Eduardo Andrade* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO ANDRADE - Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por Leir Maria de Resende Mourão e Centro de Formação de Condutores Tropicália Ltda. contra ato supostamente ilegal praticado pelo Chefe do Departamento de Trânsito de Minas Gerais - Detran/MG, objetivando que seja decretada a ilegalidade dos atos e das decisões administrativas impugnadas, tornando-se sem nenhum efeito as penalidades impostas aos impetrantes, através das Portarias de nº 94.312 e nº 94.313.

Adoto o relatório da sentença de origem, acrescentando-lhe que a segurança foi denegada, ao fundamento de que a decisão administrativa proferida pela autoridade coatora apresenta-se devidamente fundamentada e apoiada em parecer exarado por autoridade competente, sendo que as penalidades de descredenciamento e cancelamento dos registros das impetrantes estão previstas no art. 14, § 3º, da Resolução nº 74/1998 do Contran, afigurando-se legítima a sua aplicação, quando respeitado o devido processo legal (f. 412/421).

A ilustre Juíza determinou a remessa dos autos para este eg. TJMG, para o reexame necessário da sentença.

Inconformados, os apelantes interpuseram o presente recurso voluntário, pretendendo a reforma do *decisum*, a fim de que a segurança seja concedida, sob as seguintes alegações: que o pedido não foi de anulação do processo administrativo, mas de reconhecimento da ilegalidade do ato praticado pela autoridade coatora, tornando sem efeito as penalidades impostas, uma vez que elas estavam sujeitas a recursos administrativos; que a supressão de instância administrativa afronta o duplo grau de jurisdição; que, mesmo não tendo sido respeitado o duplo grau de jurisdição na esfera administrativa, os impetrantes viram uma decisão sujeita a recurso administrativo tornar-se definitiva; e que no julgamento do recurso administrativo por autoridade incompetente houve aplicação de penalidade mais severa, em ofensa ao princípio da proporcionalidade (f. 427/432).

Regularmente intimado, o apelado apresentou contra-razões, pugnando pelo desprovimento do recurso (f. 439/442).

Remetidos os autos à d. Procuradoria-Geral de Justiça, o ilustre representante do Ministério Público Dr. João Câncio de Mello Júnior opinou pela confirmação da sentença no reexame necessário (f. 450/456).

Não conheço da remessa oficial, tendo em vista que o parágrafo único do art. 12 da Lei 1.533/45 determina que apenas a sentença que conceder a segurança estará sujeita ao reexame necessário.

Presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do recurso.

Infere-se dos autos que foi instaurado processo administrativo para a apuração de supostas irregularidades atribuídas à impetrante Leir Maria de Resende Mourão, ora apelante, previstas no art. 14, III, da Resolução nº 74/98 do Contran, cujas sanções correspondentes estão previstas no § 3º da aludida Resolução.

Após o regular trâmite do processo administrativo, inclusive com a apresentação de defesa, a autoridade coatora decidiu descredenciar e cancelar os registros, junto ao Detran/MG, do Centro de Formação de Condutores Tropicália e da Diretora de Ensino, Leir Maria de Resende Mourão, ora apelantes, conforme preceitua o art. 14, § 3º, III e IV, da Resolução nº 74/98 do Contran, decisão esta que foi publicada através das Portarias de nº 94.312/06 e nº 94.313/06.

Ato contínuo, os impetrantes aviaram o recurso administrativo competente, requerendo, de maneira expressa, caso não houvesse reconsideração da decisão hostilizada, fossem os autos encaminhados para a superior instância administrativa. Todavia, a própria autoridade tida como coatora, que proferiu a decisão em primeira instância administrativa, julgou o recurso, confirmando a pena disciplinar imposta aos apelantes.

O art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988 determina que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Nesse aspecto, o art. 56 da Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, dispõe expressamente:

> Art. 56. Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito.
> § 1º. O recurso será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará à autoridade superior.

No mesmo sentido é o teor do art. 51 da Lei Estadual 14.184/02, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual, em perfeita harmonia com a Lei Federal nº 9.784/99, *in verbis*:

> Art. 51. Das decisões cabe recurso envolvendo toda a matéria objeto do processo.
> § 1º O recurso será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não reconsiderar a decisão no prazo de cinco dias, encaminha-lo-á à autoridade imediatamente superior.

Veja-se, portanto, que o julgamento do recurso administrativo aviado pelos impetrantes pela mesma autoridade que em primeiro grau lhes impôs as penalidades administrativas constitui ato ilegal, passível de impetração de mandado de segurança.

Na verdade, os recursos administrativos são meios formais de controle através dos quais o interessado postula, junto a órgãos da Administração, a revisão de determinado ato administrativo e, conforme lição de José dos Santos Carvalho Filho, possuem como suporte três fundamentos básicos: o sistema de hierarquia orgânica; o exercício do direito de petição; e a garantia do contraditório e da ampla defesa.

O sistema de hierarquia orgânica consiste justamente no escalonamento de órgãos e agentes que possibilitam ao administrado requerer a reapreciação, por autoridade ou órgão superior, de ato ou conduta de agentes ou órgãos inferiores. Assim, cabe ao agente hierarquicamente superior o poder revisional sobre a conduta de seus subordinados.

Dessa forma, o inciso LV do art. 5º da Constituição Federal estabeleceu a garantia de que, no bojo do processo administrativo, os atos administrativos primários podem - a critério do administrado e dentro da mesma relação jurídica processual - receber dupla análise, sendo que a segunda deverá ser feita por órgão superior.

No caso *sub examine*, em que pese a regularidade do processo administrativo, a autoridade coatora, ao indeferir o pleito recursal, quando do exercício do juízo de retratação, confirmando a sua própria decisão e deixando de encaminhá-lo à autoridade imediatamente superior, no caso o Chefe da Polícia Civil de Minas Gerais, conforme determinação legal, violou o princípio do duplo grau administrativo, corolário das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, as quais, por força do art. 5º, LV, da Carta Magna, foram estendidas aos processos administrativos.

A esse respeito, convém registrar o entendimento doutrinário:

> O art. 5º, LV, da CF, assinala claramente o terceiro fundamento dos recursos, dispondo ser assegurado o direito de ampla defesa e contraditório com os meios e recursos a ela inerentes. O texto deixa claro que o princípio da ampla defesa não estará completo, se não se garantir ao interessado o direito de interposição de recursos. Com efeito, hipóteses de arbitrariedades e condutas abusivas por parte de maus administradores devem ser corrigidas pelos agentes superiores, e para que o interessado leve sua pretensão a estes certamente se socorrerá do instituto recursal. Cercear o recurso, portanto, é desnaturar indevidamente o fundamento pertinente ao próprio direito de defesa. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 13. ed., Ed. Lúmen Júris , p. 740).

Importante destacar, também, recente posicionamento adotado pelo STF no julgamento do RE 390.513/SP, oportunidade em que aquela Suprema Corte, revendo anterior posicionamento sobre a validade das normas que exigem a efetivação de depósito prévio para o conhecimento de recursos no âmbito do processo administrativo, entendeu que a Constituição de 1998 estendeu a garantia do devido processo legal aos procedimentos administrativos, que a ampla defesa é exigência do princípio do *due process of law*, que é inerente ao princípio da ampla defesa a plena utilização dos recursos, que os recursos, portanto, são cabíveis também no processo administrativo, e que recurso é garantia que, na forma como a tradição jurídica o concebe - reexame por autoridade hierarquicamente superior - consagra a existência do princípio do "duplo grau de jurisdição administrativa".

De outra sorte, em que pese a ilegalidade perpetrada pela autoridade coatora, que deixou de remeter o recurso administrativo ao seu superior hierárquico, não ter o condão de macular todo o processo administrativo disciplinar, fato é que não se pode deixar de reconhecer tal ilegalidade, tornando sem efeito as penalidades impostas aos impetrantes, enquanto pendente de julgamento, pelo órgão superior competente, o recurso administrativo aviado.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso, para conceder a segurança, reconhecendo a ilegalidade do ato praticado pela autoridade coatora e tornando sem efeito as penalidades impostas aos impetrantes, enquanto pendente de julgamento, pelo órgão superior competente, o recurso administrativo aviado.

Sem custas e sem honorários advocatícios.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES GERALDO AUGUSTO e VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE.

Súmula - NÃO CONHECERAM DO REEXAME NECESSÁRIO E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Consórcio - Quitação - Rateio extraordinário - Impossibilidade

Ementa: Ação ordinária. Consórcio. Quitação. Rateio extraordinário. Impossibilidade.

- O consorciado que prova a quitação do plano dada pela administradora liquidada não pode ser obrigado a quitar prestações de rateio extraordinário de prejuízos promovido pela administradora sucessora, pois a obrigação contratual restou cumprida por inteiro.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.04.390231-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Consavel Administradora de Consórcios Ltda. - Apelado: Moacir Alves Moreira - Relator: DES. SALDANHA DA FONSECA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 30 de janeiro de 2008. - *Saldanha Fonseca* - Relator.

Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral, pelo apelado, o Dr. Aluísio Soares Filho.

DES. SALDANHA DA FONSECA - Tratam os autos de ação ordinária ajuizada por Moacir Alves Moreira em face de Consavel Administradora de Consórcios Ltda., em que o autor pretende a declaração de quitação do saldo relativo a contrato firmado com o Consórcio Nacional Liderauto (grupo 209 - cota 083), que, em liquidação judicial decretada pelo Banco Central, teve os compromissos assumidos pela ré. Pugnou, ainda, pela condenação da ré a expedir liberação do veículo alienado fiduciariamente ao aludido pacto.

A teor da sentença de f. 413/426, o pedido foi julgado procedente para declarar a validade da quitação do saldo devedor, bem como determinar que a ré expeça carta de liberação do veículo dado em alienação fiduciária.

Entendeu o Magistrado que não se configura a alegada incompetência absoluta, haja vista que, ao assumir o grupo, o apelante arcou com todos os riscos, não sendo o caso de responsabilidade da massa falida do Consórcio Liderauto, nem de litisconsórcio passivo do Banco Central do Brasil na lide, com a conseqüente declaração de competência da Justiça Federal, visto que o direito em discussão abrange interesse eminentemente privado; não se configura a alegada impossibilidade jurídica do pedido, na medida em que a pretensão do autor é passível de apreciação pelo Poder Judiciário; resta configurado o interesse de agir; está a taxa de fundo extraordinário a contrariar as próprias diretrizes lançadas pela assembléia geral extraordinária, não podendo o réu transferir aos consorciados os prejuízos advindos da má administração anterior.

Insatisfeito, o réu ajuizou recurso.

Calcado na apelação de f. 427/449, aduz que os próprios consorciados criaram o fundo extraordinário, colocando sua instituição como condição para que a recorrente assumisse o grupo.

Sustenta estar a sentença a contrariar os ditames da Circular nº 3.073/2001 e os interesses dos demais consorciados, discorrendo sobre a natureza jurídica dos grupos de consórcio.

Alega ter sido a transferência do grupo para outra administradora a melhor opção para os consorciados, não possuindo a mesma a natureza de sucessão empresarial.

Assevera ter restado assentada na assembléia geral extraordinária a insenção de responsabilidade da apelante com os eventos anteriores a sua gestão, restando, na ocasião, preenchido o *quorum* (20%) ditado pelo art. 27 da Circular nº 2.766/97.

Menciona a impropriedade da via eleita, na medida em que caberia ao apelado ajuizar ação de anulação da assembléia extraordinária.

Em contra-razões (f. 458/485), o recorrido impugna o recurso, batendo-se pelo seu desprovimento.

Argumenta ter quitado seu saldo antes da assunção pela apelante dos grupos, estando em discussão a origem da obrigação de pagamento de saldo extraordinário, deliberação que em momento algum contou com sua anuência.

Estão presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso.

A sentença não está a merecer reparos.

Com efeito, insta salientar que o apelante não se insurge contra a quitação do montante contratual cobrado anteriormente à instituição da denominada taxa de fundo extraordinário, estando *sub judice* apenas a legalidade da mencionada parcela.

Ademais, a afirmação do Magistrado no sentido de que o recibo de f. 20 se refere à quitação dada anteriormente à liquidação extrajudicial da apelante não restou refutada na peça recursal.

Da mesma forma, não se insurge o recorrente contra as preliminares suscitadas no processo originário, questões cujo trânsito em julgado já se operou, portanto.

No que concerne à discussão da natureza jurídica do consórcio, insta salientar que ela não possui o condão de validar a cobrança de rateio extraordinário. Todavia, cabe registrar que o contrato de consórcio é forma de associação de pessoas, que se reúnem para a obtenção de capital, a fim de adquirir, mediante pagamento de contribuições mensais, idêntica espécie de bens duráveis, móveis ou imóveis, ou serviços, em quantidade equivalente ao número de integrantes do grupo, utilizando-se, para tanto, de sistema combinado de sorteios e lances, ficando o montante sob fiscalização bancária e administração de empresa especializada (in: FIÚZA, César. *Direito civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 417-418).

São fatos incontroversos a liquidação extrajudicial do Consórcio Nacional Liderauto e a transferência de cotas para a apelante. Tal acontecimento, por si só, também não se apresenta hábil para conferir à apelante a condição de credora do apelado de importância referente a rateio de extraordinário.

Passo ao exame da assembléia extraordinária em que foi deliberada a instituição do fundo extraordinário.

As assembléias gerais extraordinárias são reuniões que, convocadas conforme legislação de regência, decerto são válidas. No caso em exame, em que pese à ausência de irregularidades na aludida ocasião, deve-se apreciar a matéria concernente à eficácia da instituição da cobrança do rateio extraordinário, nela deliberada.

A análise dos autos do processo revela que a apelante assumiu a administração de grupos do Consórcio Nacional Liderauto Ltda. - com falência decretada, em assembléia geral extraordinária deliberou o rateio extraordinário de despesas, e o apelado, consorciado com quitação do valor da quota adquirida (f. 20), que não participou da assembléia geral extraordinária, procura alcançar provimento jurisdicional de declaração de inexistência débito.

É preciso ter em mente que o Banco Central do Brasil não pode definir o comportamento de quem não está sob sua proteção. Sendo assim, o consorciado não pode responder por prejuízos que não foram causados pelo grupo de consórcio a que pertence. Nesse contexto, a deliberação da assembléia de rateio extraordinário não se apresenta legítima para admitir a assunção desses prejuízos causados por má gestão financeira da empresa de consórcio em liquidação extrajudicial.

Não cabe olvidar que o contrato firmado entre o consorciado e a administradora de consórcio se submete às normas do Código de Defesa do Consumidor. Dessarte, se o consorciado se obrigou pelo pagamento de cinqüenta (50) parcelas mensais (f. 61), uma vez adimplidas, nada mais lhe pode ser exigido. Não lhe cabe responder pela má gestão financeira do grupo de consórcio a que se vinculou.

Por isso, a apelante não pode transferir o ônus que assumiu, quando, em leilão, obteve o controle do grupo de consórcio a que estava vinculado o apelado. Se os ajustes financeiros eram insuficientes, à apelante cumpria dissolver o grupo, e não, simplesmente, exigir complementação das contribuições, visto que o apelado a isso não se obrigou (f. 134/142). Logo, de quem participou da assembléia e decidiu aceitar as regras do rateio extraordinário, à apelante cabe buscar a satisfação do crédito correspondente.

É importante lembrar que a liberdade de contratar deve ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Não se pode admitir que a adesão a contrato de consórcio possa obrigar o aderente contemplado e com quitação dada a solver débitos diversos do que se obrigou. A assembléia geral extraordinária dos consorciados não poderia modificar o que estava assentado no contrato firmado. Assim, se a deliberação da assembléia foi a de transferência dos grupos em favor da ré, ora apelante, tal decisão não poderia obrigar quem dela não participou, e rejeitou a proposta. Qual o texto legal que autorizaria semelhante arbitrariedade?

Nesse contexto, tendo o apelado quitado o valor do bem objeto do consórcio, nada dele pode ser exigido. Pontue-se que a realização da assembléia geral extraordinária se deu licitamente. Contudo, a culpa pela insolvência da antiga administradora não pode ser suportada por aqueles consorciados que pagaram, a tempo e modo, todas as obrigações que lhes haviam sido impostas em virtude de contrato.

Por conclusão, o consorciado que prova a quitação do plano dada pela administradora liquidada não pode ser obrigado a quitar prestações de rateio extraordinário de prejuízos promovido pela administradora sucessora, pois, a obrigação contratual, ele cumpriu por inteiro.

Nego provimento ao recurso.

Custas, pela apelante.

DES. JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA - De acordo.

DES. NILO LACERDA - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Indenização - Procedimento sumário - Documento - Apresentação - Momento oportuno - Acidente - Rodovia - Animal morto na pista - Serviço rodoviário - Concessionária - Código de Defesa do Consumidor - Aplicabilidade - Responsabilidade objetiva - Dano material

Ementa: Ação de indenização. Procedimento sumário. Apresentação de documentos. Momento oportuno. Acidente em rodovia. Animal morto na pista. Capotamento. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Responsabilidade objetiva da concessionária. Caracterização dos danos materiais. Indenização devida.

- No procedimento sumário, o réu deve apresentar a documentação com que pretende demonstrar a veracidade de suas assertivas junto com a peça de resposta, sob pena de preclusão, salvo no caso de evidente ocorrência de justa causa capaz de impedir sua oportuna exibição.

- As concessionárias de serviços rodoviários, nas suas relações com os usuários da estrada, estão subordinadas ao Código de Defesa do Consumidor, pela própria natureza do serviço que fornece.

- A concessão é, exatamente, para que seja a concessionária responsável pela manutenção da rodovia, assim, por exemplo, manter a pista sem a presença de animais, zelando, portanto, para que os usuários trafeguem em segurança e com tranqüilidade. Entre o usuário da rodovia e a concessionária, existe uma relação de consumo, devendo, portanto, ser aplicado o art. 101 do Código de Defesa do Consumidor.

- Na teoria objetiva, cabe ao consumidor comprovar apenas o dano e o nexo causal, cabendo ao fornecedor de serviços, por outro lado, comprovar a ocorrência de quaisquer excludentes de sua responsabilidade.

Agravo retido e apelação não providos.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.07.393785-9/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Concessionária da Rodovia Presidente Dutra S.A. - Apelado: José Salvador Gomes da Silva - Relator: DES. PEREIRA DA SILVA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 12 de fevereiro de 2008. - *Pereira da Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PEREIRA DA SILVA - Trata-se de recurso de apelação interposto pela empresa Concessionária da Rodovia Presidente Dutra S.A. contra a sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora, nos autos da ação de indenização ajuizada por José Salvador Gomes da Silva.

Adoto o relatório da sentença (f. 44/47), acrescentando que o ilustre Juiz de primeira instância julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar a ré ao pagamento a título de danos materiais na importância de R$ 5.270,00, devendo incidir juros de mora de 1% a partir do evento danoso, nos moldes das Súmulas 43 e 54 do STJ.

Condenou cada uma das partes ao pagamento de 50% do valor das custas e honorários advocatícios para cada parte, em virtude da sucumbência recíproca, ficando suspensa a exigibilidade da parte autora, que está sob o pálio da justiça gratuita - Lei Federal 1.060/50.

Inconformada, a ré interpôs recurso de apelação às f. 69/88, pleiteando o conhecimento e provimento do agravo retido interposto nos autos, bem como a reforma do mérito da decisão, julgando, assim, o pleito improcedente com a condenação do apelado nos ônus de sucumbência, em face dos limites da responsabilidade civil da concessionária, além da responsabilidade do dono do animal pelo acidente.

O apelado apresentou contra-razões, às f. 128/137, requerendo seja julgada improcedente a apelação com a manutenção da sentença.

Este o breve relatório.

Conheço do recurso, visto que próprio e tempestivo.

Foram preenchidos os demais requisitos de admissibilidade.

Passo, pois, à análise de suas razões.

Antes de se adentrar o mérito da questão propriamente dito, deve-se analisar o agravo retido interposto pela parte apelante, em audiência, em face da expressa remissão quando da interposição do presente recurso.

Agravo retido.

Indeferimento de provas.

Insurge-se a apelante, preliminarmente, contra a decisão que indeferiu a produção de provas que desejava apresentar por se tratar de ação de rito sumário.

A respeito do tema, o Código de Processo Civil elucida, no art. 396, o momento da exibição da inicial e da contestação como o adequado para que as partes exibam os documentos com que pretendam fazer valer os fundamentos de fato e de direito que alicerçam suas assertivas.

O art. 397 do CPC, porém, admite que as partes juntem aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos, ficando tal apresentação, todavia, condicionada à comprovação de que houve justo impedimento para sua juntada oportuna.

Diante disso se conclui que a prova documental deve ser anexada à inicial ou à contestação, representando a norma transcrita *in retro* uma exceção que não admite interpretação ampliativa, uma vez que o processo se caracteriza por impulso para frente, sem contra-marchas, tendendo à entrega da prestação jurisdicional, observando-se que, se acaso se permitisse, a cada novo instante, a juntada de provas, a fase probatória nunca alcançaria o fim; e o processo, como meio eficaz de compor e solucionar litígios, haveria de perder sua finalidade.

A propósito, leciona Moacyr Amaral Santos que:

> o que se pode dizer é que todo e qualquer documento pode instruir as alegações das partes, desde que oferecido com elas ou contra elas, e vise comprovar fatos novos, isto é, ainda não expostos, e que, tendo relação com o fato e não importando em alterações de litispendência, constituam argumentos capazes de forçar uma decisão justa (*Comentários ao CPC,* v. 4, p. 230).

Sobre o tema, assim já decidiu o extinto TAMG:

> A parte deverá instruir sua defesa com todos os documentos destinados a comprovar as suas alegações, sendo que a juntada de novas provas somente poderá ocorrer se as mesmas forem relativas a fatos posteriormente ocorridos (Apelação Cível nº 247 866-2. Relator: Juiz Silas Vieira).

Assim também o posicionamento de outros tribunais:

> Os documentos necessários à defesa, a menos que se demonstre a impossibilidade de sua obtenção por motivo de força maior, devem acompanhar a contestação (TJSC. AI 6.166. Relator: Des. Napoleão Amarante, DJE nº 8.254, p. 23).

> A prova documental deve acompanhar a contestação. Após, somente é permitida a juntada de documentos referentes a fatos novos (TJDF. Ap. Civ. 3709695. Relator: Des. Adelith de Carvalho Lopes)

Com tais considerações, nego provimento ao agravo retido aviado.

Passo, agora, à análise do mérito.

Mérito.

Conforme se depreende dos autos, o autor busca ressarcimento pelo prejuízo sofrido em razão de acidente ocorrido na Rodovia Presidente Dutra, em face do atropelamento de um animal que, morto, ainda se encontrava na pista de rolamento, o que ocasionou o 'capotamento' de seu veículo, gerando-lhe danos morais e materiais. Alega a ocorrência de lucros cessantes e desvalorização de seu veículo.

Em sua peça recursal, a apelante discorre sobre a responsabilidade das concessionárias, argumentando que a responsabilidade administrativa não consagra o dever de indenizar, sempre e em qualquer caso, o dano suportado pelo particular.

Contradiz a afirmação de que houve negligência da empresa em relação à retirada do animal da pista de rolamento, uma vez que realiza constantes e periódicas limpezas nas pistas, com intuito de evitar acidentes. Afirma que prepostos seus estiveram no local do acidente momentos antes da ocorrência do acidente noticiado nos autos, não tendo visualizado qualquer objeto ou animal morto na pista.

No presente caso, cumpre realçar que, ao contrário do que afirma a apelante, o presente caso será analisado de acordo com o Código de Defesa do Consumidor, que disciplina a teoria da responsabilidade objetiva, na qual é desnecessária a comprovação da culpa do agente para a caracterização do dever de reparar o agente, tendo o consumidor a responsabilidade apenas de demonstrar a ocorrência do dano e o nexo de causalidade.

Sobre a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor já decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça:

> Concessionária de rodovia. Acidente com veículo em razão de animal morto na pista. Relação de consumo. - As concessionárias de serviços rodoviários, nas suas relações com os usuários da estrada, estão subordinadas ao Código de Defesa do Consumidor, pela própria natureza do serviço. No caso, a concessão é, exatamente, para que seja a concessionária responsável pela manutenção da rodovia, assim, por exemplo, manter a pista sem a presença de animais mortos na estrada, zelando, portanto, para que os usuários trafeguem em tranqüilidade e segurança. Entre o usuário da rodovia e a concessionária, há mesmo uma relação de consumo, com o que é de ser aplicado o art. 101 do Código de Defesa do Consumidor (REsp 467883-RJ. Relator: Ministro Carlos Alberto Direito).

Neste mesmo contexto, é prudente transcrever o disposto no art. 14 da Lei 8.078/90:

> Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. [...]
> § 3°. O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:
> I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
> II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Sobre o tema, com muita propriedade ensina Rui Stoco que:

> A doutrina objetiva, ao invés de exigir que a responsabilidade civil seja a resultante dos elementos tradicionais (culpa,

> danos, vínculo de causalidade entre uma e outro), assenta-se na equação binária cujos pólos são o dano e a autoria do evento danoso. Sem cogitar da imputabilidade ou investigar a antijuridicidade do fato danoso, o que importa para assegurar o ressarcimento é a verificação se ocorreu o evento e se dele emanou o prejuízo. Em tal ocorrendo, o autor do fato causador do dano é o responsável. Com a teoria do risco, diz Philippe Le Tourneau, o juiz não tem de examinar o caráter lícito ou ilícito do ato imputado ao pretenso responsável: as questões de responsabilidade transformaram-se em simples problemas objetivos que se reduzem à pesquisa de uma relação de causalidade (*Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 151).

Portanto cabe ao fornecedor do serviço, para se eximir do dever de indenizar, comprovar a ocorrência de uma das causas excludentes da responsabilidade, quais sejam: a) que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; b) que a culpa é exclusiva do consumidor ou de terceiro; c) a ocorrência de caso fortuito ou de força maior.

Nesta esteira, a lição de Zelmo Denari:

> [...] a responsabilidade do fornecedor de serviços independe da extensão da culpa, acolhendo, também nesta sede, os postulados da responsabilidade objetiva.
> As causas excludentes da responsabilidade do prestador de serviços são as mesmas previstas na hipótese de fornecimento de bens, a saber: que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste ou que a culpa é exclusiva do usuário ou de terceiro (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 8. ed. RJ: Forense Universitária, 2004, p. 195).

No presente caso, tem-se que a responsabilidade da empresa é inquestionável, visto que o conjunto probatório não foi capaz de elidi-la, restando prejudicada, pois, a tese recursal.

Vê-se que o dano e o nexo causal restaram devidamente demonstrados, não tendo a apelante, por sua vez, se desincumbido do ônus de provar a ocorrência de uma das causas excludentes de sua responsabilidade.

Cumpre salientar também que a empresa apelante é concessionária de serviço público, razão pela qual responde objetivamente pelos danos causados a terceiros, submetendo-se à teoria do risco administrativo por força da norma constitucional disposta no art. 37, § 6°, que preceitua:

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

Nesse sentido, leciona Hely Lopes Meirelles:

> O exame desse dispositivo revela que o constituinte estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão. Firmou, assim, o princípio objetivo da responsabilidade sem culpa pela atuação lesiva dos agentes públicos e seus delegados (*Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 627).

Discorre com precisão, o autor acima citado:

> Para obter a indenização, basta que o lesado acione a Fazenda Pública e demonstre o nexo causal entre o fato lesivo (comissivo ou omissivo) e o dano, bem como seu montante. Comprovados esses dois elementos, surge naturalmente a obrigação de indenizar. Para eximir-se dessa obrigação, incumbirá à Fazenda Pública comprovar que a vítima concorreu com culpa ou dolo para o evento danoso. Enquanto não evidenciar a culpabilidade da vítima, subsiste a responsabilidade da Administração. Se total a culpa da vítima, fica excluída a responsabilidade da Fazenda Pública; se parcial, reparte-se o *quantum* da indenização (*op. cit.*, p. 631).

Observe-se que o sistema de responsabilidade civil do Estado adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro opera uma inversão do ônus probatório em favor do terceiro lesado, ao estabelecer a obrigação do prestador do serviço público, envolvido no ato lesivo, de demonstrar que este agiu com culpa.

Assim, ao autor da ação indenizatória cabe tão-somente o ônus de demonstrar que sofreu dano injusto, em virtude de ação ou omissão levada a efeito por determinado ente da Administração, devendo este último, para se eximir da obrigação indenizatória, comprovar a existência de culpa exclusiva ou concorrente da vítima, fator excludente da sua responsabilidade civil.

Verifica-se que a ré tinha conhecimento da possibilidade de haver animais na pista, não tendo tomado qualquer providência eficaz no sentido de garantir a segurança dos veículos que transitavam na rodovia, o que caracteriza culpa, na modalidade negligência.

Dessa forma, a responsabilidade da empresa concessionária do serviço público não exclui a responsabilidade do dono do animal, preconizada pelo art. 1.527 do antigo Código Civil e pelo art. 936 do novo Código Civil, que não pode ser impingida à apelante, para trancar a ação.

Isso porque a responsabilidade civil da empresa se sobressai e absorve a responsabilidade do dono do animal, em virtude de constituir sua relação jurídica uma relação de consumo com aqueles que utilizam da rodovia de que seja concessionária.

É que, por força do contrato de concessão do serviço público celebrado com o Poder Público concedente, como contraprestação à vantagem pecuniária percebida em razão do pedágio pago pelos usuários, impõe-lhe o dever legal de zelar não só pela qualidade da rodovia, mas também pela segurança de sua utilização.

Nesse dever, não há negar, é de se incluir a adoção de medidas preventivas necessárias para coibir a invasão da pista por animais oriundos das propriedades limítrofes, mormente os de grande porte, como no caso dos autos.

Nesse sentido a jurisprudência do extinto Tribunal de Alçada de MG:

> Ação de reparação de danos materiais e morais. Acidente de trânsito. Responsabilidade objetiva do concessionário do serviço público. Culpa presumida.
> - A concessionária de serviço público, *ex vi* do art. 37, § 6°, da Constituição Federal, responde objetivamente pelos danos causados em acidente de trânsito em razão de obstrução da rodovia, liberando-se de tal responsabilidade somente pela prova de culpa exclusiva da vítima, ante a teoria do risco administrativo.
> - Deve ser excluído da condenação pleito indenizatório relativo a danos materiais não comprovados, ou não hostilizados. A simples sensação de aborrecimento, transtorno, acompanhado de prejuízo material, não constitui dano moral suscetível de reparação civil (Apelação Cível n° 343.208-6. Relator: Juiz Gouvêa Rios).

> Ação de indenização. Concessionária de serviço público. Animal na pista. Legitimidade passiva. Responsabilidade pelos danos. Bem móvel. Transferência do domínio pela tradição.
> - A concessionária de serviço público que administra e explora rodovia tem o dever legal e contratual de garantir a segurança do usuário, respondendo pelos prejuízos que este sofrer em razão de conduta negligente e omissiva daquela.
> - A transmissão do bem móvel opera-se somente com a tradição, sendo que o simples acordo de vontades das partes não basta para transferir o domínio (Apelação Cível n° 379.700-5. Relatora: Juíza Albergaria Costa).

Com tais considerações, nego provimento ao recurso aviado, para manter, na íntegra, a bem-lançada sentença de lavra do operoso Juiz Júlio César Silveira de Castro.

Custas recursais, na forma da lei, pela apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CABRAL DA SILVA E MARCOS LINCOLN.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E À APELAÇÃO.

...

Registro público - Certidão de nascimento - Patronímico - Padrasto - Vínculo afetivo - Retificação - Possibilidade - Art. 57 da Lei de Registros Públicos - Procedência do pedido

Ementa: Apelação cível. Ação de retificação de registro público de nascimento. Inclusão do patronímico do pai afetivo. Segurança jurídica preservada.

- As normas que dispõem sobre registro público pregam a imutabilidade do registro como meio eficiente de salvaguarda do interesse público na identificação da pessoa na sociedade e de sua procedência familiar.

- O vínculo afetivo consolidado e público pode figurar uma das hipóteses excepcionais de que trata o art. 57 da Lei n° 6.015/73, desde que a inclusão do patronímico do pai afetivo não implique lesão ao princípio da segurança jurídica.

Recurso conhecido e provido.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0145.07.399769-7/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Júlia Gonçalves Ladeira - Relatora: DES.ª ALBERGARIA COSTA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 13 de março de 2008. - *Albergaria Costa* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª ALBERGARIA COSTA - Trata-se de apelação interposta por Júlia Gonçalves Ladeira contra a sentença, de f. 27/29, declarada pela decisão de f. 32/33, que julgou improcedente o pedido de retificação do seu registro civil.

Em suas razões recursais, a apelante reiterou as alegações deduzidas na inicial, no sentido de que o acréscimo a seu prenome do patronímico de seu padrasto decorre do enorme laço afetivo entre eles e da função social do nome, que é identificar a pessoa no meio social. Ressaltou a evolução do conceito de família e assegurou que tal mudança não viola o interesse público.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 47/48, opinando pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Conhecido o recurso, uma vez presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Extrai-se dos autos que Júlia Gonçalves Ladeira requereu a retificação da certidão de nascimento, visando à inclusão do patronímico "Bellini" de seu padrasto, ao seu prenome.

Sabe-se que o registro público deve conter dados que estejam de acordo com a realidade, daí por que é possível a sua retificação, mediante a comprovação inexorável do erro ou de fato superveniente que configure situação excepcional.

Nesse sentido, a Lei n° 6.015/73 estabelece, em seu art. 57, que:

> Qualquer alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver

> sujeito o registro, arquivando-se o mandato e publicando-se a alteração pela imprensa.

As normas que dispõem sobre registro público pregam a imutabilidade do registro, como meio eficiente de salvaguarda do interesse público na identificação da pessoa na sociedade, bem como a sua procedência familiar.

O nome, segundo Sílvio Rodrigues (*Direito civil* - parte geral. São Paulo: Saraiva, v. 1, p. 72), se decompõe em duas partes:

> o patronímico familiar, que ordinariamente representa uma herança que se transmite de pai a filho, ou é adquirido por um dos cônjuges pelo casamento, e o prenome, que é atribuído à pessoa por ocasião da abertura de seu assento de nascimento e que é imutável.

O patronímico tem a histórica importância de indicar a descendência familiar, e, por isso, o reconhecimento dos filhos através do registro é irrevogável, já que o nome é um direito da personalidade. No entanto, não se pode deixar de reconhecer que o conceito de família sofreu mutações relevantes, que devem ser particularmente consideradas na aplicação das normas positivadas no ordenamento jurídico.

Afinal, acompanhar a evolução dos conceitos e dos valores sociais é indispensável à renovação e integração das normas, a fim de que não se cinjam a um mero texto escrito, sem qualquer eficácia ou aplicabilidade.

A própria Constituição Federal, que prima pela dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado de Direito, tornou equivalentes os laços de afeto e de sangue, ao prever no § 6º do art. 227 que "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

Nesse sentido, levando-se em conta que a melhor interpretação da norma é feita a partir da análise do seu texto e dos fatos, considerando ainda a valorização da pessoa humana inclusive no núcleo familiar, entendo que se está diante de uma das situações excepcionais que admitem a retificação do registro.

A apelante narrou que, desde os 3 (três) anos de idade, tem convivência íntima, afetiva e verdadeiramente paternal com o seu atual padrasto, casado com sua genitora desde os seus 7 (sete) anos (f. 09).

Os registros fotográficos juntados aos autos demonstram que o padrasto da apelante realmente acompanhou o seu crescimento; as cópias das cartas e mensagens trocadas comprovam o envolvimento familiar, típico das filiações socioafetivas.

A cópia do convite para o aniversário de 15 (quinze) anos da apelante, em que o seu padrasto, juntamente com a sua genitora "convidam para a comemoração dos 15 anos de sua filha Júlia" (f.12), não deixa dúvidas de que essa filiação afetiva é consolidada e pública.

Atualmente com 19 (dezenove) anos, a apelante está começando a praticar os atos da vida civil em nome próprio e ingressou com a presente ação assim que atingiu a maioridade, com o consentimento de seu pai biológico (f. 07). Tais fatos, apesar de não darem fundamento à pretensão de retificação de registro, ao menos revelam que a pretensão da apelante não ofende o princípio da segurança jurídica que justifica a fixidez do registro.

E, se o registro público prima pela coincidência de seus dados com a realidade, não tendo a apelante pretendido a exclusão do sobrenome de seu pai biológico, mas tão-somente a inclusão do sobrenome do seu pai afetivo - a quem a própria sociedade reconhece como pai -, tenho que o pedido deve ser julgado procedente, por ser a filiação afetiva uma hipótese excepcional admitida pela lei.

No entanto, deve ser obedecido o disposto no art. 59 da Lei de Registros Públicos, segundo o qual

> Quando se tratar de filho ilegítimo, não será declarado o nome do pai sem que este expressamente o autorize e compareça, por si ou por procurador especial, para, reconhecendo-o, assinar, ou não sabendo ou não podendo, mandar assinar a seu rogo o respectivo assento com duas testemunhas.

Por todo o exposto, dou provimento ao recurso e determino a retificação do registro de nascimento da apelante, com o acréscimo do patronímico "Bellini" ao seu nome, atendidas as disposições do art. 59 da Lei de Registros Públicos.

Sem custas.

DES. KILDARE CARVALHO - De acordo.

DES. MANUEL SARAMAGO - Sr. Presidente. Peço vista.

Súmula - PEDIU VISTA O VOGAL, APÓS A RELATORA E O REVISOR DAREM PROVIMENTO.

Notas taquigráficas

DES. KILDARE CARVALHO (Presidente) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 06.03.2008, a pedido do Vogal, após votarem a Relatora e o Revisor, dando provimento.

Com a palavra o Des. Manuel Saramago.

DES. MANUEL SARAMAGO - Sr. Presidente. Acompanho a eminente Des.ª Albergaria Costa, dando provimento.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Assistência judiciária - Pessoa jurídica - Agravo de instrumento - Preparo - Desnecessidade - Conhecimento - Mérito - Despesas processuais - Capacidade econômica - Indeferimento - Voto vencido

Ementa: Assistência judiciária. Pessoa jurídica requerente. Agravo de instrumento. Desnecessidade de preparo. Conhecimento. Mérito. Condições da requerente de arcar com despesas processuais. Indeferimento.

- Não pode ser imposta a deserção a recurso interposto diante de decisão que indefere pedido de assistência judiciária gratuita. De fato, se o pedido de reforma se refere ao benefício da gratuidade, possui o recorrente direito líquido e certo de que seu recurso seja examinado pelo julgador da forma como entender de direito.

- Superado o clássico positivismo jurídico, os juízes não mais devem aplicar mecanicamente a lei. É preciso aplicá-la de modo a encontrar o justo no caso concreto.

- O sistema jurídico, em geral, é controlado e aplicado como uma rede axiológica e hierarquizada de princípios, de normas e de valores jurídicos, cuja função é a de dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição da República.

- Com o fenômeno da "constitucionalização do direito infraconstitucional", o Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo texto constitucional.

- As regras sobre assistência judiciária (Lei nº 1.060/50) devem ser examinadas do modo sistêmico, com atenção à natureza tributária de taxa atribuída às custas judiciais (STF, ADIN nº 3.694-AP, Min. Sepúlveda Pertence, *DJU* de 06.11.2006).

- O art. 11, *caput*, da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2001) impõe aos agentes públicos responsabilidade na gestão fiscal, a qual terá como requisitos essenciais a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação. A Lei Complementar nº 101/2001 também se aplica no âmbito do Poder Judiciário (art. 1º, § 3º, inciso I, alínea a, da LC 101/2001). Com efeito, possui natureza administrativa, em sentido amplo, a atividade arrecadadora das custas judiciais, ainda que sujeita ao crivo dos magistrados.

- Onde há função, não há autonomia da vontade. A vontade é submetida aos fins previstos na Constituição e nas leis. Há o dever de curar o interesse público. Mais do que poder, o administrador tem dever de curar o interesse público (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 1996, p. 13/14).

- Haverá desvio de finalidade quando o agente administrativo praticar o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência (art. 2º, parágrafo único, alínea e, da Lei nº 4.717/65 - Lei da Ação Popular).

- Dos magistrados, enquanto gestores da atividade arrecadadora das custas judiciais, exige-se reverência aos ditames da Constituição e da legislação infraconstitucional. Das partes litigantes, em contrapartida, exige-se submissão aos preceitos da boa-fé, para que não declarem falsamente pobreza no intuito de obter os benefícios da assistência judiciária. Processo custa dinheiro. Não passaria de ingênua utopia a aspiração a um sistema processual inteiramente solidário e coexistencial, realizado de modo altruísta por membros da comunidade e sem custos para quem quer fosse. Seria igualmente discrepante da realidade a instituição de um sistema judiciário inteiramente gratuito para os litigantes. A gratuidade generalizada seria incentivo à litigância irresponsável, em detrimento desse serviço público que é a jurisdição. Os casos de gratuidade são excepcionais e específicos, estando tipificados em normas estritas (DINAMARCO, Cândido R. *Instituições de processo civil*. v. 2, 2001, p. 629/630). No Direito, salvo situações muito excepcionais previstas em lei, não lidamos com verdades absolutas. Por isso, recomenda-se ao hermeneuta jurídico a observância do princípio da razoabilidade. O Direito, em sua aplicação administrativa ou jurisdicional contenciosa, não se exaure num ato puramente técnico, neutro e mecânico; não se esgota no racional nem prescinde de valorações e de estimativas (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 1992, p. 72). A Constituição Federal (art. 5º, LXXIV) e a Lei nº 1.060/50 (art. 5º) conferem ao juiz, em havendo fundadas razões, o poder de exigir do pretendente à assistência judiciária a prova da insuficiência de recursos.

- A declaração de insuficiência de recursos, firmada pelo interessado, é, em princípio, bastante para a concessão da assistência judiciária, mas não deve ser aceita, quando das circunstâncias do caso concreto se verificarem indícios de que possui condições para arcar com as despesas processuais.

- Somente é possível a concessão do benefício da assistência judiciária à pessoa jurídica que demonstre a impossibilidade de arcar com as despesas do processo, sem prejudicar a própria manutenção.

- V.v.: - Consoante a estrutura já formada no País, com a instituição da justiça paga, considerando que esta remunera também verba honorária sucumbencial, há que se deferir justiça gratuita à pessoa jurídica por via de simples declaração lançada no corpo da inicial, prerrogativa não outorgada unicamente à pessoa física.

AGRAVO Nº 1.0702.07.415629-1/001 - Comarca de Uberlândia - Agravantes: Distribem Logística Distribuição Ltda. e outro - Agravado: Banco ABN Amro Real S.A. - Relator: DES. ROGÉRIO MEDEIROS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM REJEITAR PRELIMINAR, À UNANIMIDADE, E NEGAR PROVIMENTO, VENCIDO O PRIMEIRO VOGAL.

Belo Horizonte, 13 de março de 2008. - *Rogério Medeiros* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ROGÉRIO MEDEIROS - Versam os autos agravo de instrumento interposto por Distribem Logística Distribuição Ltda. contra decisão da MM. Juíza da 5ª Vara Cível de Uberlândia, que indeferiu à agravante os benefícios da assistência judiciária, nos autos de embargos à execução ajuizada contra o agravado Banco ABN Amro Real S.A., ambos já qualificados, ao fundamento de ausência de comprovação da hipossuficiência da pessoa jurídica requerente.

Foi negado o efeito suspensivo ao recurso (f. 49/50-TJ).

Contraminuta do agravado à f. 100-TJ, pelo não-conhecimento do recurso, pela falta de preparo e, no mérito, pelo não-provimento do agravo.

É o relatório.

Não foi efetuado o preparo, visto que o recurso almeja a concessão dos benefícios da Lei nº 1.060/50.

Preliminar: falta de preparo.

Argüiu o agravado falta de preparo, para pugnar pelo não-conhecimento deste agravo de instrumento.

Sem razão o agravado, conforme ilustra a melhor jurisprudência:

> Recurso ordinário em mandado de segurança. Indeferimento de pedido de assistência judiciária gratuita. Agravo regimental. Deserção. Impossibilidade. Violação de direito líquido e certo configurada. Recurso provido.
> 1. Não pode ser imposta a deserção ao recurso interposto diante de decisão que indefere pedido de assistência judiciária gratuita. De fato, se o pedido de reforma se refere ao benefício da gratuidade, possui o requerente direito líquido e certo de que seu recurso seja examinado pelo julgador, da forma como entender de direito. Se o órgão competente considerar que o benefício não deve ser concedido, é possível o indeferimento do pedido, garantida a abertura de prazo ao requerente para efetuar o pagamento das custas e despesas processuais.
> 2. O benefício de assistência judiciária gratuita pode ser concedido mediante declaração da parte de que não pode arcar com as custas e despesas do processo, salientando-se que é possível ao magistrado, com base nos elementos dos autos, analisar se o requerente preenche, ou não, os requisitos legais para a concessão do benefício.
> 3. Recurso provido, para afastar a deserção do agravo regimental interposto diante de decisão que indeferiu pedido de assistência judiciária gratuita, determinando a sua apreciação pelo órgão colegiado competente, da forma como entender de direito (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 15.508-RJ, Min. Hélio Quaglia Barbosa, *DJU* de 19.03.2007).

Presentes os requisitos de admissibilidade, pois, rejeito a preliminar e conheço do recurso.

Mérito.

É verdade que o art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição de 1988 incluiu a assistência judiciária entre as garantias individuais e coletivas, com a ressalva de ser conferida aos necessitados: "O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos".

A Lei nº 1.060/50 considera "necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família" (art. 2º, parágrafo único).

E o art. 4º, *caput*, do mesmo texto legal dispõe:

> A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.

Todavia, a interpretação de tão vetustos preceitos do Direito Positivo deve ser guiada pelas diretrizes hermenêuticas contemporâneas. Superado o clássico positivismo jurídico, os juízes não mais devem aplicar mecanicamente a lei. É preciso aplicá-la de modo a encontrar o justo no caso concreto. É marcante sua atuação, no que concerne à segurança, à igualdade e liberdade individuais; ao sentido e alcance da pessoa jurídica; à definição do Estado e à sua submissão ao direito; às transformações da ordem individualista, contribuindo à socialização dos direitos subjetivos; ao princípio da boa-fé nas relações jurídicas; ao princípio da eqüidade; às grandes transformações ocorridas na responsabilidade civil, onde, em boa parte, a evolução resultou de seu trabalho; em suma; à proteção dos direitos do indivíduo, fazendo deste o verdadeiro fim do direito. A jurisprudência realiza concretamente o Estado de Direito (*apud* AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do direito e contexto social*. São Paulo: RT, 1996, p. 153/154).

Avulta o papel dos princípios. O grande civilista Caio Mário da Silva Pereira, ao receber, em 1999, o título de doutor *honoris causa*, na Universidade de Coimbra, proferiu magnífico discurso, proclamando (jornal *Estado de Minas*, Belo Horizonte, edição de 19 de agosto de 1999, p. 10):

> Posso dizer, com a autoridade de quem enfrenta essa luta há mais de sessenta anos, que é necessário acreditar que se pode construir o futuro sobre os alicerces jurídicos. (...) Visualizando o Direito, sem me ater a particularismos que interessem a tal ou qual categoria social, ou a algum sentimento personalíssimo, penso que ele é 'todo inteiro', na expressão de Del Vecchio, 'um complexo sistema de valores', e, mais especialmente, 'uma conciliação dos valores da ordem e os valores da liberdade'.

Carlos Maximiliano definiu (*in Hermenêutica e aplicação do direito*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 295):

> Todo conjunto harmônico de regras positivas é apenas o resumo, a síntese, o *substratum* de um complexo de altos ditames, o índice materializado de um sistema orgânico, a concretização de uma doutrina, série de postulados que enfeixam princípios superiores. Constituem estes as diretivas idéias do hermeneuta, os pressupostos científicos da ordem jurídica.

Nessa linha conceitual, são os princípios idéias gerais e abstratas que expressam em maior ou menor escala todas as normas que compõem a seara do Direito. Cada área do Direito não é senão a concretização de certo número de princípios que constituem o seu núcleo central. Eles possuem uma força que permeia todo o campo sob o seu alcance (BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 23).

Consoante Fábio Konder Comparato, a axiologia transformou a ética contemporânea. Há uma revolução axiológica, abalando o gélido positivismo vigorante na maior parte do século XX (prefácio ao livro *Temas de direitos humanos*, de Flávia Piovesan, Max Limonad, 1998, p. 11/14).

O sistema jurídico, em geral, é controlado e aplicado como uma rede axiológica e hierarquizada de princípios, de normas e de valores jurídicos, cuja função é a de dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição (FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 49).

Surge nova materialidade constitucional e alcança o patamar supremo da Constituição. Ao mesmo passo, insere-se na órbita principal, com superioridade normativa, no que toca aos demais preceitos da Constituição. Em caso de conflito constitucional, o princípio é superior à regra. O princípio se aplica, a regra não. Os juristas do positivismo sempre foram contundentes no menosprezo e aversão aos princípios. As correntes antipositivistas deste fim de século fundaram uma Nova Hermenêutica. Retiraram os princípios - dantes designados simplesmente princípios gerais de Direito - da esfera menor dos Códigos, onde jaziam como a mais frágil, subsidiária e insignificante das peças hermenêuticas do sistema, para a região mais elevada e aberta das Constituições, cujo espaço oxigenado entraram a ocupar até se fixarem com aquela densidade normativa que os converteu em senhores supremos da jurisdicidade constitucional. De tal sorte que os princípios governam a Constituição e a governam nos termos absolutos que a legitimidade impõe (BONAVIDES, Paulo. *Reflexões:* política e direito. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 22/29).

Segundo J. J. Gomes Canotilho, hoje a subordinação à lei e ao Direito, por parte dos juízes, reclama de forma incontornável a "principialização" da jurisprudência. O Direito do Estado de Direito, do século XIX e da primeira metade do século XX, é o Direito das regras dos códigos. O Direito do Estado Constitucional Democrático e de Direito leva a sério os princípios, é um Direito de princípios. O tomar a sério os princípios implica uma mudança profunda na metódica de concretização do Direito e, por conseguinte, na atividade jurisdicional dos juízes (in A "principialização" da jurisprudência através da Constituição. *Revista de Processo*, Ed. RT, v. 98, p. 83/84, abr./jun. 2000).

Prossegue o constitucionalista luso, afirmando que a existência de regras e princípios permite a descodificação, em termos de um "constitucionalismo adequado" (Alexy), de estrutura sistêmica. Isto é, possibilita a compreensão da Constituição como sistema aberto de regras e princípios. Um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa - legalismo - do mundo e da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Conseguir-se-ia um "sistema de segurança", mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema, como constitucional, que é necessariamente aberto (in *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 168/9).

O jurista tem o dever de interpretar o direito conforme a norma superior (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 57): "O aplicador do direito, ao determinar o sentido e a extensão de uma norma, tem o dever de rejeitar alternativas hermenêuticas incompatíveis com o sistema jurídico".

Nesse compasso, a doutrina jurídica contemporânea se reporta à constitucionalização do direito infraconstitucional. Iniciada na Alemanha e Itália, a doutrina irradiou-se posteriormente por países de democratização mais tardia, como Portugal, Espanha e Brasil (Luís

Roberto Barroso, in Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, p. 1/42, abr.-jun. 2005). O jurista italiano Pietro Perlingieri registra (in *Perfis do direito civil - Introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed., Renovar, 2002, p. 6):

> O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional. Falar de descodificação relativamente ao Código vigente não implica absolutamente a perda do fundamento unitário do ordenamento, de modo a propor a sua fragmentação em diversos microordenamentos e em diversos microssistemas, com ausência de um desenho global. Desenho que, se não aparece no plano legislativo, deve ser identificado no constante e tenaz trabalho do intérprete, orientado a detectar os princípios constantes na legislação chamada especial, reconduzindo-os à unidade, mesmo do ponto de vista da sua legitimidade. O respeito aos valores e aos princípios fundamentais da República representa a passagem essencial para estabelecer uma correta e rigorosa relação entre poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre poder econômico e os direitos dos marginalizados, dos mais desfavorecidos.
> A questão não reside na disposição topográfica (códigos, leis especiais), mas na correta individuação dos problemas. A tais problemas será necessário dar uma resposta, procurando-a no sistema como um todo, sem apego à preconceituosa premissa do caráter residual do código e, por outro lado, sem desatenções às leis cada vez mais numerosas e fragmentadas.

Passemos, pois, à análise sistêmica das regras sobre assistência judiciária (Lei nº 1.060/50). Para tanto, é preciso estabelecer a natureza jurídica das custas judiciais.

O Código Tributário Nacional define tributo em seu art. 3º:

> É toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Aliomar Baleeiro comentava (in *Direito tributário brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 63): "O tributo constitui obrigação *ex lege*. Não há tributo sem lei que o decrete, definindo-lhe o fato gerador da obrigação".

O Código Tributário Nacional ainda conceitua:

> Art. 5º Os tributos são impostos, taxas e contribuições de melhoria.
> [...]
> Art. 16. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.
> [...]
> Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.
> Parágrafo único. A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto nem ser calculada em função do capital das empresas.
> [...]
> Art. 81. A contribuição de melhoria cobrada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado [...].

No concernente à taxa, Baleeiro discorria (ob. cit., p. 328):

> É sempre uma técnica fiscal de repartição da despesa com um serviço público especial e mensurável pelo grupo restrito das pessoas que se aproveitam de tal serviço, ou o provocaram ou o têm ao seu dispor. (...) A taxa tem, pois, como 'causa' jurídica e fato gerador a prestação efetiva ou potencial dum serviço específico ao contribuinte, ou a compensação deste à Fazenda Pública por lhe ter provocado, por ato ou fato seu, despesa também especial e mensurável.

Estribada nos conceitos elaborados pelo legislador e doutrinadores, a jurisprudência fixou a natureza tributária das custas judiciais:

> I. Ação direta de inconstitucionalidade: Lei 959, do Estado do Amapá, publicada no *DOE* de 30.12. 2006, que dispõe sobre custas judiciais e emolumentos de serviços notariais e de registros públicos, cujo art. 47 - impugnado - determina que a 'lei entrará em vigor no dia 1º de janeiro de 2006': procedência, em parte, para dar interpretação conforme à Constituição ao dispositivos questionados e declarar que, apesar de estar em vigor a partir de 1º de janeiro de 2006, a eficácia dessa norma, em relação aos dispositivos que aumentam ou instituem novas custas e emolumentos, se iniciará somente após 90 dias da sua publicação. II. Custas e emolumentos: serventias judiciais e extrajudiciais: natureza jurídica. É da jurisprudência do Tribunal que as custas e os emolumentos judiciais ou extrajudiciais têm caráter tributário de taxa. III. Lei tributária: prazo nonagesimal. Uma vez que o caso trata de taxas, devem observar-se as limitações constitucionais ao poder de tributar, dentre essas, a prevista no art. 150, III, *c*, com a redação dada pela EC 42/03 - prazo nonagesimal para que a lei tributária se torne eficaz (Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.694-AP, Min. Sepúlveda Pertence, *DJU* de 06.11.2006).

> Recurso especial. Processual civil. Tributário. Execução fiscal. Preferência creditícia. Custas e despesas em sentido estrito. Crédito tributário. Recurso desprovido.
> 1. A controvérsia cinge-se à análise da preferência do crédito tributário em relação a outros créditos, tendo em vista o entendimento do Tribunal de origem no sentido de que 'o crédito tributário não tem preferência às custas e despesas processuais devidas ao Poder Judiciário e seus auxiliares no processo de execução. Interpretação sistemática dos arts. 186 e 188 do CTN' (f. 55).
> 2. Na hipótese dos autos, os fatos ocorreram sob a égide das redações originais dos arts. 186 e 188 do Código Tributário Nacional. Assim, nos termos destes dispositivos legais, o crédito tributário possui preferência em relação aos demais créditos, exceto quanto àqueles decorrentes da legislação do

> trabalho, bem como dos encargos da massa falida - incluindo-se aí os créditos tributários vencidos e vincendos, exigíveis no decurso do processo de falência -, os quais deveriam ser pagos com preferência em relação a quaisquer outros créditos e às dívidas da massa. Precedentes.
> 3. Da análise da natureza jurídica das despesas em sentido estrito e das custas, pode-se concluir que tais verbas não se enquadram no conceito de créditos trabalhistas. Todavia, enquadram-se nos encargos devidos pela massa falida, porquanto: a) as despesas em sentido estrito devidas pela empresa fazem parte das obrigações assumidas pela massa falida no curso do processo; b) as custas judiciais já possuem, por sua própria natureza tributária, o privilégio previsto na Seção II do Capítulo VI do Código Tributário Nacional. No entanto, no caso específico dos autos, o crédito relativo às custas judiciais está entre os encargos tributários da massa falida, de modo que tem uma preferência ainda maior em seu pagamento, conforme previsto no art. 188 do CTN. Dessa maneira, interpretando-se sistematicamente as redações anteriores dos arts. 186 e 188 do CTN, verifica-se que as referidas custas e despesas possuem preferência em relação aos créditos tributários em geral por se enquadrarem entre os encargos devidos pela massa falida.
> 4. As custas e emolumentos, quando devidas pela Fazenda Pública, gozam do privilégio estatal de não precisarem ser antecipadas, devendo ser pagas, ao final da demanda, pelo vencido, nos termos dos arts. 39 da Lei 6.830/80 e 27 do CPC. Por outro lado, as despesas em sentido estrito não gozam desse mesmo privilégio, sendo certo que, mesmo quando devidas pela Fazenda Pública, devem ser pagas no momento do requerimento da diligência ou de qualquer outro ato processual, na medida em que, neste caso, os atos são praticados por terceiros que não se podem sujeitar ao ônus de arcar com as despesas de sua prática em favor do ente estatal. Precedentes.
> 5. Recurso especial desprovido (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 898.214-RS, Min.ª Denise Arruda, *DJU* de 24.09.2007).

Pela sua natureza tributária, as custas judiciais constituem receita. Logo, são sujeitas aos ditames da Lei de Responsabilidade Fiscal. Odete Medauar comenta (in *Direito administrativo moderno*. 9. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 352/353):

> A Lei Complementar 101, de 04.05.2001, estabelece normas de finanças públicas voltadas à responsabilidade na gestão fiscal. Visa alcançar o equilíbrio das contas públicas da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e seus respectivos poderes e entes. Referida lei complementar determina a ação planejada e transparente em matéria de finanças públicas, de modo que se previnam riscos e se corrijam desvios, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e sejam obedecidos limites e condições quanto à renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, com seguridade social, com operações de crédito etc.

O art. 11, *caput*, da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2001) impõe aos agentes públicos responsabilidade na gestão fiscal:

> Constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação.

Referida lei complementar aplica-se também no âmbito do Poder Judiciário (art. 1º, § 3º, inciso I, alínea *a*, LC 101/2001). Com efeito, possui natureza administrativa, em sentido amplo, a atividade arrecadadora das custas judiciais, ainda que sujeita ao crivo dos magistrados.

Explica-se. Segundo Eduardo Garcia de Enterria e Tomas-Ramon Fernandez (*Curso de derecho administrativo*. Madri: Civitas-Revista de Occidente, Tomo I, 1974, p. 27), não há uma só Administração Pública, senão uma pluralidade de Administrações Públicas, titulares, todas elas, de relações jurídico-administrativas (exs.: administrações locais, provinciais, municipais etc.).

A função legislativa liga-se aos fenômenos de formação do Direito, enquanto as outras duas, administrativa e jurisdicional, se prendem à fase de sua realização. Legislar (editar o direito positivo), administrar (aplicar a lei de ofício) e julgar (aplicar a lei contenciosamente) são três fases da atividade estatal que se completam e a esgotam em extensão. O exercício dessas funções é distribuído pelos órgãos denominados Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário. É de notar, porém, que cada um desses órgãos não exerce, de modo exclusivo, a função que nominalmente lhe corresponde, e sim tem nela a sua competência principal ou predominante. Miguel Seabra Fagundes, entre os autores nacionais, abordava o tema com maestria (in *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 3/13):

> Ao Poder Legislativo delega o direito escrito a quase-totalidade das atribuições de natureza legislativa, como, de modo semelhante, delega as de natureza administrativa e jurisdicional aos poderes executivo e judiciário respectivamente.
> Pela função legislativa o Estado edita o direito positivo posterior à Constituição, ou, em termos mais precisos, estabelece normas gerais, abstratas e obrigatórias, destinadas a reger a vida coletiva. O seu exercício constitui, cronologicamente, a primeira manifestação de vitalidade do organismo político estatal.
> Enquanto o conceito da função legislativa decorre facilmente do contraste entre os fenômenos de formação do direito e os de realização, o mesmo não sucede com o das funções administrativa e jurisdicional. Constitui um delicado problema doutrinário fixar para cada uma destas o conceito específico, pois que ambas, se prendendo à fase de realização do direito, identificam-se como funções de execução. Assim, faz-se necessário estabelecer o feitio peculiar da interferência de cada uma delas nos fenômenos executivos, distinguindo-se entre si como espécies do gênero funções de execução. Isso é o que tentamos fazer [...] examinando a finalidade e o conteúdo de cada uma delas.
> Lei, como preceituação geral que é, tem em vista situações abstratamente consideradas, fazendo-se preciso acomodá-la às situações individuais. Isso se dá por um trabalho de individualização, por meio do qual ela se torna praticamente efetiva, alcançando as diversas situações particulares compreendidas na generalidade do seu enunciado. Esses fenô-

menos que lhe sucedem, tendendo a concretizar a vontade nela expressa, são, normal e primariamente, o objeto da função administrativa. Atendendo à natureza e à repercussão de tais atos na ordem jurídica, pode-se definir essa função como aquela pela qual o Estado determina situações jurídicas individuais, concorre para a sua formação e pratica atos materiais.

Quando qualquer um, na coletividade, se opõe ao cumprimento da regra jurídica, obstinando-se em lhe recusar obediência, cria, com isso, um embaraço ao regular funcionamento do organismo estatal. O Estado vence essa anormalidade restaurando a ordem legal por meio de coação, que exerce sobre a vontade insubmissa, impondo-lhe ao cânone legislativo, cuja inteligência fixa definitivamente. Tais situações podem originar-se, seja de atitude do indivíduo recusando a obedecer à lei, impugnando-a por injusta, por irregular, ou por se entender não abrangido nas disposições, seja de procedimento dos próprios órgãos estatais (Legislativo e Executivo), violando os limites prefixados no Direito Positivo à sua atividade. Num caso como noutro se resolvem pelo exercício da função jurisdicional, que restaura a legalidade, clima normal na vida do Estado. O seu exercício pressupõe, assim, um conflito, uma controvérsia ou um obstáculo em torno da realização do direito e visa a removê-lo pela definitiva e obrigatória interpretação da lei.

O procedimento do Estado, por meio da função jurisdicional, muito se assemelha, como elemento de individualização da lei, ao que é praticado por meio da função administrativa. A função jurisdicional, tanto quanto a administrativa, determina ou define situações jurídicas individuais. À primeira vista ela se confundiria com a Administração como função realizadora do direito, pois que o ato jurisdicional é tipicamente um ato de realização do direito pela individualização da lei. Expressa a vontade do Estado, pelo preceito normativo, todos os atos destinados a fazê-la são, sem dúvida, atos de execução, quer os que aparecem como resultado do exercício da função administrativa, quer os decorrentes da atividade jurisdicional, mas o momento em que é chamada a intervir a função jurisdicional, o modo e a finalidade, por que interfere no processo realizador do direito, é que lhe dão os caracteres diferentes. O seu exercício só tem lugar quando exista o conflito a respeito da aplicação das normas de direito, tem por objetivo específico remove-lo, e alcança sua finalidade pela fixação definitiva da exegese.

São, assim, três os seus elementos específicos: 1) como momento do seu exercício - uma situação contenciosa surgida no processo de realização do direito; 2) como modo de alcançar sua finalidade - a interpretação definitiva do direito controvertido; como finalidade do seu exercício - o trancamento da situação contenciosa, conseqüência necessária da interpretação fixada.

Em outras palavras, esclarece Maria Sylvia Zanella Di Pietro (in *Direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 57):

> É sabido que não há uma separação absoluta de poderes; a Constituição, no artigo 2º, diz que 'são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário'. Mas, quando define as respectivas atribuições, confere predominantemente a cada um dos Poderes uma das três funções básicas, prevendo algumas interferências, de modo a assegurar um sistema de freios e contrapesos.
>
> Assim é que os Poderes Legislativo e Judiciário, além de suas funções precípuas de legislar e julgar, exercem também algumas funções administrativas, como, por exemplo, as decorrentes dos poderes hierárquico e disciplinar sobre os respectivos servidores.
>
> Do mesmo modo, o Executivo participa da função legislativa, quando dá início a projetos de lei, quando veta projetos aprovados pela Assembléia, quando adota medidas provisórias, com força de lei, previstas no artigo 62 da Constituição, ou elabora leis delegadas, com base no artigo 68. O Legislativo também exerce algumas funções judicantes, como no caso em que o Senado processa e julga o Presidente da República por crime de responsabilidade e os Ministros de Estado, nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles, ou quando processa e julga os Ministros do STF, o Procurador-Geral da República e o Advogado Geral da União nos crimes de responsabilidade (art. 52, incisos I e II, da Constituição.

Aliás, a própria prestação jurisdicional constitui serviço público em sentido amplo, consoante a festejada Di Pietro (ob. cit., p. 95):

> No direito brasileiro, exemplo de conceito amplo (de serviço público) é o adotado por Mário Masagão. Levando em consideração os fins do Estado, ele considera como serviço público 'toda atividade que o Estado exerce para cumprir os seus fins'. Nesse conceito ele inclui a atividade judiciária e a administrativa.

A autora cita o doutrinador francês Jean Rivero: como o serviço público visa a atender necessidades públicas, pode funcionar com prejuízo, diversamente do que ocorre na iniciativa privada (ob. cit., p. 101):

> A gratuidade é, pois, a regra que prevalece em inúmeros serviços (ensino, assistência social, saúde); e, mesmo nos casos em que é exigida contribuição do usuário, ela pode ser inferior ao custo.

No entanto, no que toca às custas judiciais, discorreu o celebrado Cândido Rangel Dinamarco (in *Instituições de processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v. II, p. 629/630):

> O processo custa dinheiro. Não passaria de ingênua utopia a aspiração a um sistema processual inteiramente solidário e coexistencial, realizado de modo altruísta por membros da comunidade e sem custos para quem quer fosse. A realidade é a necessidade de despender recursos financeiros, quer para o exercício da jurisdição pelo Estado, quer para a defesa dos interesses das partes. As pessoas que atuam como juízes, auxiliares ou defensores fazem dessas atividades profissão e devem ser remuneradas. Os prédios, instalações, equipamento e material consumível, indispensáveis ao exercício da jurisdição, têm também o seu custo.
>
> Seria igualmente discrepante da realidade a instituição de um sistema judiciário inteiramente gratuito para os litigantes, com o Estado exercendo a jurisdição à própria custa, sem repassar sequer parte desse custo aos consumidores do serviço que presta. Em tempos passados já se pensou nessa total gratuidade, mas prepondera universalmente a onerosidade do processo para as partes, porque a gratuidade

> generalizada seria incentivo à litigância irresponsável, a dano desse serviço público que é a jurisdição. Os casos de gratuidade são excepcionais e específicos, estando tipificados em normas estritas.
> Como alguma das partes há de arcar com todo o custo do processo, a ordem jurídica contém preceitos mais ou menos precisos sobre sua atribuição aos sujeitos do processo segundo critérios de conveniência financeira e ética escolhidos pelo Estado-legislador. O valor dos serviços prestados pelo Estado-Juiz é determinado em regimentos de custas e a lei do processo estabelece regras sobre os adiantamentos a serem feitos pelos sujeitos processuais e sobre a responsabilidade final pelo custo geral do processo.

O Poder Judiciário depende de receita para prestar a jurisdição aos cidadãos. A eminente Ministra Ellen Gracie Northfleet, digna Presidente do Supremo Tribunal Federal, enviou mensagem ao Congresso Nacional e declarou (fonte: Agência Câmara, http://www2.camara.gov.br, captado em 06.02.2008):

> A participação do sistema judiciário federal no total do Orçamento Geral da União é de apenas 1,72%. [...] Do total que nos é atribuído, a parcela mais importante corresponde à folha de pagamentos e encargos sociais. É a nossa atividade específica, vale dizer, a prestação de serviços de justiça que conforma nossos gastos. A rubrica de investimentos resume-se, portanto, em boa parte, a necessárias inversões em infra-estrutura de tecnologia - que nos permitirão prestar melhores serviços -, e a raras e pontuais melhorias de instalações físicas.
> Considero importante destacar que o Poder Judiciário Federal é, sem dúvida, a melhor relação custo-benefício no serviço público brasileiro, pois, apenas uma pequena parcela da atividade da máquina judiciária faz retornar aos cofres públicos a totalidade de seus gastos operacionais. Falo da atividade de cobrança de execuções fiscais e do recolhimento automático de valores correspondentes a contribuições sociais e imposto de renda na fonte.
> Esses resultados, monitorados nos últimos três anos, demonstram um excedente a favor do tesouro nacional. Não conheço outros serviços - excetuados os que tenham função específica de recolhimento - que façam retornar integralmente seu custo como o faz o Judiciário Federal. É possível intuir que o mesmo ocorra relativamente aos judiciários estaduais.

Sendo atividade materialmente administrativa e possuindo natureza tributária, a arrecadação de custas judiciais deve pautar-se pela idéia nuclear de interesse público.

O argentino Héctor Jorge Escola (*El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1989, p. 238) sustenta que o interesse passa a ser público quando não é exclusivo ou próprio de uma ou poucas pessoas, mas quando nele participa ou coincide um número tal de pessoas, componentes de uma comunidade determinada, que se pode chegar a identificá-lo como de todo o grupo. Segundo o mestre argentino (ob. cit., p. 235/236), a noção conceitual de Administração Pública aparece influenciada de maneira decisiva pela idéia de interesse público. A Administração Pública é concebida como uma das funções do Estado, que se leva a termo sob certas características e condições. Tal atividade tem como fim inescusável alcançar e satisfazer necessidades e exigências de interesse público. Esse objetivo justifica a atividade administrativa, tornando-a procedente e legítima segundo o ordenamento jurídico.

As pedras de toque do regime jurídico-administrativo, segundo o festejado Celso Antônio Bandeira de Mello, são delineadas em função de dois princípios: supremacia do interesse público sobre o privado e indisponibilidade do interesse público. Os interesses da coletividade não se encontram à livre disposição de quem quer que seja. São inapropriáveis: o órgão gestor não tem disponibilidade sobre eles e lhe incumbe apenas o dever de curá-los, nos termos da finalidade a que estão adstritos. Segundo Caio Tácito, a função administrativa se realiza "dentro de normas criadas pela função legislativa ou normativa". Em suma, a atividade administrativa é subordinada à lei (in *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 43 e segs.).

Em outra notável obra (*Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 13/14), Bandeira de Mello sustenta: onde há função, não há autonomia da vontade. A vontade é submetida aos fins previstos na Constituição e nas leis. Há o dever de curar o interesse público. Mais do que poder, o administrador tem dever de curar o interesse público.

Haverá desvio de finalidade quando o agente administrativo praticar "o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência" (art. 2º, parágrafo único, alínea e, da Lei nº 4.717/65 - Lei da Ação Popular).

Dos magistrados, enquanto gestores da atividade arrecadadora das custas judiciais, exige-se reverência aos ditames da Constituição e da legislação infraconstitucional.

Das partes litigantes, em contrapartida, exige-se submissão aos preceitos da boa-fé. A ética impregnou o Direito Civil contemporâneo. Quanto ao princípio da boa-fé, já era definido pelo saudoso Orlando Gomes (in *Contratos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 43):

> Para traduzir o interesse social de segurança das relações jurídicas, diz-se, como está expresso no Código Civil alemão, que as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas. Numa palavra, devem proceder com boa-fé. Indo mais adiante, aventa-se a idéia de que entre o credor e o devedor é necessária a colaboração, um ajudando o outro na execução do contrato.

O Código Civil de 2002 expressou o princípio da boa-fé objetiva. Na dicção de Álvaro Villaça Azevedo (in *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 26/27):

> Deve existir, ante a lealdade, a honestidade e a segurança, que se devem os contratantes, nas tratativas negociais, na formação, na celebração, na execução (cumprimento) e na extinção do contrato, bem como após esta.

> Assim, desde o início devem os contratantes manter seu espírito de lealdade, esclarecendo os fatos relevantes e as situações atinentes à contratação, procurando razoavelmente equilibrar as prestações, expressando-se com clareza e esclarecendo o conteúdo do contrato, evitando eventuais interpretações divergentes, cumprindo suas obrigações nos moldes pactuados, objetivando a realização dos fins econômicos e sociais do contrato; tudo para que a extinção do contrato não provoque resíduos ou situações de enriquecimento indevido, sem causa. [...]
> Todo o Direito dos povos obedece a esse princípio de acolher a boa-fé e de repelir a má-fé.

Na acepção de Georges Ripert (in *A regra moral nas obrigações civis*. Trad. Osório de Oliveira, 2. ed., Bookseller, 2002, p. 24):

> É preciso inquietarmo-nos com os sentimentos que fazem agir os assuntos de direito, proteger os que estão de boa-fé, castigar os que agem por malícia, má-fé, perseguir a fraude e mesmo o pensamento fraudulento. [...]
> O dever de não fazer mal injustamente aos outros é o fundamento do princípio da responsabilidade civil; o dever de se não enriquecer à custa dos outros, a fonte da ação do enriquecimento sem causa.

A regra do art. 4º, *caput*, da Lei nº 1.060/50 faculta a singela declaração de pobreza para a parte gozar dos benefícios da assistência judiciária. Não acoberta, contudo, a má-fé. Em outras palavras, a parte não poderá declarar falsamente sua hipossuficiência para deixar de pagar indevidamente o tributo - custas judiciais - ao Estado. Tanto que se presume "pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos desta Lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais" (4º, § 1º, Lei nº 1.060/50). A presunção de que se cogita, pois, é *juris tantum*.

No âmbito filosófico, o absoluto "é o que existe ou se concebe por si mesmo; o que, para existir ou ser, não depende de uma causa ou condição; [...] denominam-se idéias ou princípios absolutos os que se têm por dados imediatos da razão, também chamados *a priori*, por não dependerem da sensação e observação do mundo exterior". Ao conceito de absoluto, opõe-se o de relativo, predominante nos sistemas de filosofia como o criticismo de Kant, o positivismo de Comte e o evolucionismo de Spencer (*apud* Joaquim Pimenta, in *Enciclopédia de cultura*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, v. I, p.10):

> Circunscrevem o campo de investigação e de generalização, nos domínios do conhecimento, ao que se baseia na experiência dos fenômenos ou ressalta das suas relações de coexistência (no espaço) e de sucessão (no tempo), critério este que passou a prevalecer como fundamental em todas as ciências da Natureza, do Homem e da Sociedade.

Na seara jurídica, trabalha-se com a presunção. Segundo Pedro Nunes (in *Dicionário de tecnologia jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, p. 655/656), "é a conjetura, conseqüência ou conclusão que a lei ou o juiz tira de fatos conhecidos, para afirmar a existência ou verdade do fato que se pretende provar":

> É meio de prova indireta. A presunção diz-se: a) comum (*de hominis*), a que, embora não estabelecida pela lei, pode ser deduzida livremente dum determinado fato da mesma natureza de outros que ordinariamente acontecem, de modo a poder formar a convicção do juiz; b) legal, absoluta (*juris et de jure*), quando a lei reputa verdadeira, em face do fato ou ato ocorrido, e não admite prova em contrário, embora existente: a coisa julgada, o princípio segundo o qual a ninguém é lícito ignorar a lei, etc.; c) legal, condicional, simples ou relativa (*juris tantum*), a que, tida como verdade pela lei, pode ser destruída pelas provas que se lhe oponham: a legitimidade do filho nascido na constância do casamento; as arras em dinheiro, consideradas princípio de pagamento, etc. (note-se que a obra foi escrita quando vigorava o Código Civil de 1916).

No Direito, salvo situações muito excepcionais previstas em lei, não lidamos com verdades absolutas. Por isso, recomenda-se ao hermeneuta jurídico a observância do princípio da razoabilidade, conforme definido por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (in *Curso de direito administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 72):

> À luz da razoabilidade, os atos administrativos, bem como os jurisdicionais, ganham plena justificação teleológica, concretizam o Direito e dão-lhe vida, ao realizarem, efetivamente, a proteção e a promoção dos interesses por ele destacados e garantidos em tese.
> [...] O Direito, em sua aplicação administrativa ou jurisdicional contenciosa, não se exaure num ato puramente técnico, neutro e mecânico; não se esgota no racional nem prescinde de valorações e de estimativas: a aplicação da vontade da lei se faz por atos humanos, interessados e aptos a impor os valores por ela estabelecidos em abstrato.

Igualmente, a lição de Marçal Justen Filho (ob. cit., p. 57/58):

> (O princípio da razoabilidade) preconiza ser a interpretação jurídica uma atividade que ultrapassa a mera lógica formal. Interpretar equivale a valer-se do raciocínio, o que abrange não apenas soluções rigorosamente lógicas, mas especialmente as que se configuram como razoáveis.
> O princípio da razoabilidade não equivale à adoção da conveniência como critério hermenêutico. O que se busca é afastar soluções que, embora fundadas na razão, sejam incompatíveis com o sistema.

Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade foram acolhidos pela Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, dispondo sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal:

> Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.
> Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: [...] VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e

sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

A jurisprudência prestigia o princípio sob comento, na apreciação dos pedidos de concessão dos benefícios da assistência judiciária:

> Agravo de instrumento. Assistência judiciária gratuita. Indeferimento. - Cabe ao juiz examinar a razoabilidade da concessão da gratuidade da justiça, considerando os elementos que evidenciem a condição de necessidade do requerente, se este se faz representar por advogado particular, e não pela Defensoria Pública. Inexistindo comprovação dos rendimentos do agravante, tampouco de dificuldade financeira, é de ser indeferido o benefício. Seguimento negado. Decisão liminar (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento nº 70022556815, Des. Orlando Heemann Júnior, j. em 13.12.2007).

Vêm à baila outros julgados sobre a matéria:

> Como já decidiu esta Corte, a Constituição Federal (art. 5º, LXXIV) e a Lei nº 1.060/50 (art. 5º) conferem ao juiz, em havendo fundadas razões, o poder de exigir do pretendente à assistência judiciária a prova da insuficiência de recursos (Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 160.703-SP, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJU* de 02.03.1998).

> Agravo de instrumento. Assistência judiciária. Pessoa física. Declaração de pobreza. Circunstâncias do caso concreto. Capacidade econômica. - A Constituição Federal (art. 5º, LXXIV) e a Lei nº 1.060/50 (art. 5º) conferem ao juiz, em havendo fundadas razões, o poder de exigir do pretendente à assistência judiciária a prova da insuficiência de recursos. A declaração de insuficiência de recursos, firmada pelo interessado, é, em princípio, bastante para a concessão da assistência judiciária, mas não deve ser aceita, quando, das circunstâncias do caso concreto, se verificarem indícios de que possui condições para arcar com as custas processuais (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Agravo de Instrumento nº 1.0024.06.151093-9/001(1), Des. Irmar Ferreira Campos, j. em 19.10.2006).

> Embargos do devedor. Rejeição. Pedido de assistência judiciária. Indeferimento do pedido em segundo grau. Ausência de preparo recursal. Apelação deserta. - A assistência judiciária só deve ser concedida a quem dela fizer jus, não bastando a simples afirmação, de acordo com a norma constitucional. Não tendo sido requerido o pedido de assistência judiciária em primeiro grau, cabia ao apelante recolher as custas prévias ou, no mínimo, apresentar as provas de sua condição de hipossuficiente econômico. Considera-se deserto o recurso quando a parte deixar de recolher o preparo prévio recursal, por faltar-lhe pressuposto extrínseco objetivo (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação Cível nº 1.0518.04.058384 2/001(1), Des. Antônio de Pádua, j. em 29.08.2006).

Na hipótese dos autos, sendo a devedora principal pessoa jurídica, fixou-se a jurisprudência:

> Processo civil. (...) Justiça gratuita. Pessoa jurídica. Possibilidade. Entidade filantrópica. Requisitos presentes. Pedido deferido. Embargos acolhidos. - Na linha da jurisprudência deste Tribunal, é 'possível a concessão do benefício da assistência judiciária à pessoa jurídica que demonstre a impossibilidade de arcar com as despesas do processo sem prejudicar a própria manutenção'. No caso, a própria natureza filantróprica da recorrente já evidencia o prejuízo que, certamente, advirá para a manutenção da atividade assistencial prestada à significativa parcela da sociedade, caso tenha que arcar com os ônus decorrentes do processo (Superior Tribunal de Justiça, Embargos de Declaração no Recurso Especial 205.835-SP, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJU* de 23.06.2003).

In casu, ao minucioso exame dos autos, verifiquei que agiu corretamente a eminente Magistrada de primeiro grau. Os agravantes são empresa comercial e respectivos sócios movimentam vultoso capital oriundo de financiamentos bancários e estão representados por ilustres e combativos procuradores constituídos. Não se desincumbiram de comprovar, de modo irrefutável, a hipossuficiência.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, pelos agravantes.

DES. VALDEZ LEITE MACHADO - No tocante à rejeição da preliminar argüida pelo agravado, acompanho o Relator.

Quanto ao mérito, peço vênia ao ilustre Desembargador Relator, pois ouso divergir do entendimento por ele exposto. Conforme sempre tenho sustentado perante esta Câmara, para a obtenção do benefício alvitrado, dispensável a prova de miserabilidade, inclusive quando se trata de pessoa jurídica.

Ora, a meu ver, milita presunção a favor daquela pessoa jurídica que declare não estar em condições de solver as despesas processuais, comprovando seu estado de miserabilidade, apenas por via de uma declaração dessa condição, mesmo que sob penas no caso de uma súplica falsa.

Nesse sentido, dispõe o inciso LXXIV do art. 7º da Constituição da República que "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que dela comprovarem insuficiência de recursos".

Aliás, na própria da lei anterior (1.060/50) já havia previsão a esse respeito:

> Art. 7º. A parte contrária poderá, em qualquer fase da lide, requerer a revogação dos benefícios de assistência, desde que prove a inexistência ou o desaparecimento dos requisitos essenciais à sua concessão.

Nota-se, pois, que as únicas leis ordinárias que cuidam da matéria não discriminam a pessoa jurídica, para delas exigir a prévia comprovação, dispensando tal incumbência da pessoa física.

É dizer, a vingarem os argumentos das doutíssimas opiniões em contrário, que estariam sendo tratadas de

modo diverso os dois tipos de pessoas, físicas mediante simples declaração e jurídicas mediante prévia comprovação.

Certo é que tal discriminação não consta do texto da Lei Maior, estando ali tão-somente dito que "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que dela comprovarem insuficiência de recursos", não estando estipulada uma forma de comprovação para a pessoa física e outra para a pessoa jurídica.

Descendo na hierarquia das leis, não se pode identificar, no texto das leis ordinárias de regência da matéria, uma odiosa discriminação, sob pena de colocá-la em testilha com o texto constitucional, o que a fulminaria do mundo jurídico, uma vez que não se admite tal afronta em nosso sistema jurídico.

É de se entender, que hoje a assistência judiciária deixou o campo da simples lei ordinária e passou a ostentar residência no texto da Lei Suprema da nação e ali deve ser buscado o seu foco de atuação.

Forçoso é considerar que se ali restou estipulado que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que dela comprovarem insuficiência de recursos, não sendo feita ali nenhuma reserva a determinado tipo de pessoa que dela vá se utilizar, uma interpretação simplista que determine que determinado tipo de pessoa deverá fazer prévia comprovação e que outro dela não necessita é criar discriminação não previsto no texto da Constituição Federal e, se existe a cuidar da questão, no campo da lei ordinária, estatuto que erija a declaração da parte em presunção *juris tantum* de veracidade, logicamente que tal se aplica a quantos foram previstos no texto da Constituição Federal, sob pena de permitir restrições discriminatórias não previstas no texto da Lei Maior.

A vingar o argumento de que pelo motivo de a lei de regência, ao falar em "sustento da família", não se aplicaria à pessoa jurídica, daí a quase nada se estará excluindo do benefício constitucional o pobre e miserável que, de tão destituído pela sorte, possa nem mesmo possuir família.

Portanto, tenho que deve ser concedida a assistência judiciária aos agravantes.

Diante do exposto, rejeito a preliminar argüida e dou provimento ao recurso, para conceder os benefícios da assistência judiciária aos agravantes.

Custas, *ex lege*.

DES.ª EVANGELINA CASTILHO DUARTE - De acordo com o Relator.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR, À UNANIMIDADE, E NEGARAM PROVIMENTO, VENCIDO O PRIMEIRO VOGAL.

...

Mandado de segurança - Protesto contra alienação de bens - Cartório de registro de imóveis - Averbação - Admissibilidade - Quotas sociais - Junta Comercial - Anotação - Possibilidade - Poder geral de cautela

Ementa: Mandado de segurança. Protesto contra alienação de bens. Averbação em cartório de registro de imóveis. Anotação de quotas sociais junto à Jucemg. Possibilidade. Poder geral de cautela.

- O deferimento do protesto contra alienação de bens, com conseqüente registro em órgãos públicos, insere-se no poder geral de cautela do juiz e está amparado pela necessidade de levar ao conhecimento de terceiros uma situação que eventualmente possa causar prejuízos e litígios.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.0000.07.459278-3/000 - Comarca de Santa Rita do Sapucaí - Impetrante: Luciano Lamoglia Lopes - Autoridade coatora: Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Santa Rita do Sapucaí - Litisconsorte: Phihong Technology Co. Ltd - Relator: DES. JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA

Acórdão

Vistos etc., acorda a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DENEGAR SEGURANÇA.

Belo Horizonte, 30 de janeiro de 2008. - *José Flávio de Almeida* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA - Vistos etc.

Cuida-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por Luciano Lamoglia Lopes, contra a decisão judicial proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Santa Rita do Sapucaí, f. 239, consistente no deferimento parcial dos pedidos formulados nos autos de protesto contra alienação de bens movida por Phihong Technology Co. Ltd., com a conseqüente anotação de protesto em diversos imóveis de propriedade do impetrante, f. 38/51, bem como o bloqueio de suas quotas sociais na empresa PWM Brasil Ltda., junto à Jucemg.

O impetrante alega que a decisão impugnada não possui previsão legal tanto na lei processual quanto na lei de registros e que, por sua unilateralidade e caráter não contencioso, a medida cautelar de protesto não admite defesa.

A medida deferida extrapola o caráter meramente informativo da ação cautelar, conforme previsto no art. 867 do CPC e importa em restrição ao direito de propriedade.

A anotação do protesto é ato coercitivo, padecendo do respaldo legal necessário, uma vez que a Lei de Registros Públicos não inclui o protesto contra alienação de bens entre os atos admitidos a ingresso no registro de imóveis, quer para registro, quer para averbação.

A empresa Phinhong Technology Co. Ltd., autora da medida cautelar, deixou de ajuizar a ação principal dentro do prazo estabelecido em lei, o que torna a constrição dos bens do impetrante ainda mais irregular.

Pede pela concessão de liminar e confirmação da segurança, com imediato cancelamento da anotação das quotas da PWM Brasil Ltda. na Jucemg e das averbações nos imóveis relacionados junto aos Cartórios de Registro de Imóveis das Comarcas de Santa Rita do Sapucaí e Itajubá. Junta documentos de f. 36/305.

A liminar foi negada às f. 312/313.

Informações do MM. Juiz às f. 322/323.

Manifestação da litisconsorte às f. 393/425. A petição inicial do *writ* é inepta, pois não preenche os requisitos do art. 6º da LMS, bem como os do art. 282 do CPC. A não-apresentação de cópia dos documentos que instruem a inicial para acompanhamento da citação constitui causa de extinção do processo por falta de legitimidade processual, bem como coíbe o pleno exercício do direito de defesa, haja vista que a prova é pré-constituída no mandado de segurança.

Não há direito líquido e certo a ser amparado. O MM. Juiz *a quo*, diante dos fatos narrados na medida cautelar de protesto, agiu dentro do poder geral de cautela que lhe assiste.

O *writ* foi impetrado após o decurso de 120 (cento e vinte) dias contados da ciência do ato supostamente ilegal.

Pela denegação da segurança. Junta documentos de f. 460/795.

Parecer da ilustre Procuradora de Justiça Dr.ª Janete Gomes Oliva às f. 799/804, pela concessão da ordem.

Decido.

Acerca das alegações da litisconsorte Phihong Technology Co. Ltd., por questão de ordem, cumpre esclarecer em primeiro lugar sobre a tempestividade do *writ*.

O art. 18 da LMS estabelece que o direito de impetrar mandado de segurança decairá em 120 (cento e vinte) dias contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado. No caso, o impetrante tomou conhecimento da decisão que deferiu a medida cautelar de protesto contra alienação de bens imóveis, segundo f. 239, no dia 20.03.2007, data de recebimento da intimação.

Não obstante, não há cópia da certidão de juntada do AR da carta de intimação nos autos da medida de protesto, constando apenas conclusão para o MM. Juiz *a quo* em 28.03.2007.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery anotam:

> Porque lei geral do processo, o CPC se aplica a todo o processo de MS e não somente na parte que regula o litisconsórcio, sempre que houver lacuna na LMS e desde que a norma do CPC não seja incompatível com o sistema da LMS. É aplicável ao MS, por exemplo, o sistema recursal do CPC. Daí ser cabível o agravo contra as decisões interlocutórias proferidas no mandado de segurança (in *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 1.031).

Diante da inexistência de um parâmetro objetivo para a contagem do prazo decadencial para impetração do mandado de segurança, haja vista que o art. 18, alvo de inúmeras críticas, possui um texto por demais genérico, em nome da efetiva prestação jurisdicional entendo que o prazo deve ser contado nos termos do art. 241, inciso I, do CPC.

Conforme mencionado acima, não há nestes autos cópia da certidão de juntada do AR, apenas subseqüente conclusão ao Julgador de primeira instância feita na data de 28.03.2007, f. 602-v.

Alexandre Moraes ensina:

> Havendo sérias e insanáveis dúvidas sobre a tempestividade do mandado de segurança, deve-se considerá-lo dentro do prazo (in *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 2.579).

No caso, resta dúvida acerca da real data de notificação do ato judicial, de forma que deve ser considerada a data mais recente. O presente *writ* foi impetrado no dia 27.07.2007, logo, dentro do prazo prescrito.

Quanto à alegação de inépcia da petição inicial pela não-apresentação de cópia dos documentos que a instruíram para acompanhamento do mandado de citação, tenho que não assiste razão à litisconsorte.

A Phihong Technology Co. Ltd. não era parte originária no *writ*, sendo que sua inclusão foi por determinação deste Juízo. Ordenada a citação, a impetrante apresentou a documentação necessária, conforme f. 345/390.

Assim, não identifico falha na petição inicial que deva acarretar a extinção do processo.

Quanto ao mérito da ação:

No caso, há um grande volume de documentos demonstrando a natureza dos diversos litígios envolvendo o impetrante e a litisconsorte Phihong Technology Co. Ltd. Dadas as circunstâncias e os fatos narrados por ambas as partes, tenho que a decisão de primeiro grau não configura ato ilegal ou abuso de poder.

A decisão impugnada foi tomada dentro do poder de cautela do juiz (art. 798, CPC), justificando-se pela

necessidade de levar a terceiros o conhecimento do ato, evitando litígios e prejuízo a eventuais adquirentes. Trata-se de medida de economia processual que não ofende o direito de propriedade e visa apenas à correta e célere prestação jurisdicional.

Se futuramente comprovada a responsabilidade do impetrante na prática dos atos supostamente fraudulentos e tomados em desacordo com a assembléia de sócios, enquanto exercia a administração da empresa Phihong PWM Brasil Ltda., a anotação do protesto tem o condão de facilitar o ressarcimento dos demais sócios pelos eventuais prejuízos.

O mesmo raciocínio é válido quanto à anotação das quotas sociais de propriedade do apelante na empresa PWM Brasil Ltda. junto à Jucemg.

Cabe ressaltar que a medida não acarreta indisponibilidade patrimonial, constituindo, apenas, um aviso a terceiros de que há uma possibilidade de que, no futuro, o negócio jurídico, que teve o imóvel anotado como objeto, poderá ser desfeito.

> O protesto contra alienação de bens não traz alteração alguma dos elementos do registro. Nem torna indisponível o bem objeto da matrícula, constituindo simples medida processual acautelatória de direitos. A averbação, em tais condições, a nada levaria, criando apenas uma situação de insegurança a embaraçar negociações legítimas (*JTACivSP-RT* 117/96).

Acerca do assunto o Superior Tribunal de Justiça tem decidido:

> Protesto contra alienação de bens. Averbação no registro imobiliário. Admissibilidade. Poder geral de cautela do juiz.
> 'A averbação, no Cartório de Registro de Imóveis, de protesto contra alienação de bem está dentro do poder geral de cautela do juiz (art. 798, CPC) e se justifica pela necessidade de dar conhecimento do protesto a terceiros, prevenindo litígios e prejuízos para eventuais adquirentes' (REsp nº 146.942-SP).
> Recurso especial conhecido, ao qual se nega provimento (REsp 440837/RS, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 03.10.2002, *DJ* de 16.12.2002, p. 345).
>
> Ação pretendendo o cancelamento de protesto judicial deferido em medida cautelar anterior. Improcedência em face da necessidade do protesto para prevenção de litígios. Ausência de prequestionamento. Dissídio não demonstrado.
> - Carece de prequestionamento o recurso especial quando os temas insertos nos artigos apontados como violados não foram apreciados pela Corte de origem.
> - Diversas as situações julgadas nos acórdãos confrontados, não se tem dissídio apto à admissibilidade do especial.
> - A averbação, no Cartório de Registro de Imóveis, de protesto contra alienação de bem está dentro do poder geral de cautela do juiz (art. 798, CPC) e se justifica pela necessidade de dar conhecimento do protesto a terceiros, prevenindo litígios e prejuízos para eventuais adquirentes.
> Recurso especial não conhecido (REsp 146942/SP, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 02.04.2002, *DJ* de19.08.2002, p. 167).
>
> Civil. Protesto judicial. Averbação no registro de imóveis. Possibilidade. Poder geral de cautela.
> 1 - A averbação no cartório de registro de imóveis, de protesto judicial, contra alienação de bens insere-se no poder geral de cautela do juiz, justificando-se pela necessidade de levar a terceiros o conhecimento do ato, prevenindo litígios e prejuízos de eventuais adquirentes.
> 2 - Recurso improvido (RMS 14184/RS, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 03.04.2003, *DJ* de 28.04.2003, p. 202).
>
> Protesto contra alienação de bens. Averbação no registro imobiliário. Admissibilidade. Poder geral de cautela do juiz.
> 'A averbação, no Cartório de Registro de Imóveis, de protesto contra alienação de bem está dentro do poder geral de cautela do juiz (art. 798, CPC) e se justifica pela necessidade de dar conhecimento do protesto a terceiros, prevenindo litígios e prejuízos para eventuais adquirentes' (REsp nº 146.942-SP).
> Recurso especial conhecido, ao qual se nega provimento (REsp 440837/RS, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 03.10.2002, *DJ* de 16.12.2002, p. 345).

Diante do exposto, com fundamento nos arts. 93, IX, da Constituição Federal e 131 do Código de Processo Civil, denego a segurança pleiteada.

Custas, pelo impetrante.

Publique-se. Intimem-se.

DES. NILO LACERDA - Estou de acordo com o eminente Relator quanto à tempestividade da interposição da ação mandamental, até mesmo porque os próprios instrumentos da averbação dão conta da data do mandado do protesto contra alienação de bens como sendo a de 20 de abril de 2007.

A data do protocolo do *writ* estampada na f. 2 do processo é 27 de julho de 2007, não restando por isso, duvida quanto à tempestividade da ação.

Quanto ao mérito, também acompanho o digno Relator porque entendo correto o entendimento de que a averbação do protesto à margem do registro do imóvel é medida acautelatória que está inserida no poder geral de cautela do juiz e visa a resguardar possíveis afrontas a direito de terceiros.

DES. ALVIMAR DE ÁVILA - De acordo com o Relator.

DES. SALDANHA DA FONSECA - De acordo com o Relator.

DES. DOMINGOS COELHO - De acordo, ressalvando meu ponto de vista.

Súmula - DENEGARAM SEGURANÇA.

...

Indenização - Dano moral - Cheque - Extravio - Banco - Negligência - Ressarcimento - Critério - Fixação

Ementa: Indenizatória. Talonário de cheques. Extravio. Negativação indevida. Dano moral. Ressarcimento. Critérios para fixação.

- As instituições financeiras devem agir com a maior cautela possível no cumprimento dos contratos firmados com seus correntistas.

- Ocorrendo o extravio do talonário por negligência do banco, este responderá pela culpa quanto às cártulas subtraídas e pelo conseqüente constrangimento causado ao titular da conta, decorrente da compensação e devolução de cheques, o que inclusive motivou a inscrição do seu nome nos órgãos protetores de crédito.

- O registro indevido em cadastros de inadimplentes, por si, configura dano moral, ensejando reparação.

- A indenização deve proporcionar à vítima satisfação na justa medida do abalo sofrido, evitando o enriquecimento sem causa e produzindo no agente ofensor um impacto suficiente a frustrar novo atentado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.484716-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: 1º) Renata Ravani Fernandes; 2º) Unibanco - União de Bancos Brasileiros S.A. - Apelados: Unibanco União de Bancos Brasileiros S.A., Renata Ravani Fernandes - Relatora: DES.ª EULINA DO CARMO ALMEIDA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR, DAR PROVIMENTO À PRIMEIRA APELAÇÃO E NEGAR PROVIMENTO À SEGUNDA.

Belo Horizonte, 28 de fevereiro de 2008. - *Eulina do Carmo Almeida* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª EULINA DO CARMO ALMEIDA - Cuida a espécie de apelos interpostos por Renata Ravani Fernandes e Unibanco União de Bancos Brasileiros S.A., em virtude da r. sentença, f. 162/168, que, nos autos da indenizatória por danos morais proposta pela primeira em desfavor do segundo, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na inicial, nos seguintes termos:

> Por estes fundamentos e pelo mais que dos autos consta, julgo parcialmente procedente o pedido inicial, para condenar o réu - Unibanco União de Bancos Brasileiros S.A., já qualificado, a pagar à autora indenização por danos morais no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), devendo esse valor ser pago de uma só vez, devidamente corrigido pela tabela oficial divulgada pela CGJ/MG e acrescido de juros de 1% (um por cento) ao mês a contar da data da citação. Em face da disposição do parágrafo único do art. 21, condeno o réu, ainda, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 15% (quinze por cento) do valor total da condenação, devidamente corrigido à data do efetivo pagamento.

Irresignada, Renata Ravani Fernandes recorreu, f. 170/176, sustentando a necessidade de majoração da quantia arbitrada a título de prejuízos extrapatrimoniais.

Também inconformado, apelou Unibanco - União de Bancos Brasileiros S.A., f. 179/192, aduzindo preliminarmente sua ilegitimidade passiva. No mérito, alega que inexiste o dever de indenizar, pois a autora não se desincumbiu do ônus de comprovar os requisitos necessários para ensejar a responsabilidade civil, quais sejam os supostos danos morais e a culpa da instituição financeira.

Pugnou pela reforma do *decisum* em sua totalidade ou, alternativamente, acaso mantida a sentença, pela redução do *quantum* indenizatório, por entender injusto o valor fixado.

Contra-razões às f. 196/207 e f. 209/216.

Recursos recebidos em ambos os efeitos (f. 194) dos quais conheço porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

Narram os autos que Renata Ravani Fernandes ajuizou uma indenizatória por danos morais em desfavor de Unibanco União de Bancos Brasileiros S.A. (f. 02/10), pretendendo ser ressarcida pelos prejuízos sofridos com a inscrição de seu nome nos cadastros restritivos, em razão da emissão de diversos cheques oriundos de um talonário que sequer chegou a receber em sua residência.

Informa que o fato abalou seu crédito, impedindo-a de exercer seu direito de compras nos estabelecimentos comerciais.

Em sua peça de resposta (f. 68/98), a instituição financeira aduziu preliminares de ilegitimidade passiva e inépcia da inicial. No mérito, pugnou pela improcedência dos pedidos formulados ante a ausência de prova de conduta ilícita, pois, após o extravio do malote onde estavam os cheques da autora, seus talões foram sustados, agindo de maneira a resguardar a segurança da cliente.

Asseverou o fato de que as cártulas perdidas, emitidas por terceiros, foram devolvidas pela alínea 25, a qual não gera inscrição do CPF do correntista nos cadastros desabonadores.

O MM. Juiz *a quo*, julgou o feito parcialmente procedente, nos termos já transcritos, ensejando os recursos em apreço.

Para melhor deslinde do feito, analiso primeiramente o segundo recurso.

Segundo apelo.

Preliminar de ilegitimidade passiva.

O ora suplicante alega que não possui legitimidade para figurar no pólo passivo da lide, transferindo a responsabilidade pela reparação dos danos para a empresa M&C Modas que é a verdadeira causadora da negativação do CPF da correntista.

Sobre o tema, esclarece o ilustre Desembargador Brandão Teixeira:

> Legitimados para a ação hão de ser aquelas pessoas que se apresentarem como partes envolvidas no conflito de interesses levado ao conhecimento do juízo, pouco importando que, após a instrução do processo, verifique-se que o autor não era titular do direito que se arrogou ao formular o pedido e ao dar-lhes os fundamentos de fato e de direito. Se o autor se disse titular de um direito contra alguém, que o resiste, está ativamente legitimado para acioná-lo em juízo. Da mesma forma que o réu estará em situação de legitimado passivo para a ação, mesmo que alegue que o autor não tenha o direito de que se julga titular ou que ele, réu, não esteja obrigado a submeter-se àquilo que o autor pleiteia contra ele. Preliminares, Mérito e Carência de Ação. *Revista Ciências Jurídicas* 72/64.

É jurisprudência deste Tribunal:

> A legitimidade passiva *ad causam* decorre da possibilidade, em tese, de o réu responder pela pretensão deduzida em juízo (TAMG, Ap. nº 284.650-4, 2ª CC., Rel. Des. Caetano Levi Lopes, j. em 24.08.1999).

A ação foi ajuizada devido à negativação do CPF da apelada em virtude de cheque emitido por terceiro em seu nome, e do talão extraviado em poder do recorrente.

Em casos como o presente, é de reconhecer a responsabilidade objetiva da instituição financeira, impondo-se a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Nesses termos, rejeito a preliminar.

Mérito.

O apelante nega sua obrigação civil e o próprio dano moral, requerendo a diminuição do montante estabelecido.

Cumpre ressaltar que entre as partes há relação de consumo, aplicando-se ao processo as normas do Código de Defesa do Consumidor.

Os arts. 2º e 3º do CDC dispõem:

> 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 entes despersonalizados que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços [...].
>
> § 2º - Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Da leitura das normas legais acima citadas, vê-se que a Sra. Renata é consumidora final ou destinatária do serviço prestado pelo apelante, que, por outro lado, atua como fornecedor de serviços de natureza bancária, e por esse contrato está obrigado a indenizar prejuízos, independentemente de culpa.

A causa de pedir da demanda consubstancia-se na perda de talão de cheques da apelada, enquanto ainda em poder do recorrente, como ele confessa à f. 72 dos autos:

> E, a fim de cumprir a solicitação da requerente, o banco réu procedeu ao envio do talão de cheques à parte autora. Ocorre que, conforme documento anexo, o malote no qual estava o talão de cheques da requerente foi extraviado, talonário este de nº 300001 a 300020.

Cumpre, ainda, citar o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, o qual prevê que a entidade bancária deve garantir a qualidade e a segurança de seu serviço:

> Art. 14 - O fornecedor de serviços responde independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

No caso, a responsabilidade civil é inconteste, visto que a falha no serviço prestado pela instituição financeira restou comprovada precisamente no transporte dos títulos de crédito, devendo o Banco responder pelas lesões suportadas pela autora, em decorrência da perda de suas cártulas, que foram indevidamente utilizadas por terceiros, com a conseqüente negativação de seu nome nos cadastros restritivos de crédito.

A jurisprudência confirma:

> Se a causa da emissão de cheques por terceiro e da negativação do nome do consumidor foi o extravio do talão de cheques enquanto em poder da instituição financeira, tem ela, em face da relação de consumo, responsabilidade objetiva perante o consumidor, sendo, pois, parte legítima a figurar no pólo passivo da lide. [...] Incorrendo em conduta ilícita, ou no mínimo negligente, a ré, ora apelante, está obrigada a ressarcir o dano moral a que deu causa, porque presumida é a ofensa à honra e ao bom nome do cidadão (TJMG, 17ª CC., Ap. nº 1.0702.04.151238-6/001, Relª. Des.ª Márcia De Paoli Balbino, j. em 06.09.2007).

> Nos termos do art. 14 do CDC, o fornecedor de serviços responde, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços. Cabe ao banco ser cuidadoso e diligente no transporte de valores e documentos dos correntistas, em especial talonários de cheques. Houve falha no sistema de segurança, transporte e guarda dos talonários, o que ensejou o furto dos documentos, devendo o banco responder pelo defeito no serviço prestado (TJMG, 9ª CC., Ap. nº 1.0702.04.167949-0/001, Rel. Des. Pedro Bernardes, j. em 15.05.2006).

Configurados os requisitos ensejadores da responsabilidade civil, dano, conduta lesiva do agente e nexo de causalidade entre estes, nasce o dever de indenizar.

O art. 159 do Código Civil de 1916, cujo texto permaneceu praticamente inalterado pelo art. 186 da Lei nº 10.406/02, determina a todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem o dever de reparar o prejuízo.

No tocante à argumentação do peticionário de que não houve demonstração do abalo moral sofrido, é sabido que a simples inclusão indevida nos cadastros do SPC torna desnecessária a comprovação do trauma.

Sobre o tema, é da jurisprudência deste Sodalício:

> Não é exigível a prova do dano moral (extrapatrimonial), quando se tratar de indevida inscrição de devedor no SPC, pois, nesse caso, o dano moral decorre dessa inscrição, sendo desnecessária a demonstração de qualquer prejuízo, pois se trata de dano moral puro, independentemente de quaisquer reflexos patrimoniais ou de prova (TJMG, 4ª CC., Ap. nº 321.287-3, Rel.ª Juíza Maria Elza, j. em 07.03.2001).

Também o STJ já decidiu no mesmo diapasão, *in verbis*:

> Dano moral. Inscrição irregular. Serasa. Prova. Desnecessidade. – II. Nos termos da jurisprudência da Turma, em se tratando de indenização decorrente da inscrição irregular no cadastro de inadimplentes, a exigência de prova do dano moral (extrapatrimonial) se satisfaz com a demonstração da existência de inscrição irregular nesse cadastro (STJ, 4ª Turma, Ag.Rg. no A.I. nº 203.613/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 21.03.2000, p. 98).

Nessa linha, é a lição de Carlos Alberto Bittar:

> Na concepção moderna da teoria da reparação de danos morais prevalece, de início, a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação. Com isso, verificado o evento danoso, surge, *ipso facto*, a necessidade de reparação, uma vez presentes os pressupostos de direito (in *Reparação civil por danos morais*, 3. ed., p. 214).

A redução do *quantum* fixado na sentença será tratada no primeiro apelo.

Assim, nego provimento ao segundo recurso.

Primeiro recurso.

Com relação ao *quantum* indenizatório, Maria Helena Diniz (in A responsabilidade civil por dano moral, publicado na *Revista Literária de Direito*, ano II, n. 9, p. 9, jan./fev. de 1996, leciona:

> [...] O juiz determina, por eqüidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso, o *quantum* da indenização devida, que deverá corresponder à lesão e não ser equivalente, por ser impossível tal equivalência. A reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e satisfação compensatória. Não se pode negar sua função penal, constituindo uma sanção imposta ao ofensor; e compensatória, sendo uma satisfação que atenue a ofensa causada, proporcionando uma vantagem ao ofendido, que poderá, com a soma de dinheiro recebida, procurar atender as necessidades materiais ou ideais que repute convenientes, diminuindo, assim, seu sofrimento.

A indenização deve, portanto, proporcionar à vítima satisfação na justa medida do abalo sofrido, de modo a evitar o enriquecimento sem causa, servindo não como uma punição, mas como um desestímulo à repetição do ilícito, atendendo, dessa forma, ao caráter pedagógico do qual se reveste.

Sopesando a gravidade dos fatos, bem como os demais aspectos trazidos aos autos, tenho pela propriedade do primeiro apelo, pois os valores arbitrados estão aquém dos limites adotados por esta 13ª Câmara Cível, devendo passar para R$ 7.600,00 (sete mil e seiscentos reais) hoje correspondentes a 20 (vinte) salários mínimos.

Assim, dou provimento ao primeiro recurso.

Mediante essas considerações, rejeito a preliminar e nego provimento ao segundo apelo. Dou provimento ao primeiro recurso, reformando o *decisum* vergastado tão-somente para aumentar a verba indenizatória arbitrada a título de danos morais para R$ 7.600,00 (sete mil e seiscentos reais), equivalentes, hoje, a 20 (vinte) salários mínimos, mantendo a sentença nos demais pontos, inclusive no tocante às despesas processuais e honorários advocatícios.

Condeno o Unibanco União de Bancos Brasileiros S.A. a arcar integralmente com as custas recursais de sua insurgência e também da primeira irresignação em vista do acolhimento do pedido da Sra. Renata Ravani Fernandes.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FRANCISCO KUPIDLOWSKI e CLÁUDIA MAIA.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR, DERAM PROVIMENTO À PRIMEIRA APELAÇÃO E NEGARAM PROVIMENTO À SEGUNDA.

...

Escritura pública - Permuta - Anulação - Dano moral - Indenização - Vício redibitório - Direito - Decadência - Negócio jurídico - Validade

Ementa: Apelação cível. Anulação de permuta de escritura pública. Indenização por danos morais. Ausência de vícios no negócio jurídico. Recurso improvido.

- A pendência de débito de IPTU sobre o imóvel não é suficiente para gerar a anulação do negócio jurídico firmado entre as partes, podendo a parte buscar seu direito de regresso pelas vias próprias.

- No que se refere às infiltrações no imóvel adquirido, decaíram os apelantes do direito de reclamar pelos vícios redibitórios da coisa adquirida, nos termos do art. 445 do CC.

- A diferença da área aduzida pelos autores não implica a anulação do negócio jurídico realizado, uma vez que a negociação dos imóveis foi *ad corpus*, ou seja, o corpo do imóvel é o elemento determinante para a realização do negócio jurídico, sendo as medidas dos mesmos meramente enunciativas.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.05.648739-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: Geraldo José Peixoto Ferreira e outra - Apelado: Girolamo Bevilaqua Neto - Relatora: DES.ª HILDA TEIXEIRA DA COSTA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 14 de fevereiro de 2008. - *Hilda Teixeira da Costa* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª HILDA TEIXEIRA DA COSTA - Trata-se de apelação interposta por Geraldo José Peixoto Ferreira e Neide de Oliveira Torres contra a r. sentença (f. 285/300), que, nos autos da ação anulatória de negócio jurídico c/c indenização por danos morais ajuizada em face de Girolamo Bevilaqua Neto, julgou improcedentes os pedidos contidos na inicial, resolvendo o mérito nos termos do art. 269, I, do CPC, e condenou os autores ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da causa, suspendendo a exigibilidade nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50. Determinou, ainda, que, após transitada em julgado a r. decisão, seja expedido mandado para liberação do impedimento à alienação do imóvel localizado na Rua Fábio Couri, nº 4, Bairro Luxemburgo, em contra-ordem ao determinado à f. 206.

Entendeu a MM. Juíza *a qua* que, diante dos elementos constantes dos autos, não se coteja nenhum dos vícios elencados na peça de ingresso, merecendo ratificação o negócio jurídico firmado entre as partes em respeito ao *pacta sunt servanda*.

Os autores apelaram (f. 301/305), alegando que a exceção do pagamento das taxas de condomínio, efetuado por ocasião da propositura da presente ação, as demais irregularidades do imóvel dado em permuta pelo apelado, bem como os vícios omitidos quando da celebração da permuta estão devidamente provados nos autos.

Aduzem a ausência de boa-fé na transação imobiliária realizada entre estes e o apelado, quando, expressamente e através de documento público à f. 15, o réu declara a inexistência de ônus reais, fiscais e extrajudiciais, contrariamente à realidade fática, diante da existência de ônus relativo ao IPTU dos períodos de 1993, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000 e 2002, que totaliza a quantia de R$ 17.842,51, o que caracteriza um vício, tornando anulável a transação.

Declaram que inexiste nos autos prova de que tenha ocorrido qualquer combinação, acordo ou contrato entre as partes para compensação de valores devidos sobre os imóveis permutados, pelo que divorciado dos autos o convencimento da douta Julgadora.

Afirmam que somente tomaram conhecimento das infiltrações no imóvel à época da propositura da presente ação, tendo requerido a elaboração de laudo técnico, e que não transcorreu o prazo do art. 445 do CC. Acrescem ser injusto o entendimento de que o imóvel dado em permuta pelo apelado foi como coisa certa e discriminada e que o apartamento possui área muito inferior ao constante na escritura.

Ressaltam o comprometimento das faculdades psicológicas e mentais do apelante e a inexperiência dos apelantes em transações imobiliárias, em face da experiência profissional do apelado na comercialização de imóveis. Ao final, requerem o provimento do recurso para que seja reformada a r. sentença.

O réu apresentou contra-razões (f. 307/313), argüindo que havia dívidas fiscais nos dois imóveis utilizados na permuta, além de outras relativas às taxas de fornecimento de energia elétrica, água e esgoto. Enfatiza que as informações relativas a dívidas de IPTU são públicas e que toda a documentação foi analisada pelas partes antes da concretização da permuta.

Declara ser unilateral o laudo particular produzido pelos apelantes, e, no que se refere à suposta diferença de metragem e percentual, a vistoria unilateral não pode prevalecer em vista do que consta no Registro de Imóveis e perante a Prefeitura de Belo Horizonte, por tratar-se de documentos emitidos por órgãos oficiais. Pugna pelo improvimento do recurso e a manutenção da r. sentença.

Conheço do recurso por estarem presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Os apelantes buscam a reforma da r. sentença, para que seja decretada a nulidade da permuta realizada entre estes e o apelado e seja cancelada a escritura pública de compra e venda.

Os apelantes apontam, como um vício que torna anulável a transação efetuada entre as partes, o fato de que, apesar de o apelado ter declarado a inexistência de débitos em relação ao imóvel dado por este na permuta, há o ônus relativo ao IPTU dos períodos de 1993, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000 e 2002, que totaliza a quantia de R$ 17.842,51.

Contudo, verifica-se, dos documentos juntados aos autos, f. 234/243-TJ, a existência também de débitos do imóvel dado na permuta pelos autores, quais sejam IPTU de 2001 e 2002; contas de energia elétrica referentes aos meses 1, 2, 3 e 4 do ano de 2002 e requerimento de parcelamento de débito da Copasa referente ao período de 16 meses, 11/2001 a 02/2003. Assim, diversamente do que afirmam os apelantes na peça recursal, os débitos constantes nos documentos apresentados pelo apelado não correspondem a período posterior à realização do negócio jurídico firmado e indicam que as partes idealizaram a compensação dos débitos atinentes aos imóveis permutados.

Ademais, a pendência de débito de IPTU sobre o imóvel não é suficiente para gerar a anulação do negócio jurídico firmado entre as partes, podendo a parte buscar seu direito de regresso pelas vias próprias.

No que se refere à alegação dos apelantes sobre as infiltrações no imóvel, de que não transcorrera o prazo previsto no art. 445 do Código Civil, pois somente tomaram conhecimento das infiltrações à época da propositura da presente ação, tal alegação contradiz o depoimento da testemunha por eles arrolada, que declarou: "(...) que ficou sabendo das infiltrações do apartamento de nº 502 quando os autores se mudaram para o mesmo porque fora chamada para olhar o apartamento uma vez que era síndica; (...)" (f. 272).

Assim, considerando que a posse do imóvel ocorreu na data constante da escritura pública, 07.02.2003, uma vez que tal informação não consta na inicial, e tendo a ação sido proposta em 03.03.2005, decorreu mais de um ano, e, conseqüentemente, decaíram os apelantes do direito de reclamar pelos vícios redibitórios da coisa adquirida, nos termos do art. 445 do CC.

Quanto ao argumento dos apelantes de que o apartamento possui área muito inferior da constante na escritura pública de compra e venda, é de se observar que na venda dos imóveis não foi estipulado o preço por medida de extensão. No caso em tela, a negociação dos imóveis foi *ad corpus*, ou seja, o corpo do imóvel é o elemento determinante para a realização do negócio jurídico, sendo as medidas dos mesmos meramente enunciativas.

Ressalta-se, ainda, como bem observado pela ilustre Julgadora *a qua*, que a vistoria unilateral às f. 154/204, ao relatar a diferença da área do apartamento em 82,43 m^2 em relação à dimensão descrita na escritura pública, não considerou na medição a área comum do condomínio, a qual integra o domínio levado ao registro para fins de metragem geral, mas somente a área interna do apartamento. Dessa forma, tendo a venda se realizado *ad corpus*, a diferença da área aduzida pelos autores não implica a anulação do negócio jurídico realizado.

Em relação ao fato do comprometimento das faculdades psicológicas e mentais do apelante, não há nos presentes autos documentos que comprovem tal alegação.

Por outro lado, não configura, também, motivo justificável a ensejar a anulação do negócio realizado a falta de experiência dos apelantes nas transações imobiliárias, uma vez que não restou demonstrado que os autores foram lesionados na realização do negócio jurídico, pois não foram obrigados a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

No que tange à alegação dos apelantes de que o apelado ainda deve a quantia de R$ 8.125,00 (oito mil, cento e vinte e cinco reais), os documentos de f. 226/229-TJ indicam a quitação do negócio realizado.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso interposto e mantenho a r. sentença.

Custas recursais, pelos apelantes, cuja cobrança fica suspensa por estarem sob o pálio da justiça gratuita.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES VALDEZ LEITE MACHADO e EVANGELINA CASTILHO DUARTE.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Ação ordinária - Carência de ação - Não-ocorrência - Interesse processual - Aposentadoria - Requerimento administrativo - Desnecessidade - Proventos integrais de cargo em comissão - Apostilamento - Cargo público - Efetividade - Art. 19 do ADCT

Ementa: Administrativo. Reexame necessário. Apelação. Ação ordinária. Carência de ação. Inocorrência. Ausência de prévio requerimento administrativo. Irrelevância. Aposentadoria com proventos integrais de cargo em comissão. Apostilamento integral. Aquisição de efetividade no cargo público. Art. 19 do ADCT.

- Não há cogitar de ausência de interesse de agir por inexistência de prévio requerimento administrativo para

fins de obtenção de aposentadoria, uma vez que a CF/88 é clara ao dispor que não se exige o prévio esgotamento das vias administrativas para que se possibilite ao cidadão o acesso à justiça.

- O servidor que adquire efetividade no cargo público que ocupa mediante aprovação em concurso público, consoante o disposto no art. 19 do ADCT, faz jus em aposentar-se com proventos integrais referentes ao cargo em comissão que exerceu por mais de dez anos, nos termos da legislação que rege a matéria.

- Nas causas em que for vencida a Fazenda Pública, os honorários advocatícios serão fixados com base no § 4º do art. 20 do CPC, observada a moderação.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.05.893342-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelante adesiva: Maria Auxiliadora Furst Miranda - Apelados: Estado de Minas Gerais, Maria Auxiliadora Furst Miranda - Relator: DES. DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDO DE OFÍCIO, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

Belo Horizonte, 13 de março de 2008. - *Dídimo Inocêncio de Paula* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA - Cuida-se de recurso de apelação aforado pelo Estado de Minas Gerais, sendo apelante adesiva Maria Auxiliadora Furst Miranda, contra a decisão da MMª. Juíza de Direito da 7ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da comarca de Belo Horizonte/MG (f. 102/107), proferida nos autos da ação ordinária que a recorrente adesiva move em face do apelante principal.

A r. sentença monocrática julgou procedentes os pedidos pórticos, condenando o réu a aposentar a autora com proventos integrais do cargo em comissão que ocupa, acrescidos dos qüinqüênios e demais vantagens a que faz jus.

Inconformado, apela o suplicado, suscitando a preliminar de carência de ação, em face da manifesta ausência de interesse processual da requerente, uma vez que não requereu administrativamente sua aposentadoria, não se podendo falar em negativa de concessão do benefício previdenciário, portanto. Diz, mais, que a mera consulta realizada à Administração Pública acerca da pretensão da autora não culmina em indeferimento administrativo do pedido.

Em seu apelo adesivo, pugna a recorrente pela majoração dos honorários advocatícios.

Recursos respondidos. É o relatório.

Antes de mais nada, registro que, apesar de nada haver sido tecido na sentença de primeiro grau, trata a hipótese de reexame necessário, uma vez que a ação foi julgada em desfavor do Estado de Minas Gerais, em virtude da procedência dos pedidos pórticos.

Assim, conheço de ofício da remessa necessária.

Conheço também dos recursos voluntários, porquanto tempestivos e presentes os pressupostos de sua admissibilidade; ausente o preparo, por estar o apelante principal dele isento, nos termos do art. 511, § 1º, do CPC, ao passo em que a apelante adesiva está a litigar sob o pálio da justiça gratuita.

Passo, portanto, ao reexame necessário, conhecido de ofício.

Em sede da preliminar de carência de ação por ausência de interesse de agir, não vejo como prosperar.

Com efeito, reiteradas vezes já decidi que a ausência de prévio requerimento administrativo não culmina em inexistência do interesse processual.

Ora, o acesso ao Judiciário não pode ser limitado ou restringido pela necessidade de se recorrer, antecipadamente, à via administrativa.

Outro entendimento afrontaria diretamente a garantia constitucional de amplo acesso ao Judiciário.

Nesse sentido, dispõe o art. 5º da CR/1988, em seu inciso XXXV: "A Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Desse entendimento não discrepa a jurisprudência:

> Ementa: Apelação. Ação ordinária. Previdência privada. Prescrição qüinqüenal. Súmula 291 do STJ. Requerimento administrativo. Desnecessidade. - A ausência do requerimento administrativo para o pagamento da complementação da aposentadoria não retira a possibilidade de imediato e prévio acesso ao Judiciário, garantia constitucional. Comprovada a incapacidade da autora para o desenvolvimento de suas atividades profissionais, procedente o pedido de concessão do benefício pretendido, qual seja, aposentadoria por invalidez. Recurso provido (TJMG, 17ª Câmara Cível, Ap nº 1.0145.03.101349-6/001, Rel. Des. Lucas Pereira, j. em 14.11.2007).

> Ementa: Benefício previdenciário. Agravo retido. Interesse processual. Requerimento administrativo. Desnecessidade. Aposentadoria por invalidez. Consolidação permanente e total das lesões decorrentes de doença profissional. Ausência.
> - Para que se possa pleitear judicialmente a concessão de um benefício previdenciário, não é necessário que o segurado o tenha requerido anteriormente no âmbito administrativo.
> - A aposentadoria por invalidez será deferida se comprovada a existência de lesões totais e permanentes, sem as quais se torna inviável a sua concessão, o que, aliás, por ser fato constitutivo do direito do segurado, depende dele a sua prova (11º Câmara Cível, Apel. Cível nº 421.748-3, Rel.ª Desª. Albergaria Costa, 14.04.2004).

Segue, ainda, excerto do voto proferido pelo Des. Armando Freire, quando do julgamento da Apelação Cível/Reexame Necessário n° 1.0439.06.049525-6/001, em 04.12.2007:

> *Data venia*, não merece prosperar a preliminar de ausência de pressuposto válido de constituição e desenvolvimento do feito suscitada pelo réu, sugerindo a imprescindibilidade de prévio requerimento administrativo para se postular em juízo a averbação do tempo de serviço laborado na iniciativa privada, para fins de percepção de adicionais.
> Conforme destaca Márcio Louzada Carpena:
> 'A recorribilidade direta ao Poder Judiciário no que concerne à ameaça ou lesão a direito, ou, em sentido inverso, o condicionamento de prévio procedimento ao ingresso em juízo, somente pode ter sua exigência legitimada se, na constituição, houver expressa previsão nesse sentido' (Trecho do artigo da inafastabilidade do controle jurisdicional e o processo civil contemporâneo. CD-ROM edição 87, v. 2, integrante da revista *Juris Plenum*)
> E a Constituição da República, no inciso XXXV do art. 5°, não estabelece, em relação à matéria tratada neste processo, o prévio requerimento administrativo como condição para se exercer o direito de acesso ao Poder Judiciário.
> *In casu*, existe litígio e, como *conditio sine qua non* do processo, permanece a necessidade de apreciação do provimento judicial requerido, mormente porque o sucesso dos autores na demanda pode resultar em vantagem econômica para eles. Não se pode afirmar, *permissa venia*, que a pretensão é inadequada à satisfação do interesse contido no direito subjetivo material.
> Afasto, portanto, a preliminar.

E nem se argumente não tenha havido negativa de concessão do benefício previdenciário ora requerido, haja vista que, mesmo citado para os termos da presente ação, o réu não atendeu ao pedido pórtico, batendo-se apenas pela inacolhível carência de ação.

Assim, faz-se irrelevante que a juntada dos documentos relativos à consulta administrativa acerca da pretensão pórtica tenha se dado apenas com a impugnação à contestação, pois ainda que referida consulta não houvesse sido realizada, presente estaria o binômio necessidade-possibilidade, pelos motivos aqui já aduzidos.

Lado outro, tais documentos, anexados às f. 79/81, demonstram que o Poder Público entende impossível o atendimento ao pleito da autora, o que reforça ainda mais a existência do interesse processual na hipótese em tela.

Dessa forma, afasto a preliminar de carência de ação, suscitada em razão da ausência de requerimento administrativo.

No mérito, tenho que razão assiste à autora.

Pretende a suplicante, por meio da presente ação, seja declarado seu direito a ser aposentada com proventos integrais do cargo em comissão que ocupou por período superior a 10 anos, percebendo os qüinqüênios e demais vantagens a que faz jus.

Compulsando os autos, observo que a recorrida conta com o tempo de 4.402 dias, ou seja, 12 anos e 22 dias de efetivo exercício em cargo em comissão, tendo sido exonerada sem ser a pedido ou por penalidade do último cargo exercido, conforme documento de f. 28.

Nesse tempo, é de se ver o que dispõe a Lei 14.683/03, aplicável à espécie:

> Art. 1° - Ficam revogados o art. 22 da Lei n° 5.945, de 11 de julho de 1972; o art. 10 da Lei n° 6.565, de 17 de abril de 1975; o art. 12 da Lei n° 8.019, de 23 de julho de 1981; a Lei Delegada n° 35, de 28 de agosto de 1985; a Lei n° 9.532, de 30 de dezembro de 1987; o art. 5° da Lei n° 10.945, de 27 de novembro de 1992; a Lei n° 13.434, de 30 de dezembro de 1999 e a Lei n° 13.533, de 11 de maio de 2000.
> § 1° - Fica assegurado ao servidor ocupante de cargo de provimento efetivo o direito de continuar percebendo a remuneração do cargo em comissão exercido, nos termos da legislação vigente até a data de publicação desta Lei, quando dele for exonerado sem ser a pedido ou por penalidade, ou quando for aposentado, ficando garantida, para este fim a contagem do tempo de exercício no referido cargo de provimento em comissão até 29 de fevereiro de 2004.

Assim dispunha a Lei 9.532/87, vigente quando da publicação da Lei 14.683/03, que alude àquela em seu § 1°:

> Art. 1° - Ao funcionário público que, no exercício de cargo de provimento em comissão, dele for afastado sem ser a pedido ou por penalidade, ou se aposentar, fica assegurado o direito de continuar percebendo a remuneração do cargo, desde que o seu exercício compreenda período igual ou superior a 10 (dez) anos, consecutivos ou não.

Destarte, impõe-se concluir que a suplicante preencheu todos os requisitos para a aposentadoria com proventos integrais do cargo em comissão por ela ocupado.

E nem se argumente, na esteira da resposta da Administração Pública à consulta formulada pela autora, que a servidora se efetivou em cargo público apenas quando da edição da Emenda 49 à Constituição Estadual (f. 79/81).

Com efeito, do documento de f. 20 extrai-se que a suplicante atingiu a estabilidade no serviço público em virtude da norma inserta no art. 19 do ADCT, aplicável inclusive aos servidores estaduais, e não da aludida emenda ao texto constitucional estadual, sendo certo que se efetivou no cargo mediante aprovação em concurso público, homologado em 12.02.92.

Segue a dicção do artigo em comento:

> Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37 da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.
> § 1° - O tempo de serviço dos servidores referidos neste

artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei.
§ 2º - O disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de livre exoneração, cujo tempo de serviço não será computado para os fins do *caput* deste artigo, exceto se se tratar de servidor.
§ 3º - O disposto neste artigo não se aplica aos professores de nível superior, nos termos da lei.

Nesse tempo, ainda em se considerando que sua efetivação em cargo público se deu na data supra-aludida, verifica-se que a autora amealhou tempo suficiente para fazer jus à aposentadoria com proventos integrais no cargo em comissão ocupado.

Assim, a meu ver, deve ser mantida a sentença de primeiro grau.

Por fim, em sede dos honorários advocatícios, não vislumbro razão para sua alteração, porquanto estipulados em conformidade com o § 4º do art. 20 do CPC, observado o labor despendido pelo advogado da parte vencedora, não havendo cogitar de sua majoração, como quer a apelante adesiva, porque sabidamente a verba honorária, quando fixada em desfavor da Fazenda Pública, deve observar a necessária moderação.

Destarte, em virtude do exposto e tudo mais que dos autos consta, em reexame necessário, confirmo a sentença, prejudicados os recursos voluntários.

Custas recursais, pelos respectivos apelantes, estando o recorrente principal, porém, delas isento, ao passo que a apelante adesiva está sob o pálio da assistência judiciária, devendo ser suspensa a condenação em relação a ela.

DES.ª ALBERGARIA COSTA - Conheço, igualmente, do reexame necessário e do recurso de apelação e do recurso adesivo, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Acompanho o Relator para rejeitar a preliminar de carência de ação, confirmar integralmente a sentença e julgar prejudicados os recursos de apelação e adesivo.

Ressalto, entretanto, que o apelante principal deve ser condenado a efetuar o pagamento das custas, inclusive as recursais, pois a Lei Estadual nº 14.939/03 não prevê a hipótese de isenção.

É como voto.

DES. KILDARE CARVALHO - De acordo com o Relator.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E CONFIRMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDO DE OFÍCIO, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

...

Execução - Abandono da causa - Intimação pessoal por via de oficial de justiça - Mudança de endereço - Comunicação ao Juízo - Ausência - Extinção do processo

Ementa: Ação de execução. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Abandono da causa. Intimação pessoal da exeqüente por via de oficial de justiça. Mudança de endereço sem comunicação ao juízo. Sentença mantida.

- Considera-se válida a intimação do exeqüente que muda de endereço sem comunicar ao juízo, impossibilitando sua intimação para promover o andamento do feito, conforme comprovado pela certidão do oficial de justiça, haja vista que é ônus da parte a atualização do seu endereço perante o juízo, conforme preceitua o art. 39, II, do Código de Processo Civil.

- Tendo o julgador *a quo* determinado a intimação da exeqüente para dar andamento ao feito, primeiramente por meio do seu procurador constituído nos autos da ação ordinária de indenização e posteriormente de forma pessoal por oficial de justiça, e não tendo este sido intimado porque mudou de endereço sem informar ao juízo, afigura-se perfeitamente correta a extinção do processo por abandono da causa.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0525.97.008061-6/001 - Comarca de Pouso Alegre - Apelante: Katsuyoshi Saimaru - Apelados: José Roberto Curitiba e outro - Relator: DES. D. VIÇOSO RODRIGUES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 11 de março de 2008. - D. *Viçoso Rodrigues* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. D. VIÇOSO RODRIGUES - Katsuyoshi Saimaru aviou recurso de apelação contra a sentença proferida pelo Juízo de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Pouso Alegre-MG que, nos autos da presente ação de execução de sentença, ajuizada em face de José Roberto Curitiba e outro, julgou extinto o feito nos moldes do art. 267, III, CPC.

O nobre Julgador argumentou que o autor não comparece aos autos desde 2000 e não atualizou seu

endereço, pelo que restou infrutífera a tentativa de sua intimação.

Irresignado, o réu interpôs recurso de apelação, pugnando pela anulação da sentença, fundamentos a seguir.

Primeiramente, aduz o apelante que, na ação de execução, só se aplica extinção se incidirem as regras previstas pelo art. 794, CPC, não sendo o caso dos autos.

Alega que, a teor da Súmula 240 do STJ, a extinção do processo por abandono da causa depende de requerimento expresso do réu, o que, *in casu*, não ocorreu.

Sustenta ainda que seu procurador não fora intimado para fornecer seu novo endereço, e em conseqüência, não fora pessoalmente intimado para manifestar.

Pugna, assim, pelo provimento do recurso.

Devidamente intimados, os executados não apresentaram contra-razões (f. 57-v.).

Este o relatório. Decido.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Da análise das razões do apelante, entendo que seu pleito não merece prosperar, pelos fundamentos que passo a expor.

Compulsando os autos, verifico à f. 36 que o Magistrado determinou a intimação pessoal do autor para dar prosseguimento à ação de execução de sentença.

O oficial de justiça, em certidão (f. 38-v.), procedeu à intimação na pessoa do procurador do autor, uma vez que ele se encontrava no Japão trabalhando.

Assim, à f. 39, determinou-se o arquivamento do processo.

Após manifestação do procurador da parte autoral, requerendo desarquivamento dos autos e vista pelo prazo de 15 dias (f. 40), em 03.08.2007, o processo voltou ao arquivo (f. 43), pelo que se intimou novamente o autor para dar andamento ao feito, sob pena de extinção (f. 44).

No endereço constante dos autos, Cíntia Rodrigues Saimaru recebera a intimação (f. 44-v.).

Diante desses fatos, algumas considerações devem ser feitas, senão vejamos.

Ora, não há o que reparar na decisão atacada, visto que alternativa não restou ao r. Magistrado senão extinguir o feito nos termos do art. 267, III, do CPC.

Nesse sentido a lição de Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa:

> Art. 794: 4. Aplicam-se, supletivamente, à extinção da execução as normas do art. 267, no que couber (STJ-RTJE 109/199; TFR - 4ª Turma, AC 79.159-SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. em 3.11.82, deram provimento, v.u., *DJU* de 16.12.82, p. 13.092; TRF - 2ª Turma, Ag 43.908-BA, Rel. Min. Gueiros Leite, j. em 10.6.83, negaram provimento, v.u., *DJU* de 25.8.83, p. 12.570; *JTA* 90/296, *Ajuris* 26/154, em.), inclusive quanto à inércia do credor (...) (*in Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 36. ed., Ed. Saraiva, p. 858).

Primeiramente, verifico que a pessoa que recebera a intimação possui o mesmo sobrenome do autor.

Desse modo, no que se refere à alegação do apelante de que não fora intimado para dar andamento ao feito, conforme determinado pelo art. 267, § 1°, do CPC, não merece prosperar, haja vista que se considera válida a intimação do exeqüente que muda de endereço sem comunicar ao juízo, impossibilitando sua intimação para promover o andamento do feito, conforme comprovado pela intimação recebida por Cíntia Rodrigues Saimaru, haja vista que é ônus da parte a atualização do seu endereço perante o juízo, como preceitua o art. 39, II, do Código de Processo Civil.

Nesse sentido:

> Civil e processual. Ação de execução. Extinção do processo sem julgamento de mérito. Abandono da causa. Superveniente ausência de interesse. Intimação pessoal via AR. Mudança de endereço.
> 1 - Exeqüente que muda de endereço sem comunicar ao juízo, impossibilitando sua intimação para promover o andamento do feito. AR dirigido ao endereço declinado na inicial e devolvido por ter ocorrido a mudança do exeqüente. Validade porquanto é ônus da parte a atualização de seu endereço nos autos.
> 2 - Não se desincumbindo o exeqüente de empreender a movimentação da causa, decorre a extinção do processo sem julgamento de mérito, com fulcro no art. 267, Incs. III e VI, do CPC.
> 3 - Recurso conhecido e improvido. Unânime (TJDF. Apelação Cível 20010110645708APC DF. 6ª Turma Cível. Rel. Gislene Pinheiro. J. em 06.02.2006).

> Processo civil - Execução - Inércia da parte credora - Mudança de endereço - Extinção - Aplicação do art. 267 do CPC ao processo de execução.
> 1 - É obrigação das partes manter dentro dos autos endereço atualizado, consistindo a falta deste, sobretudo em relação à parte credora, em ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido do processo.
> 2 - Conquanto a falta de interesse de agir ou a ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo não conste expressamente do art. 794 do CPC, devem ser reconhecidas como causas extintivas da execução, pois se aplicam, supletivamente, ao processo executório as normas do art. 267 do CPC, no que couber (CPC: art. 598).
> 3. Recurso improvido (TJDF. Apelação Cível 200501500 36433APC DF. 3ª Turma Cível. Rel. Aquino Perpétuo. J. em 07.11.2005).

> Processual civil. Mandato. Renúncia de poderes. Não-constituição de novo advogado. Mudança de endereço da empresa. Tentativas de intimação frustradas. Recurso. Ausência de pressuposto de admissibilidade. Não-conhecimento.
> 1. Incumbe à parte comunicar ao escrivão do processo qualquer mudança de endereço (CPC, art. 39, II).
> 2. A falta de constituição de novo advogado, após regular renúncia do causídico, acarreta a ausência de pressuposto de admissibilidade recursal.
> 3. Apelação de que não se conhece (TRF - 1ª Região. AC 1997.01.00.003431-5/MT. Terceira Turma Suplementar. Rel. Juiz Federal Vallisney de Souza Oliveira (conv.). J. em 16.06.2005).

Assim, tendo o Julgador *a quo* determinado a intimação da exeqüente para dar andamento ao feito, primeiramente por meio do seu procurador constituído nos autos da ação ordinária de indenização e posteriormente de forma pessoal por oficial de justiça, e não tendo este sido intimado porque mudou de endereço sem informar ao Juízo, afigura-se perfeitamente correta a extinção do processo por abandono da causa.

Também não socorre o apelante o fato de a extinção não ter sido requerida pelos executados, apesar do colendo Superior Tribunal de Justiça ter consolidado o entendimento da Súmula 240, a qual dispõe que "a extinção do processo, por abandono de causa pelo autor, depende de requerimento do réu".

É que, tratando-se de execução não-embargada, entendo desnecessário o requerimento dos réus para extinção do processo se frustrada a intimação pessoal do autor para prosseguimento do feito por desídia dele, revelando-se correta a sentença que extinguiu o processo nos termos do art. 267, inciso III, afastada a aplicação da referida súmula.

Nesse sentido, decidiu o c. Superior Tribunal de Justiça:

> Processual civil. Extinção do processo por abandono (art. 267, III, § 1°, CPC). Impossibilidade de extinção de ofício. Precedentes da Corte. Execução não embargada. Interesse do réu na solução do conflito. Inexistência. Possibilidade de extinção de ofício. Interesse predominantemente público do processo. Precedente da turma. Recurso desacolhido.
> I - Nos termos da orientação deste Tribunal, não se faculta ao juiz, na hipótese do inciso III do art. 267, CPC, extinguir o processo de ofício, sendo imprescindível o requerimento do réu, dado ser inadmissível presumir-se desinteresse do réu no prosseguimento e solução da *causa*.
> II - Diversa é a situação, no entanto, quando se trata de *execução* não embargada.
> III - O processo, em sua visão contemporânea, é instrumento de realização do direito material e de efetivação da tutela jurisdicional, sendo de feição predominantemente pública, que não deve prestar obséquios aos caprichos de litigantes desidiosos ou de má-fé (REsp 297.201-MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª T, j. em 21.05.2002).

> Processual civil. Ação de reintegração de posse. Arrendamento mercantil. Abandono da causa. Citação dos réus não configurada. Reexame documental. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. Súmula n. 240-STJ. Hipótese diversa. CPC, art. 267, III, § 10. Intimação pessoal do autor efetuada. Extinção.
> I. Se a relação processual litigiosa não se instaurou, porque o Tribunal estadual, no concernente ao exame de documento extrajudicial, considerou o mesmo inaproveitável para firmar a ocorrência de citação dos réus, descabida é a invocação da Súmula 240 do STJ, bem como da revelia, visto que o pressuposto básico a tanto - a integração dos réus ao processo - está ausente.
> II. Intimada pessoalmente a parte a promover os atos necessários ao andamento do processo, nos termos do art. 267, III, § 1°, do CPC, a extinção da lide é conseqüência da sua omissão, aqui verificada.
> III. Recurso especial não conhecido (REsp 440.813-ES, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª T, j. em 22.04.2003).

Nesse ínterim, entendo que a sentença deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pelo apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ELPÍDIO DONIZETTI e GUILHERME LUCIANO BAETA NUNES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ação de cobrança - Ajuizamento anterior à quebra - Princípio do juízo universal da falência - Inaplicabilidade - Processo em curso - Não-suspensão - Devedor solidário - Responsabilidade - Integralidade da dívida

Ementa: Cobrança. Ajuizamento pretérito à quebra. Competência do juízo cível. Decretação da falência. Não-suspensão dos processos em curso. Devedor solidário. Responsabilidade pela totalidade da dívida.

- A competência, nas ações em curso antes da decretação da quebra, não se transfere para o Juízo Universal da Falência. Os processos em curso quando da decretação da falência não devem ser suspensos por constituírem exceção prevista na legislação falimentar.

- Os devedores solidários respondem pela integralidade da obrigação contratada.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0481.03.019694-5/001 - Comarca de Patrocínio - Apelantes: Petromil Distribuidora de Petróleo Ltda. e outros - Apelado: Banco Mercantil do Brasil S.A. - Relator: DES. JOSÉ AMANCIO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 18 de junho de 2008. - *José Amancio* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ AMANCIO - Petromil Distribuidora de Petróleo Ltda., Jamir Silva e Geraldo Naves de Azevedo

apelam da r. sentença da MM. Juíza de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Patrocínio - MG, julgando parcialmente procedente a ação de cobrança ajuizada pelo Banco Mercantil do Brasil S.A., condenando os réus Jamir Silva e Geraldo Naves de Azevedo a pagarem ao autor a importância de R$ 3.740,87 (três mil setecentos e quarenta reais e oitenta e sete centavos), com correção monetária pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC) e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir de 31 de agosto de 2002, bem como ao pagamento das custas do processo e dos honorários do advogado, arbitrados em R$ 1.000,00 (mil reais).

Os apelantes argúem preliminarmente a incompetência da Vara Cível, por estar a Petromil Distribuidora de Petróleo Ltda. falida, devendo a ação ser remetida ao Juízo da Falência.

No mérito, alegam e pleiteiam:

a) a suspensão da ação nos termos do art. 24 do Decreto-Lei n° 7.661, de 21 de junho de 1945;

b) terem sido prejudicados pela decisão da MM. Juíza *a qua*, pois dificilmente serão ressarcidos em ação de regresso contra a massa falida da Petromil Distribuidora de Petróleo Ltda. e, apesar de serem seus sócios avalistas, o débito foi contraído a fim de viabilizar o seu capital de giro.

Pugnam pela reforma da r. sentença.

Contra-razões às f. 150/156.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

O apelado ajuizou ação de cobrança perante o Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Patrocínio - MG, almejando o pagamento da importância de R$ 3.698,34 (três mil seiscentos e noventa e oito reais e trinta e quatro centavos), relativa ao débito do contrato de desconto de título firmado pelo apelado com a Petromil Distribuidora de Petróleo Ltda., tendo como devedores solidários Jamir Silva e Geraldo Naves de Azevedo, sócios da empresa contratante.

O apelado trouxe aos autos contrato de desconto de títulos (f. 07), nota promissória emitida pela Petromil Distribuidora de Petróleo Ltda. (f. 08) e cheque emitido por Márcia Cristina Pereira (f. 09).

O MM. Juiz julgou parcialmente procedentes os pedidos do autor, condenando os réus Jamir Silva e Geraldo Naves de Azevedo a lhe pagarem R$ 3.740,87 (três mil setecentos e quarenta reais e oitenta e sete centavos), corrigidos monetariamente pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC), e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir de 31 de agosto de 2002, bem como ao pagamento das custas do processo e dos honorários do advogado, arbitrados em R$ 1.000,00 (mil reais).

Preliminar.

Incompetência absoluta do Juízo Cível.

Os apelantes argúem preliminarmente a incompetência da Vara Cível para julgar a ação, por ter um dos réus falido, devendo a ação ser redistribuída ao Juízo da Falência.

Os princípios da indivisibilidade e da universalidade do Juízo da Falência não se aplicam às ações ajuizadas antes da decretação da quebra, como disposto no art. 24, § 2°, do Decreto-lei n° 7.661, de 21 de junho de 1945.

Nesse sentido:

> Competência - Falência - Princípio do juízo universal - Ações em curso antes da decretação da falência - Inocorrência. - O princípio da indivisibilidade do Juízo Universal da Falência não se aplica às ações em curso antes da decretação da falência (TAMG, Agravo de Instrumento n° 2.0000.00. 473104-4/000, Rel. Des. Unias Silva, Sétima Câmara Cível, *DJ* de 02.03.2005).

Rejeito a preliminar.

Mérito.

Os apelantes alegam que a ação deveria ser suspensa, nos termos do art. 24 do Decreto-lei n° 7.661, de 21 de junho de 1945, que giza:

> As ações ou execuções individuais dos credores, sobre direitos e interesses relativos à massa falida, inclusive as dos credores particulares de sócio solidário da sociedade falida, ficam suspensas, desde que seja declarada a falência até o seu encerramento.
> § 1° [...]
> § 2° Não se compreendem nas disposições deste artigo, e terão prosseguimento com o síndico as ações e execuções que, antes da falência, hajam iniciado: (...).

A presente ação foi ajuizada antes da decretação da falência, enquadrando-se na exceção do § 2° do art. 24 do Decreto-lei 7.661, de 21 de junho de 1945, não se suspendendo com a superveniência da falência.

Nesse sentido:

> Direito processual civil e falimentar. Recurso especial. Competência. Juízo Universal. Ajuizamento de ação anteriormente à decretação da falência. Hipótese de exceção. - O princípio da unicidade e universalidade do juízo falimentar, previsto no art. 7°, § 2°, da antiga Lei de Falências, não é absoluto, comportando exceções, entre elas a estabelecida na própria legislação falimentar revogada (Decreto-lei n° 7.661/45), em seu art. 24, § 2°, inciso II, o qual dispunha que teriam prosseguimento com o síndico as ações que antes da falência já tivessem sido ajuizadas. Recurso especial não conhecido (REsp 467.516/MT, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 21.02.2006, *DJ* 20.03.2006, p. 264).

Os apelantes alegam terem sido prejudicados pela decisão da MM. Juíza *a qua*, pois dificilmente virão a ser ressarcidos por meio de ação de regresso contra a massa falida da Petromil Distribuidora de Petróleo Ltda. e que, apesar de serem seus sócios avalistas, o débito foi contraído para viabilizar o seu capital de giro.

Jamir Silva e Geraldo Naves de Azevedo constam no contrato de desconto de título como devedores

solidários da obrigação pactuada. O Código Civil de 2002 assim dispõe:

> O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto (Capítulo VI (Das Obrigações Solidárias), Seção III (Da Solidariedade Passiva), art. 275).

A dívida pode ser exigida de qualquer um dos réus, de dois deles ou de todos eles, por serem devedores solidários da obrigação, não importando qual deles seria o beneficiado com a obrigação, por ter sido dessa forma pactuado.

Conclusão.

Rejeito a preliminar (incompetência absoluta do Juízo Cível) e nego provimento ao recurso para manter a r. sentença hostilizada.

Custas do recurso, pelos apelantes.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA e NICOLAU MASSELLI.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Mandado de segurança - Câmara Municipal - Mesa Diretora - Eleição - Compra de voto - Denúncia - Anulação da eleição - Norma regimental - Princípios da ampla defesa e do contraditório - Inobservância - Ilegalidade denunciada - Produção de prova - Necessidade - Posse - Direito líquido e certo - Sentença confirmada

Ementa: Reexame necessário. Mandado de segurança. Eleição para a Mesa Diretora da Câmara Municipal de Riacho de Machados. Denúncia de compra de voto. Anulação da eleição. Inobservância das normas regimentais e dos princípios da ampla defesa e do contraditório. Necessidade de dilação probatória para a constatação da ilegalidade denunciada. Direito líquido e certo à posse. Confirmação da sentença.

- O mandado de segurança é ação constitucional que visa assegurar o direito líquido e certo violado ou em iminência de sê-lo por ato ilegal ou abusivo praticado por autoridade, apresentando rito sumário sem dilação probatória e exigindo prova pré-constituída.

- Demonstra-se ilegal a anulação de eleição para a composição da Mesa Diretora da Câmara Municipal formal e legitimamente realizada, mediante simples votação em reunião extraordinária, em razão de denúncia de compra de voto, sem a observância das normas regimentais, do contraditório e da ampla defesa.

REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0522.06.021843-8/001 - Comarca de Porteirinha - Remetente: Juiz de Direito da Comarca de Porteirinha - Autor: Carlos José dos Reis e outros - Réu: Presidente da Câmara Municipal de Riacho dos Machados - Relator: DES. ARMANDO FREIRE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONFIRMAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO.

Belo Horizonte, 25 de março de 2008. - *Armando Freire* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ARMANDO FREIRE - Tratam os autos de reexame necessário, em mandado de segurança com pedido liminar, impetrado por Carlos José dos Reis, Renato Darly Mendes Rurães e Cláudio Natalino do Carmo contra ato da Mesa da Câmara Municipal de Riacho dos Machados, regimentalmente representada pelo seu Presidente Jairo Mendes Teixeira.

O nobre Julgador singular, em sentença de f. 75/79, concedeu a segurança impetrada. Considerou que os impetrantes demonstraram o direito líquido e certo à posse e exercício na Mesa da Câmara Municipal de Riacho dos Machados para os anos de 2007/2008. Acrescentou que a eleição do dia 20.11.2006 transcorreu na absoluta normalidade, dentro das normas regimentais, saindo vencedora por cinco votos a quatro a chapa na qual concorriam os impetrantes. Sopesou que não houve qualquer protesto ou impugnação ao resultado das eleições. Concluiu que qualquer declaração de ilegalidade na votação depende de dilação probatória. Registrou que tramita perante a Comarca de Porteirinha "ação anulatória de ato administrativo - eleição da Câmara Municipal de Riacho dos Machados" proposta pela chapa derrotada, bem como está sendo realizado inquérito civil para apuração de eventual responsabilidade em relação aos fatos envolvendo o pleito realizado no Legislativo Municipal.

Devidamente intimadas as partes, transcorreu o prazo sem que fosse aviado qualquer recurso.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de f. 90/92, opinou pela confirmação da sentença.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do reexame necessário.

Pelo que se depreende dos autos, Carlos José dos Reis, Renato Darly Mendes Rurães e Cláudio Natalino do Carmo impetraram mandado de segurança contra ato da Mesa da Câmara Municipal de Riacho dos Machados, regimentalmente representada pelo seu Presidente Jairo Mendes Teixeira.

Afirmaram que em 20.11.2006 a Câmara Municipal de Riacho dos Machados realizou as eleições para composição de sua Mesa Diretora, biênio 2007/2008. Acrescentaram que a eleição atendeu ao aspecto formal, em reunião extraordinária, nos termos do art. 1° do Regimento Interno. Aduziram que duas chapas concorreram, sendo que, por escrutínio secreto, foi vencedora a chapa "B", de oposição. Alegaram que o Sr. Osvaldo Gomes da Silva, vereador candidato pela chapa "A" (da situação), foi induzido pelo então presidente da Câmara a encaminhar requerimento em que afirma ter vendido seu voto para a oposição e pede a anulação da eleição. Salientaram que a credibilidade do referido vereador está comprometida em virtude de sua íntima ligação com os interesses da chapa vencida no pleito. Ressaltaram que o presidente da Câmara, de posse do mencionado requerimento, convocou reunião extraordinária para o dia 07.12.2006 e, mediante processo sumário (votação simples e direta), declarou anulada a eleição da Mesa Diretora.

Sustentaram que o aludido requerimento não obedeceu à tramitação regimental, não se submeteu ao crivo da Comissão de Legislação e Justiça da Câmara Municipal e não teve discutido o seu mérito pelo plenário, para a eventual instauração de processo para apuração do fato. Alegaram que estão protegidos pelo direito adquirido, assegurado pelo § 5° do art. 22 da Lei Orgânica do Município de Riacho dos Machados, devendo ser garantida sua posse. Asseveraram a existência de *periculum in mora* e *fumus boni iuris* a autorizar o deferimento da liminar pretendida, para suspender os efeitos da anulação da eleição. Juntaram documentos às f. 13/32.

Em decisão de f. 33/35, foi deferida a liminar para suspender os efeitos da deliberação da Câmara Municipal de Riacho dos Machados, realizada na reunião extraordinária do dia 07.12.2006, assegurando aos impetrantes a posse no dia 1°.01.2007 nos cargos da Mesa Diretora da Câmara de Vereadores de Riacho dos Machados, para o biênio 2007/2008.

Jairo Mendes Teixeira, então presidente da Câmara Municipal, apontado como autoridade coatora, apresentou informações às f. 38/41. Afirmou que foi candidato à reeleição, porém sua pretensão não lhe retirava as atribuições funcionais de presidente da Câmara, mormente quanto ao recebimento das acusações procedidas por um dos vereadores, relativa à existência de fraude, corrupção, improbidade administrativa e falta de decoro parlamentar perpetradas na eleição de 20.11.2006. Asseverou que não se tratava de hipótese de afastamento dos membros da Mesa Diretora, uma vez que ainda não tinham tomado posse, não sendo o caso de aplicar o Regimento Interno da Casa, visto que omisso quanto a esse ponto. Aduziu que a ampla defesa e o contraditório devem ser observados em eventuais processos de cassação ou mesmo perante a Justiça comum local. Alegou que o requerimento que trouxe a denúncia veio instruído de conversas telefônicas que atestavam sua veracidade. Ressaltou que a eleição realizada em 20.11.2006 restou viciada, autorizando a "providência administrativa" de anulação do pleito. Juntou documentos às f. 42/69.

O Ministério Público, em parecer de f. 71/74, opinou pela concessão da segurança.

O digno Magistrado de primeiro grau, em sentença de f. 75/79, concedeu a segurança impetrada, nos termos já expostos.

Analisando detidamente os fatos narrados, bem como os documentos juntados, tenho que a sentença deve ser confirmada.

O mandado de segurança é ação que visa assegurar o direito líquido e certo violado ou em iminência de sê-lo por ato ilegal ou abusivo praticado por autoridade, apresentando rito sumário sem dilação probatória e exigindo prova pré-constituída.

A respeito da matéria, leciona o mestre Hely Lopes Meirelles (*Mandado de segurança*, 23. ed., p. 36):

> Quando a lei alude direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano.

Sobre a mesma matéria, ensina Seabra Fagundes, citado por Sergio Ferraz:

> Ter-se-á como líquido e certo o direito cujos aspectos de fato se possam provar, documentalmente, fora de toda a dúvida, o direito cujos pressupostos materiais se possam constatar pelo exame da prova oferecida com o pedido, ou de palavras ou omissões de informação da autoridade impetrada (*Mandado de segurança*, p. 23, 1992).

Importa esclarecer que a competência do Poder Judiciário se encontra circunscrita ao exame da legalidade e legitimidade do ato administrativo, dos eventuais vícios formais ou dos que atentem contra os postulados constitucionais frisados na inicial. Assim, a apreciação do ato discricionário do administrador público quanto aos critérios de conveniência e oportunidade é vedada ao juiz, que só pode analisá-lo sob o aspecto estrito de sua legalidade, da existência de abuso e da moralidade.

In casu, todavia, desnecessário tecer considerações sobre o inconveniente de se adotar postura mais flexível quanto à separação dos Poderes, uma vez que restou

demonstrada de forma robusta a nulidade do ato administrativo atacado.

Consoante se infere da documentação juntada, foram realizadas eleições para a composição da Mesa Diretora da Câmara Municipal de Riacho dos Machados em 20.11.2006 (Ata de f. 18/20), com a observância das "disposições contidas no Regimento Interno e na Resolução nº 011/2006". Constou da ata da referida reunião extraordinária que a eleição se deu de forma "limpa e transparente". Como resultado, restou vencedora a "Chapa B", de oposição, uma vez que recebeu 05 (cinco) votos contra os 04 (quatro) destinados à "Chapa A".

Desse modo, vê-se que os trabalhos de votação e apuração transcorreram normalmente, sem que houvesse qualquer impugnação ou denúncia.

Todavia, o Presidente da Câmara Municipal convocou reunião extraordinária em razão de denúncia escrita entregue pelos vereadores Osvaldo Gomes da Silva e Adão Soares de Azevedo, informando a compra de voto na eleição realizada (biênio 2007/2008) e requerendo a anulação do pleito "após tramitação regimental".

Na mencionada reunião extraordinária, datada de 07.12.2006 (f. 24/29), foi determinada a anulação da eleição. Tal anulação se deu mediante simples votação, sem que fossem observadas as normas regimentais quanto ao número de candidatos presentes, ao quórum para votação e, especialmente, quanto ao direito dos vereadores (vencedores no pleito anulado) à ampla defesa e ao contraditório. Não houve a devida apreciação acerca da veracidade das denúncias apresentadas por vereadores que se encontravam presentes no momento da votação.

Importa esclarecer que não há qualquer conivência com a eventual realização de fraude na eleição, conduta reprovável que merece ser devidamente apurada, com a responsabilização daqueles envolvidos. Tal apuração, inclusive, está sendo objeto de "Ação Anulatória de Ato Administrativo - Eleição da Câmara Municipal de Riacho dos Machados", bem como de inquérito civil instaurado para esse fim, consoante informou o douto Magistrado em sua sentença.

Entretanto, o modo como se procedeu à anulação da eleição, formal e legitimamente realizada, demonstra-se arbitrário, tornando ilegal o ato atacado.

Sob essas considerações tenho que os impetrantes trouxeram provas cabais da certeza do direito pleiteado, pois a eleição da Mesa Diretora da Câmara Municipal de Riacho dos Machados, realizada em 20.11.2006, atendeu às normas regimentais, descabendo a anulação do pleito sem a observância do devido processo legal e contraditório.

A propósito, trago à colação o seguinte julgado:

> Constitucional. Mandado de segurança. Eleição de Mesa Diretora de Câmara Municipal. Posterior decisão monocrática do presidente, durante o recesso parlamentar e sem observância do contraditório, acolhendo a impugnação da chapa por intempestividade do registro. Declaração de vitória da chapa concorrente. Violação de princípios constitucionais. Direito líquido e certo ofendido. Segurança concedida.
> 1. Consoante o art. 5º, LXIX, da Constituição Federal, e art. 1º, da Lei 1.533, de 1951, concede-se mandado de segurança para proteger direito líquido e certo sempre que, ilegalmente, ou com abuso de poder, alguém estiver sofrendo violação ou houver justo receio de sofrê-la, por parte de autoridade, constituindo a ilegalidade ou inconstitucionalidade do ato impugnado pressuposto essencial para a concessão da segurança.
> 2. Realizada a eleição para a Mesa Diretora da Câmara Municipal, sem qualquer impugnação ou recurso no dia da deliberação a respeito da intempestividade do registro da chapa vencedora, viola os princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório o acatamento, pelo Presidente, já durante o recesso parlamentar e sem que fosse ouvida a parte interessada, de recurso impugnando a chapa pela intempestividade do registro, declarando vencedora a outra chapa concorrente.
> 3. Considerando-se a ausência de previsão na lei de regência acerca do prazo para impugnação, em tal caso deve haver, na pior das hipóteses, nova deliberação dos vereadores acerca da impugnação, não se prestando para tanto a decisão isolada do Presidente (Reexame Necessário nº 1.0144.07.018908-5/001 - Comarca de Carmo do Rio Claro - 6ª Câmara Cível do TJMG - Relator: Des. Maurício Barros - j. em 10.07.2007).

Demonstrada a ilegalidade no ato de anulação da eleição, realizado na reunião extraordinária datada de 07.12.2006, e presente o direito líquido e certo dos impetrantes, impõe-se a confirmação da concessão da segurança para que estes possam exercer o mandato para o qual foram eleitos e empossados.

Por essas razões de decidir, em reexame necessário, confirmo a sentença.

É o meu voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALBERTO VILAS BOAS e EDUARDO ANDRADE.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO.

...

Ação de cobrança - Consórcio - Cota contemplada - Promessa inverídica - Anulação do negócio - Administradora - Representante comercial - Responsabilidade solidária - Art. 340 do Código de Defesa do Consumidor - Adesão - Parcelas pagas - Restituição imediata - Dano material - Comprovação - Dano moral - Configuração

Ementa: Ação de cobrança. Consórcio. Promessa inverídica de cota contemplada. Anulação do negócio. Responsabilidade solidária da administradora e de sua

representante comercial. CDC, art. 34. Restituição imediata das parcelas pagas na adesão. Danos materiais comprovados. Dano moral configurado.

- Tendo a segunda ré, administradora de consórcios, permitido e contratado a atuação da primeira ré como sua representante, deve responder, solidariamente com aquela, pelos atos praticados, conforme dispõe o art. 34 do Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido, as obrigações retratadas no "Termo de Acordo" firmado pela representante alcançam e vinculam também a administradora representada.

- A administradora de consórcios e sua representante comercial, além da reparação dos danos materiais suportados pela autora devidamente comprovados, devem ser solidariamente condenadas à restituição da importância paga pela autora por ocasião da adesão ao grupo de consórcio.

- O dano moral indenizável é aquele que pressupõe dor física e moral e se configura sempre que alguém aflige outrem injustamente, em seu íntimo, causando-lhe dor, constrangimento, tristeza, angústia, sem, com isso, causar prejuízo patrimonial.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0287.05.023007-0/001 - Comarca de Guaxupé - Apelante: Adetec - Administração e Serviços Ltda. - Apelante adesiva: Cristiane Nunes Magno - Apeladas: Adetec - Administração e Serviços Ltda., Cristiane Nunes Magno, Invest Minas Representações de Consórcio Ltda. - Relator: DES. LUCAS PEREIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO PRINCIPAL E DAR PARCIAL PROVIMENTO À ADESIVA.

Belo Horizonte, 6 de março de 2008. - *Lucas Pereira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. LUCAS PEREIRA - Trata-se de "ação de cobrança cumulada com danos materiais e morais e com pedido de tutela antecipada" ajuizada por Cristiane Nunes Magno contra Invest Minas Representações de Consórcio Ltda. e Adetec - Administração e Serviços Ltda.

Alegou a autora que, depois de tomar conhecimento da existência das empresas demandadas e de efetuar pesquisas junto aos órgãos fiscalizadores de consórcios e de proteção ao consumidor, sem obter qualquer informação desabonadora em relação às mesmas, formalizou junto à primeira ré, em 28.01.2005, proposta de adesão a consórcio de imóvel administrado pela segunda requerida, oportunidade em que lhe foi assegurado que, por se tratar de cota contemplada, lhe seria destinada, no prazo de 7 (sete) dias, a importância de R$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais).

Acrescentou que, na ocasião, a primeira ré firmou um termo de compromisso, obrigando-se, na hipótese de não-liberação do montante da cota no prazo estabelecido, a restituir à autora, em 10 (dez) dias, a quantia de R$ 3.600,00 (três mil e seiscentos reais), desembolsada pela mesma na adesão ao consórcio, através de depósito bancário efetuado em conta corrente indicada pela primeira ré (Banco Itaú, Agência 3053, c/c 15152-2), de titularidade de Nilta Patrícia Custódio, gerente-geral daquela empresa.

Relatou que, passados 41 (quarenta e um) dias, a primeira ré não liberou o montante da cota contemplada, tampouco efetuou a devolução da quantia despendida pela autora, tendo esta, então, comparecido pessoalmente ao escritório daquela, no dia 07.03.2005, em busca do desfazimento do negócio, não tendo sido atendida, somente recebendo informações evasivas dos funcionários.

Noticiou que, depois de formalizar representação junto da Delegacia Especializada em Falsificações e Defraudações de Belo Horizonte, em 10.03.2005, foi procurada pela primeira ré, tendo com a mesma firmado "Termo de Acordo" em 04.04.2005, no qual ela se obrigou a, no prazo de 30 (trinta) dias, restituir os valores relativos à adesão, além de R$ 400,00 (quatrocentos reais) a título de despesas suportadas pela autora, devendo esta última retirar a representação ofertada à autoridade policial.

Asseverou que, vencido tal prazo, a primeira ré não cumpriu com o acordado, ensejando o ajuizamento da presente ação.

Aduziu ser solidária a responsabilidade da segunda requerida, empresa administradora de consórcios representada pela primeira ré, quanto à reparação dos danos de ordem moral e material sofridos pela mesma, nos termos da parte final do art. 149 do Código Civil c/c art. 34 do Código de Defesa do Consumidor.

Formulou pedido de antecipação de tutela, visando à imediata devolução da importância desembolsada por ocasião de sua adesão ao grupo consorcial, devidamente atualizada e acrescida de juros moratórios de 1% a.m., postulando, ao final, a procedência dos pedidos, com a declaração de nulidade do contrato de consórcio firmado entre as partes, e a condenação das requeridas, solidariamente, ao pagamento: a) da importância despendida na adesão ao consórcio, objeto do pedido de tutela antecipada (R$ 3.987,00); b) do valor de R$ 966,41 (novecentos e sessenta e seis reais e quarenta e um centavos), relativo a danos materiais experimentados

pela autora; c) do montante equivalente a 50 (cinqüenta) salários mínimos, a título de indenização por danos morais.

À f. 48, o MM. juiz de primeiro grau deferiu o pedido de antecipação de tutela, determinando que a primeira ré (Invest Minas) restituísse à autora, no prazo de 5 (cinco) dias, o montante de R$ 3.600,00 (três mil e seiscentos reais) referente à adesão ao consórcio, sob pena de multa diária de R$ 500,00 (quinhentos reais).

Às f. 53/57, as requeridas apresentaram contestação em conjunto, sustentando que a cota de consórcio adquirida pela autora não era contemplada, fato que foi levado ao conhecimento da mesma, que concordou com todas as disposições previstas no contrato, não havendo que se falar em vício de consentimento. Alegaram que a primeira ré não trabalha com "autofinanciamento", mas com venda de cotas de consórcio não contempladas, estando impedida de devolver a parcela paga antes do encerramento do grupo, nos termos da Circular Bacen nº 2.766. Aduziram, por fim, não ter a autora sofrido qualquer dano de ordem moral, passível de indenização, postulando, ao final, a improcedência dos pedidos.

Às f. 95/06, a primeira ré apresentou nova contestação, desta feita de forma isolada, igualmente refutando as alegações da autora e batendo-se pela improcedência dos pedidos.

Impugnação às f. 115/124.

Às f. 125/126, a autora requereu o bloqueio de contas bancárias das rés, pelo sistema Bacenjud, com vistas ao cumprimento da decisão antecipatória de tutela, tendo sido tal pleito indeferido à f. 127.

Às f. 136/141, o ilustre Juiz monocrático proferiu sentença, julgando procedentes os pedidos formulados pela autora, para anular o negócio jurídico havido entre as partes e condenar a primeira requerida (Invest Minas) ao pagamento de R$ 3.987,00 (três mil e novecentos oitenta e sete reais), referentes ao compromisso de devolução assumido pela mesma, assim como ambas as rés, solidariamente, ao pagamento da importância de R$ 966,41 (novecentos e sessenta e seis reais e quarenta e um centavos), a título de danos materiais, além de indenização por danos morais, no valor de R$ 6.000,00 (seis mil reais), tudo acrescido de correção monetária, desde a data da prolação da sentença, e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês.

Condenou as requeridas, ainda, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em R$1.200,00 (mil e duzentos reais), além de determinar a expedição de ofício ao Ministério Público, instruído com cópias de peças dos autos, em virtude da existência de "sérios indícios de prática de ilícito penal ensejador de ação pública".

Inconformada, a segunda ré (Adetec), interpôs apelação (f. 142/148) asseverando ser imprópria a determinada anulação do negócio jurídico firmado, porquanto, com a transação ajustada entre a autora apelada e a primeira ré (f. 29-30), houve a extinção daquele pacto primitivo. Asseverou, mais, não ter qualquer responsabilidade indenizatória, porquanto não participou do referido ajuste, firmado apenas entre a autora é a ré, Invest Minas. Sustentou, mais, a inexistência de lesão à honra e à imagem da autora, de forma a ensejar indenização por danos morais, pugnando, alternativamente, pela redução do valor arbitrado a esse título.

Em contra-razões de f. 152/156, a apelada pautou-se pelo desprovimento do apelo.

Às f. 157/164, a autora interpôs apelação adesiva, pugnando pela condenação da segunda ré (Adetec), solidariamente com a primeira (Invest Minas) à repetição da quantia desembolsada por ocasião da adesão ao grupo de consórcio, bem como pela majoração da indenização fixada, a título de danos morais, para o importe de R$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Não foram apresentadas contra-razões ao recurso adesivo (f. 165-v.).

Conheço de ambos os recursos (principal e adesivo), presentes os pressupostos de admissibilidade.

Permito-me analisar conjuntamente ambos os apelos.

Afirma a autora que adquiriu, através da empresa Invest Minas Representações de Consórcio Ltda., representante da administradora, Adetec Administração e Serviços Ltda., ora apelante adesiva, uma cota de consórcio, a qual estaria contemplada, e que, mesmo após efetuar o pagamento da quantia de R$ 3.600,00 (três mil e seiscentos reais), não teve liberada a carta de crédito, o que lhe trouxe vários prejuízos, materiais e morais.

De início, vale esclarecer que, no caso dos autos, é incontroversa a incidência do Código de Defesa do Consumidor, enquadrando-se a apelante principal no conceito de fornecedora, conforme dispõe o art. 3º da Lei nº 8.078/90, e a autora, apelante adesiva, na qualidade de consumidora do produto.

Ora, não há dúvida de que o consorciado é destinatário final do produto e a apelante a fornecedora dele - dinheiro para a aquisição de bem durável. Nesse sentido, a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

> Execução. Contrato de consórcio para compra de imóvel. Ausência de prequestionamento. Incidência do Código de Defesa do Consumidor. Multa do art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil.
> 1. Nos contratos de consórcio para compra de bem imóvel, a relação entre a consorciada e a administradora configura relação de consumo.
> 2. (...)
> 3. (...)
> 4. Recurso especial conhecido e provido em parte (REsp 595.964/GO, 3ª Turma, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, in *DJ* de 04.04.2005).

Pois bem, aduz a apelante principal, inicialmente, ser indevida a declaração de nulidade do contrato de

consórcio firmado com a apelada, uma vez que a mesma, ao ajustar com a primeira ré, o "Termo de Acordo" de f. 29/30, pôs fim àquele pacto, ficando a segunda ré excluída da relação jurídica.

Razão não lhe assiste.

Através do mencionado ajuste, a empresa Invest Minas se obrigou a, no prazo de 30 (trinta) dias, transferir a terceiros a cota consorcial adquirida pela autora, ou adquiri-la, caso não fosse possível a transferência no prazo estabelecido, restituindo, em qualquer caso, a importância paga pela autora na ocasião de sua adesão ao grupo e indenizando-a em R$ 400,00 (quatrocentos reais), em virtude de despesas por ela suportadas.

Ocorre que tais obrigações não foram cumpridas pela primeira ré, o que nos leva a crer que a autora apelada continuou vinculada àquele grupo de consórcio, tendo, portanto, patente interesse e legitimidade para postular a nulidade do negócio.

E, ainda que a apelante principal não tenha, de fato, participado diretamente do referido ajuste, não se pode desconsiderar que a empresa Invest Minas é representante daquela administradora, fato esse confessado de forma expressa na peça defensiva de f. 53/57: "A Empresa Requerida, que representa Administradora de Consórcio, jamais comercializou quotas de consórcio contempladas, mas sim NÃO contempladas para aquisição de crédito para compra de bens móveis e imóveis" (f. 54/55).

E tal assertiva é corroborada pelo objetivo social constante da cláusula segunda, do contrato social da Invest Minas:

> [...]
> *Cláusula Segunda*
> A sociedade permanece com o objetivo social de *representação comercial, por conta de terceiros, para agenciamento de cotas de consórcios em geral* (destaques do original).

Tendo a apelante principal, administradora de consórcios, permitido e contratado a atuação da primeira ré como sua representante, deve responder, solidariamente com aquela pelos atos praticados.

É o que dispõe o art. 34 do Código de Defesa do Consumidor: "Art. 34. O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos".

Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, ao comentar o dispositivo legal supratranscrito, esclarece:

> Este dispositivo legal é da mais alta relevância. Não são poucos os casos em que o consumidor lesado fica totalmente impossibilitado de acionar o fornecedor - beneficiário de um comportamento inadequado de um de seus vendedores - sob o argumento de que estes não estavam sob sua autoridade, tratando-se de meros representantes autônomos. Agora, a voz do representante, mesmo o autônomo, é a voz do fornecedor e, por isso mesmo, o obriga (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Editora Forense Universitária, p. 251).

Nesse sentido, as obrigações retratadas no "Termo de Acordo" firmado pela representante alcançam e vinculam também a representada, Adetec Administração e Serviços Ltda.

Dessa forma, não há dúvidas de que a mesma, além da reparação dos danos materiais suportados pela autora (R$ 966,41), conforme demonstram os documentos de f. 33/42, deve ser condenada, solidariamente com a primeira ré, à restituição da importância paga pela autora por ocasião da adesão ao grupo de consórcio.

No que se refere ao dano moral, tem-se que a sua reparabilidade ou ressarcibilidade é pacífica na doutrina e na jurisprudência, mormente após o advento da Constituição Federal de 5.10.88 (art. 5º, incisos V e X), estando hoje sumulada sob o nº 37, pelo STJ.

Como observa Aguiar Dias, citado pelo Des. Oscar Gomes Nunes do TARS,

> a reparação do dano moral é hoje admitida em quase todos os países civilizados. A seu favor e com o prestígio de sua autoridade, pronunciaram-se os irmãos Mazeaud, afirmando que não é possível, em sociedade avançada como a nossa, tolerar o contra-senso de mandar reparar o menor dano patrimonial e deixar sem reparação o dano moral (cf. Aguiar Dias, *A reparação civil*, tomo II, p. 737).

Importante ter-se sempre em vista a impossibilidade de se atribuir equivalente pecuniário a bem jurídico da grandeza dos que integram o patrimônio moral, operação que resultaria em degradação daquilo que se visa a proteger (cf. voto do Min. Athos Carneiro, no REsp nº 1.604-SP, *RSTJ* 33/521).

Caio Mário, apagando da ressarcibilidade do dano moral a influência da indenização, na acepção tradicional, entende que há de preponderar

> um jogo duplo de noções: a - de um lado, a idéia de punição ao infrator, que não pode ofender em vão a esfera jurídica alheia (...); b - de outro lado, proporcionar à vítima uma compensação pelo dano suportado, pondo-lhe o ofensor nas mãos uma soma que não é o *pretium doloris*, porém uma ensancha de reparação da afronta..." (autor citado, *Instituições de direito civil*. 7. ed., Forense, v. II, p. 235).

E acrescenta: "[...] na ausência de um padrão ou de uma contraprestação que dê o correspectivo da mágoa, o que prevalece é o critério de atribuir ao juiz o arbitramento da indenização [...]" (Caio Mário, ob. cit., p. 316).

E, mais, os pressupostos da obrigação de indenizar, seja relativamente ao dano contratual, seja relativamente ao dano extracontratual, são, no dizer de Antônio Lindbergh C. Montenegro:

> a - o dano, também denominado prejuízo; b - o ato ilícito ou o risco, segundo a lei exija ou não a culpa do agente; c - um nexo de causalidade entre tais elementos. Comprovada a

> existência desses requisitos em um dado caso, surge um vínculo de direito por força do qual o prejudicado assume a posição de credor e o ofensor a de devedor, em outras palavras, a responsabilidade civil (autor mencionado, *Ressarcimento de dano*. Âmbito Cultural Edições, 1992, nº 2, p. 13).

O dano moral indenizável é aquele que pressupõe dor física e moral e se configura sempre que alguém aflige outrem injustamente, em seu íntimo, causando-lhe dor, constrangimento, tristeza, angústia, sem, com isso, causar prejuízo patrimonial. Alcança valores ideais, embora simultaneamente possa estar acompanhado de danos materiais, quando se acumulam.

No caso dos autos, verifico que tais requisitos restaram demonstrados, considerando a angústia experimentada pela autora, que teve suas expectativas frustradas, ante a má-fé das requeridas, que não cumpriram o originalmente avençado, qual seja a liberação da carta de crédito, referente à cota contemplada, tampouco o acordo celebrado, visando à solução da questão.

Nesse sentido, permito-me aderir ao posicionamento do MM. Juiz singular, que assim concluiu:

> O dano moral está implícito na espécie. A requerente comprovou *quantum satis* que viajou duas vezes a Belo Horizonte para tratar da questão, a primeira para firmar o contrato e a segunda para tentar fazer a primeira requerida cumpri-lo, não obtendo qualquer êxito, o que a compeliu a contratar advogado, fazer representação e notificação, suportando, assim, angústia e sofrimento moral indizível por ter despendido quantia que causou desequilíbrio em seu orçamento sem atingir o objetivo almejado.
> Também a extraordinária má-fé da primeira requerida foi de molde a causar desespero e padecimento moral, porquanto, desde o início pretendeu causar danos à requerente, inclusive autorizando-a a efetuar o depósito na conta de pessoa física estranha ao contrato social, o que causou pasmo à mesma, levando-a a solicitar uma garantia por escrito daquela, como se isso fosse corolário para o fiel cumprimento da obrigação, a qual realmente acabou descumprida, trazendo-lhe prejuízos não só materiais, mas também morais pela expectativa frustrada, gerando a obrigação de indenizar também a esse título (*sic* - f. 140).

No que se refere, especificamente, ao *quantum* indenizatório, este Tribunal, a exemplo de várias outras Cortes brasileiras, tem primado pela razoabilidade na fixação dos valores das indenizações. É preciso ter sempre em mente que a indenização por danos morais deve alcançar valor tal, que sirva de exemplo para o réu, mas, por outro lado, nunca deve ser fonte de enriquecimento para o autor, servindo-lhe apenas como compensação pela dor sofrida.

Enfim, o magistrado deve atentar sempre para as circunstâncias fáticas, para a gravidade objetiva do dano, seu efeito lesivo, sua natureza e extensão, as condições sociais e econômicas da vítima e do ofensor, de tal sorte que não haja enriquecimento do ofendido, mas que a indenização corresponda a um desestímulo a novas agressões e negligências.

Assim, orientando-me pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, bem como em virtude das circunstâncias relativas ao caso dos autos, considero que a quantia de R$ 6.000,00 (seis mil reais), fixada pelo Juiz *a quo*, mostrou-se razoável e adequada a reparar os danos de ordem moral sofridos pela autora, razão pela qual não vislumbro como acolher o pedido de majoração formulado pela mesma, ora apelante adesiva.

Com tais considerações, nego provimento à apelação principal e dou parcial provimento à apelação adesiva, para imputar à segunda ré, Adetec Administração e Serviços Ltda., a obrigação solidária de pagamento não só dos danos materiais fixados na sentença, mas também dos valores pagos pela autora por ocasião de sua adesão ao grupo de consórcio.

Condeno as requeridas ao pagamento da totalidade das custas processuais, incluídas as recursais, assim como dos honorários advocatícios fixados na sentença.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores EDUARDO MARINÉ DA CUNHA e IRMAR FERREIRA CAMPOS.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO PRINCIPAL E DERAM PARCIAL PROVIMENTO À ADESIVA.

...

Ação declaratória - Fiança - Vigência - Termo final - Afiançado - Pessoa jurídica - Contrato social - Alteração - Pagamento - Dívida nova - Comprovação - Ausência - Dano moral - Não-configuração

Ementa: Ação declaratória. Contrato de fiança. Termo final de vigência. Alteração do contrato social da afiançada. Pagamento. Nova dívida. Ausência de comprovação. Danos morais. Não-configuração.

- Se o contrato de fiança foi prestado em benefício de uma pessoa jurídica, o fato de ter havido alteração em seu quadro social gera como efeito reflexo e imediato a exoneração dos fiadores da garantia prestada, tendo em vista o caráter *intuitu personae* do contrato.

- Não gera danos morais a imputação de uma dívida a indivíduos que figuravam como fiadores, se existiam dúvidas quanto ao limite e vigência de tal contrato de fiança. Dúvida esta somente sanada pelo Poder Judiciário.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0287.06.026326-9/001 - Comarca de Guaxupé - Apelantes: Ícaro Martins de

Oliveira e outro - Apelado: Banco do Brasil S.A. - Relator: DES. UNIAS SILVA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NÃO CONHECER DO AGRAVO RETIDO E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 12 de fevereiro de 2008. - *Unias Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. UNIAS SILVA - Conheço do recurso visto que presentes os requisitos de admissão.

Trata-se de ação declaratória de inexistência de débito c/c pedido de indenização por danos morais que Ícaro Martins de Oliveira e Cristina Aparecida Guardiano de Oliveira ajuizaram em face de Banco do Brasil S.A.

Pela sentença de f. 76/79, os pedidos iniciais foram julgados improcedentes.

Inconformados, recorrem os autores através das razões de f. 80/85, em que alegam que não possuem dívida com o réu, já que o extrato de f. 71 retrata que, no dia 26.03.2002, o contrato então firmado entre as partes foi quitado através de 12 parcelas e que o saldo na conta estava sem créditos ou débitos.

Afirmam que mesmo o extrato de f. 71 também esclarece que havia ocorrido uma amortização antecipada da dívida, que, assim sendo, a dívida hoje existente foi constituída após a quitação do contrato em que figuraram como fiadores. Aduzem que era dever do réu provar que outra dívida tinha sido constituída dentro da vigência do contrato já quitado.

Asseveram que o contrato de fiança não admite interpretação extensiva e que, assim sendo, qualquer empréstimo concedido após julho de 2002 não estava garantido pela fiança. Registram que o quadro societário da empresa afiançada se modificou, o que também é causa de rescisão do contrato de fiança.

Pugnam ao final pelo provimento do apelo para o fim de ser declarada a inexistência do débito e condenado o réu ao pagamento de indenização por danos morais, tendo em vista a negativação de seus nomes.

Este é o relatório necessário. Passo à decisão.

Preliminarmente - do agravo retido.

Não conheço do agravo retido de f. 35/36, em virtude de não ter sido reiterado o pedido de seu conhecimento em contra-razões, nos termos do § 1º do art. 523 do CPC.

Do mérito.

Conforme se verifica, pretendem os autores seja decretada judicialmente a exoneração da fiança que prestaram no dia 16.07.2001, no Contrato nº 006.401.189, cuja validade era de 12 meses, isso ao argumento de que tal contrato de fiança se findou no dia 16.07.2002 e, em segundo lugar, referido contrato já foi quitado.

Entendem que, em virtude de o contrato principal ter-se findado, o mesmo ocorreu com o acessório, que é o de fiança, e que, portanto, ao terem seus nomes negativados, fazem jus a uma indenização por danos morais.

Verifico que o contrato de fiança foi firmado visando garantir uma dívida, ou seja, se após o prazo de 12 meses, a dívida contraída ainda não tivesse sido quitada, a garantia prevaleceria. Ademais, no contrato, f. 15, está claro que, prorrogado o prazo do contrato principal, prorrogado ficaria o de fiança, que lhe é acessório.

Cumpre esclarecer que, se a fiança foi prestada em um contrato para garantia da dívida, o fato de a pessoa jurídica contratante ter modificado seu quadro societário gera a rescisão do contrato de fiança, por ser ele personalíssimo. No entanto, tal modificação somente ocorreu dia 26.01.2005, fato este reconhecido pelo próprio réu à f. 40. Assim sendo, o contrato de fiança vigorou até tal dia, frise-se, dia 26.01.2005.

Nesse sentido:

> O fato de ter havido alteração no quadro social da empresa afiançada exonera os fiadores da garantia prestada, tendo em vista o caráter *intuitu personae* do contrato de locação (TJMG, Apelação Cível nº 1.0433.04.126526-8/001, Desembargadora Heloísa Combat - Relatora).

E ainda:

> Na fiança prestada a empresa comercial, o fiador tem em consideração a pessoa dos sócios. Essa garantia é de natureza personalíssima, fundada no grau de confiança, no grau de amizade, parentesco ou credibilidade que possa merecer o afiançado, não se podendo estendê-la, conforme o art. 1.483 do CC, a terceiros, continuadores do negócio, mas estranhos à fidúcia original entre as partes (TAMG, Apelação Cível nº 307.405-9, Juíza Beatriz Pinheiro Caires - Relatora).

Conforme esclarecido, o contrato de fiança firmado pelos autores somente vigorou até o dia 26.01.2005, e, de acordo com os extratos acostados aos autos pelo réu, às f. 68/71, no dia 26.03.2002 o saldo da conta onde havia sido prestada a fiança estava com R$ 0,00.

Verifico que, desde 23.07.2001, existia um débito de R$ 9.500,00 na conta garantida pelo contrato de fiança; tal valor mantinha uma constância ao longo do tempo, no entanto, como dito, em 26.03.2002, o mesmo foi quitado e nenhum saldo negativo existia.

Portanto, para se imputar aos autores uma dívida decorrente do contrato de fiança, deveria ela ter sido

comprovada no curso dos autos, após o dia 26.03.2002 e antes do dia 26.01.2005, o que não existe.

A negativação do nome dos autores foi feita em 05.01.2006, no importe de R$ 21.436,00, referente ao contrato 006.401.084 (*sic*), contudo não se comprovou que os autores estavam a garantir tal dívida na qualidade de fiadores; não existe sequer prova de quando tal dívida foi contraída.

Em seqüência, é de se esclarecer que o fato de o réu ter imputado aos autores uma dívida que não é dos mesmos não gera o dever de indenizar. Esclarecendo, isso porque somente com o ajuizamento dessa ação é que se pode definir qual o limite da garantia prestada no contrato de fiança objeto do litígio. Portanto, qualquer ato relativo ao contrato 006.401.184 seria decorrente da interpretação que as partes estavam dando ao mesmo, não querendo isso significar qualquer má-fé ou prática de ato ilícito por parte do suposto credor.

O que poderia vir a gerar uma indenização por danos morais seria o fato da negativação não ter sido precedida do devido aviso prévio nos termos do art. 43, § 2º, do CDC, porém os documentos de f. 20/21 demonstram que os autores foram previamente avisados da negativação.

Por todo o exposto, não conheço do agravo retido e no mérito dou parcial provimento ao recurso, por estar julgando parcialmente procedente os pedidos iniciais, a fim de declarar que o contrato de fiança prestado pelos autores de nº 006.401.189 somente vigorou até o dia 26.01.2005 e que, por força das provas produzidas nos autos, nenhuma dívida pode ser imputada aos mesmos após o dia 26.03.2002. Julgo improcedentes os pedidos de danos morais nos termos acima expostos.

Condeno o banco réu ao pagamento das custas processuais e recursais na proporção de 60% e os restantes 40% a cargo dos autores. Fica o réu condenado ao pagamento de honorários de sucumbência, que fixo em R$ 2.000,00; por sua vez os autores deverão arcar honorários aos patronos do réu, que fixo em R$ 1.400,00. Aplica-se em seguida a Súmula 306 do STJ. No que se refere aos autores, o pagamento das custas processuais e recursais fica suspenso nos termos da Lei 1.060/50.

D. VIÇOSO RODRIGUES - Em que pese filiar-me à corrente que adota o entendimento de que, tratando-se de fiança prestada a pessoa jurídica, e não expressamente em atenção a seus sócios, a alteração do quadro social da empresa afiançada, sem a perda de sua identidade e sem a alteração de sua personalidade jurídica ou de seu objeto, não acarreta exoneração dos fiadores, manifesto minha aquiescência com o resultado do voto proferido pelo d. Relator, pois, consoante ressaltado em seu voto, inexiste prova da data em que a dívida reclamada foi contraída, sendo certo que, no dia 26.03.2002, não existia saldo negativo na conta afiançada.

DES. ELPÍDIO DONIZETTI - De acordo com o Des. Relator.

Súmula - NÃO CONHECERAM DO AGRAVO RETIDO E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Investigação de paternidade - Ação anulatória de registro civil - Cumulação de ações - Impugnação de filiação - Litígio entre irmãs - Reconhecimento espontâneo - Pai falecido - Irmã - Legitimidade para postular em juízo - DNA - Recusa veemente à realização do exame - Ônus da prova - Inversão - Não-justificativa - Reforma - Irresignação - Provimento - Art. 1.604 do Código Civil

Ementa: Civil e processual civil. Agravo de instrumento. Ação de investigação de paternidade c/c anulatória de registro civil. Desconstituição de paternidade. Litígio entre irmãs. Reconhecimento espontâneo por parte do falecido pai. Legitimidade da irmã para postular em juízo. Inversão do ônus da prova. Recusa veemente de realização de exame de DNA. Medida que não justifica a inversão. Reforma. Provimento da irresignação. Inteligência do art. 1.604 do Código Civil.

- Possui legitimidade para a causa a irmã que tenta desconstituir a paternidade de outra irmã, devendo, contudo, comprovar a nulidade do registro efetuado de forma espontânea pelo falecido pai.

- O reconhecimento espontâneo de paternidade só poderá ser anulado, como os atos jurídicos em geral, em virtude de erro, dolo, coação, simulação ou fraude, não podendo a recusa de realização do exame de DNA ensejar a inversão do ônus da prova.

AGRAVO Nº 1.0607.06.028958-6/001 - Comarca de Santos Dumont - Agravante: A.C.V.M., representada p/ mãe M.V.M. - Agravada: V.G.M. - Relator: DES. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 31 de janeiro de 2008. - *Dorival Guimarães Pereira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA - Trata-se de agravo de instrumento aviado por A.C.V.M., representada por sua mãe, M.V.M., em face da decisão trasladada às f. 34/40-TJ, proferida em autos de ação investigatória de paternidade c/c anulação de registro civil, movida por V.G.M., que reconheceu a legitimidade ativa da requerida para figurar no pólo ativo da ação e determinou a inversão do ônus da prova, objetivando sua reforma, salientando a ausência de condição da ação, por ilegitimidade da parte, já que o falecido pai reconheceu espontaneamente a paternidade, somente cabendo a ele demonstrar suposto vício de consentimento capaz de anular o ato jurídico, tudo como posto nas argumentações desenvolvidas na minuta de f. 02/10-TJ.

Conheço do recurso, por atendidos os pressupostos que regem sua admissibilidade.

Trata-se de instrumental com o objetivo de reformar a interlocutória monocrática, vazada nos seguintes termos:

> [...] tem-se entendido pela legitimidade exclusiva do pai em relação às ações que contestam a paternidade. Contudo, em relação às ações que versam sobre a existência de relação parental, todos os interessados são legitimados. [...]
> [...] vejo a possibilidade, em tese, de a autora figurar no pólo ativo da demanda diante das conseqüências da existência de parentesco entre as litigantes, bem como a possibilidade de a autora querer provar o erro do genitor ao proceder ao registro da requerida, o que não recomenda a extinção do processo nessa oportunidade. [...]
> Noutro ponto, o egrégio Superior Tribunal de Justiça já sumulou que a recusa em submeter-se em exame de DNA induz presunção relativa de paternidade (Súmula 301).
> Assim, em analogia, penso que referida súmula deve verificar-se aqui, isto é, a discordância veemente em submeter-se ao exame deve ensejar a presunção de veracidade.
> Desta feita, diante das peculiaridades do caso em apreço, estou deliberando, aqui, pela inversão do ônus da prova, ainda que sobre isso não se tenha ventilado [...] (*litteris*).

Quanto à prefacial argüida pela recorrente no sentido da ilegitimidade ativa da autora para promover a ação, questionando a paternidade espontaneamente reconhecida por seu falecido pai em relação à sua irmã-agravante, é de salientar que, nesse ponto, como bem destacado pelo digno Magistrado *a quo*, a terminologia dada à ação de investigação de paternidade c/c anulação de registro civil é irrelevante, pois o que importa é verificar que a pretensão trazida a juízo se refere à impugnação de filiação, ao argumento de que o falecido pai teria incorrido em erro ao registrar a sua filha.

Trata-se, então, de litígio entre irmãs, uma afirmando que o reconhecimento da filiação da outra, por parte do falecido pai, teria sido ilegal, por eivado de vício de consentimento.

Assim, entendo ser a recorrida parte legítima para a propositura da demanda, podendo-se valer do disposto no art. 1.604 do Código Civil, segundo o qual "ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro".

Rejeito, pois, a preliminar.

Quanto ao mérito, para obter sucesso em tal desiderato, a autora tem o ônus de comprovar efetivamente a ocorrência de erro ou falsidade do registro, razão pela qual não pode prevalecer a decisão recorrida na parte em que inverteu o ônus da prova somente em razão de ter a irresignante se negado a realizar o exame de DNA.

É de se ver que, no caso vertente, o falecido pai, pessoal e espontaneamente, reconheceu a paternidade da recorrente.

Com efeito, tenha-se presente a lição do festejado Washington de Barros Monteiro, para quem,

> [...] o reconhecimento é perpétuo e irrevogável. No máximo, poderá vir a ser eventualmente anulado, por inobservância das formalidades legais, ou, então, se eivado estiver de algum dos defeitos dos atos jurídicos (*Curso de direito civil*. 27. ed. São Paulo: Ed. RT, v. 2, p. 253).

A propósito, sobre o tema, este colendo Sodalício já se manifestou, como se constata do aresto adiante colacionado:

> É irretratável o reconhecimento espontâneo da paternidade, feito nos termos do art. 1º da Lei 8.560/92, que só poderá ser anulado como os atos jurídicos em geral, em virtude de erro, dolo, coação, simulação ou fraude. Inexistindo prova do vício de consentimento, improcede a ação de nulidade de registro (4ª CC, Apelação Cível nº 1.0000.00.287499-8/000, Comarca de Lagoa Santa, j. em 20.02.2003).

Mesmo que fosse realizado o exame de DNA e constatada a ausência de vínculo biológico entre a ré e o falecido, tal fato, por si só, não poderia garantir a procedência da demanda, já que cabe a ela demonstrar a existência de algum vício capaz de afastar a paternidade sócio/afetiva, protegida pelo ordenamento jurídico pátrio.

Nesse sentido, o colendo Superior Tribunal de Justiça corrobora que os laços afetivos são frutos da espontaneidade das relações familiares que se desenvolvem na sociedade contemporânea, que foi convalidado pela Carta Magna, como se deflui do precedente jurisprudencial adiante transcrito:

> A Constituição de 1988, de natureza pós-positivista e principiológica, tutela a família, a infância e a adolescência, tudo sob o pálio da dignidade da pessoa humana, fundamento juspolítico da República.
> Deveras, entrevendo a importância dos laços socioafetivos incorporou a família estável, fruto de união espontânea.
> Sob esse enfoque, inegável que a família hoje está assentada na paternidade socioafetiva (*HC* nº 32.756/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 23.04.2004, *DJ* de 22.05.2006, p. 137).

Ora, em que pese a sociedade admitir o rompimento de afetividades entre as pessoas, impulsionado

pelas mutações de sentimentos, próprio da pessoa humana, não pode validá-las juridicamente, sob o risco de ofensa à segurança jurídica validada pelos instrumentos previstos no ordenamento jurídico, sendo de socorrer os ensinamentos do Professor Paulo Luiz Netto Lobo acerca do tema, *in verbis*:

> O direito, todavia, converteu a afetividade em princípio jurídico, que tem força normativa, impondo dever e obrigação aos membros da família, ainda que na realidade existencial entre eles tenha desaparecido o afeto. Assim, pode haver desafeto entre pai e filho, mas o direito impõe o dever de afetividade. Além dos fundamentos contidos nos artigos 226 e seguintes da Constituição, ressalta o dever de solidariedade entre os membros da família (art. 3º, I, da Constituição), reciprocamente entre pais e filho (art. 229) e todos em relação aos idosos (art. 230). A afetividade é o princípio jurídico que peculiariza, no âmbito da família, o princípio da solidariedade (O exame de DNA e o princípio da dignidade da pessoa humana, in *Revista Brasileira de Direito de Família* nº 01, p. 72).

Sendo assim, deve ser reformada a interlocutória hostilizada que determinou a inversão do ônus da prova, tendo em vista caber à irresignada a prova da existência de mácula capaz de ensejar a anulação do registro civil de nascimento da recorrente.

Mediante tais considerações, rejeito a preliminar e dou provimento ao agravo de instrumento interposto para, em conseqüência, reformar a decisão monocrática, afastando a determinação nela contida de inversão do ônus da prova.

Custas recursais, pela agravada.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores MARIA ELZA e NEPOMUCENO SILVA.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO.

...

Mandado de segurança - Concurso público - Professor - Nomeação - Licenciatura plena - Habilitação - Violação - Lei de Diretrizes e Bases - Litisconsórcio passivo necessário

Ementa: Mandado de segurança. Administrativo. Educação. Licenciatura plena. Habilitação. Violação. Lei de Diretrizes e Bases. Litisconsórcio passivo necessário.

- "Se a concessão da segurança importa na modificação da posição de quem é juridicamente beneficiado pelo ato impugnado, impõe-se, segundo a jurisprudência do STJ, que o favorecido venha integrar a relação instaurada pelo *mandamus*, a título de litisconsorte necessário, sob pena de nulidade" (REsp nº 85.079/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0525.06.081798-4/001 - Comarca de Pouso Alegre - Apelante: Nelci Bianca da Silva - Apelado: José Raimundo Pereira - Autoridade coatora: Diretora da 32ª Superintendência Regional de Ensino de Pouso Alegre - Relator: DES. MANUEL SARAMAGO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM ACOLHER PRELIMINAR, SUSCITADA DE OFÍCIO PELO RELATOR, E ANULAR O PROCESSO.

Belo Horizonte, 13 de março de 2008. *Manuel Saramago* – Relator.

Notas taquigráficas

DES. MANUEL SARAMAGO - No Juízo da 3ª. Vara Cível da Comarca de Pouso Alegre, José Raimundo Pereira impetrou o presente *writ* contra ato da Diretora da 32ª Superintendência Regional de Ensino de Pouso Alegre, que, no uso de suas atribuições, após sua nomeação no cargo de "Professor de Educação Básica - PEB, nível II, grau A", para cidade de Bueno Brandão, impossibilitou a posse, sob assertiva de que:

> Os cursos de Licenciatura Plena em Estudos Sociais - Habilitação em Educação Moral e Cívica dão direito à habilitação em Geografia e História para o ensino fundamental. Sendo assim, V. Sª, não é habilitado para o cargo PEB III Geografia, conforme previsto no Edital SEE nº 01/2005 (f. 20 e 87).

À f. 115, Nelci Bianca da Silva pugnou pela sua admissão como litisconsorte passivo necessário, sob alegação de que, submetendo-se ao concurso público para o cargo de professora de geografia da cidade de Bueno Brandão, fora classificada em 2º lugar, pelo que faz "jus" à nomeação e posse, na medida em que, ao contrário do impetrante, que é habilitado tão-somente em educação moral e ensino fundamental, preenche os requisitos necessários à sua investidura, especificadamente, a habilitação específica em geografia.

O MM. Julgador *a quo*, às f. 155/158, após rejeitar preliminar de litisconsórcio passivo necessário, concedeu a segurança.

Irresignada, Nelci Bianca da Silva, interpôs recurso de apelação, alegando, em síntese, ser imprescindível a sua integração à lide, tendo em vista que a concessão da segurança atinge diretamente seu direito líquido e certo.

Por sua vez, às f. 203/209, interpôs o réu recurso de apelação, suscitando preliminar de nulidade de feito, pela ausência de citação de Kelem Luciene Vieira Lodi, designada, aos 20.01.2006, para o cargo de "Professor de Educação Básica - PEB, nível II, grau A", objeto do presente *mandamus*.

De ofício, suscito preliminar de nulidade do processo.

Inicialmente, releva salientar que, de acordo com sedimentado posicionamento do eg. Superior Tribunal de Justiça,

> não há que se falar em citação litisconsorcial necessária, porquanto os interesses do impetrante e dos demais inscritos no concurso público não são comuns. Dessa forma, qualquer que fosse o *decisum* da causa, não atingiria a esfera jurídica dos demais candidatos (RMS nº 13.937/MG).

Outra, no entanto, é a situação de Kelem Luciene Vieira Lodi, diante da comprovação de que houve sua designação como professora (f. 21) para lecionar aulas de geografia do ensino fundamental.

Há, assim, necessidade de sua citação, em respeito ao art. 47 do CPC.

De fato,

> é indispensável a presença dos litisconsortes passivos, no caso *sub judice*, porquanto a solução da lide (titularidade de cartório) invade a esfera jurídica dos mesmos, e a não-citação acarreta a nulidade do processo. Inteligência do art. 47, do Código de Processo Civil e da Súmula 145, do Tribunal Federal de Recursos (ROMS nº 12408/RO, Rel. Min. Jorge Scartezzini).
>
> Se a concessão da segurança importa na modificação da posição de quem é juridicamente beneficiado pelo ato impugnado, impõe-se, segundo a jurisprudência do STJ, que o favorecido venha integrar a relação instaurada pelo *mandamus*, a título de litisconsorte necessário, sob pena de nulidade (REsp nº 85079/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter).

Isso posto, suscito preliminar de nulidade do processo, a partir das f. 11V, inclusive, determinando a citação de Kelem Luciene Vieira Lodi como litisconsorte passivo necessário.

Prejudicado o recurso de apelação.

DES. DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA - De acordo.

DES.ª ALBERGARIA COSTA - Em reexame, verifica-se que o pedido formulado na inicial do mandado de segurança interfere inequivocamente na esfera dos interesses individuais da professora Kelem Luciene Vieira Lodi, designada para o cargo pretendido pela impetrante.

Com efeito, a citação da professora designada como litisconsorte passiva necessária é medida que se impõe.

Isso posto, em reexame necessário, acompanho o eminente Relator para anular o processo e determinar a citação da professora Kelem Luciene Vieira Lodi como litisconsorte passiva necessária.

Julgo prejudicado o recurso de apelação.

É como voto.

Súmula - ACOLHERAM PRELIMINAR, SUSCITADA DE OFÍCIO PELO RELATOR, E ANULARAM O PROCESSO.

...

Testamento particular - Confirmação - Registro - Validade - Impugnação - Processo - Aproveitamento - Possibilidade - Ausência de prejuízo - Testemunha - Número - Rigor da lei - Abrandamento - Vontade do testador - Inexistência de erro ou vício

Ementa: Civil. Sucessões. Testamento particular. Confirmação e registro. Impugnação à validade do testamento. Aproveitamento do processo. Possibilidade. Inexistência de prejuízo. Número de testemunhas. Vontade do testador. Imperfeição formal não considerada.

- Conquanto a lei processual não preveja a possibilidade de impugnar a validade da manifestação da vontade do testador e possíveis imperfeições formais no processo de registro do testamento particular, é lícito aproveitar o processo de modo a discutir, de forma definitiva, a regularidade da disposição de última vontade, especialmente quando as partes não se opuseram e não ficou caracterizado prejuízo.

- No âmbito do testamento particular, privilegia-se a intenção do legislador e não o rigor formal da lei, mesmo porque esta modalidade de manifestação da vontade é a forma mais simples e acessível a quem não conhece as nuances que cercam o aludido instituto jurídico.

- Se a prova dos autos demonstra que o documento assinado pela testadora retratou vontade e que em momento algum se questionou sua sanidade mental ou se alegou que esta tenha feito o documento mediante erro ou vício de vontade no que tange aos beneficiários, não é razoável que o intérprete o desconsidere.

- Hipótese na qual, conquanto as testemunhas tenham sido em número inferior ao prescrito no art. 1.645, II, CC/16 (três e não cinco), o rigor da lei pode ser abrandado, porque todas as testemunhas prestaram depoimento em juízo, confirmaram o teor do documento, suas assinaturas e que as lançaram a rogo da testadora.

- Não é exigida a presença das testemunhas, de forma simultânea, no ato de assinatura do documento. É suficiente

que estas o tenham feito na presença do testador e a rogo deste, ainda que em momento diverso umas das outras.

Precedentes do STJ.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0518.05.082660-2/001 - Comarca de Poços de Caldas - Apelantes: Maria Izabel Bernardes Pinto Mesquita e seu marido - Apelados: Mauro Medeiros de Oliveira e outros - Relator: DES. ALBERTO VILAS BOAS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 4 de março de 2008. - *Alberto Vilas Boas* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALBERTO VILAS BOAS - Conheço do recurso.

Agravo retido.

Em preliminar de apelação, pleiteia-se a apreciação do agravo retido de f. 84/91, manifestado contra a decisão de f. 79, que, privilegiando a economia processual, facultou aos interessados o prosseguimento do processo, ao invés de remetê-los às vias ordinárias.

Argumenta-se que o testamento apresentado é visceralmente nulo, porquanto não observou os preceitos legais - número de testemunhas e forma -, o que impunha a extinção do processo.

A matéria discutida em sede de agravo termina por se confundir com o mérito da demanda - tanto que é repetida nas razões de apelo.

Outrossim, o simples descumprimento de formalidades legais não é suficiente a, por si só, ensejar a nulidade do documento, notadamente em casos como o presente, em que a vontade do testador deve ser devidamente analisada, cabendo aos litigantes produzir as provas necessárias para tal.

Vale dizer que a ausência de citação da ora agravante em nada atingiu seu direito, pois, espontaneamente, compareceu aos autos, sanando eventual vício.

Por conseguinte, agiu com acerto o Julgador, na medida em que, ao lado de privilegiar o princípio da economia processual, possibilitou aos litigantes o devido processo legal, com acesso à ampla defesa e contraditório.

Não houve violação aos art. 267, I e IV, e art. 295, I e parágrafo único, todos do CPC.

Nego provimento ao agravo retido.

Apelação.

Registro, inicialmente, que os apelantes não pugnaram pela reapreciação do agravo retido de f. 113, e, desta forma, a legitimidade da dispensa das testemunhas não será objeto de análise em face da preclusão.

Demais disso, tem-se que, em se tratando de testamento particular, as testemunhas são inquiridas pelo juiz - e assim o foram; e, mais, a dispensa das testemunhas se deu pela parte que as arrolou, o que se afigura legítimo.

Devo salientar, ainda, que a espécie é regida pelo Código Civil de 1916, sendo desnecessária a análise dos dispositivos do novo Código Civil elencados pela parte.

Os autores, ora apelados, manejaram ação de confirmação e registro de testamento particular de Geralda da Silva, tendo por objeto o documento de f. 12.

Observado o procedimento específico e depois de ouvidas as testemunhas e o Ministério Público, os ora apelantes apresentaram a petição de f. 33/37, informando sua condição de herdeiros legítimos da testadora, e impugnaram o testamento apresentado.

Após colher a oitiva dos autores e do Ministério Público, o Juiz *a quo* optou por privilegiar o princípio da economia processual; e, em vez de remeter as partes às vias ordinárias, facultou-se-lhes utilizar o mesmo processo, inclusive garantindo a indicação de provas, para que fosse aferida a legitimidade do testamento à luz das regras do direito civil. Ao final de regular contraditório, julgou improcedente a impugnação oposta e determinou o registro, arquivamento e cumprimento do testamento particular.

A sentença deve ser prestigiada, *data venia*.

Com efeito, o Código Civil de 1916 dispunha que:

> Art. 1.645 - São requisitos essenciais do testamento particular:
> I - que seja escrito pelo testador;
> II - que nele intervenham cinco testemunhas, além do testador;
> III - que seja lido perante as testemunhas, e, depois de lido, por elas assinado.
> Art. 1.647 - Se as testemunhas forem contestes sobre o fato da disposição, ou pelo menos, sobre a leitura perante elas, e se reconhecerem as próprias assinaturas, será confirmado o testamento.
> Art. 1.648 - Faltando até duas testemunhas, por morte, ou ausência em lugar não sabido, o testamento pode ser confirmado, se as três restantes forem contestes, nos termos do artigo antecedente.

Não se olvida que existe corrente doutrinária e jurisprudencial que privilegia o formalismo e exige a observância absoluta e rígida dos requisitos expostos no art. 1.645, CC, para considerar válido o testamento particular.

Perfilho, todavia, corrente diversa, que privilegia a intenção do testador, e não o rigor legal, mesmo porque o testamento particular é a forma mais simples de disposição de última vontade validada pelo legislador e, geralmente, envolve leigos que não conhecem as nuances estabelecidas na lei para que as disposições de última vontade possam ser efetivadas após a morte.

Considero, portanto, ser essencial que se demonstre, de forma idônea, qual era o real intuito do testador, de modo a se considerar válido o documento que retrate essa vontade, ainda que formalmente viciado.

Neste aspecto, trago à colação trechos do voto proferido pelo Ministro Castro Filho, nos autos do REsp nº 826.616-MG:

> [...] entendo que, conquanto o testamento, mesmo o particular, seja um ato solene, não devemos ter como prioridade a forma em detrimento da vontade do testador.
> No presente caso, tal formalidade mostrou-se inócua, uma vez que a vontade do testador restou clara no sentido de dispor de parte de seus bens, o que é legalmente possível, em benefício de sua companheira.
> Ademais, tanto a sentença quanto o acórdão afirmam que as testemunhas confirmaram que o próprio testador foi quem levou o documento para elas assinarem, sendo constatado por elas o perfeito juízo do *de cujus*.
> Impende destacar, ainda, que todas as testemunhas confirmaram as assinaturas lançadas no referido documento. Inclusive, uma delas demonstrou saber seu conteúdo.
> Tudo isso foi levado em consideração pelas instâncias ordinárias.
> [...]
> E como bem salientou o ilustre Ministro Gueiros Leite (RESP nº 1422/RS, *DJ* de 04.03.1991), citando em seu voto o mestre Pontes de Miranda:
> '(...) demonstra que a forma é processo técnico que no setor não pode operar com caráter ritual. O ritualismo não merece ser erigido como um fim em si mesmo e, assim, como um desvalor resultante da degeneração da ordem. [...] Seria inconseqüência, nos tempos de hoje, em que a inteligência tem finura bastante para reconhecer e discernir os fatos do direito e para discriminar relações em sua realidade material, alimentar superstição dos formalismos obsoletos, que prejudicam ao invés de ajudar'.
> E continua, seguindo a lição do renomado mestre:
> 'Novamente Pontes, ao escrever sobre a interpretação estrita, literal, ensina que a mesma terá o grave resultado de matar ato de extraordinária importância, como é o testamento, sem a culpa e contra a vontade, provada, do testador. Assim, o artifício, que tinha por fito proteger a testamentificação, passa a constituir injunção contrária à Justiça, nessa discordância entre o meio e o fim. O possível conflito entre o texto imperfeito e as realidades que compõem a situação jurídica deve resolver-se segundo o direito e não pela capitulação diante da letra injusta' (cf. *Comentários*, v. III, p. 152/153; *Tratado*, v. V, p. 368 - *apud* Castro Filho, ob. cit., p. 173/174).
> Desta forma, ainda que a lei exija certas formalidades para preservar a segurança, veracidade e validade do ato, também deve-se aplicar a interpretação apropriada às circunstâncias que se apresentam, sob pena de se valorizar mais o ritualismo à autenticidade do documento.
> O que é imprescindível ao aplicador do direito é, antes de tudo, perquirir a vontade do testador, sua lucidez no momento do ato, fazendo a correta valoração das circunstâncias fáticas envolvidas, inserta na construção do testamento. É averiguar, no caso concreto, a vontade, a espontaneidade, a lucidez do testador no momento do ato realizado.
> Por isso, no caso em apreço, a interpretação literal do dispositivo legal acaba por desviá-lo de sua finalidade, com perigosas conseqüências.

Pois bem. No caso em comento, não se questiona que o documento de f. 12 tenha sido firmado pela falecida, sendo certo que a circunstância de ser datilografado não o invalida, pois "a lei não o proíbe, ao contrário, é válido testamento particular datilografado" (Washington de Barros Monteiro. *Curso de direito civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, 6º volume, p. 120).

Dentro desta linha de raciocínio, é possível dizer que a circunstância de não ter sido utilizada terminologia adequada - por se fazer referência à 'carta' - e, ainda, que a *de cujus* tenha se referido à ameaça de morte por terceira pessoa em nada altera a constatação de que se trata de disposição de última vontade.

Ao contrário, reforça o entendimento de que a signatária, vislumbrando fato concreto que poderia ensejar sua morte, não desejava morrer *ab intestato*, visto que expressamente se dispõe:

> Escrevo também que é de livre e espontânea (*sic*) vontade que meus bens e pertences fiquem para as pessoas que mais gosto e que são Roberto Wagner Ramos e Mauro Medeiros de Oliveira. Em caso de minha morte eles sabem o que fazer comigo pois tenho o túmulo de minha tia Maria Rodrigues e quero ser sepultada junto dela, deixo esse cuidado para Roberto Wagner Ramos, deixo também no Cartório todos os papéis que se referem ao inventário do que herdei de meu padrinho e que deverão passar para o nome deles.
> O que herdei foi conforme Escritura Pública de Testamento que foi lavrada no Cartório do 1º Ofício em 2 de Abril de 1981 por meu padrinho e que já faleceu cujo inventário encontra-se em andamento no foro desta Comarca de Poços de Caldas.
> Declaro ainda que não tenho herdeiros legítimos quer descendentes quer ascendentes
> Essa é a minha vontade (*sic*, f. 12).

Claro, portanto, que se tratou de manifestação de vontade, no sentido de deixar todos os bens e pertences às pessoas de que mais gostava e que são os autores.

Outrossim, a circunstância de declarar que não tinha herdeiros legítimos não pode ser considerada como falsa ou leviana, na medida em que se fez referência a "ascendentes e descendentes", deixando claro que se confundiu com herdeiros necessários.

E a ora apelante, parente colateral em 4º grau, não é herdeira necessária. Não havia, outrossim, qualquer entrave para que a falecida dispusesse de todos os seus bens da forma como desejasse.

É necessário ressaltar que, em momento algum, foi questionada a sanidade mental da testadora ou se alegou que esta tenha feito o documento mediante erro ou vício de vontade no que tange aos beneficiários.

Diante disso, considero que o rigor legal não pode ser aplicado no caso concreto, porquanto a circunstância de serem três - e, não, cinco - testemunhas é insuficiente a impedir que a vontade da testadora seja cumprida, notadamente porque todas as testemunhas prestaram depoimento em juízo, confirmaram o teor do documento, suas assinaturas e que as lançaram a rogo da falecida (f. 23/25). Cumpridas estão, por conseguinte, as regras dos arts. 1.647 e 1.648, CC/1916.

Outrossim, tem-se que não é exigida a presença das testemunhas, de forma simultânea, no ato de assinatura do documento. É suficiente que estas o tenham feito na presença do testador e a rogo deste, ainda que em momento diverso umas das outras, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> Testamento particular. Requisito do art. 1.645, II, do Código Civil.
> - Não havendo dúvida quanto à autenticidade do documento de última vontade e conhecida, induvidosamente, no próprio, a vontade do testador, deve prevalecer o testamento particular, que as testemunhas ouviram ler e assinaram uma a uma, na presença do testador, mesmo sem que tivessem elas reunidas, todas, simultaneamente, para aquele fim.
> - Não se deve alimentar a superstição do formalismo obsoleto, que prejudica mais do que ajuda. Embora as formas testamentárias operem como *jus cogens*, entretanto a lei da forma esta sujeita a interpretação e construção apropriadas às circunstâncias (REsp nº 1.422-RS, 3ª Turma, Rel. Min. Gueiros Leite, *DJU* de 04.03.91, p. 1.983).

Necessário ressaltar, também e com a devida vênia, que a circunstância de a apelante ser parente da falecida, freqüentar sua casa e dela cuidar (f. 116/117) não implica, por si só, o direito de receber os bens por esta deixados.

Na medida em que existe documento registrando a vontade da falecida, que é confirmado pelas testemunhas signatárias e por terceiro - também ouvido em juízo e sob o crivo do contraditório (f. 114/115) -, impõe-se seja atendido o desejo da testadora.

Dessarte, não vislumbro ofensa aos dispositivos legais elencados pela parte - art. 145, II; art. 146 e parágrafo único; art. 1.645, II e III; art. 1.647, todos do CC/16 e art. 1.133, CPC - e, portanto, a sentença deve ser confirmada.

Nego provimento.

Custas, pelos apelantes.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDUARDO ANDRADE e GERALDO AUGUSTO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

...

Mandado de segurança - Débito tributário - Depósito judicial - Indeferimento - Suspensão da exigibilidade do crédito tributário - Não-ocorrência - Certidão negativa de débito - Direito líquido e certo - Inexistência - Denegação da ordem

Ementa: Mandado de segurança. Depósito judicial. Concessão da ordem. Reforma da sentença.

- Reza o art. 151, inciso II, do CTN, que o depósito do montante integral suspende a exigibilidade do crédito tributário; todavia, não sendo autorizada pelo juízo a efetivação do depósito judicial e sendo confirmada a decisão pelo TJMG, com recurso especial para o STJ, com efeito apenas devolutivo, não existe direito líquido e certo do impetrante na obtenção de Certidão Negativa de Débito ou de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa.

APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0525.06.089134-4/001 - Comarca de Pouso Alegre - Remetente: Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Pouso Alegre - Apelante: Município de Pouso Alegre - Apelados: Unirad - Unidade Radiológica Ltda. e outro - Autoridade coatora: Secretário Municipal de Administração e Finanças de Pouso Alegre - Relator: DES. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REFORMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 26 de fevereiro de 2008. - *Edivaldo George dos Santos* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS - Conheço do reexame necessário e do recurso voluntário, porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Unirad - Unidade Radiológica Ltda. e outro contra ato do Sr. Secretário da Fazenda do Município de Pouso Alegre, alegando, em síntese, que teriam impetrado um mandado de segurança perante o Juízo da 1ª Vara Cível daquela Comarca, em que se discutiu a legalidade da base de cálculo incidente no ISSQN, sendo que, durante a tramitação daquela ação constitucional, houveram por bem efetuar o depósito judicial dos valores correspondentes ao tributo cobrado pelo Município, sempre observando a integralidade do valor do crédito tributário.

Sustentam que, segundo dispõe o art. 151, II, do CTN, o depósito do crédito tributário, se integral, ocasiona a suspensão de sua exigibilidade, sendo certo que tal providência seria uma faculdade da qual se valeram os devedores naquela ocasião, refutando a negativa do Fisco em emitir a Certidão Negativa ou até mesmo a Certidão Positiva com Efeito de Negativa. Ao final, requereram seja concedida a segurança, confirmando-se a liminar, para que seja declarado o direito das impetrantes em obter a Certidão Negativa de Débito ou Certidão Positiva com Efeito de Negativa, bem como seja o impetrado compelido a fornecer às impetrantes o documento denominado AIDF - Autorização de Impressão de Documento Fiscal, até o julgamento do antigo Mandado de Segurança nº 0525.04.051558-3.

O MM. Juiz de primeiro grau negou a liminar e concedeu a segurança e, por via de conseqüência, determinou à autora que, em 24 horas, faça por emitir a Certidão Positiva com Efeito de Negativa, bem como o denominado AIDF - Autorização de Impressão de Documento Fiscal, sob pena de incorrer na multa diária de R$ 1.000,00 (mil reais). Submeteu a sentença ao reexame necessário.

Foi aviada apelação pelo Município de Pouso Alegre, f. 139/142, requerendo a reforma da sentença, alegando que os recorridos ajuizaram mandado de segurança perante a 1ª Vara Cível sob o nº 05250405 18-3, onde se questiona a mesma matéria deste *mandamus*; que esse mandado de segurança transitou em julgado, mantida, assim, a decisão que denegou a ordem; que os impetrantes não podem, mediante uma nova ação, pleitear pedido do qual não tiveram sucesso em ação anterior; que a r. sentença não poderia suspender a exigibilidade de um crédito fiscal, cujo depósito judicial foi efetuado em outro processo, ainda mais quando aquele Juízo não havia autorizado esses depósitos.

Contra-razões às f. 157/160.

Penso que a r. sentença deve ser reformada.

Com efeito, depreende-se dos autos que, conforme afirmado pelos próprios impetrantes, estes ajuizaram, em 06.04.04, o Mandado de Segurança nº 0525.04.051558-3, em que se discute a base de cálculo do ISSQN.

Naquela ocasião, requereram os impetrantes concessão de liminar *inaudita altera parte,* para que fosse autorizado o recolhimento do ISSQN de acordo com o disposto no § 3º do art. 9º do Decreto-lei nº 406/68 ou fosse autorizado o depósito judicial dos valores. O MM. Juiz indeferiu o pedido de liminar, bem como o pedido de autorização para a efetuação dos depósitos judiciais, cuja sentença foi confirmada por este Tribunal, f. 127/129, havendo a interposição de recurso especial ao STJ, recebido apenas no efeito devolutivo.

Todavia, mesmo não sendo autorizados os depósitos judiciais, os impetrantes começaram a depositar os valores, o que levou o MM. Juiz a proferir despacho para que estes levantassem os depósitos, uma vez que não foi autorizado o depósito das parcelas do imposto e, mesmo diante deste novo despacho, estes continuaram a efetuar os depósitos judiciais em total descumprimento das decisões judiciais.

Deste modo, ratifico o parecer exarado pela digna Promotora de Justiça, às f. 130/132, segundo o qual, *verbis*:

> Os impetrantes, ao que demonstram os documentos juntados, ao invés de levantarem aqueles depósitos iniciais, continuaram a depositar os valores do ISS em Juízo, o fizeram por sua conta e risco, em desfavor do credor, o Município.

Continua a representante do Ministério Público:

> Não medra, portanto, pretensão de obter certidão negativa ou positiva com efeitos de negativa, quando o depósito integral feito em juízo, de forma voluntária, já deveria ter sido levantado pelos impetrantes, tanto em face do despacho do Juízo de 1º grau, quando em face da confirmação da sentença monocrática denegatória da segurança. Deve-se assinalar que aquela providência seria da competência exclusiva dos impetrantes/depositantes voluntários, a nosso ver descabendo ao impetrado, em sede daquele mandado de segurança, pleitear pagamento daqueles valores a seu favor, mesmo porque já determinada pelo Juízo a sua restituição aos depositantes.

Quanto aos comprovantes de depósitos carreados aos autos, não tenho como aferir se são ou não integrais. Ao contrário do que asseverou o Sentenciante, tenho que, pela simples ausência de irresignação da autoridade coatora em relação aos valores depositados em juízo, não se pode concluir pela sua suficiência, mesmo porque já houvera autorização do levantamento.

Em conclusão, embora o art. 151, inciso II, do CTN reze que o depósito do montante integral do crédito tributário suspenda a sua exigibilidade, tenho que, no caso em exame, não existe direito líquido e certo dos impetrantes na obtenção de Certidão Negativa de Débito ou de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa, bem como da Autorização para a Impressão de Documento Fiscal (AIDF), cabendo-lhes, pois, proceder ao levantamento dos valores depositados, porquanto à sua disposição, ou, então, tentar garantir a Certidão Negativa de Débito, mediante depósito autorizado pela Justiça, em ação própria, no aguardo da decisão do STJ, pois o recurso especial interposto contra o 1º mandado de segurança tem apenas efeito devolutivo.

Pelo exposto, em reexame necessário, reformo a sentença, para denegar a segurança, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, pelos impetrantes.

Sem honorários. Súmulas 512 do STF e 105 do STJ.

DES. WANDER MAROTTA - De acordo.

DES.ª HELOÍSA COMBAT - Sr. Presidente. Concordo com a argumentação do MM. Juiz quanto ao direito da parte de efetuar depósitos judiciais, mesmo em sede de mandado de segurança; entretanto, como na ação mandamental anterior o MM. Juiz de outra Vara não deferiu o pedido para os depósitos no valor do tributo, não há como atender à pretensão da parte nesta sede, mesmo porque naqueles autos já foi determinado o levantamento da quantia depositada.

Então, também acompanho o douto Relator para reformar a sentença.

Súmula - REFORMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

...

Indenização - Invalidez do pai de família - Dano moral - Prejudicados indiretos - Dano de via reflexa - Postulação - Legitimidade

Ementa: Ação de procedimento ordinário. Indenização. Invalidez do pai de família. Dano moral pessoal da mãe e do filho. Legitimidade para postular.

- Quando o ofendido comparece pessoalmente em juízo para reclamar o dano moral que ele mesmo suportou em sua honra e dignidade, de forma direta e imediata, não há dúvida alguma sobre sua legitimidade *ad causam*. Quando, todavia, não é o ofendido direto, mas terceiros que se julgam reflexamente ofendidos em sua dignidade, pela lesão imposta a outra pessoa, torna-se imperioso limitar o campo de repercussão da responsabilidade civil, visto que se poderia criar uma cadeia infinita ou indeterminada de possíveis pretendentes à reparação da dor moral, o que não corresponde, evidentemente, aos objetivos do referido remédio jurídico.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0686.04.098524-0/001 - Comarca de Teófilo Otoni - Apelantes: Maria Aparecida Marques Pereira e outro - Apelados: Pavotec Pavimentação Terraplenagem Ltda. e outros, Município de Teófilo Otoni - Relator: DES. SILAS VIEIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 21 de fevereiro de 2008. - *Silas Vieira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. SILAS VIEIRA - Trata-se de recurso de apelação da sentença de f. 53/55, proferida nestes autos de ação de procedimento ordinário ajuizada por Maria Aparecida Marques Pereira e Almiro Júnio Marques contra Pavotec Pavimentação Terraplenagem Ltda. e outros e Município de Teófilo Otoni, por via da qual o MM. Juiz extinguiu o feito sem resolução do mérito nos termos dos arts. 6º c/c 267, VI, do CPC, condenando os autores ao pagamento de honorários advocatícios à razão de 10% sobre o valor da causa, devidamente corrigido, suspensa a exigibilidade da condenação *ex vi* do art. 12 da Lei 1.060/50, isentos de despesas e custas processuais.

Às f. 265/269, os autores apresentam suas razões de apelo, aduzindo, em síntese, que possuem legitimidade para pleitear indenização por danos morais, materiais e lucros cessantes, tendo em vista que são dependentes da vítima acometida por paraplegia, que atualmente se encontra percebendo, a título de auxílio acidente, a quantia de R$ 462,00.

Contra-razões pela Pavotec Pavimentação Terraplenagem Ltda. e outros às f. 271/274 e pelo Município de Teófilo Otoni, às f. 276/279.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça exarou parecer às f. 298/299-TJ, recomendando o provimento do recurso.

É o relatório.

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos de admissibilidade.

De pronto, faço registrar que o pedido foi proposto na Justiça comum (março de 2004), tendo o Juiz declinado da competência, em razão da matéria, para a Justiça do Trabalho (f. 53/57).

Como os autores não são empregados dos requeridos, nem vítimas diretas do sinistro, suscitou o Magistrado do Trabalho conflito negativo de competência (f. 76/77).

O col. Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, reconheceu a competência da Justiça comum ao entendimento de que "o que postulam os autores é indenização por danos materiais e morais de caráter acidentário de cunho civil" (f. 184/187).

Lado outro, observo, pelas f. 173/177, que, anteriormente, ou seja, em meados de 2003, o próprio Almiro Marques de Almeida (vítima) ajuizou pedido de indenização decorrente de acidente de trabalho na Justiça do Trabalho, contra os ora requeridos, pedido esse que restou julgado improcedente em primeiro grau (f. 173/177) e reformado em grau recursal, para conferir-lhe o pagamento de indenização por danos morais e físicos no importe de R$ 20.000,00, conforme acórdão colacionado às f. 246/248.

Pois bem.

In casu, o feito foi extinto sem resolução do mérito, com fulcro nos arts. 6º e 267, VI, do CPC, ao entendimento de que "os direitos reclamados nesta ação, de cunho material e moral, são inerentes à pessoa do trabalhador e este, sim, é que detém a legitimidade para estar em juízo, *de per si e sponte sua*".

Vale dizer, a preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* foi o único ponto objeto da decisão singular.

Vejamos.

Cônjuge e descendente postulam a reparação de danos morais, materiais, perdas e danos e lucros cessantes, em função de acidente sofrido por Almiro Marques de Almeida (esposo e pai, respectivamente, dos autores), no dia 08.02.2002, e que o deixou paraplégico.

Ao examinar a preliminar, o Juízo monocrático sustentou que o dano moral, *in casu*, é personalíssimo.

Entretanto, entendo que os familiares da vítima têm sim legitimidade para, pessoalmente, pleitear reparação decorrente de um pretenso dano moral. Por outro lado, os danos materiais, as perdas e danos e os lucros cessantes pugnados afiguram-se, por óbvio, descabidos, já que, se existentes, referem-se à pessoa da vítima, e só ela os pode pleitear.

A propósito, vale colacionar julgado emanado do STJ em caso análogo:

> Processual civil. Recurso especial. Violação do art. 535, II, do CPC não caracterizada. Ação reparatória. Danos morais. Legitimidade ativa *ad causam* do viúvo. Prejudicado indireto. Dano por via reflexa.
> I - Dirimida a controvérsia de forma objetiva e fundamentada, não fica o órgão julgador obrigado a apreciar, um a um, os questionamentos suscitados pelo embargante, mormente se notório seu propósito de infringência do julgado.
> II - Em se tratando de ação reparatória, não só a vítima de um fato danoso que sofreu a sua ação direta pode experimentar prejuízo moral. Também aqueles que, de forma reflexa, sentem os efeitos do dano padecido pela vítima imediata, amargando prejuízos, na condição de prejudicados indiretos. Nesse sentido, reconhece-se a legitimidade ativa do viúvo para propor ação por danos morais, em virtude de ter a empresa ré negado cobertura ao tratamento médico-hospitalar de sua esposa, que veio a falecer, hipótese em que postula o autor, em nome próprio, ressarcimento pela repercussão do fato na sua esfera pessoal, pelo sofrimento, dor, angústia que individualmente experimentou. Recurso especial não conhecido (REsp 530.602/MA, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 29.10.2003, *DJ* de 17.11.2003, p. 326).

Com essas colocações, dou provimento ao recurso para cassar a r. sentença, afastando a ilegitimidade ativa *ad causam*.

Deixo de aplicar o disposto no art. 515, § 3º, do CPC, e determino o regular prosseguimento do processo, em primeira instância, ante a existência de pedidos de realização de provas (f. 250; 252; 253) não apreciados pelo Juízo singular.

Custas recursais, *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDGARD PENNA AMORIM e TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Alvará judicial - Táxi - Permissionário falecido - Transferência da permissão a terceiro - Impossibilidade - Caráter personalíssimo e intransferível - Lei Federal 8.987/95 - Licitação - Necessidade

Ementa: Apelação cível. Direito administrativo e sucessório. Alvará judicial. Serviço público. Transferência de permissão de táxi. Falecimento do permissionário. Transferência a terceiros. Impossibilidade. Caráter personalíssimo e intransferível. Lei Federal 8.987/95. Licitação. Necessidade. Recurso a que se nega provimento.

- A licitação é condição imprescindível para conferir direito à permissão, sendo impossível admitir-se a cessão da permissão de serviço público (táxi) sem o prévio procedimento licitatório, uma vez que esse procedimento violaria não só o princípio que assegura igual oportunidade aos que desejam contratar com o Poder Público, assim como a finalidade da seleção.

- Sendo o falecimento do permissionário prestador do serviço causa de extinção da aludida permissão, prevista na Lei Federal 8.987/95, aplicável à matéria, não há falar em manutenção da mesma, ou de sua transferência a terceiros, ainda que ligados à permissão, tendo em vista seu caráter personalíssimo, de risco exclusivo do permissionário.

Nega-se provimento ao recurso.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.00.117507-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Marco Aurélio Dantas Martins - Relator: DES. CÉLIO CÉSAR PADUANI

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 13 de março de 2008. - *Célio César Paduani* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CÉLIO CÉSAR PADUANI - Marco Aurélio Dantas Martins interpôs apelação em face da sentença de f. 348/350-TJ, aclarada às f. 360/361-TJ, proferida pela Juíza da 4ª Vara de Sucessões e Ausências da Comarca de Belo Horizonte, que, nos autos do inventário de Ivaldo Alves Martins, nomeado inventariante Lourival Luiz da Silveira Filho, indeferiu o pedido de

alvará para transferência da permissão do táxi número 2980, em nome do *de cujus*. Deferiu, no entanto, a expedição de alvará tão-somente para a venda/transferência do veículo, devendo a cota pertencente ao menor ser depositada em conta judicial à disposição deste Juízo.

O apelante, às f. 362/365-TJ, requer primeiramente lhe sejam concedidos os benefícios da assistência judiciária. Ultrapassado isso, alega que a permissão vinculada nos presentes autos é antiga, regida por norma que permite a transmissão desta (permissão), embora somente em âmbito administrativo. Enfatiza que, em recente consulta à BHTrans, o referido órgão respondeu por escrito (Ofício/protocolo nº 071277), oportunidade em que o apelante pede apenas um alvará para movimentação e transferência da permissão do inventariado para o inventariante, em âmbito administrativo junto à BHTrans, nos termos do ofício supracitado. Ressalta ser taxista e, por conseguinte, depende do mencionado alvará para continuar na profissão que aprendeu com seu falecido genitor, para a manutenção de sua família.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça se manifestou pelo provimento do recurso.

Decido.

Conheço do recurso, presentes seus pressupostos de admissibilidade.

O recorrente, irresignado com a sentença que indeferiu o pedido de alvará para transferência da permissão de táxi anteriormente concedida ao seu pai (falecido), manejou a presente apelação. Assevera que, à vista do desinteresse dos herdeiros, promoveu diligências e custeou despesas visando o restabelecimento da exploração permitida de táxi, sendo certo que, acolhendo a recomendação dos órgãos públicos, adquiriu outro veículo para o uso da permissão nº 2980; porém, a sentenciante, tendo em vista a imprescindibilidade de licitação na espécie, repita-se, indeferiu sua pretensão.

Primeiramente, no que tange aos benefícios da justiça gratuita, tenho que os mesmos já foram concedidos ao apelante, à f. 370-TJ, pela Magistrada, não restando nada a acrescentar.

Pois bem. Ultrapassado isto, importante tecer algumas considerações.

Tenho que o alvará judicial é procedimento de jurisdição voluntária, em que se objetiva a expedição de um mandado judicial, determinando-se a prática de um ato. Cumpre observar que o alvará sempre terá o respectivo procedimento, isso porque não é procedimento para amplas discussões e, ainda, jamais terá âmbito probatório dilatado, cujo rito está previsto no art. 1.103 e seguintes do CPC, conforme pacífico entendimento jurisprudencial e doutrinário. Conclui-se, pois, que eventual discordância dos interessados não transforma o procedimento.

Ademais, tem-se que, segundo definição legal (Lei 8.987/95 - art. 2º, IV), considera-se "permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco". Assim, é a outorgada em caráter personalíssimo, precário, temporário, inalienável, impenhorável, incomunicável e intransferível.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello nos ensina que:

> Permissão de serviço público, segundo conceito tradicionalmente acolhido na doutrina, é o ato unilateral e precário, *intuitu personae*, através do qual o Poder Público transfere a alguém o desempenho de um serviço de sua alçada, proporcionando, à moda do que faz na concessão, a possibilidade de cobrança de tarifas dos usuários (*Curso de direito administrativo*, 17. ed. Malheiros).

In casu, tenho que a r. sentença não merece reforma.

Ora, se a licitação é condição para conferir direito à permissão, torna-se impossível admitir a possibilidade de cessão da permissão à pessoa determinada, uma vez que esse procedimento violaria não só o princípio que assegura igual oportunidade aos que desejam contratar com o Poder Público, como também a finalidade da seleção.

O Município, ainda que concordasse com a transferência requerida, operaria em burla ao princípio da licitação e, na realidade, outorgaria nova permissão, sem abrir a outros interessados a possibilidade de participação de certame licitatório, de obrigatoriedade inarredável à luz da expressão "sempre através de licitação", contida no art. 175 da Constituição Federal.

Como se não bastasse, cumpre salientar que, não havendo específica disposição legal atinente à possibilidade de subcontratação pelo permissionário do serviço público, excetuando, assim, a regra geral de obrigatoriedade de licitação, ao permiti-la, estar-se-ia desrespeitando sobremaneira o princípio da igualdade de oportunidades a todos quantos se interessam em contratar com a Administração, que rege os contratos administrativos, expresso no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal.

Tenho, ainda, que a sentenciante analisou com lucidez a matéria, *litteris*:

> Os próprios arts. 7º e 8º da Portaria BHTrans DPR nº 033/2005, que consolida o Regulamento do Serviço de Táxi, estipulam que:
> Art. 7º - As permissões possuem caráter personalíssimo, precário, impenhorável e incomunicável.
> Art. 8º - As permissões outorgadas através do procedimento licitatório além do determinado no artigo anterior são intransferíveis.
> A morte do contratado e sua sucessão por outra pessoa é, sem sombra de dúvida, fato que altera a característica do procedimento de licitação. Permitir a transmissão, via Alvará, seria burlar os ditames constitucionais e, via de conseqüência, a própria legislação pertinente ao caso (*sic*).

Assim, diante do exposto alhures, é cediço que o falecimento do permissionário prestador do serviço causa a extinção da aludida permissão, prevista na Lei Federal 8.987/95, aplicável à matéria, motivo pelo qual não se há falar em manutenção da mesma, ou de sua transferência a terceiros, ainda que ligados à permissão, tendo em vista seu caráter personalíssimo, de risco exclusivo do permissionário.

Destarte, com o falecimento do contratado, tal contrato se extingue.

Nego provimento ao recurso, mantendo incólume a sentença.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores AUDEBERT DELAGE e DÁRCIO LOPARDI MENDES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Ação cominatória - Estrada de ferro - Trem - Ruído - Transporte de carga - Paralisação - Tutela antecipada - Ausência de requisitos - Liminar - Indeferimento

Ementa: Agravo de instrumento. Indenização. Antecipação de tutela deferida. Ordem para paralisação de transporte ferroviário de carga. Medida drástica e excepcional. Requisitos ausentes. Reforma necessária.

AGRAVO Nº 1.0183.07.132885-4/001 - Comarca de Conselheiro Lafaiete - Agravante: MRS Logística S.A. - Agravada: Madalena Rodrigues da Silva - Relator: DES. ALBERTO HENRIQUE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 28 de fevereiro de 2008. - *Alberto Henrique* - Relator.

Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral, na sessão de 24.01.2008, e assistiu ao julgamento, na sessão de 28.02.2008, pela agravante, o Dr. Raimundo Cândido Júnior.

DES. ALBERTO HENRIQUE - Trata-se de agravo de instrumento interposto por MRS Logística S.A. nos autos da ação de indenização que lhe move Madalena Rodrigues da Silva, contra a r. decisão de f. 43-TJ, por via da qual o MM. Juiz *a quo* deferiu a antecipação de tutela requerida pela autora, para determinar ao agravante que se abstenha de utilizar-se da linha férrea, nas proximidades da residência da autora, para o trânsito de trens cargueiros, sob pena de multa diária de dois mil reais a ser convertida em prol da autora.

Irresignada, busca MRS Logística S.A. a reforma da r. decisão, argumentando, em síntese, que "a manutenção da decisão agravada poderá culminar em lesão grave e de difícil reparação à agravante e, por conseguinte, ao serviço público de transporte ferroviário de carga, ao interesse público no tocante à continuidade do aludido serviço, aos seus usuários e, em última análise, à economia nacional". Reitera que a decisão recorrida privilegia o interesse particular em detrimento do interesse público. Insurge-se ainda contra o rito sumário imprimido ao feito e contra o deferimento da gratuidade judiciária à autora, reiterando o descabimento completo da antecipação da tutela.

O agravo foi recebido, à f. 290/291, oportunidade em que foi deferido o efeito suspensivo requerido.

A agravada ofereceu resposta, f. 308/311.

O MM. Juiz *a quo* prestou as suas informações à f. 315.

É o relato.

Conheço do agravo presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de ação de indenização com pedido de antecipação de tutela, pelo qual a autora - pessoa física - busca a proibição do trânsito de trens cargueiros na ferrovia localizada próxima à sua residência, sob pena de multa diária, ao argumento de que

> a ré durante o desenvolvimento de sua atividade empresarial de risco e lucrativa, emite ruídos insuportáveis em níveis bem superior ao permitido por normas técnicas, o que causa abalo à saúde dos moradores que residem às margens das linhas exploradas e administradas pela ré.

O pedido de antecipação de tutela foi deferido pela decisão que se encontra à f. 43-TJ.

Verifica-se ter o douto Desembargador que despachou inicialmente este agravo sinalizado pela possível nulidade da decisão recorrida, por ausência de fundamentação.

Após apreciar detidamente a r. decisão impugnada, não cheguei à mesma conclusão que o douto Desembargador que me antecedeu na relatoria desta agravo, embora constate não ser o despacho recorrido um primor de técnica redacional. Isso porque dali se extrai ter a MM. Juíza *a quo* deferido a medida antecipatória reportando-se apenas à "vasta documentação que alicerça o pedido liminar", sem adentrar mais profundamente na análise dos requisitos que autorizassem o seu deferimento, como lhe competia.

No entanto, não está tão viciada a ponto de ser declarada nula. É válida, mas deve ser reformada,

porquanto, além de ter sido deferida sem a oitiva da parte contrária - apesar do evidente interesse público -, não comprovou a autora os requisitos essenciais ao seu deferimento, constantes do art. 273 do CPC, apesar de as suas conseqüências se mostrarem drásticas e de caráter excepcional.

A propósito:

> A antecipação da tutela sem audiência da parte contrária é providência excepcional, autorizada apenas quando a convocação do réu contribuir para a consumação do dano que se busca evitar (RT 764/221).

Neste caso, como a autora alega a efetiva ocorrência de possíveis danos, a convocação do réu, antes do deferimento da medida, em nada alteraria a situação de fato.

Além disso, não é demais ressaltar que medidas de conseqüências da magnitude desta proferida nos autos têm que ser analisadas levando-se em conta vários aspectos da questão - dentre eles a possível existência de interesse público -, o que denota a prudência e a necessidade de se estabelecer, mesmo que de forma ainda superficial, o contraditório, antes de sua deliberação.

Aliado a isso, a douta Magistrada não analisou aspectos relevantes da questão, como a presença de prova inequívoca que leve ao convencimento da verossimilhança das alegações da autora, na medida em que não há sequer comprovação da propriedade do imóvel onde reside e muito menos dos danos que possivelmente já lhe teriam sido causados pela ré.

O douto Desembargador que despachou à f. 291 chegou a afirmar a inexistência desse pressuposto na medida em que o termo de ajustamento de conduta mencionado pela autora não o convenceu de ser firmado relativo ao endereço de residência da autora, o que também afasta tal requisito.

O fundado receio de dano irreparável e de difícil reparação também não se mostra evidenciado nos autos.

Primeiro, porque não se pode olvidar do porte da empresa agravante, com plenos poderes econômicos e financeiros de reparar possíveis danos causados por sua conduta a terceiros.

Segundo, porque, neste caso, com a paralisação do transporte de carga da empresa agravante, o fundado receio de dano irreparável se mostra de forma inversa, diante das conseqüências para toda a coletividade e até mesmo para a economia do País, na forma alegada pelo recorrente.

Assim, a ausência de tais pressupostos exigidos por lei leva ao indeferimento da antecipação, o que faço nesta oportunidade, determinando a reforma da r. decisão recorrida.

A propósito: "Os pressupostos da tutela antecipada são concorrentes, a ausência de um deles inviabiliza a pretensão do autor" (STJ - 2ª Turma, REsp 265.528- RS, Rel. Min Peçanha Martins).

No tocante à alegação da autora contra o rito sumário imprimido ao feito, tenho que também lhe assiste razão, diante da complexidade da questão debatida. A sua insurgência contra o deferimento da gratuidade judiciária à autora deve ser apresentada de forma incidental como autorizado pela Lei 1.060/50.

Pelo exposto, dou provimento ao agravo para reformar integralmente a r. decisão.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

DES. ADILSON LAMOUNIER (convocado) - Peço vista.

DES.ª EULINA DO CARMO ALMEIDA (Presidente) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão anterior, a pedido do Desembargador 1º Vogal, quando, então, o Desembargador Relator dava provimento ao agravo.

DES. ADILSON LAMOUNIER (convocado) - Eminente Presidente, eu pedi vista para reexame dos autos e ponho-me de acordo com o eminente Des. Relator, e também dou provimento.

DES.ª CLÁUDIA MAIA - Também acompanho o Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Ação anulatória - Multa de trânsito - Auto de infração - Invalidade

Ementa: Ação anulatória. Multa de trânsito. Auto de infração. Invalidade.

- O Código de Trânsito Brasileiro estabelece a necessidade de dupla notificação do infrator para legitimar a imposição de penalidade de trânsito.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.146973-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Valcir Marcílio Farias - Apelados: Município de Belo Horizonte, BHTrans - Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte S.A. - Relator: DES. ANTÔNIO SÉRVULO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 26 de fevereiro de 2008. - *Antônio Sérvulo* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO SÉRVULO - Trata-se de ação anulatória proposta por Valcir Marcilio Farias em face do Município de Belo Horizonte e Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte S/A - BHTrans, visando à declaração de insubsistência ou irregularidade de auto de infração de trânsito e, conseqüentemente, o cancelamento e arquivamento, com baixa definitiva no Detran e exclusão da averbação de pontuação no prontuário. Para fundar sua pretensão invoca o art. 281 do CTB.

Em sentença de f. 215/221, o pedido inicial foi julgado parcialmente procedente, determinando que os réus cancelem as multas de trânsito aplicadas originárias dos Autos nºs B-024370617, B-027776319, B-02457 7802 e B-024605726, adotando, ainda, as providências cabíveis para a retirada dos pontos da Carteira Nacional de Habilitação do autor, porventura lançados em razão das penalidades.

Insurgiu o autor com recurso de apelação às f. 223/230, requerendo a reforma da sentença em parte, relativamente aos autos de infração não anulados, julgando os pedidos da inicial totalmente procedentes ante as violações das normas constitucionais, bem como da Lei Federal.

O Município de Belo Horizonte, por sua vez, também apresentou recurso de apelação, alegando, preliminarmente, o reconhecimento da ilegitimidade do Município para o feito e no mérito a improcedência do pedido do autor.

Contra-razões às f. 252/256.

Inicialmente, cumpre salientar que o recurso de apelação interposto pelo Município de Belo Horizonte foi aviado intempestivamente.

Considerando que o Município foi intimado no dia 31.08.2007, a contagem do prazo teve seu início em 03.09.2007, porém até a interposição do recurso passaram-se 31 dias, tendo a sentença transitado em julgado em relação a ele em 02.10.2007.

Dessa forma, a apelação protocolada em 03.10.2007 está fora do prazo legal, sendo, portanto, intempestiva, nos termos do art. 188 c/c art. 511 e 518 do CPC.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço apenas da primeira apelação e passo a analisá-la.

De acordo com Código de Trânsito Brasileiro, existe a necessidade de dupla notificação do infrator para legitimar a imposição de penalidade de trânsito: a primeira por ocasião da lavratura do auto de infração, nos termos do art. 280, VI, e a segunda quando do julgamento da regularidade do auto de infração e da imposição da penalidade.

Dessa forma, a ausência de qualquer uma dessas notificações enseja a nulidade do auto de infração, não podendo assim ser aplicada a multa.

No presente caso, colhe-se dos documentos trazidos que o autor foi notificado uma única vez da multa imposta, sendo clara, portanto, a nulidade dos Autos de Infração nºs B-024370617, B-027776319, B-024577802 e B-024605726.

Pois bem. Restou comprovada a ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório quanto aos autos de infração supra-referidos, sendo o cancelamento de tais multas medida que se impõe.

Quanto às demais infrações de que recorre o autor, entendo não merecer acolhida sua tese, uma vez que, da análise dos documentos que instruíram o feito, verifica-se o cumprimento de todas as normas legais, tendo sido o apelante devidamente notificado, de forma a lhe proporcionar o exercício de seu direito ao contraditório e ampla defesa.

E mais. Ratifico o posicionamento do Magistrado *a quo* quando assim tratou da matéria:

> No tocante às demais multas, restando comprovado que foram assegurados o contraditório e a ampla defesa, cujas notificações foram regularmente realizadas ao proprietário do veículo e contra as quais não foram interpostos recursos administrativos, são constitucionais e legais os lançamentos, não havendo que se falar em nulidade.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a sentença recorrida.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES e ERNANE FIDÉLIS.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Alvará - FGTS - PIS - Não-recebimento em vida - Viúva - Pedido - Lei 6.858/80

Ementa: Alvará para levantamento de FGTS e PIS - Pedido formulado pela viúva - Lei 6.858/80 - PIS - Não-recebimento em vida.

- O art. 1º da Lei 6.858/80 não exige prévio inventário para levantamento de quantia deixada a título de PIS, pois se trata de valor devido pelo empregador ao empregado, havendo tal necessidade somente em se tratando dos casos elencados no art. 2º, regulamentado pelo Decreto nº 85.845/81 (TJMG - Ap. nº 1.0000.00.302.843-8/000 - Rel.: Des. Silas Vieira).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0701.07.188722-1/001 - Comarca de Uberaba - Apelante: Marina Helena Borba Rodrigues - Relator: DES. ALVIM SOARES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de f., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 15 de janeiro de 2008. - *Alvim Soares* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALVIM SOARES - Conheço do recurso interposto, visto que próprio, tempestivo e isento de preparo em face de a autora estar amparada pelos benefícios da assistência judiciária.

Perante a 1ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Uberaba, a ora apelante Marina Helena Borba Rodrigues, dizendo-se viúva de José Humberto Rodrigues da Silva e única dependente habilitada perante a Previdência Social, requereu alvará judicial cujo objetivo seria o levantamento da importância depositada na Caixa Econômica Federal referente ao PIS, cuja titularidade pertencia ao seu finado marido. Juntou documentos.

O MM. Juiz de Direito *a quo* prolatou sentença à f. 18-TJ, julgando extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 295, III, do CPC.

A autora, após terem sido rejeitados os embargos declaratórios por ela ofertados, mostrou seu inconformismo mediante o recurso de apelação de f. 31/35-TJ, batendo pela reforma do *decisum*.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça mostrou-se presente nos autos às f. 48/51-TJ, opinando pelo provimento do recurso.

Data venia, as razões recursais da apelante são suficientes para alterar o decidido na instância inaugural.

O Sentenciante extinguiu o feito sem resolução do mérito, com base no art. 295, III, do CPC. Tal dispositivo se refere ao indeferimento da inicial por ausência de interesse processual. Ora, constata-se, no documento de f. 07-TJ, que a autora é viúva e única dependente do falecido na Previdência Social; assim, conforme bem ressaltado no parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, inequívoco o interesse da apelante em pleitear o recebimento dos valores discutidos nos autos, deixados por seu finado esposo.

Importante ressaltar que, em se tratando de causa que versa sobre questão exclusivamente de direito, passo ao exame do mérito propriamente dito em face da nova redação dada ao art. 515, § 3º, do CPC.

Assim dispõe o art. 1º da Lei 6.858/80:

> Os valores devidos pelos empregadores aos empregados e os montantes das contas individuais do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e do Fundo de Participação PIS-PASEP, não recebidos em vida pelos respectivos titulares, serão pagos, em quotas iguais aos dependentes habilitados perante a Previdência Social, ou na forma da legislação específica dos servidores civis e militares, e, na sua falta, aos sucessores previstos na lei civil, indicados em alvará judicial, independentemente de inventário ou arrolamento.

O Decreto nº 85.845/81, que regulamentou o disposto na Lei nº 6.858/1980, dispõe no art. 1º que os valores discriminados no parágrafo único do mesmo artigo serão pagos nos termos do art. 2º, que trata da condição de dependente habilitado para efeitos da lei.

Somente no art. 4º é que se fala sobre a inexistência de outros bens sujeitos a inventário na forma do art. 1º, parágrafo único, inciso V, que diz respeito a

> [...] saldos de contas bancárias, saldos de caderneta de poupança e saldos de contas de fundos de investimento, desde que não ultrapassem o valor de 500 (quinhentas) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional e não existam, na sucessão, outros bens sujeitos a inventário.

O Professor Humberto Theodoro Júnior nos ensina que os arts. 1.030 e 1.038 do CPC foram alterados pela Lei 7.019/82, que modificou o disposto na seção relativa a arrolamento:

> Antes, a legislação codificada já havia sofrido um certo impacto por meio da Lei 6.858, de 24.11.80, que dispensara o inventário ou arrolamento para percepção, pelos dependentes, de vantagens econômicas deixadas pelo *de cujus* no Fundo de Garantia do Tempo do Serviço (FGTS) e no Fundo de Participação do PIS-PASEP, bem como para levantar ou receber, em iguais circunstâncias, restituições de imposto de renda e outros tributos, saldos bancários, cadernetas de poupança e fundos de investimento de valor igual ou inferior a 500 ORTN. Com o advento da Lei 7.019, a dispensa de inventário ou arrolamento para as hipóteses da Lei 6.858 passou a figurar expressamente no novo texto do art. 1.037 do Código.

Destarte, a Lei 6.858/80 não prescreve em quaisquer de seus dispositivos que os valores não recebidos em vida a título de PIS podem ser pagos independentemente da propositura de inventário, somente na hipótese de inexistência de bens, pois, repisa-se, tal entendimento se aplica aos fatos elencados no art. 2º do mesmo diploma legal.

Este Tribunal de Justiça já decidiu caso análogo ao presente, *verbis*:

> Ementa: Alvará judicial. Liberação de importância deixada por falecimento. Inventário. Desnecessidade. - Cuidando de pedido de liberação de importância deixada em virtude de falecimento, nada impede a expedição do alvará, independentemente de requerimento do inventário, mesmo que o *de cujus* tenha deixado outros bens (TJMG - Ap. Cível nº 1.0000.00.115368-3/000 - Rel. Des. Pinheiro Lago).

Colhe-se do voto do em. Desembargador que, até pouco tempo atrás, presidia com brilhantismo esta Câmara Julgadora:

> Tenho que deva ser reformada a sentença, pois, cuidando-se de importância modesta - cerca de R$ 260,00 - e de família pobre - tanto que está amparada pela gratuidade judiciária -, nada impedia a liberação postulada, porquanto, ao que tudo está a indicar, esse dinheiro está fazendo falta. Em casos como esse, ora em apreciação, o julgador deve agir com dose maior de sensibilidade, deixando de lado os formalismos excessivos. De qualquer modo, tenho, *data venia*, que incide o disposto no art. 1º da Lei nº 6.858/80, pois, a rigor, trata-se de valor devido pelo empregador ao empregado falecido. A circunstância de haver outros bens a inventariar não impede, absolutamente, a concessão do alvará pleiteado, uma vez que, tratando-se de dinheiro sonante, é justo que seja liberado logo, independentemente de requerimento de inventário.

Isso colocado, dou provimento ao recurso aviado, para julgar, desde logo, procedente o pedido inicial e determinar a expedição do alvará pleiteado para levantamento do PIS.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS e WANDER MAROTTA.

Súmula: DERAM PROVIMENTO.

...

Embargos de terceiro - Agravo retido prejudicado - Penhora - Bem imóvel - Hipoteca - Cédula de crédito rural - Impenhorabilidade - Não-ocorrência - Honorários de advogado - Fixação

Ementa: Apelação cível. Embargos de terceiro. Agravo retido. Prejudicado. Penhora. Bem imóvel hipotecado. Cédula de crédito rural. Impenhorabilidade. Não-ocorrência.

- Deve-se julgar prejudicado o agravo retido quando o mesmo perde o objeto.

- De acordo com o disposto no art. 69 do Decreto-lei nº 167/67, é vedada a penhora de imóvel gravado com hipoteca cedular rural. Não obstante isso, a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça relativizou o princípio da impenhorabilidade, permitindo o ato constritivo após o vencimento da cédula de crédito, facultando-se a outro credor obter a penhora do bem, obedecido o direito de preferência do credor rural hipotecário.

- Quando não há condenação ao pagamento de quantia certa, os honorários advocatícios devem ser fixados eqüitativamente, em observância ao art. 20, § 4º, do CPC, atentando-se ainda para os critérios elencados nas alíneas do § 3º do mesmo artigo, quais sejam: a) o grau de zelo do profissional; b) o lugar de prestação do serviço; c) a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.198063-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - 1º Apelantes: 1º) Banco Brasil S.A., 2º) Oderval Duarte Representações Ltda. - Apelados: Banco Brasil S.A., Oderval Duarte Representações Ltda. - Relator: DES. IRMAR FERREIRA CAMPOS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM JULGAR PREJUDICADO O AGRAVO RETIDO E NEGAR PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES.

Belo Horizonte, 14 de fevereiro de 2008. - *Irmar Ferreira Campos* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. IRMAR FERREIRA CAMPOS - Trata-se de recursos de apelação interpostos contra sentença de f. 135/140, que, nos autos da ação de embargos de terceiro ajuizada por Banco do Brasil S.A. em face de Oderval Duarte Representações Ltda., julgou improcedentes os embargos de terceiro.

Insurge-se Banco do Brasil S.A. às f. 141/143 relatando que, em razão da ação executiva (processo nº 02496025444-9) movida pela parte recorrida contra João Antônio Ferreira, foi penhorado o imóvel rural denominado Fazenda Boa Esperança, com denominação anterior de Fazenda São José, com área de 87,6250 ha de terras de cultura e campo, registrado à f. 120 do Livro 2-0, matrícula nº 20.145 junto ao Cartório de Registro de Imóveis de Jaboticatubas-MG.

Aduz que, na qualidade de credor hipotecário, tomou ciência de que dito bem tinha sido penhorado, razão pela qual aviou embargos de terceiro.

Sustenta que o contrato por ele firmado com o devedor João Antônio Ferreira está em pleno vigor, sendo que o mesmo somente terá termo quando houver a satisfação da dívida com o devido pagamento.

Alega que não resta nenhuma dúvida de que a transação firmada entre o ora recorrente e o devedor comum João Antônio Ferreira está amparada pelo art. 69 do Decreto-lei 167/67, que não dispõe que a garantia da impenhorabilidade se limita ao vencimento do contrato.

Sustenta que a jurisprudência se manifesta no sentido de que a garantia de impenhorabilidade está dentro da vigência do contrato, que é o caso dos autos, uma vez que o contrato em questão não foi devidamente quitado.

Ad argumentandum, em sendo mantida a sentença vergastada, pugna pela redução da verba honorária arbitrada.

Requer, ao final, o provimento do recurso.

Agravo retido, interposto por Oderval Duarte Representações Ltda. à f. 148, onde a parte agravante assevera que a sentença de f. 135/140 foi publicada em 16.02.2006, não tendo sido dela intimado seu procurador Antônio Monteiro Gonzaga, que somente foi cadastrado nos autos em 05.02.07, conforme certidão de f. 144-v.

Contra-razões às f. 150/152.

Insurge-se Oderval Duarte Representações Ltda. às f. 161/166 aduzindo que a sentença objurgada não atendeu aos critérios estabelecidos no art. 20, § 3º, do CPC.

Afirma que os embargos de terceiro sob exame tramitaram em outra comarca, isto é, em Sete Lagoas, sendo certo que a execução tramita em Belo Horizonte.

Alega que o processo já dura cerca de quatro anos, sendo certo que seu procurador teve que viajar para Sete Lagoas cinco vezes, correndo risco de vida.

Sustenta que seu procurador foi diligente, agiu com lealdade, compareceu à audiência de conciliação e apresentou razões finais.

Assevera que não pode ser ignorado o fato de que o embargante pede em sua inicial honorários de sucumbência de 20% sobre o valor da execução, a qual atualizada alcança o valor de R$120.000,00.

Argumenta que merece remuneração mais justa em honorários de sucumbência.

Contra-razões às f. 169/170.

Conheço dos recursos, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Agravo retido.

Oderval Duarte Representações Ltda. interpôs agravo retido à f. 148, no qual assevera que a sentença de f. 135/140 foi publicada em 16.02.2006, não tendo sido dela intimado seu procurador Antônio Monteiro Gonzaga, que somente foi cadastrado nos autos em 05.02.07, conforme certidão de f. 144-v.

Em virtude da decisão de f. 158, que devolveu o prazo para a parte agravante recorrer da sentença, se tivesse interesse, entendo que o presente agravo retido perdeu o objeto, restando prejudicado.

Mediante o exposto, julgo prejudicado o agravo retido.

Primeira apelação.

Cuidam os autos de ação de embargos de terceiro ajuizada por Banco do Brasil S.A. em face de Oderval Duarte Representações Ltda., através da qual o embargante pretende desconstituir a penhora realizada no processo de execução nº 02496025444-9 sobre 50% do imóvel denominado Fazenda Boa Esperança, com denominação anterior de Fazenda São José, com área de 87,6250 ha de terras de cultura e campo, registrado na matrícula nº 2.045 junto ao Cartório de Registro de Imóveis de Jaboticatubas-MG, sendo o mesmo de propriedade do executado João Antônio Ferreira.

O douto Juiz primevo julgou improcedentes os embargos de terceiro e, em razão da sucumbência, condenou o embargante ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios dos patronos do embargado, os quais arbitrou em R$ 3.000,00.

Banco do Brasil S.A. se insurge contra referida decisão, alegando, em síntese, que o contrato por ele firmado com o devedor João Antônio Ferreira está em pleno vigor, sendo que o mesmo somente terá termo quando houver a satisfação da dívida com o devido pagamento; que não resta nenhuma dúvida de que a transação firmada entre o ora recorrente e o devedor comum João Antônio Ferreira está amparada pelo art. 69 do Decreto-lei 167/67, que não dispõe que a garantia da impenhorabilidade se limita ao vencimento do contrato; que a jurisprudência se manifesta no sentido de que a garantia de impenhorabilidade está dentro da vigência do contrato, que é o caso dos autos, uma vez que o contrato em questão não foi devidamente quitado e *ad argumentandum*, em sendo mantida a sentença vergastada, pugna pela redução da verba honorária arbitrada.

No que concerne à alegada impenhorabilidade do bem descrito na inicial dos embargos de terceiro, por se tratar de garantia dada em cédula rural, tem-se que o art. 69 do Decreto-lei 167/77 dispõe:

> Art 69. Os bens objeto de penhor ou de hipoteca constituídos pela cédula de crédito rural não serão penhorados, arrestados ou seqüestrados por outras dívidas do emitente ou do terceiro empenhador ou hipotecante, cumprindo ao emitente ou ao terceiro empenhador ou hipotecante denunciar a existência da cédula às autoridades incumbidas da diligência ou a quem a determinou, sob pena de responderem pelos prejuízos resultantes de sua omissão.

Numa primeira análise, poderíamos concluir que o imóvel que constitua garantia de cédula rural pignoratícia e hipotecária, como é o caso dos autos, não poderia ser objeto de penhora decorrente de outra dívida contraída pelo devedor.

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça tem firmado seu posicionamento no sentido de que a regra do art. 69 do Decreto-lei 167/77 deve ter sua interpretação relativizada, uma vez que sua essência explicita a proteção ao crédito do credor pignoratício ou hipotecário, sendo que este tem garantido o direito de preferência sobre todos os outros credores na arrematação do bem vinculado à hipoteca.

É o que ensina Arnaldo Rizzardo:

Em duas situações, no entanto, a impenhorabilidade deve ceder, mesmo no caso da hipoteca cedular ser a primeira, conforme Tupinambá Miguel Castro do Nascimento:
'a) se a cedular já se venceu, principalmente quando o devedor comum só tem o bem duplamente hipotecado. A permissão de penhorar, que se inclui na de executar, é expressa no art. 813 do CPC, aplicável subsidiariamente nas hipotecas celulares por autorização das leis extravagantes;
b) se o devedor comum for insolvente, também hipótese prevista no art. 813 do CC. Aqui, inclusive, há o apoio do art. 1.054, I, do CPC. Com efeito, depois de se admitir embargos de terceiro para o credor com garantia real obstar alienação judicial do objeto da hipoteca (art. 1.047, II, do CPC), diz o referido inciso I do art. 1.054 do mesmo diploma processual que o embargado pode alegar, precedentemente, que o devedor comum é insolvente.' O referido art. 813 corresponde ao art. 1.477 do atual CC (*Contratos de crédito bancário*. 6. ed., São Paulo: RT, 2003, p. 220).

Nesse sentido, seguem os seguintes julgados do STJ:

[...] O bem dado em hipoteca para garantia de crédito rural é impenhorável enquanto não vencida a dívida (art. 69 do DL 167/67). Depois do vencimento, pode ser objeto de constrição por outros débitos (STJ, REsp 451.199/SP, 4ª Turma/STJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 15.04.2003).

Processual civil. Recurso especial. Embargos de terceiro à execução. Cédula de crédito rural. Vencimento. Terceiro. Penhora de bem hipotecado. legalidade.
- O escopo da regra que prevê a impenhorabilidade de bem oferecido em garantia de empréstimo rural é o de resguardar a garantia ofertada ao credor durante a execução do contrato.
- Após o vencimento da cédula de crédito, faculta-se a outro credor obter a penhora do bem, pelo que não será ferido o direito de prelação do credor rural hipotecário, o qual receberá prioritariamente o seu crédito, outorgando-se ao credor quirografário o saldo porventura existente.
- Recurso especial a que não se conhece (STJ, REsp 303.689/SP, 3ª Turma/STJ, Rel.ª Nancy Andrighi, j. em 26.08.2002).

Conforme acentuou a eminente Ministra Nancy Andrighi no corpo do v. acórdão acima ementado:

(...) o escopo da regra que prevê a impenhorabilidade é o de resguardar a garantia ofertada ao credor durante a execução do contrato de financiamento rural. Se penhora advinda de execução alienígena fosse admissível, o credor rural seria privado, ainda durante a execução do contrato, da garantia que lhe foi outorgada.
Hipótese diversa corresponde àquela em que houve vencimento da cédula sem que o devedor tenha procedido ao pagamento. Deverá o credor, aqui, propor execução e tomar as providências cabíveis para efetivar a penhora sobre o bem ofertado em garantia.
Tal providência, no entanto, não afasta a hipótese, como ocorreu *in casu*, de outro credor ingressar com execução e obter a penhora do bem, pelo que não será ferido o direito de prelação do credor hipotecário, o qual receberá prioritariamente o seu crédito, outorgando-se ao exeqüente o saldo porventura existente.

Outro não é o entendimento deste egrégio Tribunal, senão vejamos:

Embargos à execução. Título executivo extrajudicial. Execução por quantia certa. Demonstrativo de débito. Inteligência do art. 614, II, CPC. Ausência de prejuízos. Bem dado em garantia em cédula de crédito rural. Hipóteses de penhorabilidade e impenhorabilidade. Sucumbência mínima. Honorários advocatícios. - A falta de apresentação do demonstrativo do débito atualizado (art.614, inciso II, do CPC), em processo de execução onde não se põe em dúvida o valor expresso no título protestado, não é causa de nulidade do processo de execução. O bem dado em garantia em cédula de crédito rural é impenhorável até o vencimento da dívida podendo, posteriormente, incidir a penhora. Vencida a cédula de crédito rural, torna-se o bem penhorável conforme art. 69 Decreto-lei nº 167/67. Julgados parcialmente procedentes os embargos do devedor para acolher a invocada nulidade da penhora, são devidos honorários de sucumbência ao patrono do embargante. Preliminar rejeitada e apelação parcialmente provida (TJMG, 1.0342.06.072564-1/001(1), Relator: Des. Cabral da Silva, j. em 14.08.2007, data da publicação: 24.08.2007).

Agravo de instrumento. Nomeação de bens à penhora. Ordem de gradação legal. Recusa do credor. Indicação de bem imóvel. Pequena propriedade rural. Impenhorabilidade. Comprovação dos requisitos legais. Bem hipotecado em cédula rural. Possibilidade. - Quando ao devedor incumbir fazer a nomeação de bens, deverá observar a ordem estabelecida no art. 655 do CPC, de modo que qualquer descompasso com a gradação legal depende da aprovação do credor, sob pena de ineficácia. Segundo norma constitucional, para que o imóvel rural esteja protegido pela impenhorabilidade, é necessário que estejam presentes os requisitos, ali delineados, como: pequena propriedade, assim definida em lei; única, que seja trabalhada pela família e que o débito decorra de atividade produtiva desenvolvida na área. Ainda que o imóvel rural indicado pelo credor já esteja onerado com hipoteca constituída por cédula rural, nada impede que o mesmo bem seja objeto de nova penhora, em decorrência de outra dívida adquirida pelo devedor, pois o produto de uma futura arrematação deste bem preferirá ao credor da cédula rural pignoratícia, em detrimento de novos credores (TJMG; 1.0172.07. 011815-0/001(1), Relator: Irmar Ferreira Campos, data do julgamento: 26.07.2007, data da publicação: 03.08.2007).

Processual civil. Agravo de instrumento. Execução por quantia certa. Penhora de imóvel rural gravado com hipoteca cedular vencida. Cabimento. Intimação do executado. Embargos à execução não opostos. Penhorabilidade do bem e redução da penhora. Hipótese de não-ocorrência. Avaliação feita por perícia. Prevalência. Multa por litigância de má-fé. Não-cabimento. Recurso parcialmente provido. - O bem garantidor do crédito rural vencido e não pago pode ser objeto de penhora por credor comum, restando resguardada a prelação do credor hipotecário. O juízo deprecado deve-se ater às solicitações contidas na carta precatória, não tendo competência para decidir sobre o mérito da causa. A avaliação pericial prevalece sobre a avaliação particular exibida pela parte. Não havendo má-fé do executado, não deve ser aplicada a multa prevista no art. 600, II, do CPC. Recurso conhecido e parcialmente provido (TJMG, 1.0016.98.005835-4/001(1), Relatora: Márcia De Paoli

Balbino, data do julgamento: 29.06.2006, data da publicação: 20.07.2006).

In casu, não verifico a ocorrência da impenhorabilidade alegada pelo primeiro apelante.

Compulsando os documentos constantes nos autos, percebo que a cédula rural pignoratícia e hipotecária nº 97/00504-5 (f. 21/23), que se encontra gravada na matrícula do bem penhorado, teve seu vencimento no dia 31 de julho de 2000 e a penhora do referido bem ocorreu em 29 de julho de 2002 (f. 46).

Dessa forma, a dívida hipotecária do devedor João Antônio Ferreira com o Banco do Brasil S.A. já estava vencida quando da realização da penhora que se pretende anular.

Então, pode o credor comum, no caso o apelado, penhorar o mesmo imóvel, ainda que hipotecado em cédula rural, porque neste caso o credor hipotecário, ora primeiro apelante, já notificado da penhora, poderá exercer seu direito de preferência. Não se trata, pois, de impenhorabilidade absoluta.

Assim sendo, ainda que o imóvel rural penhorado já esteja onerado com hipoteca constituída por cédula rural, nada impede que o mesmo bem seja objeto de nova penhora, em decorrência de outra dívida do devedor, desde que esta nova penhora seja efetivada após o vencimento daquele título, pois o produto de uma futura arrematação deste bem preferirá ao credor da cédula rural, em detrimento de novos credores.

Por fim, tenho por bem esclarecer que vou analisar o pedido de redução da verba honorária arbitrada na sentença conjuntamente ao julgamento da segunda apelação.

Segunda apelação.

Oderval Duarte Representações Ltda. se insurge contra a sentença de f. 135/140, pugnando, em síntese, pela majoração dos honorários de sucumbência fixados na sentença em R$ 3.000,00.

Por outro lado, o primeiro apelante pleiteia pela redução da verba honorária.

Conforme já ressaltei linhas acima, vou analisar referidas pretensões conjuntamente.

Pois bem, no que tange ao arbitramento dos honorários devidos em razão da atuação do advogado em juízo, deve-se verificar a natureza da tutela concedida: nas decisões de natureza condenatória, a verba honorária é fixada com base no valor da condenação, na forma do art. 20, § 3º, do CPC; nas que não houver condenação ao pagamento de quantia certa, assim como nas constitutivas e nas declaratórias (positivas ou negativas), ou, ainda, naquelas de pequeno ou inestimável valor, os honorários são fixados eqüitativamente, como determina o art. 20, § 4º, do CPC.

In casu, não houve condenação ao pagamento de quantia certa, razão pela qual, em observância ao art. 20, § 4º, do CPC, os honorários advocatícios devem ser fixados eqüitativamente, observados os critérios elencados nas alíneas do § 3º do mesmo artigo, quais sejam: a) o grau de zelo do profissional; b) o lugar de prestação do serviço; c) a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

A respeito desses critérios, assim se manifestam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery:

> São objetivos e devem ser sopesados pelo juiz na ocasião da fixação dos honorários. A dedicação do advogado, a competência com que concluiu os interesses de seu cliente, o fato de defender seu constituinte em comarca onde não resida, os níveis de honorários na comarca onde se processa a ação, a complexidade da causa, o tempo despendido pelo causídico desde o início até o término da ação são circunstâncias que devem ser levadas em consideração pelo juiz quando da fixação dos honorários de advogado (*Código de Processo Civil comentado*. 4. ed., Revista dos Tribunais, 1999, p. 435).

Destaque-se que o valor da causa é requisito destinado exclusivamente à fixação da taxa judiciária e à definição do procedimento sob o qual deverá tramitar o processo.

Por conseguinte, não se afigura possível a fixação dos honorários advocatícios com base no valor atribuído à causa, devendo-se partir, portanto, para o arbitramento de quantia consentânea com as peculiaridades do caso.

Assim, entendo que os honorários advocatícios arbitrados na sentença objurgada em R$ 3.000,00 (três mil reais) devem ser mantidos, uma vez que esse valor se mostra adequado ao presente caso, que, apesar de ter-se prolongado por mais de três anos, não apresentou elevado grau de complexidade.

Por tais razões, julgo prejudicado o agravo retido e nego provimento às apelações, para manter inalterada a r. sentença objurgada.

Custas recursais, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES LUCIANO PINTO e LUCAS PEREIRA.

Súmula - JULGARAM PREJUDICADO O AGRAVO RETIDO E NEGARAM PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES.

...

Direito de vizinhança - Muro limítrofe - Ausência - Vizinho - Barulho - Incômodo - Redução - Possibilidade - Construção devida

Ementa: Direito civil. Direito de vizinhança. Muro limítrofe. Ausência. Barulho. Vizinho. Incômodo. Redução. Possibilidade. Construção. Devida. Recurso improvido.

- Ainda que por decisão judicial devam ser toleradas as interferências, poderá o vizinho exigir a sua redução, ou eliminação, quando estas se tornarem possíveis.

- Inteligência do art. 1.279 do Código Civil.

- O que divide os terrenos não é um muro limítrofe, mas sim a parede de um dos cômodos da casa dos apelados.

- Indene de qualquer questionamento o fato de que o barulho provocado pelo veículo dos apelantes é lesivo ao sossego dos apelados.

- Deve ser mantida a condenação dos apelantes na construção da parede a fim de o preenchimento dos espaços existentes entre as vigas que dão sustentação à estrutura da garagem reduza o incômodo dos apelados.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0313.06.202219-6/001 - Comarca de Ipatinga - Apelantes: João Paulo Peixoto e sua mulher - Apelados: Lázaro Jorge da Silva e sua mulher - Relator: DES. SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 26 de março de 2008. - *Sebastião Pereira de Souza* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA - Conheço do recurso, presentes os pressupostos subjetivos e objetivos de admissibilidade recursal.

O caso é o seguinte: inconformados com o barulho decorrente da utilização da garagem, Lázaro Jorge da Silva e sua esposa Penha Aparecida Leal da Silva ajuizaram ação ordinária em desfavor de João Paulo Peixoto e sua esposa Marlene Rosa Peixoto, alegando que estes utilizam uma das paredes de sua residência como sustentação da garagem e que, por isso, requerem que sejam os réus condenados a construírem um muro para a sua garagem. Irresignados por ter o MM. Juiz primevo julgado procedente o pedido, os réus recorreram alegando que a r. decisão foi fundamentada no livre convencimento do Juiz, estando em desconformidade com as provas constantes dos autos e que não podem ser compelidos a construir o muro sobre os limites do imóvel.

Em que pesem as alegações dos apelantes, tem-se que não está a merecer reparo a r. sentença que determinou a construção do aludido muro, tendo agido o MM. Juiz primevo com o costumeiro acerto, senão vejamos:

O art. 1.279, do Código Civil, estabelece que "ainda que por decisão judicial devam ser toleradas as interferências, poderá o vizinho exigir a sua redução, ou eliminação, quando estas se tornarem possíveis".

Do compulsar dos autos, nota-se que os apelados residem no imóvel localizado na Rua Glória, nº 325, Bairro Esperança, em Ipatinga - MG e que têm como vizinhos os apelantes. Vê-se, ainda, que o muro que divide os imóveis se encontra totalmente dentro do imóvel dos apelados e que os apelantes utilizam a área contígua como garagem.

Com efeito, as fotografias acostadas às f. 51-56 deixam evidente que o que divide os terrenos não é um muro limítrofe, mas sim a parede de um dos cômodos da casa dos apelados. Tal situação é tão manifesta que, se não houvesse tal parede, os imóveis dos apelantes e dos apelados estariam unidos, ou melhor dizendo, ligados um ao outro.

Diante disso, tem-se que a alegação dos apelantes de que não restou comprovado que o barulho provocado pelo automóvel utilizado pela sua filha é superior ao permitido por lei não merece guarida. Isso porque indene de qualquer questionamento o fato de que o barulho provocado pelo veículo dos apelantes é lesivo ao sossego dos apelados. Não há nada que separe a garagem dos apelantes da residência dos apelados. Logo, infere-se que, quando os apelados utilizam a garagem, a impressão que eles têm é de que o veículo está entrando em sua casa. Dessarte, desnecessária a realização de prova técnica a fim de aferir se o barulho provocado pelo automóvel é superior ao permitido por lei, porquanto suficiente a percepção ordinária do Julgador.

Destaca-se que o fato de a janela do cômodo, o qual faz a divisa com o imóvel do apelante, estar de frente para a rua não afasta a mencionada percepção. Da fotografia acostada à f. 52 e por uma análise perfunctória, pode-se perceber que a casa dos apelados foi construída em obediência aos ditames do Código de Postura do Município de Ipatinga - MG, visto que respeitado o espaço necessário para o passeio. Assim, não há que se comparar o barulho de um trânsito local com o barulho ocasionado por um veículo que estaciona praticamente em um cômodo da sua casa, já que somente a parede separa o quarto da garagem.

Dito isso, tem-se como corroborado nos autos que a utilização da garagem pelos apelantes na divisa, onde apenas está construída a parede da própria casa dos autores, gera uma interferência prejudicial aos apelados que extrapola os limites ordinários de tolerância, mesmo ela sendo, como alegaram os apelantes, construída de forma 'dobrada'.

Noutro norte, tem-se que a construção de uma parede pelo lado dos apelantes no imóvel com o intuito de preencher os espaços existentes entre as vigas que dão sustentação à estrutura da garagem podem reduzir bastante o incômodo dos apelados. Assim, tendo em vista a possibilidade de redução do incômodo dos apelados,

conclui-se que deve ser mantida a condenação daqueles na construção da parede, afim de que seja solucionado o litígio da melhor maneira que preserva os interesses das partes envolvidas.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a r. sentença hostilizada.

Custas recursais, pelos apelantes, suspensa a exigibilidade por estarem litigando sob o pálio da justiça gratuita.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores OTÁVIO PORTES e NICOLAU MASSELLI.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ação declaratória - Ação cominatória - Cumulação - Servidor público estadual - Ipsemg - Inclusão de segurados - Pais - Assistência médica - LC nº 64/02 - Decreto nº 43.336/03 - Requisitos - Preenchimento - Custas

Ementa: Ação declaratória c/c cominatória. Servidores estaduais. Inclusão dos pais como segurados facultativos junto ao Ipsemg. Assistência médica. LC nº 64/02. Decreto nº 43.336/03. Requisitos demonstrados. Custas.

- A assistência médica é estendida aos dependentes dos servidores estaduais, que têm direito de ser incluídos como segurados facultativos junto ao Ipsemg, nos termos da LC nº 64/02 e do Decreto Estadual nº 42.897/02, não havendo como prejudicar os servidores que haviam preenchido os requisitos necessários para a admissão, com fulcro na legislação apontada, à época do requerimento, em vista da posterior edição do Decreto nº 43. 336/03, que suspendeu temporariamente a concessão do benefício. De acordo com a Lei Estadual nº 14.939/03, o Ipsemg é isento do pagamento das custas processuais.

APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0024. 06.215798-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Ipsemg - Apelados: Dalva Antunes Morouço Coutinho e outro - Relatora: DES.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REFORMAR A SENTENÇA PARCIALMENTE, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 6 de março de 2008. - *Teresa Cristina da Cunha Peixoto* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO - Conheço do recurso e da remessa necessária, uma vez presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de sua admissibilidade.

Trata-se de ação declaratória c/c cominatória com pedido de tutela antecipada ajuizada por Dalva Antunes Morouço Coutinho, Maria José Carmo, Carlos Eduardo Fernandes Moroço, Mariusa dos Anjos Fernandes Braga e José Moroço Braga em face do Ipsemg - Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais, afirmando que a primeira autora e o terceiro autor, servidores do Estado de Minas Gerais, requereram a inclusão como usuários facultativos para a assistência à saúde dos segundo, quarto e quinto autores, o que foi negado pelo réu, afrontando a Lei Complementar nº 64/02, requerendo, por isso, a procedência do pedido, para que se proceda à pretendida inclusão junto aos quadros de segurados do instituto réu.

A MM. Juíza de primeiro grau julgou procedente o pedido inicial (f. 51/56), ao fundamento de que a segunda, a quarta e o quinto autores, na condição de pais dos servidores públicos estaduais, estão caracterizados como dependentes, possuindo direito subjetivo de usufruir da assistência médica, nos termos do art. 85 da LC nº 64/02, sendo que, "não obstante o Decreto 43.336/03 tenha suspendido, temporariamente, o processamento da inscrição de segurados facultativos para o fim de concessão, pelo Ipsemg, de benefícios previdenciários, o mesmo não pode ser utilizado como fundamento para o indeferimento de requerimento devidamente aviado antes de sua entrada em vigor", concluindo que "o Instituto-réu, em verdade, age com ilegalidade, tendo em vista que o supramencionado regulamento não veda a inclusão de novos segurados facultativos - que já teriam preenchido todos os requisitos para serem admitidos antes de sua vigência -, mas, tão-somente, impõe óbice ao processamento de novas inscrições", condenando o réu ao pagamento de custas e honorários advocatícios, fixados em R$1.000,00 (mil reais).

Inconformado, apelou o Ipsemg (f. 58/64), alegando que a aplicabilidade da LC nº 64/02 está suspensa por disposição legal expressa e que "o ato que suspendeu a inclusão de segurados facultativos foi devidamente fundamentado na exposição de motivos do Decreto Estadual 43.336/03, dentro da discricionariedade permitida ao administrador público e conforme já prevista na Lei Complementar nº 64, que diz que suas

disposições se dariam nos termos de regulamentação", sustentando falecer direito aos autores por ausência do preenchimento dos requisitos básicos para a inclusão pretendida, requerendo o provimento do recurso.

Contra-razões apresentadas às f. 66/67.

Revelam os autos que Dalva Antunes Morouço Coutinho e outros ajuizaram ação declaratória c/c cominatória com pedido de tutela antecipada em face do Ipsemg - Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais, pretendendo a inclusão dos dependentes Maria José Carmo, Mariusa dos Anjos Fernandes Braga e José Moroço Braga como usuários facultativos para a assistência à saúde junto ao Ipsemg, tendo a Magistrada de primeiro grau julgado procedente o pedido inicial, o que motivou a presente irresignação, bem como a remessa necessária, a teor do inciso I do art. 475 do Código de Processo Civil.

A presente controvérsia é de fácil deslinde, havendo que se perquirir a respeito do direito de os pais dos segurados obrigatórios do Ipsemg serem incluídos como usuários facultativos.

Inicialmente, importante destacar que, embora o art. 186 da Constituição Estadual de Minas Gerais garanta assistência gratuita à saúde, através do SUS, há o regime especial prestado pelo Ipsemg aos seus segurados, que depende de prévia contribuição para a concessão ou manutenção do benefício ou vantagem, respeitando-se o caráter contraprestacional do sistema, através do qual é garantida ao servidor a assistência médica, hospitalar, social, odontológica e farmacêutica.

Nesta senda, não se olvida que a assistência médica é estendida aos dependentes dos servidores, nos termos dos arts. 4º, inciso II, e 85, caput e § 6º, da LC nº 64/02, e dos arts. 1º e 4º, inciso II, do Decreto Estadual nº 42.897/02, que determinam, *in verbis*:

> Art. 4º - São dependentes do segurado, para os fins desta lei:
> [...]
> II - os pais;
> Art. 85 - O Ipsemg prestará assistência médica, hospitalar e odontológica, bem como social, farmacêutica e complementar aos segurados referidos no art. 3º desta Lei Complementar, aos servidores detentores exclusivamente de cargo de provimento em comissão, declarado em lei de livre nomeação e exoneração, aos agentes políticos e aos servidores admitidos nos termos do art. 10 da Lei nº 10.254, de 20 de julho de 1990, extensiva aos seus dependentes, observadas as coberturas e os fatores moderadores definidos em regulamento.
> [...]
> § 6º - A assistência a que se refere o *caput* deste artigo será prestada pelo Ipsemg exclusivamente aos contribuintes e seus dependentes, mediante a comprovação do desconto no contracheque do último mês recebido ou do pagamento da contribuição diretamente ao Ipsemg até o último dia útil do respectivo mês, nos termos do regulamento;
>
> Art. 1º - O Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais - Ipsemg prestará assistência médica, hospitalar, odontológica, social, farmacêutica e complementar aos assegurados, aos servidores não titulares de cargo efetivo, extensiva aos seus dependentes, a que se referem os arts. 3º, 4º e 79 da Lei Complementar nº 64, de 25 de março de 2002, e aos pensionistas, na forma deste Regulamento.
> [...]
> Art. 4º - Poderão ter direito à assistência de que trata o art. 1º deste Decreto, mediante requerimento do segurado e a contribuição de 2,8% (dois vírgula oito por cento) da remuneração, dos proventos ou da pensão, por pessoa inscrita:
> [...]
> II - os pais do segurado.

Nesse passo, demonstraram os autores Dalva Antunes Morouço Coutinho e Carlos Eduardo Fernandes Moroço a condição de servidores públicos estaduais contribuintes do sistema, extraindo-se dos autos, ainda, que a autora Maria José Carmo é mãe de Dalva e que Mariusa dos Anjos Fernandes Braga e José Moroço Braga são pais de Carlos Eduardo, tendo havido o requerimento de inclusão como segurado, para aquela, em 22 de janeiro de 2003 e, para estes, em 14 de fevereiro de 2003 (f. 17/22).

Assim, ainda que o Decreto nº 43.336/03 estabeleça que "fica suspenso, temporariamente, o processamento de inscrição do segurando facultativo para o fim de concessão, pelo Ipsemg, do benefício de assistência médica, hospitalar, odontológica, social, farmacêutica e complementar a segurado facultativo, previsto no § 5º do art. 85 da Lei Complementar nº 64, de 25 de março de 2002" (art. 1º), referido comando entrou em vigor em maio de 2003, consoante corrobora o documento de f. 26, dando-se o requerimento em data anterior à publicação, pelo que não há como prejudicar os servidores que haviam preenchido os requisitos necessários para a pretendida admissão, com fulcro na legislação apontada, à época do requerimento.

Registra-se, por oportuno, que nenhuma lei posterior pode retroagir os seus efeitos jurídicos para prejudicar as situações já consolidadas no tempo, em ofensa ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, consoante o inciso XXXVI do art. 5º da Constituição da República, não prosperando a assertiva do apelante de que o ato do indeferimento estaria embasado no decreto apontado, que, repita-se, é posterior à LC nº 64/02 e ao Decreto nº 42.897/02, não havendo que se falar, então, em disposição legal expressa suspendendo o procedimento de inclusão.

Nesse sentido, leciona o autor Alexandre de Moraes:

> A Constituição Federal afirma que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.
> Não se pode desconhecer, porém, que em nosso ordenamento positivo, inexiste definição constitucional de direito adquirido. Na realidade, o conceito de direito adquirido ajusta-se à concepção que lhe dá o próprio legislador ordinário, a quem assiste a prerrogativa de definir, normativamente, o conteúdo evidenciador da idéia de situação jurídica definitivamente consolidada. Em nível doutrinário, o direito adquirido, segundo Celso Bastos, 'constitui-se num dos recursos de que se vale a Constituição para limitar a retroatividade da lei. Com efeito, esta está em constante

> mutação; o Estado cumpre o seu papel exatamente na medida em que atualiza as suas leias. No entretanto, a utilização da lei em caráter retroativo, em muitos casos, repugna, porque fere situações jurídicas que já se tinha por consolidadas no tempo, e esta é uma das fontes principais da segurança do homem na terra'.
> O ato jurídico perfeito: 'É aquele que se aperfeiçoou, que reuniu todos os elementos necessários à sua formação, debaixo da lei velha. Isto não quer dizer, por si só, que ele encerre em seu bojo um direito adquirido. Do que está o seu beneficiário imunizado é de oscilações de forma aportadas pela lei nova' (in *Direito constitucional*. 16. ed., São Paulo: Ed. Atlas, p. 107).

Esclareceu a douta Sentenciante, com propriedade, que:

> Não obstante as alegações do réu, aduzindo que a Administração, no caso o Ipsemg, com a edição do Decreto 43.336/03 [...] estaria apenas aplicando o texto legal, não se pode olvidar que os autores requereram a inclusão como usuários facultativos antes da sua edição, conforme fartamente demonstrado nos autos. Destarte, a razão para não haver se consumado o ato de inclusão dos autores, como dependentes dos segurados, foi a mora da Administração em atender ao requerimento dos mesmos. Não podem, os administrados, ficar sujeitos ao talante do administrador, sendo prejudicados, unicamente, em virtude de sua ineficiência. Não obstante o Decreto 43.336/03 tenha suspendido, temporariamente, o processamento da inscrição de segurados facultativos para o fim de concessão, pelo Ipsemg, de benefícios previdenciários, o mesmo não pode ser utilizado como fundamento para o indeferimento de requerimento devidamente aviado antes de sua entrada em vigor (f. 54).

Tal entendimento ora escolto para confirmar a sentença na parte em que reconheceu a procedência do pedido inicial.

Finalmente, anoto que a sentença merece pequeno reparo, na parte em que condenou o réu ao pagamento das custas processuais, na medida em que goza o Ipsemg de isenção legal, conforme disposto pelo art. 10, inciso I, da Lei nº 14.939/03, no sentido de que "São isentos do pagamento de custas: a União, o Estado de Minas Gerais e seus Municípios e as respectivas autarquias e fundações".

Mediante tais considerações, no reexame necessário, reformo parcialmente a sentença somente para excluir da condenação o pagamento das custas pelo requerido, ficando prejudicado o recurso voluntário.

Custas recursais, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores FERNANDO BOTELHO e FERNANDO BRÁULIO.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMARAM A SENTENÇA PARCIALMENTE, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

...

Ação monitória - Prova escrita - *Causa debendi* - Declinação - Desnecessidade - Dívida inexistente - Ônus da prova

Ementa: Ação monitória. Prova escrita. Desnecessidade de declinar a *causa debendi*. Inexistência da dívida. Ônus probatório do réu.

- Ante o disposto no art. 1.102a, do Código de Processo Civil, a "ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel".

- A distribuição do ônus probatório em sede de ação monitória deve orientar-se de modo que, enquanto ao credor incumbe a apresentação da prova escrita exigida pela lei, ao réu faculta-se a apresentação de embargos com o intuito de desconstituir a força monitória reconhecida à prova escrita, podendo, para tanto, discutir a *causa debendi* do negócio.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.278857-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Health Car Ltda. - Apelado: Roberto Machado Domingos - Relatora: DES.ª CLÁUDIA MAIA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de f., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 27 de março de 2008. - *Cláudia Maia* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª CLÁUDIA MAIA - Trata-se de recurso de apelação interposto por Health Car Ltda. contra a r. sentença proferida pelo Juízo da 12ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, que, nos autos de ação monitória ajuizada por Roberto Machado Domingos, rejeitou os embargos monitórios e, por conseguinte, constituiu de pleno direito em título executivo judicial os valores declinados na petição inicial.

Nas razões recursais de f. 52/57, a apelante informa que o apelado exercia a função de administrador da empresa ré juntamente com outros dois sócios. Aduz que os cheques objeto da lide teriam sido entregues ao apelado em garantia dos valores repassados para sua empresa a título de investimentos. Assevera que o autor, utilizando-se da prerrogativa de sócio, não teria devolvido os cheques para a empresa ré. Sustenta que caberia

ao apelado argüir o fato que gerou o crédito pleiteado na inicial. Alega, ainda, que teria sido provada a má-fé do apelado em cobrar cheques da própria empresa. Ao final, requer o provimento do recurso.

O apelado apresenta contra-razões recursais às f. 61/63, pugnando pelo desprovimento do recurso e manutenção da sentença guerreada.

É o relatório.

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do recurso.

Trata a espécie de ação monitória ajuizada pelo apelado em face da apelante, na qual se busca a - - constituição de título executivo judicial no valor de R$15.578,48 (quinze mil quinhentos e setenta e oito reais e quarenta e oito centavos).

Consoante estabelece o art. 1.102a do Código de Processo Civil, a "ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel".

Do dispositivo supra, computa-se que só é cabível o procedimento monitório caso se trate de prova escrita sem eficácia de título executivo. Isso porque a sua finalidade é justamente conferir a exeqüibilidade a documento que não teve e continua não tendo força executiva.

Nos dizeres do festejado Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira,

> a ação monitória tem natureza de processo cognitivo sumário e a finalidade de agilizar a prestação jurisdicional, sendo facultada a sua utilização, em nosso sistema, ao credor que possuir prova escrita do débito, sem força de título executivo, nos termos do art. 1.102 a do CPC (STJ, REsp 208.870-SP, 4ª Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 08.06.99, *DJU* de 28.06.99).

Ainda, para Nelson Nery Júnior,

> qualquer documento escrito que não se revista das características de título executivo é hábil para ensejar a ação monitória, como por exemplo: a) cheque prescrito; b) duplicata sem aceite; c) carta confirmando a aprovação do valor do orçamento e a execução dos serviços; d) carta agradecendo ao destinatário empréstimo em dinheiro; e) telegrama; f) fax (*Atualidades sobre o Processo Civil*: A Reforma do Código de Processo Civil Brasileiro de 1994 e de 1995. *RT* 1996, p. 228).

Seguindo essa linha conceitual, tem-se que o cheque prescrito pode perfeitamente ser utilizado para o manejo da ação monitória por constituir documento escrito que comprova o débito, nos termos exigidos pela lei.

Cumpre registrar que a matéria se tornou estreme de dúvidas com a edição da Súmula 299 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual "é admissível a ação monitória fundada em cheque prescrito".

Em que pese entendimento contrário, entende-se, ainda, que o cheque, por si só, basta para comprovar a existência da dívida e a busca do título executivo pela via da ação monitória, tornando prescindível a indicação da causa de sua emissão.

Não se afigura correta a interpretação de que o cheque prescrito seria simplesmente um indício de prova material, tornando imperiosa a descrição da *causa debendi*, pois, se assim entendesse, estar-se-ia transmudando a ação monitória em ação ordinária, na qual se exige ampla e complexa cognição.

Nesse passo, a distribuição do ônus probatório em sede de ação monitória deve orientar-se de modo que, enquanto ao credor incumbe a apresentação da prova escrita exigida pela lei, ao réu faculta-se a apresentação de embargos com o intuito de desconstituir a força monitória reconhecida à prova, podendo, para tanto, discutir a *causa debendi* do negócio.

Ainda, a teor do art. 333, II, do Código de Processo Civil, por se tratar de questão inerente à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, certo é que as alegações acerca *da causa debendi* apresentadas pelo réu devem vir acompanhadas de prova robusta, cabal e convincente, sob pena de não surtirem qualquer efeito.

A esse respeito, confira a lição de José Rubens Costa:

> O autor apresenta início de prova escrita - comprovação parcial do fato constitutivo -, e o réu, se quiser defender-se, dispõe do direito aos embargos (art. 1.102c), competindo-lhe o ônus probatório para desconstituir a força monitória reconhecida pelo juiz ao deferir a ação, com base no convencimento proporcionado pela sumária cognição representada pela essencial prova escrita do suposto credor. Também lhe assiste o ônus dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos (art. 333, II) (*Ação monitória*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 14/16).

No mesmo sentido vem decidindo o colendo Superior Tribunal de Justiça:

> Processual civil. Ação monitória. Cheque prescrito. Declinação da *causa debendi*. Desnecessidade. - Na ação monitória fundada em cheque prescrito, não se exige do autor a declinação da *causa debendi*, pois é bastante para tanto a juntada do próprio título, cabendo ao réu o ônus da prova da inexistência do débito. Precedentes. Recurso especial conhecido e provido (REsp 541666/MG, 4ª Turma, Min. César Asfor Rocha, j. em 05.08.2005, *DJU* de 02.05.2005).

> Ação monitória. Cheque prescrito. Embargos ao mandado monitório. Argüição de ilegitimidade de parte ativa e de inépcia da inicial. Improcedência das preliminares.
> - Para o exercício da ação monitória, cabe ao autor instruí-la com a prova escrita da dívida sem eficácia de título executivo (art. 1.102a do CPC). Apresentado pelo credor o cheque, o ônus da prova da inexistência do débito incumbe ao réu (REsp nº 285.223-MG). Réu embargante que, no caso, não nega a emissão das cártulas, assim como a própria existência da dívida. Recurso especial não conhecido

(REsp 440653/PR, 4ª Turma, Min. Barros Monteiro, j. em 17.09.2002, *DJU* de 17.03.2003).

No presente caso, verifica-se que a apelante, em sede de contestação, questionou a relação negocial motivadora da emissão dos cheques. Para tanto, argumentou que estes teriam sido entregues ao apelado apenas para garantir operações empresariais.

A despeito disso, no decorrer da instrução do feito, embora tenha o d. Juiz singular intimado as partes para especificar provas, a apelante quedou-se inerte, sem nada requerer.

Sendo assim, conforme ressaltou o d. Juiz singular, o que se conclui é que a apelante, de fato, nada trouxe aos autos capaz de comprovar a tese de que os cheques foram emitidos apenas para garantir operações comerciais.

Decerto que, não há como, baseando-se simplesmente nas alegações da apelante e na oposição ao pagamento do título, ter por desnaturada a *causa debendi* ou mesmo demonstrada suposta ilegalidade do negócio.

Como já dito, constitui incumbência do réu a desconstituição da força monitória do título apresentado, sendo, pois, imprescindível a apresentação de prova concreta.

As alegações apresentadas em apelação também não socorrem a apelante, pois o fato de o apelado ser sócio e administrador desta, por si só, não impede a emissão dos cheques.

Além disso, não se vislumbra, *a priori*, irregularidade nos títulos, porquanto foram emitidos em conformidade com o contrato social, o qual torna necessária a assinatura de pelo menos dois sócios, sendo obrigatoriamente um deles a Sr.ª Adelaine Marli da Terra Caldeira Sette.

Nessa toada, tendo em vista que o apelado apresentou os cheques prescritos de f. 09/11, satisfazendo a exigência do art. 1.102a do Código de Processo Civil, ao passo que a apelante, muito embora tenha questionado a *causa debendi* e a legalidade da dívida, não comprovou as suas alegações, descurando-se do ônus probatório que lhe incumbia, não resta alternativa senão a procedência do pleito inicial.

Diante do exposto, com respaldo nos princípios do livre convencimento motivado e da fundamentação dos atos jurisdicionais, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a sentença.

Custas, pela apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALBERTO HENRIQUE e BARROS LEVENHAGEN.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Previdência privada - Contribuição - Restituição total - Rescisão do contrato de trabalho - Prescrição vintenária - Novo Código Civil - Prescrição decenal - Juros de mora - Incidência

Ementa: Apelação. Restituição total da contribuição plano de previdência privada. Rescisão do contrato de trabalho. Prescrição vintenária. Regra de transição. Novo CCB. Prescrição decenal. Juros de mora. Novo Código Civil.

- Diante da natureza pessoal da ação, aplicável é a prescrição vintenária prevista no art. 177 do Código Civil de 1916, reduzida para 10 anos de acordo com o Código Civil de 2002, em seu art. 205.

- Devem ser restituídas ao suplicante todas as prestações pagas a título de contribuição para a previdência privada ainda que haja cláusula estatutária em contrário.

- Os juros de mora devem incidir a partir da citação, momento da constituição em mora.

Preliminar rejeitada e apelação não provida.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.06.283039-4/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Funcef - Fundação dos Economiários Federais - Apelado: Joemilson Donizetti Lopes - Relator: DES. ALBERTO ALUÍZIO PACHECO DE ANDRADE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 29 de janeiro de 2008. - *Alberto Aluízio Pacheco de Andrade* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALBERTO ALUÍZIO PACHECO DE ANDRADE - Adoto o relatório da sentença de f. 185/193, acrescentando, tão-somente, que o MM. Juiz, na ação declaratória c/c ressarcimento de contribuições em face da rescisão contratual, proposta por Joemilson Donizetti Lopes contra Funcef - Fundação dos Economiários Federais, rejeitou a preliminar e julgou procedente a ação, condenando a ré a pagar ao autor a quantia de R$ 10.271,33 (dez mil duzentos e setenta e um reais e trinta e três centavos), acrescida de juros moratórios de 6% ao ano, a partir de 1º.05.1996 até 10.01.2003, juros moratórios de 12% ao ano, a contar de 11.01.2003, e de correção monetária pelo INPC desde

1º.05.1996 até a data do efetivo pagamento; condenando, ainda, a ré ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios, os quais arbitro em 10% sobre o valor da condenação.

Inconformada, insurge-se a apelante contra os fundamentos da decisão do MM. Juiz, argumentando que a prescrição no caso *sub judice* é qüinqüenária.

Defende a legalidade do desconto efetuado.

Aduz que a associação é facultativa e eminentemente contratual, não sendo arbitrário o desconto das parcelas de contribuição ao plano.

Sustenta que a desconsideração das cláusulas que versam sobre o resgate, além de fulminar o princípio da segurança jurídica, defraudaria milhares de cidadãos que ainda participam do fundo.

Quanto aos juros de mora, alega que somente deverão incidir após o trânsito em julgado da sentença.

Feito o breve relatório, decido.

Prescrição.

In casu, o que se discute na presente demanda é, tão-somente, a devolução de valores recolhidos pelo apelado ao fundo de previdência privada administrado pela apelante e que não teriam sido restituídos quando do desligamento do apelado. Ou seja, com efeito, não há nos autos nenhuma cobrança de parcelas de complementação de aposentadoria, razão pela qual não se aplica à espécie o prazo prescricional qüinqüenal previsto no art. 178, § 10, inciso II, do Código Civil de 1916, então vigente, tampouco a Súmula 291 do STJ.

Assim, neste caso, ante a natureza pessoal da ação, aplicável é a prescrição vintenária prevista no art. 177 do Código Civil de 1916, reduzida para 10 anos de acordo com o Código Civil de 2002, em seu art. 205.

Nesse sentido, assim já decidiu o STJ:

> Processual civil. Recurso especial. Embargos de declaração. Omissão e contradição. Violação ao art. 535 do CPC não caracterizada. Previdência privada. Capemi. Rescisão do contrato. Prescrição vintenária. Art. 177 do Código Civil/1916. Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa. Inexistência. Possibilidade jurídica do pedido. Restituição das contribuições pessoais. Cabimento. Prêmio do seguro. Devolução. Impossibilidade. [...]
> - Nos casos em que os associados buscam a rescisão do contrato mediante a restituição dos valores pagos, antes da implementação do termo, revela a ação relação obrigacional, de natureza pessoal, a qual deve ser regulada pela prescrição vintenária, em consonância com o art. 177 do Código Civil de 1916, e não qüinqüenal, nos termos do art. 178, § 10, II, desse mesmo diploma legal, cuja aplicação está adstrita à percepção das parcelas oriundas de planos de previdência privada, assim entendidas as prestações de trato sucessivo, representadas por rendas vitalícias ou temporárias. [...] (STJ - Recurso Especial nº 573761-GO, Rel. Min. Castro Filho - *DJU* de 19.12.2003 - p. 463).

E, ainda:

> Ação de cobrança. Previdência privada. Rescisão do contrato de trabalho. Devolução do valor contribuído. Prazo prescricional. Ação pessoal. 10 anos. Regra de transição. Art. 2.028 do CCB/2002. Prescrição efetivada.
> - Tratando-se de ação de cobrança de valores pagos a título de contribuição para fundo de previdência privada em função do desligamento da parte, a prescrição aplicável é a prevista para as ações de cunho pessoal, não havendo que se falar na aplicação da Súmula 291 do STJ, porquanto o que se requer não é o pagamento de parcela de previdência privada propriamente dita, com característica alimentar e de trato sucessivo, mas sim valores referentes à contribuição para o fundo de previdência administrado pelas rés. [...] (TJMG - Apelação Cível nº 1.0433.05.145487-7/001, Rel. Des. Lucas Pereira, j. em 15.12.2005).

Assim, como muito bem sentenciou o douto Magistrado, observando a entrada em vigor do novo Código Cível e a regra de transição, tendo sido a presente ação ajuizada em 17.04.2006, portanto já na vigência do Novo Código Civil, e tendo este reduzido o prazo prescricional de 20 anos (art. 177 do CCB/1916) para 10 anos (art. 205 do CCB/2002), faz-se necessária a observância da regra de transição contida no art. 2.028 da lei atual, que assim dispõe:

> Art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.

No caso em análise, observa-se que o apelado recebeu a restituição parcial em 30.04.1996. Assim, à época da entrada em vigor do Novo Código Civil (11.01.2003), não havia decorrido metade do prazo prescricional previsto no Código Civil de 1916 (20 anos - art. 177), razão pela qual, de acordo com a previsão contida no dispositivo supra, o prazo a ser aplicado é o do *codex* atual, ou seja, 10 (dez) anos, iniciando sua contagem na data da entrada em vigor do novo Código.

É o que preceitua Antônio Jeová Santos:

> Quando a lei nova abrevia o prazo e ainda não se passou a metade do tempo da prescrição prevista na legislação anterior e diante do contido no art. 2.028 do CC, a solução é contar o novo prazo a partir da vigência do novo Código. [...]
> O silêncio do art. 2.028 do CC/20002, quanto à abreviação do tempo de prescrição e que não tenha decorrido metade do prazo previsto no Código de Beviláqua, será equacionado nos moldes como entendem a doutrina e a jurisprudência brasileira. Em 04.04.1963, o Supremo Tribunal Federal, em acórdão proferido no RE 51.706-MG e que teve como Relator o Ministro Luiz Gallotti, assim exprimiu: 'Tratando-se de lei que encurtou o prazo da prescrição, ela é aplicável às prescrições em curso, mas contando-se o novo prazo da data em que a mesma lei começou a vigorar (p. ex. acórdão do Supremo no Arquivo Judiciário, v. 20, p. 3 e v. 27, p. 239)' (in *Direito intertemporal e o novo Código Civil*. São Paulo: RT, 2003, p. 106/108).

Assim, tendo a contagem do prazo tido fluência somente em 11.01.2003 e tendo sido a presente ação

ajuizada em abril de 2004, não há que se falar em prescrição da pretensão do apelado, motivo pelo qual rejeito a prejudicial.

Mérito.

Ultrapassada a prejudicial, no mérito há que se analisar se houve licitude no resgate de apenas parte das parcelas desembolsadas pelo apelado como suplementação de sua eventual aposentadoria, em decorrência de aplicação da cláusula do contrato de previdência privada pactuada com a entidade apelante, que, em caso de rescisão advinda da cessação do vínculo empregatício com a instituição patrocinadora, estabelecia expressamente a devolução das contribuições vertidas pelos associados em percentual em função da idade do associado, no caso de apenas 50% (cinqüenta por cento).

A meu modesto entender, devem ser restituídas ao suplicante todas as prestações pagas a título de contribuição para a previdência privada ainda que haja cláusula estatutária em contrário; isso porque referida cláusula é manifestamente nula por contemplar hipótese de verdadeiro enriquecimento ilícito da ré, que, diante do desligamento do autor, não será futuramente compelida a pagar-lhe qualquer espécie de benefício, devendo, por essa razão, restituir-lhe *in totum* o montante pago.

Faz-se mister registrar que a ré é uma entidade fechada de previdência privada, de caráter assistencial, que tem por objetivo conceder aos seus participantes complementação do valor por eles percebido a título de benefício previdenciário.

Para tanto, organiza-se de forma própria e autônoma em relação ao regime oficial de previdência, gozando de autogestão nos termos do art. 202, *caput*, da Constituição Federal, que tem a seguinte dicção:

> O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.

Neste tempo, a concessão dos benefícios que se propõe a pagar se dá na forma avençada contratualmente uma vez que tal entidade não guarda qualquer traço de ordem pública, celebrando com o participante verdadeiro pacto de complementação dos benefícios previdenciários nos termos acordados entre as partes.

Entretanto, referido acordo é constituído sob a forma de adesão, em cujo bojo se encontram cláusulas nulas, decorrentes de abusividade nas hipóteses em que há prevalência da vontade de uma das partes sobre a da outra, tal qual se dá *in casu*, na medida em que a entidade de previdência privada ré não sofrerá qualquer dano mediante a devolução integral do montante pago pelo autor, haja vista, conforme supra-aludido, desonerou-se do pagamento de qualquer benefício futuro, restituindo as contribuições a ela vertidas com correção monetária e juros de mora, ao passo que as utilizou por longo período, inclusive podendo haver usufruído de juros remuneratórios sobre elas incidentes.

Ressalte-se, ademais, que o ordenamento jurídico deve ser visto como um todo, em que a necessidade de harmonização de seus princípios regentes, tal como a proibição do enriquecimento ilícito, com os demais mandamentos legais existentes no universo jurídico culmina com o sacrifício de uns (aqueles que violam diretrizes maiores) em prol de outros, de importância acentuada na obtenção da efetiva Justiça.

Dessarte, impõe-se a anulação da cláusula contratual que determina a devolução de apenas 50% das contribuições vertidas para o plano de previdência privada, até porque a devolução integral não culmina com desequilíbrio atuarial da suplicada, já que não está o autor recebendo nada além daquilo a que estritamente faz jus, não contribuindo de qualquer maneira para eventual descompasso entre a receita da entidade ré e suas despesas.

Nesse sentido, a jurisprudência:

> Cobrança. Funcef. Resgate. Correção monetária. Expurgos inflacionários. - É nula a cláusula que estipula a restituição parcial das contribuições vertidas em favor de plano de previdência privada, em caso de desligamento, devendo ser restituídas ao associado as importâncias com as quais contribuiu para a entidade, devidamente corrigidas por fatores que recomponham a desvalorização sofrida pelo numerário, conforme entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça (TJMG, 13ª Câmara Cível, Ap. 461408-6, Rel.ª Des.ª Eulina do Carmo Almeida, j. em 31.03.2005).

> Ementa: Ação de cobrança. Previdência privada. Reserva de poupança. Devolução integral dos valores. Cláusula ilícita. Juros moratórios.
> - O integrante de uma entidade de previdência privada que se desliga involuntariamente do grupo tem direito à devolução integral de todos os valores por ele pagos.
> - A cláusula contratual/estatutária ilegal ou abusiva, ou que estabelece prestação desproporcional, pode ser modificada pelo Judiciário.
> - Quando não convencionada, a taxa de juros moratórios é aquela prevista no art. 406 do Código Civil em vigor (art. 1.062 do CC/1916) (TJMG, 11ª Câmara Cível, Rel.ª Des.ª Albergaria Costa, Ap. 396.984-8, j. em 31.03.2004).

> Previdência privada. Rescisão do contrato. Devolução de contribuições pessoais. Correção monetária. Expurgos. Retenção de percentual. Gastos administrativos. Assistência judiciária. Suspensão da condenação.
> - Em caso de rescisão do contrato de previdência privada, advindo da extinção do vínculo empregatício com a instituição empregadora, é devida ao associado a restituição das contribuições vertidas à entidade a título de suplementação de aposentadoria, devendo ser declarada a nulidade de cláusula contratual que estipule o resgate parcial das parcelas, sob pena de locupletamento ilícito.
> - A legislação da entidade de previdência privada não pode determinar índice de correção inferior à efetiva desvalorização da moeda, razão por que o associado retirante tem direito ao resgate de suas contribuições monetariamente

corrigidas pelos índices que melhor reflitam a inflação do período.
- Não podem ser desconsiderados na devida reposição das partes ao *status quo* os gastos administrativos efetuados pela entidade de previdência privada, dispensados na manutenção dos associados em seu sistema, situação que justifica a retenção de percentual equivalente a 10% das parcelas pagas.
- A parte, quando beneficiária da assistência judiciária e vencida na causa, deve ser condenada ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios da parte adversa, cuja exigibilidade, todavia, fica suspensa, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50 (TJMG, 13ª Câmara Cível, Ap. 406.571-6, Rel. Des. Elias Camilo, j. em 02.10.2003).

Também o Superior Tribunal de Justiça:

Processual civil e econômico. Agravo no agravo de instrumento. Recurso especial. Previdência privada. Retenção pela entidade de previdência privada. Impossibilidade. Devolução dos valores pagos. Correção monetária.
- Ainda que o estatuto assim não preveja, tem o beneficiário de plano de previdência privada o direito à restituição da totalidade das contribuições pessoais vertidas, sob pena de enriquecimento ilícito da entidade de previdência privada. Precedente da Terceira Turma.
- Por ocasião do desligamento do empregado, as importâncias com que este pessoalmente contribuiu à entidade de previdência complementar devem ser devolvidas devidamente atualizadas, mediante a utilização de índice de correção monetária que reflita a efetiva recomposição do valor de compra da moeda. Precedentes.
- Inviável o recurso especial se o acórdão recorrido se encontra em harmonia com a jurisprudência pacífica e recente do STJ a respeito do tema.
Negado provimento ao agravo no agravo de instrumento (STJ, 3ª Turma, AgRg no Ag 746476/RN, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, *DJ* de 29.05.2006).

Por fim, quanto aos juros legais, tenho que estes devem ser aplicados desde a data da citação, tendo em vista que naquela oportunidade a apelante foi constituída em mora.

Considerando que a data da citação é posterior à vigência do Código Civil de 2002, o percentual a ser adotado é aquele da sentença, ou seja, de 1%, em conformidade com o estabelecido no art. 406 deste mesmo diploma legal.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pela apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PEREIRA DA SILVA e MARCOS LINCOLN.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

...

Tributário - Ação declaratória - Requisitos - Declaração de simples situação jurídica de não-incidência tributária, genericamente, sem referência à relação jurídica concreta - Impossibilidade - Repetição de indébito - Pedido genérico

- Julga-se improcedente a pretensão declaratória, quando se limite, exclusivamente, a pretender declaração sobre situação fática informativa de possível inexistência de relação jurídica não afirmada, o mesmo ocorrendo com o pedido de restituição de indébito.

Apelação Cível nº 1.0024.04.306132-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: Tokarski & Cia. Ltda. e outro - Apelado: Estado de Minas Gerais - Relator: DES. ERNANE FIDÉLIS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, em dar provimento parcial.

Belo Horizonte, 27 de maio de 2008. - *Ernane Fidélis* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ERNANE FIDÉLIS - Pelo que se verifica, a autora está a pretender genérica declaração de não incidência de ICMS, considerando que a atividade de manipulação de remédio composto, personalizado, com destinação pessoal, não se caracteriza como circulação de mercadoria, mas como simples prestação de serviço.

Foi argüido pelo réu impossibilidade jurídica do pedido, considerando que não se pode pretender declaração *in abstracto*.

O digno Juiz rejeitou, em preliminar, a falta de interesse, matéria que, no entanto, não sofre efeito preclusivo, nos termos do art. 267, § 3º, do CPC, mesmo porque, na declaratória, a propriedade do pedido pode, no comum, envolver o próprio mérito.

A declaratória, na verdade, existe para declarar a existência ou inexistência da relação jurídica. Relação jurídica é vínculo que se estabelece entre duas ou mais pessoas, criando direitos e obrigações recíprocos e correspondentes, enquanto situação jurídica, conforme ensinamento de De Plácido e Silva, "[...] é de sentido genérico, exprimindo sempre, respeitante às pessoas, a posição ou a condição em que se encontra em relação ao direito que lhe é assegurado, quando dele se querem prevalecer" (*Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1953, v. 4, p. 1.460).

O pedido de declaração foi feito exclusivamente em razão de dúvida sobre situação de caráter tributário, com descrição hipotética de fatos, não havendo, na realidade, nenhuma informação de concretude que poria em estado de incerteza a obrigação de pagamento de determinado tributo, ou seja, não há nenhuma afirmação ou negação, nem mesmo ameaça, da pretensão a determinado cumprimento de obrigação tributária. Neste caso, o que estão a pretender os apelantes é a declaração de determinada situação jurídica, ou seja, a declaração de não-incidência tributária, genericamente considerada, sem levar em consideração qualquer pretensão específica, em forma de verdadeira consulta, para a regulamentação de futuras operações.

Ensina Pontes de Miranda que:

> O interesse jurídico de declaração estabelece-se desde que alguém afirma, ou nega, a relação jurídica, que outrem tem interesse em negar, ou afirmar, porque diz respeito a ele [...]. O interesse jurídico pode ser concernente a qualquer relação jurídica, em qualquer momento da dimensão do tempo. Mas é preciso que algo exista que a determinou, desde agora (*Comentários ao CPC/39*. Rio de Janeiro: Forense, tomo I, 1958, p. 111).

Adroaldo Fabrício, por sua vez, é claro em afirmar: "O que por sentença se pode declarar é a relação, não de algum elemento isolado dela; não o fato em si ou a norma em abstrato, mas a incidência de norma sobre o fato" (*Ação declaratória incidental*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 55).

Ora, se a autora não está a pedir declaração sobre relação jurídica tributária, determinada, específica e devidamente delimitada, declarar simplesmente, de forma genérica, sobre existência ou inexistência de apenas um de seus elementos, a pretendida não-incidência, como critério informativo de número "n" de relações jurídicas, não demonstra interesse, porque nada se determinou, limitando-se o pedido de declaração exclusivamente a elemento isolado de possíveis relações jurídicas, com simples declaração de norma em abstrato.

O mesmo deve ser dito com relação ao pedido de restituição de indébito, pois a parte, simplesmente, faz alegação de supostos recolhimentos de tributo, sem, no entanto, fazer nenhuma especificação.

Quanto aos honorários advocatícios, embora não o valor da causa, mas o proveito da parte vencedora, deva servir de parâmetro para a fixação de honorários, se o primeiro for razoavelmente fixado, com aparência de correspondência do que se pede e sem qualquer impugnação, aconselhável é que seja tomado para o devido arbitramento, pelo que, nesse particular, julgo de justiça reduzir os honorários para 20% sobre o valor da causa, devidamente corrigido a partir da sentença.

Com tais considerações, dando pela completa impropriedade da declaração pretendida, que alcança também o conseqüente pedido de repetição de indébito, mas reduzindo os honorários advocatícios, na forma acima exposta, dou provimento parcial ao recurso, respondendo os apelantes pelas custas processuais, inclusive recursais.

É o meu voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDILSON FERNANDES e MAURÍCIO BARROS.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...

Medida cautelar inominada - Construção vizinha - Danos - Providência de cunho satisfativo - Impossibilidade - Tutela cautelar - Finalidade

Ementa: Processual civil. Agravo de instrumento. Cautelar inominada. Danos provocados pela construção vizinha. Liminar para realização de medidas de contenção e reativação de instalação sanitária. Providência de cunho satisfativo. Impossibilidade. Finalidade da tutela cautelar.

- Embora o agravante alegue que irá buscar, na demanda principal, tão-somente a reparação pelos prejuízos que diz ter sofrido, certo é que o deferimento das providências pretendidas - medidas de contenção e reativação de instalação sanitária - implicaria a antecipação da prestação jurisdicional de mérito.

- O fim do processo cautelar é o de assegurar a eficácia e utilidade a outro processo, e não solucionar a pretensão material da parte, sendo inadmissível a sua transmudação em processo satisfativo.

AGRAVO Nº 1.0024.07.403177-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Carlos Aurélio de Almeida - Agravada: Nyelda Rocha de Oliveira - Relator: DES. TARCÍSIO MARTINS COSTA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 12 de fevereiro de 2008. - *Tarcísio Martins Costa* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. TARCÍSIO MARTINS COSTA - Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de f. 101-TJ, proferida pelo MM. Juiz da 15ª Vara Cível da

Comarca de Belo Horizonte, que, nos autos da ação cautelar inominada, movida por Carlos Aurélio de Almeida em face de Nyelda Rocha de Oliveira, deferiu parcialmente a liminar vindicada, denegando-a, contudo, quanto às "medidas de contenção e reativação das instalações sanitárias".

Irresignado, pretende o agravante a reforma do r. *decisum*, sustentando, em resumo, que a recorrida iniciou construção no lote vizinho, realizando, para tanto, diversas escavações, que culminaram por provocar a destruição da cerca divisória de arame farpado, além da fossa séptica e de suas instalações sanitárias.

Esclarece que, atualmente, a infra-estrutura de seu imóvel se encontra seriamente comprometida, como se infere da notificação expedida pela Prefeitura Municipal de Belo Horizonte, Laudo da Defesa Civil e Laudo de Vistoria Técnica, motivo pelo qual a agravada deve ser compelida a implementar medidas de contenção e reativação da fossa séptica, ainda que provisoriamente.

Salienta, ainda, que, no prazo legal, irá propor ação indenizatória.

Deferida a formação e o processamento do agravo às f. 107/109.

Informações prestadas, ficando mantida a r. decisão vergastada (f. 120-TJ).

Contra-razões, em evidente infirmação, pugnando pelo desprovimento do recurso (f. 126/127-TJ).

Presentes os pressupostos que regem sua admissibilidade, conhece-se do recurso.

Cuida-se de ação cautelar inominada preparatória em que o agravante objetiva a paralisação de obra de escavação de desaterro e aterro, em imóvel lindeiro, além de medidas de contenção, reativação das instalações sanitárias de fossa séptica, que teriam sido destruídas pela requerida, pleiteando, ademais, a aplicação de multa diária, em caso do descumprimento do preceito (f. 12/13).

O MM. Juiz *a quo* deferiu a liminar requerida, determinando a paralisação das obras de escavação de desaterro e aterro, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00 (f. 98-TJ).

Não tendo o Magistrado se manifestado sobre os demais pedidos - medidas de contenção e reativação das instalações sanitárias de fossa séptica, o requerente reiterou a pretensão (f. 99/100-TJ), ao argumento de que ausentes, nos autos, elementos de convicção, para ir além da almejada paralisação, já deferida, reclamando as demais providências outros elementos de prova (f. 101-TJ). Essa a decisão agravada.

Prima facie, cabe esclarecer que, nos estreitos limites do agravo interposto, impõe-se solucionar apenas a questão relativa à presença ou não dos requisitos essenciais à concessão da liminar vindicada, que visa, conforme expressamente consignado na peça introital, *litteris*:

> A realização de medidas de contenção, reativação das instalações sanitárias composta de fossa séptica (destruída pela Ré) que atendam as normas técnicas, mesmo que de forma provisória, mas com comprovada eficácia, com supervisão de profissional competente (*sic*) (f. 14, TJ).

Para tanto, incumbe verificar se estão, ou não, delineados os requisitos indispensáveis à concessão da liminar, quais sejam o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, ou seja, a plausibilidade aparente da tutela invocada e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação à requerente.

O insigne Humberto Theodoro Júnior, dissertando sobre o *fumus boni iuris*, dilucida:

> Para a ação cautelar, não é preciso demonstrar-se cabalmente a existência do direito material em risco, mesmo porque esse, freqüentemente, é litigioso e só terá sua comprovação e declaração no processo principal.
> Para merecer a tutela cautelar, o direito em risco há de revelar-se apenas como o interesse que justifica o direito de ação, ou seja, o direito ao processo de mérito (*Curso de direito processual civil*. 20. ed., Rio de Janeiro: Forense, v. 2, p. 371).

E, sobre o perigo da demora, acrescenta:

> Para a obtenção da tutela cautelar, a parte deverá demonstrar fundado temor de que, enquanto aguarda a tutela definitiva, venham a faltar as circunstâncias de fato favoráveis à própria tutela. E isto pode ocorrer quando haja risco de perecimento, destruição, desvio, deterioração, ou de qualquer mutação das pessoas, bens ou provas necessários para a perfeita e eficaz atuação do provimento final do processo principal (*op. cit.*, p. 372).

Nessa mesma esteira, Nelson Nery Junior anota que:

> Para que a parte possa obter a tutela cautelar, no entanto, é preciso que comprove a existência da plausibilidade do direito por ela afirmado (*fumus boni juris*) e a irreparabilidade ou difícil reparação desse direito (*periculum in mora*), caso se tenha de aguardar o trâmite normal do processo. Assim, a cautela visa assegurar a 'eficácia' do processo de conhecimento ou do processo de execução (*Código de Processo Civil comentado*. 3. ed., São Paulo: RT, p. 910).

Analisando o primeiro requisito (*fumus boni iuris*), estou a entender, por fundamento diverso daquele apontado na r. decisão atacada, que a liminar não pode ser deferida, por apresentar cunho nitidamente satisfativo.

Nada obstante o agravante afirmar, na minuta recursal, que irá aforar, oportunamente, a ação visando à reparação dos danos causados, certo é que o deferimento das providências ora almejadas praticamente esvaziaria o objeto da demanda principal.

Ora, se a própria recorrida adotar as medidas reparatórias, não subsistirá, ao menos, em tese, o interesse à reparação dos danos.

Na estreita via de uma liminar, em sede de medida cautelar, estar-se-ia assegurando ao recorrente,

antecipadamente, a satisfação do pedido a ser postulado, em juízo, na ação principal. Em outras palavras, o que se pretende é uma antecipação da prestação jurisdicional de mérito.

Como sabido, a finalidade do processo cautelar é assegurar a efetividade do processo principal, prevenindo eventuais danos. Sob esse enfoque, a tutela cautelar não se presta a garantir precocemente à parte, ainda que de forma precária, o exercício do direito material alegado, cuja existência deverá ser apurada no processo de conhecimento, com a instauração do contraditório, a exigir dilação probatória.

Ainda a lição de Humberto Theodoro Júnior, *litteris*:

> Ao invés de preocupar-se com a tutela do direito (composição da lide) - função principal da jurisdição -, o processo cautelar exerce função auxiliar e subsidiária, servindo à tutela do processo, onde será protegido o direito.
> A atividade jurisdicional cautelar dirige-se à segurança e garantia do eficaz desenvolvimento e do profícuo resultado das atividades de cognição e de execução, concorrendo, dessa maneira, para o atingimento do escopo geral da jurisdição (...) (*op. cit.*, p. 372).

Embora da mesma ordem e importância dos processos de execução e conhecimento, o processo cautelar não colima tutelar diretamente o direito subjetivo material, mas apenas o interesse.

E qual seria esse interesse: o material ou o processual?

Entende o saudoso Professor Ronaldo Cunha Lima, com o peso de sua autoridade, que o interesse tutelado só pode ser o processual, isto é, o interesse na obtenção de um provimento processual que componha definitivamente a lide e seja realmente útil e eficaz ao fim visado.

Não tendo a finalidade de solucionar o litígio e sendo seu objetivo tutelar o próprio processo, "a função cautelar tem por escopo servir o interesse público na defesa do instrumento criado pelo Estado para compor lides, isto é, a defesa do processo (...)".

E logo adiante conclui:

> Temos, pois, com perfeita autonomia, dentro da função jurisdicional: uma ação cautelar e um processo cautelar, ao lado das ações e processos de cognição e execução, cujo traço diferenciador, frente às demais atividades jurisdicionais, está no fim específico, que é a prevenção. Quer isto dizer que não se busca com a cautela a composição da lide..., mas tão-somente a eliminação de situações perigosas que possam afetar, eventualmente, a eficácia do futuro provimento principal ou de mérito (...).
> As medidas cautelares servem, na verdade, ao processo, e não ao direito da parte (...).
> E isto decorre do fim do processo cautelar, que é o de assegurar eficácia e utilidade a outro processo e não solucionar a pretensão material da parte (*Processo cautelar.* 11. ed., São Paulo: Leud, 1989, p. 41, 42, 43, 44, 57, 61 e 93).

Em caso análogo, esta egrégia Corte de Justiça assim se manifestou:

> A medida cautelar não tem por objetivo tutelar o suposto direito, de imediato, mas assegurar o processo principal, visando impedir que ocorram lesões ou danos aos interesses pendentes de apreciação e solução jurisdicional. Assim, se se pretendeu transformar o processo cautelar em verdadeira ação satisfativa, e, alegando urgência, o que se busca, na realidade, é uma antecipação da prestação jurisdicional de mérito, é de se indeferir tal medida. O poder cautelar do juiz, embora amplo, tem fronteiras, na lei e nas convenções ou contratos celebrados, validamente, pelas partes, como balizamento nas soluções dos litígios entre particulares (AC. un. da 2ª Câm. do TJMG, de 20.06.89, na Apel. 78.937/2, Rel. Des. Lélis Santiago, *DJMG* de 27.12.89; *Adcoas*, 1990, nº 126.838).

Por conseguinte, sendo inadmissível a transmudação do processo cautelar em satisfativo, deve ser mantida a decisão que indeferiu a liminar pleiteada.

Ao impulso dessas considerações, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se a r. decisão atacada.

DES. JOSÉ ANTÔNIO BRAGA - Senhor Presidente, é hábito não haver a remessa dos autos ao Primeiro Vogal, quando se trata de agravo de instrumento.

Por isso, em data de hoje, constato que a parte agravante, Carlos Aurélio de Almeida, perito que atuou durante longo tempo na primeira instância, é pessoa das relações de amizade deste Vogal.

Em razão desse relacionamento, declaro-me impedido de participar do presente julgamento.

DES.GENEROSO FILHO - De acordo com o Relator.

DES. PEDRO BERNARDES - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Mandado de segurança - Estabelecimento comercial - Interdição - Auto de infração - Ilegalidade - Delegação legislativa inconstitucional - Procedimento administrativo prévio - Ausência

Ementa: Mandado de segurança. Interdição de estabelecimento comercial. Ilegalidade do auto de infração. Delegação legislativa inconstitucional. Ausência de procedimento administrativo prévio.

- O princípio da moralidade administrativa impõe que a Administração Pública faça constar, do auto de infração administrativa por poluição sonora, os níveis de decibéis constatados na fiscalização, que alega serem superiores ao limite permitido, como forma de possibilitar ao suposto infrator o exercício da ampla defesa.

- Extrapola a competência regulamentar decreto que inova no mundo jurídico, dispondo acerca de restrição de direitos, sem que as condições para tanto estejam prescritas na lei regulamentada, configurando-se delegação disfarçada e, portanto, nula, a outorga dessa competência da lei para o regulamento.

- Todo ato administrativo cujos efeitos importem em restrição da esfera jurídica de um particular deve ser precedido de procedimento administrativo, segundo o devido processo legal, em que se assegure ao interessado o exercício do contraditório e da ampla defesa.

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0024.07.447973-4/002 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 5ª Vara da Fazenda Municipal da Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Município de Belo Horizonte - Apelada: BARBH Gastronomia Ltda. - Autoridade coatora: Secretário Municipal de Administração da Regional Centro-Sul de Belo Horizonte - Relator: DES. MAURÍCIO BARROS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONFIRMAR A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 19 de fevereiro de 2008. - *Maurício Barros* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MAURÍCIO BARROS - Trata-se de reexame necessário e de apelação interposta pelo Município de Belo Horizonte nos autos do mandado de segurança impetrado por BARBH Gastronomia Ltda. contra ato do Secretário Municipal da Regional Centro-Sul de Belo Horizonte, da sentença que, confirmando a liminar, concedeu a ordem para determinar que a autoridade coatora se abstenha de aplicar sanções à impetrante, salvo se instaurar o competente processo administrativo, com observância dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (f. 173/177).

Inconformado, o apelante aduz, em síntese, que o ato administrativo questionado se assenta no art. 317, inciso II e §§ 1º e 2º, da Lei Municipal 8.616/2003, bem como no art. 180, II, § 1º, do Decreto Municipal 11.601/2004; que a interdição se deu de imediato por se tratar de atividade poluente sonora; que não há que se falar em necessidade de prévio processo administrativo; e que não há exigência legal de que o fiscal faça constar do auto de infração o nível dos ruídos, devendo apenas apurar se houve infração às normas legais, gozando o seu ato de presunção de legalidade, veracidade e legitimidade. Pede a reforma da sentença, com a denegação da segurança para que o apelante possa manter a interdição do estabelecimento, até que seja formulada proposta pelo representante legal da impetrante, no sentido reduzir os ruídos emitidos pelos freqüentadores da casa (f. 179/184).

O apelado ofereceu contra-razões, em óbvia contrariedade (f. 186/190).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 199/202, opinou pela manutenção da r. sentença, em reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário.

O reexame necessário.

Conheço da remessa oficial, já que presentes estão os respectivos pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de mandado de segurança impetrado contra ato da autoridade apontada coatora, que, mediante os autos de fiscalização 166.052 e de infração 058.076 (f. 21), promoveu a interdição incontinênti do estabelecimento comercial da impetrante.

A discussão se restringe ao mérito da lide, já que a autoridade impetrada deixou transcorrer em branco o prazo destinado à prestação de informações (f. 65-v.).

Compulsando os autos, verifico que o auto de fiscalização apresenta nulidade, por ter deixado de registrar os níveis de decibéis dos sons emitidos e que supostamente estariam acima do limite permitido.

A obrigação de fazer constarem do auto de fiscalização e/ou de infração os níveis de ruído decorre do princípio da moralidade, que impõe à Administração Pública uma atuação conforme os princípios éticos. Segundo lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, esse princípio se desdobra nos princípios da lealdade e da boa-fé, segundo os quais

> a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhaneza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos (*Curso de direito administrativo*. 22. ed. Ed. Malheiros, 2007, p. 115).

Obviamente, a omissão do dado mais importante, no auto de infração, que evidencia a realização da conduta apontada como infratora pelo suposto infrator, dificulta ou mesmo impede o exercício, por este, do seu direito à ampla defesa. Por outro lado, os atributos da presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo não dispensam o administrador do registro adequado dos fatos que aponta para o particular. Tais atributos não conferem à Administração os poderes por esta pretendidos. Sua conduta é vinculada, em maior ou menor grau, e se sujeita ao controle de legalidade, inclusive quanto aos atos discricionários. Os atributos em questão têm caráter meramente instrumental da ativi-

dade administrativa, para permitir à Administração Pública o exercício ordinário da sua função executiva.

Além da ilegalidade dos autos de fiscalização e de infração, outro aspecto sobressai dos fatos sob apreciação: o da previsão legal de interdição imediata da atividade poluente, conforme o art. 317, II e § 1°, da Lei Municipal 8.616/2003 (Código de Posturas Municipais), que assim dispõem:

> Art. 317 - A interdição do estabelecimento ou atividade dar-se-á, sem prejuízo da aplicação da multa cabível, quando:
> (...)
> II - tratar-se de atividade poluente, assim definida pela legislação ambiental;
> (...)
> § 1°. O regulamento definirá situações em que a interdição dar-se-á de imediato.

O regulamento a que alude o referido § 1° encontra-se no Decreto 11.601/2004, alterado pelo Decreto 11.698/2004.

À primeira vista, já se percebe uma delegação legislativa inconstitucional do § 1° do art. 317 da Lei Municipal 8.616/2003, ao transferir para o regulamento disciplina que extrapola os limites da função regulamentar. O regulamento não pode inovar no mundo jurídico, ou seja, não pode criar direitos ou deveres novos, nem tampouco restringir ou ampliar os direitos, que devem ser postos pela lei regulamentada. A propósito, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

> Há inovação proibida sempre que seja impossível afirmar-se que aquele específico direito, dever, obrigação, limitação ou restrição já estatuídos e identificados na lei regulamentada. Ou, reversamente: há inovação proibida quando se possa afirmar que aquele específico direito, dever, obrigação, limitação ou restrição incidentes sobre alguém não estavam já estatuídos e identificados na lei regulamentada. A identificação não necessita ser absoluta, mas deve ser suficiente para que se reconheçam as condições básicas de sua existência em vista de seus pressupostos, estabelecidos na lei e nas finalidades que ela protege.
> É, pois, à lei, e não ao regulamento, que compete indicar as condições de aquisição ou restrição de direito. Ao regulamento só pode assistir, à vista das condições preestabelecidas, a especificação delas. E esta especificação tem que se conter no interior do conteúdo significativo das palavras legais enunciadoras do teor do direito ou restrição e do teor das condições a serem preenchidas (obra citada, p. 339/340).

A melhor exegese do dispositivo legal em comento é no sentido da delegação legislativa, tão-somente, para a definição de hipóteses de interdição imediata, obviamente decorrentes de situações emergenciais ou excepcionais, a justificar a medida, por razões de interesse público premente. Entendimento diverso configuraria a chamada "delegação disfarçada", que é nula, por inconstitucional. Recorrendo novamente à lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, considera-se que há delegação disfarçada sempre que a lei deixa para o Poder Executivo a configuração do direito, obrigação ou restrição:

> Isto sucede quando fica deferido ao regulamento definir por si mesmo as condições ou requisitos necessários ao nascimento do direito material ou ao nascimento da obrigação, dever ou restrição. Ocorre, mais evidentemente, quando a lei faculta ao regulamento determinar obrigações, deveres, limitações ou restrições que já não estejam previamente definidos e estabelecidos na própria lei (obra citada, p. 342/343).

Nesse contexto normativo, pois, deve-se interpretar o disposto no § 1° do art. 317 da Lei Municipal n° 8.616/2003, sob pena de nulidade:

> De todo modo, ostensiva ou disfarçada, genérica ou mais restrita, assentada no todo da lei ou no incidente particular de algum preceptivo dela, a delegação do poder de legislar conferida ao regulamento é sempre nula, pelo que ao Judiciário assiste - como guardião do Direito - fulminar a norma que delegou e a norma produzida por delegação (Celso Antônio Bandeira de Mello, obra citada, p. 343).

É de se ressaltar que o princípio da reserva legal tem por objeto a tutela dos direitos e liberdades, retirando sua disciplina normativa dos casuísmos possíveis no Poder Executivo.

Por outro lado, dada a restrição interpretativa do disposto no § 1° do art. 317 do Código de Posturas Municipal, cuja única exegese constitucionalmente possível é a anteriormente exposta, de interdição imediata apenas nos casos emergenciais ou excepcionais, de interesse público premente, devidamente justificado de forma objetiva, impõe-se, nos demais casos, a prévia instauração de procedimento administrativo pelo Poder Público.

E essa imposição decorre da condição do particular, hoje, de sujeito de direitos perante a Administração Pública, no lugar de objeto da prestação administrativa, consoante se entendia no Estado Liberal, quando era então chamado de administrado. A Constituição Federal de 1988, ao instituir o Estado Democrático de Direito, que é um Estado "de direito material", impôs às três funções do Estado (executiva, legislativa e jurisdicional) a incumbência de realização dos seus fins, ou seja, de tutela dos direitos fundamentais, com vistas à realização da dignidade da pessoa humana, posta pela Carta Constitucional como fundamento da República (art. 1°, III). Além disso, a Constituição reconheceu expressamente ao particular direitos perante a Administração Pública, de modo que são ambos, Administração e particular, sujeitos de direitos diretamente fundados na Constituição Federal. Essa circunstância altera radicalmente a relação entre ambos, ganhando uma feição subjetivista, no sentido da proteção do particular diante da atuação administrativa.

Daí a necessária procedimentalização de todo comportamento administrativo que importe em efeitos restritivos da esfera jurídica do particular. O procedimento tem a natureza de garantia para o cidadão, além de impor uma atuação transparente do Poder Público, permitindo a realização do controle de legalidade da sua atuação. Essa é uma dimensão do preceituado no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, segundo o qual: "Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

De modo que, também pela ausência de procedimento administrativo prévio ao ato de interdição do estabelecimento comercial da impetrante, afigura-se ilegal o citado ato, a ferir o direito líquido e certo da impetrante.

Com esses fundamentos, no reexame necessário, confirmo a sentença. Julgo, em conseqüência, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores ANTÔNIO SÉRVULO e ERNANE FIDÉLIS.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

...

Conflito negativo de competência - Vara cível e vara criminal - Medida cautelar - Exibição de documento - Delito - Prova - Ação penal pública - Eventualidade - Competência - Juízo cível

Ementa: Conflito negativo de competência. Cautelar exibitória de documentos de natureza preparatória. Declinação de sua finalidade. Possível apuração de delito e ajuizamento de indenizatória. Circunstância que não determina por si só a competência da Vara Criminal.

- A circunstância de constar na petição de ingresso como motivo da exibição de documento uma possível apuração de fato delituoso não desloca por si só a competência para o Juízo Criminal, até porque ali consta também a intenção de ajuizamento de ação de indenização.

- A eventual pretensão de obter documento por particular deve ser ajuizada no Juízo Cível, pois, ainda que se pretenda qualquer medida criminal que gera a ação penal pública, não será o particular detentor do direito de ação penal a deslocar, portanto, a competência para a Vara Criminal.

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA Nº 1.0000.07.457272-8/000 - Comarca de Ipatinga - Suscitante: Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal, da Infância e Juventude da Comarca de Ipatinga - Suscitado: Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Ipatinga - Relator: DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM ACOLHER O CONFLITO DE COMPETÊNCIA E CONCLUIR PELA COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO (DA PRIMEIRA VARA CÍVEL).

Belo Horizonte, 9 de janeiro de 2008. - *Fernando Caldeira Brant* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT - Trata-se de conflito negativo de competência suscitado no bojo dos autos de ação cautelar de exibição de documentos ajuizada por Claudeir Morais Vieira contra Unibanco - União de Bancos Brasileiros S.A., pelo Excelentíssimo Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Ipatinga - apontado como competente para o processamento e julgamento da presente o Excelentíssimo Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Ipatinga.

A ação cautelar foi originariamente direcionada, portanto, ao Juízo da 1ª Vara Cível, por via de distribuição, cujo procedimento tramitou até proferir-se a sentença extintiva de f. 35, contra a qual houve recurso de apelação, ao qual foi dado provimento pelo acórdão de f. 57 e seguintes.

Logo em seguida, pelo despacho de f. 69, o então Juiz da 1ª Vara Cível determinou a remessa dos autos a nova distribuição, diante da modificação da competência da Vara, conforme noticiada pela Res. 513/06, procedendo-se, pois, à redistribuição à 1ª Vara Cível, onde então renova decisão declinatória de sua competência, pela decisão de f. 89/90, ao argumento de que o autor afirmara na exordial que a obtenção do documento tinha por escopo instruir ação penal, portanto, determinou nova redistribuição a uma das Varas Criminais.

Procedida a distribuição para a 1ª Vara Criminal vindo parecer ministerial, em seguida à decisão de f. 101 suscitando o conflito negativo de competência, nos termos do art. 118, I, do CPC, entretanto vindo os autos, irregularmente.

Manifestou-se a Procuradoria de Justiça pelo acolhimento do conflito, determinando-se a competência da 1ª Vara Cível de Ipatinga, no caso o suscitado.

Conheço do conflito, visto que negada a competência pelos Juízos envolvidos.

Observo que não foi cumprida a forma procedimental do art. 118, I, do CPC, que determina que o conflito negativo suscitado pelo Juiz deve ser feito por ofício, com colação das peças necessárias, e, a despeito da determinação legal, foram remetidos os autos a este Tribunal, ensejando desnecessária dilação de tempo para os jurisdicionados.

Enfim, processado, passa-se ao exame de mérito.

Como bem acentuou o ilustre Procurador de Justiça em seu claro parecer de f. 122/125, a cautelar, ainda que preparatória, tomou feições e natureza de satisfativa, uma vez que a provável ação penal decorrente dos fatos noticiados seria de natureza pública, e, portanto, não haveria como o autor ajuizá-la, a princípio, induzindo o processo penal.

Assim, de fato, a eventual pretensão de obter a exibição de documento por particular deve ser ajuizada no Juízo Cível, pois, ainda que se pretenda qualquer medida criminal que gere ação penal pública, não será o particular detentor do direito de ação penal a deslocar, portanto, a competência para a Vara Criminal.

Por outro lado, a mera figuração na petição inicial do objeto de produção de prova de possível ato delituoso não evidencia a natureza do procedimento a encaminhá-lo à competência da Vara Criminal - por outro lado, de há muito consta a certidão de f. 28 da escrivania da 1ª Vara Cível de que foi ajuizada a ação principal, conforme consta também de cópia da petição inicial pelo autor, contra o requerido Unibanco, ação esta de conhecimento com pedido de anulação de ato jurídico e indenização.

Dessa forma, a mera circunstância de constar na petição de ingresso, como motivo da exibição de documento, uma possível apuração de fato delituoso não desloca por si só a competência para o Juízo Criminal, até porque ali consta também a intenção de ajuizamento de ação de indenização.

Registre-se, como indicou a Procuradoria, tratar-se de medida cautelar incidente de exibição de documentos, e o autor pretende fazer prova na ação cível que já existe na Vara de origem.

Assim, sem maiores delongas, dada a evidência do ocorrido, acolho o presente conflito para determinar a competência do Juízo suscitado da 1ª Vara Cível de Ipatinga, convalidando todos os atos já praticados nos autos, remetendo-se estes autos ao Juízo da 1ª Vara Cível.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MARCELO RODRIGUES e SELMA MARQUES.

Súmula - ACOLHERAM O CONFLITO DE COMPETÊNCIA E CONCLUÍRAM PELA COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO (DA PRIMEIRA VARA CÍVEL).

...

Ação revisional de contrato - Sistema Financeiro de Habitação - Código de Defesa do Consumidor - Aplicação - Plano de amortização mista - Substituição - Plano de equivalência salarial - Impossibilidade - Comprometimento de renda - Mutuário - Morte - Obrigação - Extinção parcial

Ementa: Revisão contratual. Sistema Financeiro de Habitação. Aplicação do CDC. Plano de amortização mista. Substituição. Plano de equivalência salarial. Impossibilidade. Comprometimento de renda. Morte do mutuário. Extinção parcial de obrigações.

- Aos contratos de financiamento de imóveis são aplicáveis as normas do Código de Defesa do Consumidor, por estar evidenciada a relação de consumo e porque o contrato é de adesão.

- Não se podem reajustar as prestações pelo plano de equivalência salarial, se as partes livremente pactuaram a adoção do plano de amortização mista, sendo vedada por lei não apenas a alteração do plano no decurso do pacto, mas também a aplicação de índice de um plano em outro.

- Inexistindo provas de que a aplicação do plano de amortização mista tenha resultado em comprometimento de renda em percentual superior ao máximo estabelecido no contrato, não se pode proceder à revisão do valor para adequar a relação encargo mensal/renda ao referido percentual.

- Há extinção parcial do débito, em decorrência do falecimento do mutuário, e até o limite do seu comprometimento conforme seguro ajustado.

Apelação principal provida e apelação adesiva não provida.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2.0000.00.488734-5/000 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: Banco de Crédito Real de Minas Gerais S.A.; Maria Ângela Monteiro Cota Ribeiro, adesiva por si e representando seus filhos; Espólio de João Cota Ribeiro, representado pela inventariante Maria Ângela Monteiro Cota Ribeiro - Apelados: os mesmos - Relatora: DES.ª EVANGELINA CASTILHO DUARTE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR

PROVIMENTO AO RECURSO PRINCIPAL E NEGAR PROVIMENTO AO ADESIVO.

Belo Horizonte, 26 de fevereiro de 2008. - *Evangelina Castilho Duarte* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª EVANGELINA CASTILHO DUARTE - Tratam os autos de declaração de nulidade da cláusula que contém renúncia ao plano de equivalência salarial, em contrato de promessa de compra e venda com hipoteca celebrado pelas partes, para declaração de incidência de reajuste das prestações pelo mencionado plano e para que seja reconhecido o limite de comprometimento de renda de 28,29%.

Os apelantes adesivos alegaram que há nulidade do contrato, por ter havido renúncia ao plano de equivalência salarial com adoção do plano de amortização misto, em detrimento dos mutuários, devendo ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor.

Acrescentaram que devem ser aplicadas as disposições da Lei 4.380/64, Decreto-lei 2.283/86, Decreto-lei 2.284/86, Lei 7.730/89 e Lei 7.737/89.

Apontaram majoração irregular do saldo devedor, impedindo a quitação do financiamento.

O MM. Juiz *a quo* julgou parcialmente procedente, para reconhecer a nulidade da cláusula de renúncia ao plano de equivalência salarial, considerando-a abusiva, por aplicação da boa-fé objetiva, que rege os contratos.

Indeferiu a limitação do comprometimento da renda dos apelantes adesivos, repartindo os ônus da sucumbência.

O apelante principal pretende a reforma da decisão recorrida, alegando que o contrato foi firmado nos termos das regras que regem o sistema financeiro da habitação, inexistindo ilicitude na renúncia ao plano de equivalência salarial.

Afirma que o plano de amortização mista é previsto em lei e nas Resoluções 1.446/88 e 1.980/93.

Discorda dos critérios adotados para a fixação da sucumbência, pleiteando sejam tais ônus impostos exclusivamente aos apelantes adesivos.

Os apelantes adesivos pretendem a reforma da decisão recorrida, para que seja deferida a limitação do comprometimento da renda, nos termos do pedido inicial, e para que seja imposta a sucumbência integral ao apelante principal.

Contra a sentença de f. 284/290, foram opostos embargos de declaração, cuja decisão foi publicada em 22 de junho de 2004.

A apelação principal foi apresentada em 2 de agosto, acompanhada de preparo.

Os apelantes adesivos foram intimados para contra-razões em 27 de agosto, vindo seu recurso em 13 de setembro, desacompanhado de preparo, por estarem amparados pela justiça gratuita.

Estão presentes os requisitos para conhecimento dos recursos.

I - Apelação principal.

O contrato firmado pelas partes prevê o financiamento do valor de Cr$ 7.900.000,00, para a aquisição do imóvel constituído pelo apartamento nº 302, Edifício Ortiz, situado na Rua Dom José Pereira Lara, 240, Bairro Coração Eucarístico de Jesus, para o pagamento em 180 meses, com juros nominais de 10,5% ao ano, com a utilização de saldo do FGTS, prevendo, ainda, o comprometimento de 38,29% da renda dos financiados.

A cláusula XIII, das condições especiais, contém a renúncia dos apelantes adesivos ao reajuste pelo PES, e a opção pelo PAM, como se vê às f. 20/36.

O plano de equivalência salarial é critério de correção das prestações e do saldo devedor, nos termos da Lei 4.380/64, e o plano de amortização mista é também critério de correção de prestações e de saldo devedor.

Para a fixação dos critérios do financiamento, é indispensável a escolha de um dos planos, para que se estabeleçam os índices de correção monetária, taxas de juros, prazo do financiamento, além de cobertura pelo Fundo de Compensação - FCVS.

Assim, se adotado o PES, o resultado final será um; e, ao contrário, se adotado o PAM, o resultado final do financiamento será diverso.

Ora, o PAM - Plano de Amortização Mista foi previsto em contrato para o reajuste das prestações mensais do negócio jurídico celebrado pelas partes, sendo vedada por lei não apenas a sua alteração no decurso do pacto, mas também a aplicação de índice de um plano em outro.

Embora o contrato firmado seja de adesão, com cláusulas impressas e padronizadas, não se pode concluir pela existência de nulidade, apenas considerando-se essa circunstância.

Nesse sentido, decidia o extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais:

> Financiamento habitacional. Plano de equivalência salarial. Plano de Amortização Mista. Substituição. Impossibilidade. Abusividade. Inexistência. Voto vencido.
> - Ainda que se considere existente uma relação de consumo entre as partes, não se afigura abusiva a fórmula de reajuste contratada.
> - Celebrado o contrato prevendo os reajustes de prestações e saldo devedor pelo Plano de Amortização Mista, não é possível a substituição do procedimento pelo Plano de Equivalência Salarial, o que importaria em alteração da estrutura contratual, não se verificando abusividade na contratação.
> Apelação provida.
> Voto vencido.
> - Ainda que pactuada, a atualização do saldo devedor antes do abatimento da parcela paga mensalmente é prática abusiva que desequilibra o contrato e desafia a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

- O plano de equivalência salarial reflete melhor a realidade social do cidadão, mutuário e consumidor (Juiz Alberto Aluízio Pacheco de Andrade) (TAMG - 2ª Câmara Cível - Apelação Cível nº 436.095-0 - Relator: Juiz Alberto Aluízio Pacheco de Andrade - Data do julgamento: 07.12.2004).

Financiamento imobiliário. Plano de comprometimento de renda. Substituição. Inviabilidade. TR. Indexador possível. Amortização. Seguro. Venda casada. Voto vencido.
- São aplicáveis as normas do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de financiamento imobiliário.
- Ainda que pactuada, a atualização do saldo devedor antes do abatimento da parcela paga mensalmente é prática abusiva que desequilibra o contrato e desafia a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.
- A taxa referencial é indexador cabível em contratos de financiamento de imóveis, quando contratada.
- Não é possível a substituição do Plano de Comprometimento de Renda (PCR) pelo Plano de Equivalência Salarial (PES), pois este já não é aplicável aos contratos novos, e a alteração importa em modificação substancial do ajuste, atingindo até mesmo o valor do financiamento.
- A obrigação imposta ao mutuário para contratação de seguro com empresa ligada à mutuante importa em abusividade, equiparando-se à venda casada.
Apelação parcialmente provida.
Voto vencido.
- O Plano de Equivalência Salarial reflete melhor a realidade social do cidadão, mutuário e consumidor.
- A Taxa Referencial (TR) não é índice de correção monetária, sendo imprópria sua utilização como indexador de contratos de financiamento imobiliário, sendo cabível sua substituição pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC), que reflete a variação do custo de vida e do poder de compra da moeda (Juiz Alberto Aluízio Pacheco de Andrade) (TAMG - 2ª Câmara Cível - Apelação Cível nº 440.765-6 - Relator: Juiz Alberto Aluízio Pacheco de Andrade - Data do julgamento: 1º.03.2005).

Assim, impõe-se o provimento do recurso principal, para reformar a decisão recorrida, declarando-se a validade da cláusula que elege o Plano de Amortização Mista como critério de atualização do saldo devedor.

A distribuição dos ônus da sucumbência será examinada no julgamento da apelação adesiva.

II - Apelação adesiva.

No curso do processo, ocorreu o falecimento do primeiro autor, em 22 de novembro de 2001, conforme f. 271, procedendo-se à substituição processual.

Pretendem os apelantes adesivos, seja determinada a limitação do comprometimento da renda e a imposição ao apelante principal da totalidade dos ônus sucumbenciais.

Os apelantes adesivos não lograram êxito em demonstrar que a aplicação do Plano de Amortização Mista tenha resultado em comprometimento de renda em percentual superior ao máximo estabelecido no contrato, hipótese em que poderia haver a revisão do valor, para adequar a relação encargo mensal/renda ao referido percentual.

Desse modo, falece razão aos apelantes, que não se desincumbiram do *onus probandi* que lhes competia, deixando de demonstrar os fatos constitutivos do seu direito.

Assim, não se pode deferir a revisão do contrato nesse aspecto, impondo-se a manutenção do *decisum*.

Como os autores só obtiveram êxito em 1ª instância, a respeito da anulação da cláusula de adoção do Plano de Amortização Mista, os ônus da sucumbência devem ser a eles impostos na integralidade.

Comprovado o falecimento do mutuário João Cota Ribeiro, em 22 de novembro de 2001, e tratando-se de pedido de revisão de contrato de financiamento de bem imóvel pelo sistema financeiro da habitação, e de acordo com o contido no parágrafo primeiro da cláusula quarta, deve-se reconhecer que a morte do adquirente é causa de extinção de suas obrigações dada a existência de seguro habitacional.

Constata-se, ainda, que são dois mutuários, que assumiram compromissos nos termos da planilha de composição da renda, f. 32, e que o comprometimento do mutuário João Cota Ribeiro foi de 66%, sendo o remanescente, de 34%, o comprometimento da segunda autora.

Assim, em decorrência do falecimento de um dos mutuários e nos termos da manifestação do credor, houve quitação de 66% do contrato, conforme f. 378, impondo-se reconhecer a extinção das obrigações assumidas por João Cota Ribeiro, na proporção admitida pelo credor.

Diante do exposto, dou provimento à apelação interposta pelo Banco de Crédito Real de Minas Gerais S.A., para reformar a decisão recorrida, declarando válida a cláusula que adota o Plano de Amortização Mista como critério de atualização do saldo devedor.

Nego provimento ao recurso interposto por Maria Ângela Monteiro Cota Ribeiro e outro, declarando a extinção das obrigações assumidas por João Cota Ribeiro, em decorrência de seu falecimento, até o limite admitido pelo credor.

Arcarão os apelantes adesivos com custas e honorários advocatícios ao patrono do apelante principal, arbitrados estes em R$ 2.000,00, suspensa sua exigibilidade por estarem amparados pela justiça gratuita.

Custas recursais, pelos apelantes adesivos, suspensa sua exigibilidade.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES CABRAL DA SILVA e MARCOS LINCOLN.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO PRINCIPAL E NEGARAM PROVIMENTO AO ADESIVO.

...

Ação de cobrança - Locação - Aluguel - Não-pagamento - Quitação - Ausência de prova - Fundo de reserva - Obrigação do locador - Pagamento efetuado pelo locatário - Devolução

Ementa: Ação de cobrança. Contrato de locação. Aluguel vencido e não pago. Ausência de prova da quitação. Fundo de reserva. Obrigação do locador. Devolução ao locatário dos valores pagos a tal título.

- A apreciação da prova, de forma diversa da pretendida pela parte recorrente, e sem atender aos seus anseios, não configura *error in judicando*, tendo em vista que os princípios da persuasão racional e do livre convencimento do juiz, insculpidos no art. 131 do Código de Processo Civil, atribuem ao magistrado poderes de livre apreciação e avaliação das provas.

- O pagamento prova-se por meio de recibo de quitação, com a designação do valor e a espécie de 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, conforme prescreve o art. 320 do Código Civil.

- O recibo de entrega de chaves e quitação de aluguel deve estar assinado pelo locador, não possuindo valor probante documento que se apresente de forma diversa.

- O pagamento de taxa de fundo de reserva é obrigação do locador, devendo ser decotado do débito locatício o valor que o locatário desembolsou a tal título.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.04.497339-4/003 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Arco Íris Jardim de Infância Ltda. - Apelado: José Aliomar Amorim Botelho - Relator: DES. RENATO MARTINS JACOB

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 27 de março de 2008. - *Renato Martins Jacob* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. RENATO MARTINS JACOB (convocado) - Arco Íris Jardim de Infância Ltda. interpôs recurso de apelação contra a respeitável sentença de f. 171/175, que julgou parcialmente procedentes os pedidos constantes da ação de cobrança ajuizada por José Aliomar Amorim Botelho, condenando a ré ao pagamento do aluguel vencido em 16.09.2004, correspondente ao valor mensal de R$ 1.951,75 (um mil novecentos e cinqüenta e um reais e setenta e cinco centavos) e de 6 (seis) dias de aluguel referentes ao período de 17.09.2004 a 22.09.2004, no valor de R$ 390,34 (trezentos e noventa reais e trinta e quatro centavos), já atualizado até 27.10.2004, acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês e correção monetária pela tabela da Corregedoria-Geral de Justiça de Minas Gerais, a contar da citação. Ainda, julgou improcedente o pedido contraposto formulado pela requerida.

Diante da sucumbência recíproca, condenou a ré ao pagamento de 80% (oitenta por cento) das custas processuais e honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor do débito corrigido à época do pagamento, e o autor ao pagamento de 20% (vinte por cento) das custas processuais e honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor do débito corrigido, compensada a verba advocatícia.

A sentença anteriormente prolatada (f. 83) foi cassada, nos termos do acórdão de f. 123/128, com o retorno dos autos à origem, proferindo o ilustre Magistrado nova decisão (f. 134/138), que também foi cassada, conforme acórdão de f. 160/167, sobrevindo a sentença de f. 171/175.

Consta dos autos que as partes celebraram contrato de locação, tendo a locatária desocupado o imóvel em 22.09.2004, descumprindo o aviso prévio previsto no art. 6º da Lei nº 8.245/91, deixando, ainda, de efetuar o acerto dos aluguéis vencidos em 16.09.2004, e mais 06 (seis) dias (do dia 16 até 22), bem como encargos locatícios, tais como condomínio e IPTU.

Entendeu o MM. Juiz de Direito que a ré não comprovou que a entrega das chaves tenha ocorrido em data anterior a 22.09.2004, razão pela qual são devidos 6 (seis) dias, estando em débito também quanto ao pagamento do aluguel vencido em 16.09.2004, conforme recibo de f. 16.

Quanto aos encargos locatícios, consignou o douto Sentenciante que a ré já teria quitado todos os valores à época da devolução das chaves, conforme consta do recibo de f. 16, acrescentando que o débito referente ao consumo de gás já se encontra incluído no valor total das taxas de condomínio, devidamente quitadas.

Ainda, nos termos da sentença recorrida, o aviso prévio à rescisão do contrato locatício não seria devido, uma vez que o autor é que ocasionou a resilição da locação, a partir do momento em que colocou o imóvel à venda e notificou a ré desse fato, conforme documento de f. 56, já que é inconteste que suportar o trânsito de promissários-compradores em sua residência e ainda ter como certo o término do contrato assim que transferido

o bem ao interessado são causas mais do que suficientes para ensejar a extinção do ajuste.

Inconformada, a ré apela às f. 177/181, suscitando a ocorrência de vício *in judicando*, ao argumento de que não foram apreciadas as provas documentais acostadas aos autos, que demonstram o pagamento do aluguel do mês de setembro de 2004 (f. 58), cumprindo ao Julgador valorar os fatos e as circunstâncias dos autos, nos termos do art. 131 do Código de Processo Civil.

Afirma que, quando da entrega das chaves, o recorrido deu quitação plena à apelante de todas as obrigações contratuais, por meio do documento de f. 58, embora não haja assinatura do locador, nem da locatária. Acrescenta que sobre tal documento recai a presunção de veracidade, nos termos do art. 372 do diploma processual.

Diz que o recorrido não reconheceu a entrega das chaves no dia 16.09.2004, mas somente em 22.09.2004, quando foi realizada a vistoria.

Sustenta não serem devidos os 6 (seis) dias de aluguel, referentes ao período de 16.09.2004 a 22.09.2004, pois não concorreu para a existência do interstício.

Destaca a cláusula contratual que dispõe sobre a recusa das chaves pelo locador no caso de inadimplência.

Quanto ao pedido contraposto inacolhido, alega que está comprovada a cobrança indevida do fundo de reserva, fazendo jus à repetição dos valores pagos a tal título, nos termos do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor.

Pugna pela reforma da sentença para que seja considerado quitado o aluguel do mês de setembro de 2004 e indevidos os 6 (seis) dias entre o período de 16.09.2004 a 22.09.2004, bem como para que seja acolhido o pedido contraposto.

Contrariedade recursal deduzida às f. 185/186, refutando a tese do apelo, sem argüir preliminares.

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos processuais.

Preliminar.

A meu ver, as provas documentais acostadas aos autos foram devidamente apreciadas, tendo o MM. Julgador valorado os fatos e as circunstâncias.

Ora, a apreciação e a valoração da prova, de forma diversa da pretendida pela recorrente e sem atender aos seus anseios, não configuram *error in judicando, data maxima venia*.

Os princípios da persuasão racional e do livre convencimento do juiz, insculpidos no art. 131 do Código de Processo Civil, atribuem ao magistrado poderes de livre apreciação e avaliação das provas, que deve analisá-las segundo critérios críticos e racionais, com observância das regras lógicas e máximas de experiência comum.

O convencimento deve ser motivado, com indicação das razões e circunstâncias que conduziram à convicção acerca dos fatos alegados e provados, o que pode ser verificado na fundamentação da sentença recorrida.

Acerca do tema, ensinam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery que: "O juiz é soberano na análise das provas produzidas nos autos. Deve decidir de acordo com o seu convencimento (*Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 598).

Assim, o valor dado à prova documental, que veio em desacordo com os anseios da apelante, não pode ser tomado como qualquer espécie de vício.

Rejeito, pois, a preliminar.

Mérito.

Em que pese o inconformismo da apelante, entendo não lhe assistir razão, *data venia*.

A locatária, ora recorrente, ampara sua pretensão no documento de f. 58, em que constaria a quitação do aluguel do mês de setembro de 2004 e demais encargos, a devolução das chaves em 16.09.2004, havendo ali referência aos dados do cheque pelo qual foi feito o acerto.

Afirma que o documento não foi contestado pelo recorrido, presumindo-se, com isso, a sua veracidade.

Entretanto, verifico que aludido documento não se presta aos fins pretendidos pela apelante, por ser unilateral e não conter assinatura do locador, ora apelado, sendo inaplicável o art. 372 do Código Civil.

Por se tratar de suposto recibo de entrega de chaves e quitação de aluguel e demais encargos, a falta de assinatura do locador retira completamente o valor probante de tal documento.

Acerca da força probante dos documentos, ensina Humberto Theodoro Júnior que:

> Para que o documento seja eficaz como meio de prova, é indispensável que seja subscrito por seu autor e que seja autêntico. Autor, no entanto, não é, no dizer de Carnelutti, 'quem o faz por si' (como o tabelião), 'mas quem o faz para si' (como as partes contratantes, que firmam a escritura pública) (*Curso de direito processual civil*. 12. ed. Rio de janeiro: Ed. Forense, v. 1, p. 441).

Além disso, é sabido que o pagamento se prova por meio de recibo de quitação, com a designação do valor e a espécie de 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, conforme prescreve o art. 320 do Código Civil.

E, nesse aspecto, o documento de f. 16 acostado à inicial se contrapõe ao documento de f. 58 apresentado pela recorrente, na medida em que se trata de um recibo assinado pelo locador/apelado e pela locatária/apelante, constando que a entrega das chaves ocorreu em 22.09.2004 e que estava pendente o pagamento do aluguel do mês de setembro.

Logo, o documento carreado aos autos, e que se revela prova robusta e irrefutável, é o de f. 16, em que

se verifica serem devidos o aluguel do mês de setembro de 2004, mais os 6 (seis) dias entre o período de 16.09.2004 a 22.09.2004, data da efetiva entrega das chaves, inexistindo prova da suposta quitação e de que as chaves foram entregues no dia 16.

Observe-se, que, independentemente de existir cláusula contratual dispondo sobre a recusa das chaves pelo locador no caso de inadimplência, nada impede que a sua entrega ocorra, ainda que haja débito. No caso, o locador, inclusive, fez constar expressamente do recibo de f. 16 que as chaves estavam sendo entregues, mas que pendia débito.

Não havendo, portanto, como afastar a inadimplência da recorrente quanto às citadas parcelas, a condenação ao pagamento de tal montante se impunha.

Contudo, entendo que o pedido contraposto deve ser acolhido, em parte.

A recorrente alega ser indevido o fundo de reserva, acrescentando que constou da inicial que pagou por tal taxa a quantia de R$ 708,05 (setecentos e oito reais e cinco centavos), mas que na verdade teria desembolsado R$ 803,01 (oitocentos e três reais e um centavo).

Nos termos do art. 22, inciso X, e parágrafo único, alínea g, da Lei nº 8.245/91, compete ao locador do imóvel o pagamento do fundo de reserva.

E, tendo sido cobrado da ré/locatária, de fato, o fundo de reserva, deve ser decotado do débito locatício o valor referente ao que desembolsou a tal título.

Tanto assim que, ao elaborar o demonstrativo de débito de f. 06, o autor subtraiu do total da dívida o valor referente à taxa de fundo de reserva pago pela requerida, evidenciando não ser tal quantia objeto da presente ação de cobrança.

Acerca do tema, assim vem decidindo este Tribunal:

> Apelação cível. Ação de cobrança. Inépcia da inicial não configurada. Sentença *ultra petita*. Redução aos limites do pedido. Arts. 128 e 460 do CPC. Nulidade não ocorrente. Fundo de reserva para despesas extraordinárias de condomínio. Responsabilidade do locador.
> [...].
> - A obrigação pelo pagamento do fundo de reserva compete ao locador, por servir para cobrir despesas extraordinárias do condomínio.
> - Apelação principal desprovida e apelação adesiva provida (Apelação Cível nº 1.0024.05.661652-7/001 - 17ª Câmara Cível - Rel.ª Des.ª Márcia De Paoli Balbino - j. em 09.03.2006).

Ação de cobrança. Locação residencial. Entrega das chaves. Aluguéis e encargos devidos pelo locador até a data da desocupação. Fundo de reserva. Pagamento indevido. Responsabilidade do locador. Possibilidade de compensação. Art. 940 do CC/2002. Não-aplicabilidade. Honorários advocatícios. Sucumbência recíproca. Proporcionalidade. Critério do juiz.

[...].

- Apurado o pagamento indevido pelo locatário do fundo de reserva, que é de responsabilidade do locador, pode-se proceder à compensação de valores quando da liquidação da sentença [...] (Apelação Cível nº 509.361-4 - 9ª Câmara Cível - Rel. Des. Fernando Caldeira Brant - j. em 24.05.2005).

> Contudo, deve ser decotado o valor de R$ 708,05 (setecentos e oito reais e cinco centavos), e não os pretendidos R$ 803,01 (oitocentos e três reais e um centavo), já que a apelante não comprovou que foi esse o valor por ela pago.
> Conclusão.
> Com tais considerações, rejeito a preliminar e dou parcial provimento ao recurso para determinar seja decotado da condenação o valor referente à taxa de fundo de reserva paga pela autora, no montante de R$ 708,05 (setecentos e oito reais e cinco centavos).
> Diante da sucumbência recíproca, as custas processuais, inclusive as recursais, e os honorários advocatícios deverão ser rateados entre as partes, na proporção de 40% (quarenta por cento) para o autor e 60% (sessenta por cento) para a requerida, vedada a compensação.
>
> Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores VALDEZ LEITE MACHADO e EVANGELINA CASTILHO DUARTE.
>
> *Súmula* - REJEITARAM PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...

Ação popular - Município - Projeto - Bem público - Reestruturação - Patrimônio histórico e cultural - Tombamento - Inexigibilidade - Ato discricionário - Controle judicial - Impossibilidade - Ato lesivo - Não-ocorrência - Petição inicial - Indeferimento liminar - Extinção do processo

Ementa: Administrativo e processual civil. Mercado Distrital do Cruzeiro. Patrimônio cultural e turístico. Tombamento. Ato administrativo. Inexistência de ato lesivo.

- No exercício das funções administrativas, cabe ao Poder Executivo, através do órgão administrativo competente, proferir o seu juízo de valor acerca dos bens pertencentes ao patrimônio histórico e cultural.

- Ainda que se aceite que tal reconhecimento possa ser realizado pelo Poder Judiciário, a ação popular não se presta a este fim, cujo pressuposto é a existência de ato lesivo.

- A alegação de que o projeto de revitalização do Mercado Distrital do Cruzeiro não atende aos interesses

sociais da comunidade local encontra-se na seara do mérito administrativo, cujo exame de conveniência e oportunidade cabe exclusivamente ao Executivo.

APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0024.07.590562-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 3ª Vara da Fazenda Municipal da Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Marina Magalhães Farah - Apelados: Município de Belo Horizonte e outros - Relator: DES. BRANDÃO TEIXEIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 19 de fevereiro de 2008. - *Brandão Teixeira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. BRANDÃO TEIXEIRA - Cuidam os autos de recurso de apelação cível interposto por Maria Magalhães Farah contra a sentença de f. 908/911, que indeferiu a inicial da ação popular, com fundamentos no art. 295, I e III, do Código de Processo Civil, ação esta ajuizada em desfavor do Município de Belo Horizonte, do Exmo. Sr. Prefeito Municipal de Belo Horizonte, do Sr. Secretário Municipal de Planejamento e do Sr. Secretário Municipal de Orçamento.

Irresignada, alega a apelante que ajuizou a presente ação popular para "fins de reconhecimento do valor histórico e cultural do Mercado Distrital do Cruzeiro para a coletividade do Município de Belo Horizonte, com vistas a se assegurar sua proteção e preservação" (f. 916).

Alega que foi surpreendida por matéria publicada no Diário Oficial do Município de Belo Horizonte que informou à sociedade o projeto de revitalização do Mercado Distrital para a construção de um centro de entretenimento.

Aduz que o referido projeto implicará, na realidade, a demolição do Mercado Distrital para a construção de centro gastronômico com a instalação de bares, restaurantes e estacionamento com capacidade para mil e duzentas vagas. Acrescenta que, com a adoção deste projeto, restarão apenas algumas bancas de verduras, frutas e legumes, que somente foram mantidas para dissimular o dito projeto de revitalização.

Advoga a necessidade de assegurar a incolumidade do bem e "a preservação do bem relevante à coletividade de Belo Horizonte, que se encontra na iminência de ser destruído, visando à implantação do Centro de Entretenimento (...)", conforme se extrai de f. 919.

Pugnou pela cassação da sentença assegurando o regular processamento da ação popular.

Parecer ministerial de lavra do douto Procurador de Justiça, Dr. João Cancio de Mello Júnior, às f. 944/948, pelo não-provimento do recurso.

Conheço do recurso, pois próprio, tempestivo e regularmente processado.

Trata-se de ação popular contra o Município de Belo Horizonte e demais autoridades do Poder Executivo pela qual a autora, ora apelante, questiona o projeto municipal de revitalização do Mercado Distrital, sob o fundamento de que este não atende ao interesse social.

O pedido formulado pela autora é a "suspensão de qualquer ato praticado ou a ser praticado que tenha por objeto a alteração da estrutura ou finalidade do Mercado Distrital do Cruzeiro, visando assegurar sua proteção e preservação nos termos pretendidos no projeto de lei nº 1.016/2007, em trâmite perante a Assembléia Legislativa de Minas Gerais, sob pena de fixação de multa diária (...)", conforme se extrai de f. 23.

O ilustre Juízo sentenciante houve por bem julgar extinto o processo, sem julgamento de mérito, indeferindo a petição inicial, ao fundamento de ausência de pressuposto processual, qual seja a existência de infração, aliado à inadequação da ação popular para reconhecimento do eventual interesse histórico e cultural de bem público e a impossibilidade jurídica do pedido de determinação judicial de tombamento de bem público.

A sentença não está a merecer reforma.

A pretensão da autora é o reconhecimento do valor histórico e cultural do Mercado Distrital do Cruzeiro de forma a assegurar a sua incolumidade.

O conceito de patrimônio histórico e cultural nacional abrange todos os bens, móveis e imóveis, existentes no país, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação à história pátria, ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico ou ambiental.

Entre as formas de proteção existentes ao patrimônio cultural, na forma como pleiteada, no ordenamento jurídico vigente, há o tombamento.

Em relação a esse instituto jurídico (tombamento), a Constituição Federal, em seu art. 24, inciso VII, conferiu à União, aos Estados e ao Distrito Federal competência concorrente para legislar.

No exercício dessa competência, cabe ao Poder Executivo, através do órgão administrativo competente, no caso o Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais - Iepha/MG, proferir o seu juízo de valor acerca do bem a ser tombado.

Confira-se o art. 3º da Lei 8.828/85:

> Art. 3º - O Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico (Iepha/MG), entidade de colaboração com a Secretaria da Cultura (SEC), do Ministério da Cultura, tem por finalidade exercer proteção, no território do Estado de Minas Gerais, aos bens móveis e imóveis, de propriedade

> pública ou privada, de que tratam o Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, e legislação posterior, a ele competindo:
> I - proceder ao levantamento e tombamento dos bens considerados de excepcional valor histórico, arqueológico, etnográfico, paisagístico, bibliográfico ou artístico existentes no Estado e cuja conservação seja do interesse público, classificando-os e, se for o caso, promovendo junto à Secretaria da Cultura (SEC), do Ministério da Cultura, o respectivo processo de tombamento federal;

Assim como tal decisão deve ser ratificada pelo Conselho Estadual do Patrimônio Cultural, criado pela Lei Delegada Estadual de nº 170/2007.

Nesse sentido, leciona Hely Lopes Meirelles: "O valor histórico, artístico, cultural, científico ou ambiental é proclamado pelo órgão administrativo incumbido dessa apreciação..." (*Direito administrativo brasileiro*. 14. ed. Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1999).

Isso quer dizer que, inexistindo, até a presente data, reconhecimento pelas autoridades competentes de que a referida localidade constitui parte integrante do patrimônio histórico do Estado, pelo princípio da repartição dos poderes, é impossível que este reconhecimento seja realizado pelo Judiciário.

Demais disso, ainda que se acolha opinião contrária e se admita que esta declaração possa ser realizada pelo Judiciário, a ação popular não seria o meio adequado a este fim. Isso porque inexiste, até a presente data, o reconhecimento de ato lesivo passível de tutela. E este é pressuposto da ação popular.

Se não, vejamos.

De acordo com as lições de Hely Lopes Meirelles, ação popular é:

> ... o meio constitucional posto à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos ou a estes equiparados, ilegais e lesivos do patrimônio federal, estadual e municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com direitos públicos (in *Mandado de segurança, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*. 14. ed., atual. por Arnold Wald. São Paulo: Malheiros Editores, 1992, p. 87).

Portanto, os requisitos da ação popular são dois: 1) subjetivo: condição de eleitor, isto é, que o autor seja cidadão brasileiro, no gozo de seus direitos cívicos e políticos; 2) objetivo: pertinente à natureza do ato ou da omissão do Poder Público a ser impugnado e deve ser lesivo ao erário ou ao patrimônio público.

Nos termos da Lei 4.717/65, consideram-se englobados na expressão "patrimônio público", os bens e direitos de valor histórico ou turístico. Portanto, não havendo, até o presente momento, qualquer reconhecimento pelo Poder Público de que a referida localidade possui esta qualidade, não há direito a ser tutelado, não estando presentes os requisitos para a ação popular.

Esclareça-se, por fim, que está contida na competência do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em todas as Comarcas do Estado, a fiscalização do Patrimônio Cultural, por força do inciso IV do art. 125 da Constituição do Estado de Minas Gerais, sendo que, no caso em análise, o próprio Ministério Público opinou desfavoravelmente à pretensão da autora.

Por fim, há de se destacar, em relação à alegação de que o projeto de revitalização não atende aos interesses sociais, tal argumento encontra-se na seara do mérito administrativo, cujo exame de conveniência e oportunidade, igualmente, cabe exclusivamente ao Executivo.

Conclusão.

Por todo o exposto, nego provimento ao apelo.

Sem custas.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores CAETANO LEVI LOPES e RONEY OLIVEIRA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Consórcio - Exclusão de consorciada - Valores - Restituição imediata - Juros - Correção monetária - Incidência - Código de Defesa do Consumidor - Aplicabilidade - Honorários de advogado - Fixação

Ementa: Consórcio. Exclusão de consorciada. Restituição imediata de valores. CDC. Aplicabilidade. Aplicação de juros e correção monetária. Honorários advocatícios.

- A consorciada excluída tem direito a receber, de imediato, as parcelas pagas ao grupo consorcial, independentemente do encerramento das suas atividades, corrigidas monetariamente desde o seu desembolso pelos índices divulgados pela Corregedoria de Justiça de Minas Gerais e contando juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação.

- Valendo-se de seu livre convencimento e utilizando os parâmetros de valores fixados em casos semelhantes como uma orientação, deve o magistrado fixar o *quantum* dos honorários advocatícios com observância dos princípios da razoabilidade e da moderação, consoante apreciação eqüitativa.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.05.654791-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: 1ª) Denise Pimentel Mendonça, 2ª) Consavel Administradora de

Consórcios Ltda. - Apeladas: Denise Pimentel Mendonça, Consavel Administradora de Consórcios Ltda. - Relator: DES. MOTA E SILVA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PARCIAL PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E NEGAR PROVIMENTO AO SEGUNDO.

Belo Horizonte, 13 de março de 2008. - *Mota e Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MOTA E SILVA - Trata-se de recursos de apelação interpostos por Denise Pimentel Mendonça e Consavel Administradora de Consórcios Ltda. contra a sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 17ª Vara Cível da Capital, que, nos autos da ação declaratória movida pela 1ª apelante contra a 2ª apelante, julgou parcialmente procedente o pedido para determinar que a ré restitua as parcelas do contrato de consórcio pagas pela autora, acrescidas de correção monetária de acordo com a Tabela da Corregedoria de Justiça do Estado de Minas Gerais e juros de mora de 0,5% ao mês, a contar da citação, excluindo os valores da taxa de administração e adesão. A ré foi condenada ainda ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da condenação.

A autora interpôs embargos declaratórios (f. 597/606) os quais foram rejeitados (f. 607).

Através das razões recursais (f. 609/622), a autora pretende a reforma da sentença para que seja mantido o percentual da taxa de administração inicialmente contratado ou que seja esclarecido qual deve ser o percentual. Em sede de tutela antecipada, a autora requer que seja determinado o depósito imediato do valor incontroverso de R$ 14.734,82 (quatorze mil setecentos e trinta e quatro reais e oitenta e dois centavos), com a cominação de multa diária. Alega ainda que a correção monetária deve incidir a partir do desembolso de cada parcela, que os juros sejam fixados em 1% ao mês e que os honorários advocatícios devem ser majorados para 20% sobre o valor da condenação. Ao final, esclarece que, apesar de ter requerido a inversão do ônus da prova e a antecipação de tutela com cominação de multa diária, os pedidos não foram apreciados, motivo pelo qual pretende a reforma da sentença com o seu deferimento.

A ré também apresentou apelação (f. 624/696) pugnando pela improcedência total do pedido e, alternativamente, que a devolução dos valores pagos pela autora seja realizada 60 (sessenta) dias após o encerramento do grupo, devendo incidir juros moratórios a partir desta data, com correção pelo preço do bem, decotando-se do valor o rateio extraordinário e as taxas de administração, com inversão dos ônus de sucumbência.

Foram apresentadas contra-razões pela autora (f. 699/710) e pela ré (f. 712/718).

É o relatório.

Observo que a 1ª apelante está litigando sob o pálio da assistência judiciária (f. 197).

Conheço dos recursos, porque regulares e tempestivamente aviados constatados os pressupostos subjetivos e objetivos de admissibilidade recursal.

A autora/1ª apelante ingressou com a presente ação declaratória visando à declaração de nulidade da cláusula 54, § 2°, do contrato de consórcio de bem imóvel realizado entre as partes, que estabelece a devolução das parcelas pagas aos consorciados desistentes no prazo de 30 (trinta) dias após o encerramento das operações do grupo, sem juros ou correção monetária, deduzida a taxa de administração e acrescida do saldo remanescente dos fundos comum e de reserva, proporcionalmente às contribuições recolhidas (f. 81), para que fosse determinada a restituição das parcelas com correção monetária e juros de 0,5% até a vigência do Código Civil/2002 e 1% a partir de então, acrescida do valor das taxas de administração, fundos comum e de reserva, integralmente.

A ré/2ª apelante apresentou contestação (f. 200/551) alegando, em síntese, competência do juízo falimentar para julgar o feito, inclusão do Bacen no pólo passivo, não- aplicação do Código Civil, ilegitimidade passiva, legalidade do rateio extraordinário, carência de ação por falta de interesse de agir e, no mérito, requereu o decote das taxas de administração, adesão e desistência bem como o valor do seguro e percentual relativo ao rateio extraordinário, e que a restituição fosse feita após o encerramento do grupo.

O MM. Juiz *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido da autora/1ª apelante, constando do dispositivo:

> Com tais considerações, julgo procedente, em parte, o pedido, para determinar à ré a restituição das parcelas pagas pela autora, acrescidas de correção monetária, com base na Tabela da Corregedoria do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a contar do reembolso de cada uma, além de juros de mora de 0,5% ao mês, a contar da citação, excluindo da devolução as quantias referentes à taxa de adesão e administrativa. Em razão da sucumbência mínima, condeno a ré ao pagamento de custas e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da condenação.
> Nos autos 02405732073-1 em apenso nesta data está sendo julgada a impugnação à justiça gratuita, rejeitando-se a impugnação (f.595)

Da 1ª apelação (f. 609/622):

Entendo que aos contratos do sistema de consórcio se aplica o Código de Defesa do Consumidor, visto que se caracteriza a administradora do consórcio como

fornecedora ou prestadora de serviços e o aderente como consumidor, destinatário final, havendo inclusive previsão expressa quanto ao consórcio de produtos duráveis no § 2º do art. 53.

Na hipótese dos autos, é certo que há permissão abstrata na legislação material e processual vigente, quanto à possibilidade de se requerer a devolução das parcelas pagas em virtude da desistência do participante do plano consorcial a que aderira.

Em que pese a alegação da apelada Consavel Administradora de Consórcios Ltda. sobre a legalidade do rateio extraordinário e a sua obrigatoriedade de pagamento, bem como da força de lei para os consorciados das deliberações das Assembléias Gerais Extraordinárias, não restou comprovado nos autos que a complexa proposta aprovada na referida assembléia geral foi realizada com o conhecimento da apelante, para que pudesse informar-se dos reflexos a serem suportados com a transferência da administração do grupo que participava, ainda que ela tenha exarado sua assinatura na lista de presença da AGE (f. 254).

No caso dos autos, entendo que a apelada Consavel não ofereceu oportunidade à apelante para que, antes de concluir sobre as novas regras que passariam a reger o contrato de consórcio, ela tomasse conhecimento sobre o conteúdo e as conseqüências que adviriam com as mesmas e assim, não sendo dada essa oportunidade, as novas prestações assumidas não a obrigam.

> Dar oportunidade de tomar conhecimento do conteúdo do contrato não significa dizer para o consumidor ler as cláusulas do contrato de comum acordo ou as cláusulas contratuais gerais do futuro contrato de adesão. Significa, isto sim, fazer com que tome conhecimento efetivo do conteúdo do contrato. Não satisfaz a regra do artigo sob análise a mera cognoscibilidade das bases do contrato, pois o sentido teleológico e finalístico da norma indica dever o fornecedor dar efetivo conhecimento ao consumidor de todos os direitos e deveres que decorrerão do contrato, especialmente sobre as cláusulas restritivas de direitos do consumidor, que, aliás, deverão vir em destaque nos formulários de contrato de adesão (art. 54, § 4º, do CDC). (NERY JÚNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Ed. Forense Universitária, p. 485).

A apelada tinha o dever de informar à apelante, então angustiada com a liquidação extrajudicial do Consórcio Liderauto, das conseqüências da absorção do grupo, bem como da implicação de possível elevação dos custos do empreendimento, o que não ocorreu.

Não é demais lembrar que as relações de consumo são informadas pelo princípio da boa-fé (art. 4º, *caput* e inciso III, do CDC), de sorte que nestes inúmeros casos que tramitam perante a Justiça estadual, nos quais se discute o aumento do valor da prestação e do prazo para o consorciado adquirir um bem em virtude da má gerência da administradora anterior, não houve a adoção obrigatória desse princípio.

Há de ser observado ainda que é direito básico do consumidor, reconhecido no art. 6º, V, do CDC, modificar a cláusula que estabeleça prestação desproporcional, mantendo-se íntegro o contrato se sobrevierem fatos que tornem as prestações excessivamente onerosas para o consumidor, o que se amolda perfeitamente ao caso em questão.

Assim, deve ser reconhecido que houve alteração de cláusula do contrato original estabelecendo prestação desproporcional à apelada, em virtude de fato superveniente para o qual os consorciados em nada contribuíram, qual seja a liquidação extrajudicial da Liderauto em virtude da má administração.

Por isso é que entendo que deve ser autorizada a retenção da taxa de administração pela apelada como pactuado na cláusula 15 do contrato firmado entre as partes que dispõe: "Art. 15 - A taxa de administração cobrada pela administradora não poderá ser superior a 12% (doze por cento) do valor do imóvel objeto do plano (f. 70).

É importante observar que a cobrança da taxa de administração pela apelada deve se limitar até a data em que ocorreu a exclusão da apelante do grupo de consórcio e que, ao decidir os embargos declaratórios, o MM. Juiz *a quo* deixou claro que "a taxa de administração é aquela contratada" (f. 607).

Com a exclusão da consorciada não contemplada, como é o caso destes autos, faz ela jus à restituição das parcelas pagas, atualizadas monetariamente, conforme entendimento que restou consolidado através da Súmula 35 do STJ, que assim dispõe: "Súmula 35: Incide correção monetária sobre as prestações pagas, quando de sua restituição, em virtude da retirada ou exclusão do participante do plano de consórcio".

A ementa transcrita *in retro* solidificou-se ante vários julgados daquele egrégio Sodalício, destacando-se:

> A devolução de prestações ao consorciado deve ser efetuada com correção monetária (*RSTJ* 31/311).
>
> Direito civil. Consórcio de veículos. Desistência. Incidência da correção monetária. Recurso não provido.
> I - Constituindo a correção monetária mera atualização do valor da moeda corroída pelo processo inflacionário, incide a mesma sobre eventuais devoluções de cotas de consórcio.
> II - Admitida a correção monetária nas parcelas pagas pelo consorciado, por imperativo lógico há de ser afastada qualquer disposição contratual ou regulamentar que impeça sua aplicação, sob pena de se comprometer a justa composição dos danos e o fiel adimplemento das obrigações (REsp nº 5.310-RS - Súmulas do Superior Tribunal de Justiça, Wilson Bussada, I/628).

Induvidoso é que a entrega de valores a favor da consorciada-apelante e a restituição sem a incidência da correção monetária e juros moratórios implica empobrecimento desmotivado da administradora-apelada, sem qualquer causa legal ou fática que o justifique.

Acentua-se que essa atualização da moeda deve ser feita a partir da data do desembolso de cada parcela, o que também ficou esclarecido na decisão dos embargos declaratórios (f. 607-v.), de acordo com a tabela da Corregedoria de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob pena de não representar a efetiva devolução do *quantum* recebido, uma vez que não se traduziria a real recomposição da expressão da moeda.

Relativamente aos juros legais, são devidos na proporção de 1% (um por cento) ao mês, conforme art. 406 do Código Civil, devendo incidir desde a citação ocorrida em 05.05.2005, quando já estava em vigor a Lei 10.406/2002 (f. 199-v.), por força do art. 219 do CPC, sendo este o termo *a quo* da constituição em mora da administradora do consórcio.

Cediço, ainda, que deve ser o patrono da apelante condignamente remunerado. No entanto, entendo que o valor pretendido, ou seja, o equivalente a 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação é excessivo e não merece amparo do Judiciário.

Quanto ao pedido de inversão do ônus da prova, entendo que este deve se dar no recebimento da petição inicial, no despacho saneador ou ainda, durante a instrução, pois, do contrário, haveria ofensa à ampla defesa do fornecedor. *In casu*, o indeferimento da inversão do ônus da prova não trouxe qualquer prejuízo à apelante em face da procedência do seu pedido inicial.

Pelo exposto, dou parcial provimento à apelação da parte autora.

Da 2ª apelação (f. 624/656):

Há pensamentos diferenciados na jurisprudência, a respeito da época em que deverá ser procedida a restituição, achando uns, como destacado pela apelante, que a administradora dispõe do prazo de trinta ou sessenta dias, após o encerramento do grupo, para a devolução das parcelas pagas pelo consorciado desistente ou excluído.

A meu ver, contudo, lembrando trecho do voto proferido pelo douto Juiz Arnaldo Rizzardo, digno Relator da Apelação Cível nº 192.115.113 (TARS, *RT* 686/169):

> quanto ao momento de devolução, embora a sentença tenha silenciado a respeito, tem-se decidido que a mesma há de ser imediata. Não se justifica impor ao ex-consorciado que aguarde até o final, se ele não mais pertence ao grupo. Seria, de outro lado, admitir que a administradora utilize o dinheiro que não lhe pertence e o invista, tirando proveito econômico, tudo a custa de terceiros.

A 54ª cláusula contratual, no § 2º, que prevê a devolução de parcelas pagas ao consorciado desistente somente a 30 (trinta) dias do encerramento das operações do grupo é abusiva (f. 81), indo contra o art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, pois não há razão jurídica plausível para que a administradora de consórcio, que já substituiu ou que pode substituir consorciado desistente por outro no grupo, retenha um valor que não lhe pertence e nem ao grupo, por longo período, expondo o consumidor, poupador, a extrema desvantagem e prejuízo. Circunstância que não se coaduna com o espírito da lei e que esbarra no CDC, aplicável à espécie.

De fato, é de se dar guarida às normas reguladoras das relações de consumo nos consórcios. Nesse sentido, observe-se a lição de Lionel Pimentel Nobre e Flávio Augusto Dadalto Armani: "É importante também enfatizar que, com a nova sistemática, todos os contratos firmados a partir da vigência da nova circular deverão seguir as premissas do Código de Defesa do Consumidor (CDC)."

Como o instrumento que materializa a associação de indivíduos no Sistema Nacional de Consórcios é o contrato de adesão, regulamentado no Capítulo II, art. 3º, da Circular 2.766/97, salienta-se que essa modalidade de contrato recebe tratamento especial e adicional do CDC, no que diz respeito principalmente ao controle administrativo, judicial e legislativo.

Em termos gerais, o CDC adotou para os contratos de consumo duas formas de controle judicial. Por um lado, o CDC age preventivamente, através do exame antecipado dos contratos. Por outro, atua de forma repressiva, após celebrado o contrato, através de revisão e interpretação da vontade contratual.

Assim, o controle judicial consiste na possibilidade de ser invalidada cláusula excessivamente onerosa, produtora de grave prejuízo ao aderente consorciado, ou, ainda, de ser determinada a modificação do contrato para adequar a situação fática do negócio.

Da aplicação do acima exposto, pode-se citar, exemplificativamente, julgamento da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sobre o uso de cláusula abusiva:

> A autonomia de vontades, tendo como máxima o *pacta sunt servanda,* foi relegada a um segundo plano, em face da nova lei do consumidor, a qual proíbe o pacto de cláusulas abusivas. A lei vela pelo equilíbrio contratual, impondo normas imperativas que garantem a expectativa legítima do consumidor, frente ao contrato celebrado.
> A eqüidade contratual é um dogma a superar a autonomia de vontade, e este controle poderá ser exercido pelo Poder Judiciário *a posteriori*, após a formação do contrato. Neste caso, declarando-se tais cláusulas como nulas (art. 6º, inciso IV, do CDC). As disposições anuladas são dadas como pró-consumidor, restabelecendo-se o equilíbrio contratual (julgamento da Ap.592070528, 3ª Câmara Cível do TJRS) (*in* Alguns comentários sobre a nova sistemática dos consórcios no Brasil. *Revista dos Tribunais* nº 746, p. 70/71).

É de se acentuar que tal entendimento não acarreta conseqüências prejudiciais aos demais consorciados, porquanto, se, por um lado, o afastamento do participante provoca uma diminuição de ingresso de capital no grupo, por outro, o bem será devolvido, possibilitando a entrada de novo consorciado, e o fato de que quem

adentrar no consórcio não o fará pelas prestações faltantes, mas sim pelo pagamento integral dos valores atualizados.

Entendo que a restituição imediata não traz desequilíbrios financeiros como alegado pela apelante, nem importa em violação ao direito de propriedade, mesmo porque, de acordo com o pacto firmado entre as partes, o grupo do qual fazia parte a consorciada tinha duração prevista de 100 (cem) meses e foi assinado em 05.05.1997 (f. 67). Portanto, o encerramento das operações do grupo foi ajustado para 05.09.2005, não merecendo respaldo as alegações da 2ª apelante.

Quanto ao abatimento relativo ao rateio extraordinário, o entendimento do STJ é no sentido de que se admitam os descontos da taxa de administração e do seguro, não havendo que se falar em dedução de qualquer outra taxa, motivo pelo qual também não tem razão a apelante ao requerer a retenção de tal valor.

Nesse sentido:

> Consórcio. Desistência. Devolução de importâncias pagas. - A importância a ser devolvida não compreenderá a parcela correspondente à taxa de administração e prêmio de seguro. Incluirá, entretanto, a destinada ao fundo de reserva (REsp 171294/SP, Terceira Turma do STJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 25.09.2000).

No que se refere à incidência de juros e correção monetária, a matéria foi decidida por ocasião da apreciação da apelação da parte autora.

Nego provimento à apelação da parte ré.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MAURÍLIO GABRIEL e WAGNER WILSON.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E NEGARAM PROVIMENTO AO SEGUNDO.

. . .

Direito de propriedade - Teoria da asserção - Falecimento de co-ré - Herdeiros - Litisconsortes passivos - Formalização de habilitação - Suspensão do processo - Dispensabilidade - Ilegitimidade passiva afastada

Ementa: Direito de propriedade. Teoria da asserção. Ilegitimidade passiva afastada.

I - Falecimento de co-ré, não convocada à lide, cujos herdeiros únicos são os demais litisconsortes passivos, prossegue o feito, exclusivamente, contra estes, dispensando-se, em nome da economia processual e da instrumentalidade das formas, suspensão do processo para formalização de habilitação.

Prejudicial suscitada de ofício e rejeitada.

II - O direito real de propriedade imobiliária presume-se daquele em cujo nome inscrito o imóvel no Registro de Imóveis, não o alterando mero compromisso particular-preliminar de promessa de compra-e-venda não registrada.

III - Quem se enovela em conflito de interesses derivado do *status* dominial que o registro faz emanar suporta, em tese, efeitos da demanda que invoca omissão de suprimento da vontade de comunheiro, tornando-se parte legítima para figurar no pólo passivo da respectiva relação processual, conforme teoria da asserção.

Sentença terminativa da lide cassada. Ilegitimidade Passiva afastada. Preliminar acolhida.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.05.661823-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Lhano Nelson - Apelados: Maria da Conceição Rezende Dolabela e outros - Relator: DES. FERNANDO BOTELHO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de f., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR, DE OFÍCIO, A PREJUDICIAL E ACOLHER PRELIMINAR PARA CASSAR A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 31 de janeiro de 2008. - *Fernando Botelho* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FERNANDO BOTELHO (convocado) - Cuida-se de apelação cível proposta por Lhano Nelson contra sentença proferida pelo MM. Juiz da 12ª Vara Cível desta Capital/MG nos autos da "ação ordinária com requerimento liminar de suprimento judicial c/c pedido de indenização" movida contra Maria da Conceição Rezende Dolabela e Eduardo Giordano de Rezende.

O juízo *a quo* reconheceu a ilegitimidade dos réus para comporem o pólo passivo da relação processual e extinguiu o feito com espeque no art. 267, VI, do CPC (f. 150/152). O fundamento é que os réus, firmatários de promessa de compra-e-venda, teriam vendido o imóvel indicado na inicial, tornando-se, pelo ato, parte ilegítima para suportarem o intuito vestibular.

Aviados embargos de declaração (f. 153/154), foram rejeitados (f. 155/156).

Inconformado, recorre o autor (f. 157/164), argüindo, em sede preliminar, a nulidade da sentença por ausência da prestação jurisdicional e a legitimidade passiva dos réus.

Assim, postula seja a sentença cassada e os autos remetidos à origem para prolação de novo ato sentencial.

Nas contra-razões de f. 167/175, os apelados batem pela manutenção do *decisum*.

Juízo de admissibilidade: presentes os pressupostos, conheço do recurso.

Prejudicial.

1. Falecimento de uma das rés.

Revelam os autos que, em 22.03.2005 (f. 86-A), o apelante propôs ação contra os apelados visando suprimento judicial de vontade dos réus em processo administrativo movido na Prefeitura Municipal de Belo Horizonte, para parcelamento do solo de imóvel de propriedade comum do autor e dos réus.

Citados em 02.05.2005 (f. 89) e 24/11/2006 (f. 114), respectivamente, os réus Eduardo Giordano de Rezende e Maria da Conceição Giordano Rezende apresentaram contestação às f. 121/130 e noticiaram o falecimento da terceira ré, Sra. Angelina Giordano Rezende, aos 03.11.2005, que sequer foi citada para compor o pólo passivo dessa relação processual.

A certidão de óbito colacionada à f. 131 noticia inexistência de bens a inventariar e os co-réus como únicos filhos.

O julgamento foi convertido em diligência, e os apelados às f. 185/187 noticiaram que são os únicos sucessores da ré falecida; que inexistem bens a partilhar, ocasião em que pugnaram pela assunção da "posição processual da falecida, independentemente de sentença".

Tendo sido demonstrado o óbito e a qualidade dos sucessores, porque comprovada com a certidão de óbito (art. 1.060, I, do CPC), devem-se levar em conta princípios como o da economia processual e da instrumentalidade das formas.

Assim, não há, nos autos, necessidade qualquer de suspensão do feito para habilitação dos sucessores em recomposição da relação processual, a uma, porque a ré não havia, ainda, sido citada, e a duas, porque, não tendo havido abertura de inventário, os litisconsortes passivos passam, diretamente, à posição de réus únicos do feito.

Prossigo, assim, com o julgamento, em análise das demais questões do recurso, rejeitando, de plano, a suspensão do feito para formal processamento de habilitação, dando por habilitados os requerentes de f. 185.

Preliminar.

2. Ilegitimidade passiva.

Em defesa, os réus argüiram, no recurso, ilegitimidade para figurar no pólo passivo da demanda. O fundamento é que o imóvel indicado na inicial foi vendido à entidade denominada "Fundação Cultural de Belo Horizonte", em 31.05.2001, portanto em data anterior à da propositura da medida presente; assim, dizem, se:

> não eram os... proprietários do imóvel, como poderiam então aceitar seu parcelamento na Prefeitura? Se tivesse sido levado a efeito, este ato seria inválido e ilegítimo, e poderia submeter seus subscritores inclusive a representação criminal por parte do atual proprietário" (f. 124).

O douto Juízo monocrático, na sentença, decidiu que:

> ao tempo em que a coisa se tornou litigiosa, os réus não mais eram proprietários do imóvel objeto da ação, não sendo eles, portanto, partes legítimas para figurarem no pólo passivo da demanda, sendo irrelevante o fato de não estar o aludido contrato de compra-e-venda registrado no cartório competente (f. 152).

Discordo da solução, *maxima venia*.

Mesmo havendo expressa decisão a respeito, não há preclusão *pro iudicato* de questões de ordem pública, como as condições da ação, que devem ser analisadas a qualquer tempo e grau de jurisdição, inclusive de ofício, o que faz com que, aqui, e não só porque suscitada no recurso, mas também porque imune a qualquer efeito preclusivo, a ilegitimidade das partes passivas na lide deva ser re-examinada.

E, em o fazendo, anoto que, para ser parte na relação jurídica processual - que diz respeito *in casu* à verificação da pertinência abstrata da inclusão dos réus em debate sobre o direito material controvertido -, basta, conforme a teoria da asserção, que a pessoa receba a imputação formal da inicial no envolvimento com o conflito de interesses e possa suportar, em tese, os efeitos da sentença.

O insigne processualista Humberto Theodoro Júnior (in *Curso de direito processual civil*. 25. ed. v. I. p. 57):

> Se a lide tem existência própria e é uma situação que justifica o processo, ainda que injurídica seja a pretensão do contendor, e que pode existir em situações que visam mesmo a negar *in totum* a existência de qualquer relação jurídica material, é melhor caracterizar a legitimação para o processo com base nos elementos da lide do que nos do direito debatido em juízo.
>
> Destarte, legitimados ao processo são os sujeitos da lide, isto é, os titulares dos interesses em conflito. A legitimação ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que se opõe ou resiste à pretensão.

No caso em exame, ainda que, no dizer da sentença recorrida, os apelados tenham pretendido transferir a propriedade do imóvel indicado na inicial para outra entidade, a "Fundação Cultural de Belo Horizonte", com a qual terão firmado mero "... contrato particular de promessa de compra-e-venda de imóvel..." cujo instrumento foi colacionado às f. 132/133, datado de 31.05.2001, não se pode deixar de convir que não procederam eles a qualquer inscrição do dito instrumento no registro imobiliário competente, como se verifica da certidão de f. 34.

Aliás, ainda que inscrito, dada a própria natureza do compromisso (preliminar, ou, de promessa de compra-e-venda), não teria, ainda assim, condão de produzir, de per si, efeito translatício dominial, visto que asseguraria, no máximo, acesso à adjudicação do domínio prometido ao promissário comprador, se desatendida a essência do pacto.

Vale dizer: a promessa de compra-e-venda, relativamente a imóveis loteados cujo instrumento particular prescreva, como no caso, valor superior ao do *minus* legal, não opera efeito translatício-dominial autônomo, mesmo quando registrada, visto que este se dará, somente, quando pública a forma da instrumentalização da compra-e-venda, visto que esta, para imóveis de valor superior ao da "taxa" legal, integra a própria essência do negócio (valor *ad substantiam* da escritura pública e não meramente *ad probationem*).

Oportuno destacar, aqui, que a própria "cláusula segunda", "B", do contrato particular de f. 132, previu que parte do valor ali pactuado seria quitado somente em parcelas (10), o que indica, também, o fato de que sequer a *conditio* essencial da prometida compra-e-venda (a quitação do preço) se fez evidenciada nos autos, sendo que, após a quitação integral do débito, promitentes-vendedores e compradores não terão tomado medidas para a efetivação da transferência da propriedade pela inarredável forma pública, como determina a lei.

Continuam, por isso, respondendo, integralmente, pelos efeitos do domínio inscrito (apenas) em seu favor, isto é, como legítimos e exclusivos proprietários, os réus-apelados, pois se presume que o direito real pertença àquele em cujo favor o imóvel está transcrito.

O contrário equivale, *contra legem*, presumir efeito diverso (ou inibitório) do registro imobiliário público.

O instrumento particular sem o devido registro publicitário não produz prova (ou inibitória) da propriedade, como dispõem os arts. 530, inciso I, do CC de Beviláqua, 1.245 do NCC e 172 da Lei nº 6.015/73, servindo somente para limitar a possibilidade de alienação pelo proprietário - promitente vendedor - a terceiro, ou mesmo para a defesa da posse do bem, se com ele transmitida (Súmula 84 do STJ):

> Art. 530. Adquire-se a propriedade imóvel:
> I - pela transcrição do título de transferência no Registro do Imóvel [...] (Código Civil de Beviláqua).
>
> Art.1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis (novo Código Civil).
>
> Art. 172. No Registro de Imóveis serão feitos, nos termos desta Lei, o registro e a averbação dos títulos ou atos constitutivos, declaratórios, translativos e extintos de direitos reais sobre imóveis reconhecidos em lei, *inter vivos* ou *mortis causa* quer para sua constituição, transferência e extinção, quer para sua validade em relação a terceiros, quer para a sua disponibilidade (Lei nº 6.015/73).
>
> Súmula 84 do STJ. É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro.

A propriedade de bem imóvel, não custa repetir velha lição, perfaz-se somente com a transcrição do contrato no respectivo Registro de Imóveis.

Nesse esteio, já que o ordenamento não prestigia o sigilo das relações havidas no direito de propriedade, "enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel" (§ 1º do art. 1.245 NCC).

De lege lata a questão!

Sobre ela, a posição do col. STJ:

> Falência. Contrato de compra e venda de imóveis não registrado. Alvará para outorga de escritura.
> 1. A propriedade imobiliária transfere-se, entre vivos, mediante registro do título translativo no Registro de Imóveis. O direito real à aquisição do imóvel, no caso de promessa de compra e venda, sem cláusula de arrependimento, somente se adquire com o registro.
> 2. Nessa perspectiva, malgrado a quitação de contrato de compra e venda de imóvel no ato de sua realização, não assiste direito à promissária compradora à expedição de alvará para outorga de escritura, após declaração de quebra da vendedora (art. 52, inc. VII, do Decreto-lei 7.661/45).
> 3. Recurso especial não conhecido (REsp 431432/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, p. no *DJ* de 27.06.2005, p. 396).

Bem assim a do então Tribunal de Alçada de Minas Gerais:

> Ementa: Apelação. Embargos do devedor. Prova inútil. Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa inocorrente. Propriedade imóvel. Transmissão *inter vivos*. Única prova admissível. Inexistência. Recurso não provido.
> 1. Deve o juiz sentenciar antecipadamente a lide se a matéria de fato desafia prova exclusivamente documental. Neste caso, inocorre cerceamento de defesa.
> 2. Prova-se a transmissão *inter vivos* da propriedade imobiliária mediante certidão do registro respectivo.
> 3. Ausente a certidão, tem-se como inexistente a transmissão. Está correta a sentença que rejeitou os embargos do devedor com lastro na alienação anterior do imóvel penhorado.
> 4. Apelação conhecida e não provida, rejeitada uma preliminar (Ap. Cível nº 352.724-4, Rel. Juiz Caetano Levi Lopes, p. em 08.06.2002).

E desta Câmara:

> Direito civil e processual civil - Legitimidade ativa *ad causam* - Invalidade de negócio jurídico - Venda de imóvel a *non domino* - Improcedência do pedido - Transferência da propriedade imóvel, por ato de vontade, *inter vivos* - Único modo legítimo: Registro - Simulação inocente - Art. 103 do CC de 1916.
> I - Se a tutela jurisdicional pleiteada pelo autor pode ser-lhe

plenamente útil, capaz de aumentar o seu patrimônio material, e há, na espécie, perfeita e legítima adequação entre o sujeito em questão e a lide, sendo dele o interesse afirmado na pretensão, contra o qual afirma estarem contrapostas as pretensões dos réus, é ele, autor, parte legítima *ad causam*.
II - Se aquele que pleiteia a declaração de invalidade de transferência de imóvel sob a alegação de ser o *verus dominus* e afirmando que a venda foi feita por quem não era seu legítimo proprietário, mas não comprova ser o verdadeiro titular da propriedade, revelando-se legítimo o negócio que pretende invalidar, impõe-se a improcedência do pedido.
III - Em nosso ordenamento jurídico, o único modo de aquisição da propriedade imóvel, por ato de vontade *inter vivos*, é através do registro público do título de transferência.
IV - A simulação não se considerará defeito em qualquer dos casos previstos no art. 102 do CC de 1916, quando por parte dos contratantes não houver intenção de prejudicar terceiros ou de violar disposição de lei (art. 103 do CC de 1916) (Ap. Cível nº 1.0024.06.030556-2/001 em conexão com a Ap. Cível nº 1.0024.05.857640-6/001, Rel. Des. Adilson Lamounier, p. em 11.10.2007).

Desse modo, não tendo havido, como não houve de fato, transferência da propriedade no Registro de Imóveis competente, a legitimidade dos requeridos para o pólo passivo da relação processual presente, vale dizer, para o enfrentamento do mérito do seu desate, mostra-se inarredável, porque a inicial contém franca pretensão derivada exatamente do *status* dominial (ainda que reflexiva a derivação), pois que imputado a titular do domínio dever de emissão determinada de vontade ou que o suprimento judicial postulado a substitua. O ato jurisdicional buscado fará, se atendido, as vezes da vontade dita omitida por comunheiro, que atribui ao lindeiro-proprietário recusa a comparecimento e assentimento a processo administrativo-municipal, iniciado pelo vizinho para individualização, com alcance fiscal, das propriedades ditas vizinhas.

O parcelamento administrativo - pelo feitio que assume, isto é, como consectário do dever de estremação de prédios lindeiros - convoca, por óbvio, o interesse dominial do titular da propriedade debatida.

Não será possível, juridicamente, imputar *legitimatio ad causam passiva* senão a ele, titular formal do domínio; nunca àquele que, mero compromissário-comprador, não adquiriu ainda o domínio e, por isso, não se sujeita a dever de emissão volitivo-administrativa quanto ao imóvel comum.

Se a pretensão, tal como deduzida, se volta para dada emissão de vontade - que terá sido omitida e deverá, se atendida a súplica inicial, ver-se suprida pela força da decisão judicial - e se deriva, exclusivamente, do *status* patrimonial-dominial imputado pelos autores apenas aos réus, em cujo nome figura, de fato, a propriedade imobiliária transcrita, claro, claríssimo, que a disputa se cinge, por ora, aos que terão ou não que responder pelo reflexo administrativo-municipal que a propriedade inscrita produz (e só ela produz !).

Pois este reflexo - frente ao procedimento administrativo-municipal unilateralmente iniciado pelos autores-comunheiros (procedimento municipal de parcelamento e individualização, fiscal-cadastral, da propriedade) - constitui o *punctum pruriens* da demanda, e deverá ser resolvido, como de direito, pela sentença, mas em análise de mérito, para o qual não se pode deixar de convir à franca legitimação dos réus-apelados.

Mercê de tais alinhamentos, acolho a preliminar para, afastando a ilegitimidade passiva dos réus, cassar a sentença e determinar que outra seja proferida, com análise, como de direito, do mérito da ação, após regular prosseguimento do feito e oportunização dilatória que se considerar cabível para a espécie.

Custas recursais, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALBERTO HENRIQUE e ADILSON LAMOUNIER.

Súmula: REJEITARAM, DE OFÍCIO, A PREJUDICIAL E ACOLHERAM PRELIMINAR PARA CASSAR A SENTENÇA.

...

Dissolução de sociedade comercial - Acordo - Homologação - Extinção parcial do mérito - Processo - Continuidade - Apuração de haveres - Lucro - Distribuição - Sócio - Preterição - Sócios controladores - Aplicação da receita - Fins diversos do objeto social - Empréstimo a terceiros - Correção - Juros - Ausência - Prejuízo - Dever de lealdade - Violação - Reparação

Ementa: Ação de dissolução de sociedade. Homologação de acordo. Extinção parcial do mérito. Apuração de haveres. Distribuição de lucros. Sócio preterido. Continuidade do processo. Sócios controladores. Aplicação da receita em fins diversos daqueles da sociedade. Empréstimo a terceiros. Empresas ligadas aos controladores. Ausência de correção e juros. Efetivo prejuízo. Violação ao dever de lealdade. Reparação.

- A celebração de acordo no que tange à dissolução da sociedade não implica a extinção do processo, que deve prosseguir para a apuração dos dividendos que não foram devidamente distribuídos aos sócios minoritários.

- Os sócios controladores que aplicarem o recurso da sociedade em fins diversos do objeto social (sem investi-lo na empresa ou distribuir os lucros aos sócios minoritários), em benefício pessoal, violam o dever de lealdade, ficando obrigados a reparar os sócios minoritários pelos prejuízos sofridos.

AGRAVO Nº 1.0024.02.790738-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravantes: Lúcia Helena de Almeida Braga Lauar e outros - Agravado: Gustavo Braga de Azevedo - Relatora: DES.ª SELMA MARQUES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINARES E PREJUDICIAL, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 20 de fevereiro de 2008. - *Selma Marques* - Relatora.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento pelo agravado o Dr. Vinícius M. Mitre.

DES.ª SELMA MARQUES - Trata-se de agravo de instrumento interposto por Lúcia Helena de Almeida Braga Lauar e outros contra a decisão de f. 23-26/TJ, proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara Empresarial da Comarca desta Capital, que, nos autos da ação de dissolução parcial de sociedade ajuizada por Gustavo Braga Azevedo contra os agravantes, autorizou o pagamento ao agravado da quantia correspondente aos lucros da sociedade dissolvida, incluída a indenização pela mora, a diferença recebida pela avó do autor, usufrutuária de suas cotas e as diferenças da CDI em relação às taxas pagas pelos mutuários da sociedade.

Alegam os recorrentes, em síntese, que a r. decisão hostilizada não merece prosperar, uma vez que, não obstante a dúvida existente sobre a natureza jurídica da decisão fustigada, inegável sua nulidade, por ser *extra petita*, já que extrapolou o pedido inicial.

Aduzem que a decisão fustigada não abordou quem seria o responsável pelo pagamento, já que tanto o autor como os réus alienaram a terceiros todas as cotas da sociedade Empreendimentos e Participações Augusto Braga Filho Ltda. Ainda no que tange à nulidade da decisão atacada, aduzem que o MM. Juiz primevo não fundamentou as razões pelas quais acolheu o laudo pericial, razão pela qual foi violado o art. 458, II, do CPC.

Em sede de prejudicial de mérito alegam os agravantes, nos termos do art. 287, II, *a*, da Lei 6.404/76, c/c o art. 18 do Decreto 3.708/19, a prescrição da ação. Afirmam que, por ter o autor completado 18 anos em 24.05.1999, a diferença recebida pela Sr.ª Leonice Almeida Braga deve compreender somente os exercícios de 1999 a 2003.

Ressaltam, ainda, que as cobranças deveriam ter sido dirigidas unicamente à pessoa que recebeu os dividendos: a avó do autor, usufrutuária das cotas.

Argumentam que a sociedade está dissolvida, tendo sido distribuído todo o patrimônio que não foi transferido indiretamente ao cessionário das cotas entre os sócios, de forma que nenhum deles tem mais nada a receber da sociedade. Ainda no sentido da dissolução da sociedade e distribuição das quotas, arrematam dizendo que a ação de dissolução teria perdido seu objeto.

No que concerne ao prejuízo alegado pelo autor em decorrência de empréstimos realizados a terceiros, sustentam que, não obstante ser o objeto da sociedade receber dividendos e aplicá-los em renda fixa ou em sociedade pecuária, quando a taxa de mercado em relação às aplicações de renda fixa estava baixa e não havia pasto para pecuária, optava a sociedade por realizar empréstimos a algumas pessoas jurídicas ligadas aos sócios. Asseveram que, nessa operação, a mutuária ganharia com o negócio, visto que obteria taxas inferiores às do mercado, e a mutuante nada perderia, visto que obteria taxas superiores àquelas obtidas em aplicações no mercado. Ressaltam que, para haver a restituição das quantias perdidas pela sociedade com os referidos empréstimos, é imprescindível prova de que a sociedade perdeu com a operação. Salientam que o perito não informou possível perda da sociedade.

Afirmam ainda os agravantes ser incabível a pretensão do autor a perceber indenização por recebimento de lucros em datas diversas dos demais sócios, já que, nos termos do art. 205, § 3º, da Lei 6.404/76 c/c o art. 18 do Decreto 3.708/19, o dividendo deverá ser pago dentro de 60 dias ou no mesmo exercício social. Asseveram que não há qualquer diferença entre o dividendo pago no primeiro ou no último dia do período de 60 dias, ou, ainda, dentro do mesmo exercício social. Sustentam que, no caso em pauta, as diferenças apontadas pela perícia no recebimento dos lucros não ultrapassam dois meses. Ressaltam que o autor estaria se beneficiando da própria torpeza, já que teria atrasado o recebimento de dividendos para poder ser contemplado com a taxa CDI ou Selic, cuja utilização implica, na verdade, enriquecimento sem causa.

Requerem a concessão do efeito suspensivo e que, ao final, seja dado provimento ao recurso a fim de que a decisão primeva seja anulada, ou para que sejam decotados os excessos que apresentou.

O MM. Juiz primevo prestou as informações que lhe foram solicitadas, à f. 187/TJ.

O autor apresentou resposta ao agravo de instrumento pugnando pelo improvimento do recurso, f. 189/202-TJ.

Às f. 180/181/TJ, a Relatora para quem inicialmente foi distribuído recurso concedeu o efeito suspensivo pleiteado.

O MM. Juiz primevo prestou as informações que lhe foram solicitadas à f. 187/TJ.

O autor apresentou resposta ao agravo de instrumento pugnando pelo improvimento do recurso, f. 189/202-TJ.

Presentes os requisitos legais admito o recurso.

Da preliminar suscitada pelo agravado na resposta do recurso.

Ao oferecer a resposta ao recurso, o agravado apresentou preliminar no sentido de que o agravo interposto contra a decisão que homologa cálculos de liquidação, havendo ainda pendência de outras parcelas liquidandas, deve ser processado na forma retida.

Assevera o autor que a decisão atacada homologou os cálculos da sentença apenas de maneira parcial, já que foi ajustado, nos autos, que a perícia seria realizada em duas partes, sendo a homologação referente a apenas uma delas. Afirma que o processamento do agravo na forma de instrumento pode preterir a continuidade das apurações e antecipar a etapa processual constante de eventual apelação.

Não assiste razão ao agravado.

Frise-se que à f. 68-TJ o MM. Juiz primevo homologou o acordo que extinguiu a lide no que concerne ao pedido de dissolução parcial da sociedade, devendo a ação prosseguir somente em relação à diferença dos lucros apurados pelo período referido na inicial e não distribuídos corretamente, os lucros não distribuídos entre os períodos de 1992 e 1998 e demais pedidos constantes na inicial.

Assim, no que concerne às demandas ainda pendentes, a decisão atacada aplicou, embora sem fazer menção expressa, o art. 273, § 6º, do CPC, visto que apreciou os pedidos cumulados que se mostraram incontroversos.

Nesse sentido, ensina Marinoni:

> [...] é inevitável concluir que parcela do pedido poderá tornar-se madura para julgamento no curso do processo, que ainda deverá prosseguir para a elucidação do restante da demanda.
> [...].
> Se um dos pedidos apresentados pelo autor está pronto para julgamento - seja porque diz respeito apenas a matéria de direito, seja porque independe de instrução dilatória -, a necessidade de uma prestação jurisdicional mais célere e efetiva justifica a quebra do velho princípio da *unitá e unicità della decisione*.
> [...].
> Para que seja possível a tutela antecipada mediante o julgamento antecipado de um (ou mais de um) dos pedidos cumulados, é necessário que um ou mais dos pedidos esteja em condições de ser imediatamente julgado e um outro (ou outros) exija instrução dilatória [...].
> Na verdade, é incoerente propor, com base no princípio da economia processual, a cumulação de pedidos e, ao mesmo tempo, negar o direito à tempestividade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF), não permitindo a imediata tutela do pedido que se tornou incontroverso no curso do processo - ou pronto para definição (ou para julgamento com base em convicção de verdade) antes dos demais (*A antecipação da tutela*, 2004, p. 341, 346 e 347).

In casu, apresentado o laudo pericial de f. 115/139-TJ, tornaram-se incontroversos para o MM. Juiz primevo os valores referentes à não-participação do autor nos dividendos distribuídos entre dezembro de 1992 a 31.12.2003, a que tem o autor direito a receber em face de sua participação da sociedade Empreendimentos e Participações Augusto Braga Ltda. e o valor a ser restituído ao autor em decorrência dos empréstimos indevidamente realizados a terceiros em que não houve a cobrança de juros ou correção, além dos juros e dividendos pagos em datas distintas. Frise-se que sobre essa matéria não há a necessidade de qualquer dilação, encontrando o MM. Juiz primevo todos os subsídios necessários à homologação dos valores. Por isso, não há falar em precariedade da decisão que de forma definitiva estabeleceu os valores devidos ao autor.

Assim, inquestionável a necessidade de tramitação do recurso interposto como agravo de instrumento, mormente se levado em consideração que, diferentemente do aduzido pelo agravado, a apreciação do incidente não implicará óbice à continuidade das apurações, visto que os valores homologados pelo Juiz primevo e os que ainda serão posteriormente apurados pelo perito oficial são independentes e não guardam relação de prejudicialidade.

Ademais, a conversão do agravo de instrumento é *ope iudices* e somente se opera quando, a critério do Relator, a decisão agravada não for suscetível de causar ao agravado lesão grave e de difícil reparação.

Isso posto, rejeito a preliminar argüida na resposta ao agravo.

Da nulidade da decisão proferida.

Aduzem os agravantes três preliminares referentes à decisão de 1º grau atacada, visto que o seu dispositivo teria ido além dos limites propostos; não teria se manifestado sobre a ilegitimidade dos réus para pagar o débito do autor e não teria sido fundamentada no que concerne à homologação dos valores apresentados pelo perito.

No que concerne à alegação de que teria sido a decisão *extra petita,* cumpre registrar que a apuração dos lucros não distribuídos ao autor e a diferença dos lucros apurados foi expressamente contemplada no acordo homologado judicialmente, no qual foi parcialmente extinto o mérito da causa. Do acordo homologado constou: "A ação prosseguirá quanto às demais pretensões aduzidas pelo autor, tais como diferença de lucros apurados, por todo o período indicado na inicial, e não distribuídos corretamente (caso assim reste provado), dos lucros não distribuídos [...]" (f. 68 TJ). Assim, não há falar que a r. decisão fustigada foi além dos limites estabelecidos pela lide, razão pela qual rejeito a preliminar de sentença *extra petita* aviada.

Também a ilegitimidade aduzida pelos recorrentes não procede. Isso porque a ação foi corretamente ajuizada pelo autor, que incluiu como litisconsortes necessários todos os sócios e a sociedade. Nesse sentido: "a ação de

dissolução parcial deve ser promovida pelo sócio retirante contra a sociedade e os sócios remanescentes, em litisconsórcio necessário" (REsp 77.122).

Nesse sentido, leciona Ovídio Baptista:

> Incluem-se na espécie de litisconsórcio unitário simples:
> [...]
> f) a ação de apuração de haveres ocorrida por ocasião da retirada de algum sócio de sociedade de responsabilidade limitada que, segundo o estatuto, deva continuar com os sócios remanescentes, em que devam figurar como litisconsortes a sociedade e os demais quotistas (*RJTJSP - Lex* 95/291). (*Curso de processo civil*. 2005, v. 1, p. 248).

Frise-se que a alienação das quotas pelos réus não os torna partes ilegítimas para compor a lide, visto que foram eles os beneficiados pelos possíveis prejuízos causados ao autor pela falha da repartição, distribuição e aplicação dos lucros, visto que não teriam sido os lucros referidos nem distribuídos para os autores, nem incorporados à sociedade. Ademais, o fato de terem incorporado ao patrimônio pessoal o valor correspondente às cotas que possuíam na sociedade somente faz agravar sua responsabilidade, e não eximi-la. Assim, não merece subsistir a preliminar argüida pelos réus de que, devido à alienação das cotas, não haveria um responsável pelo pagamento dos direitos do autor.

No que tange à alegada ilegitimidade passiva, cumpre, ainda, trazer à tona os ensinamentos de Dinamarco sobre legitimidade:

> Ela depende sempre de uma necessária relação entre o sujeito e a causa e traduz-se na relevância que o resultado desta virá a ter sobre sua esfera de direitos, seja para favorecê-la ou para restringi-la. Sempre que a procedência de uma demanda seja apta a melhorar o patrimônio ou a vida do autor, ele será parte legítima; sempre que ela for apta a atuar sobre a vida ou patrimônio do réu, também esse será parte ilegítima. Daí conceituar-se essa condição da ação como relação de legítima entre o sujeito e a causa (*Instituições de direito processual civil*, 2005, v. 2, p. 306).

Assim, como já aludido, uma vez julgadas procedentes as demandas pendentes, não há dúvidas de que os sócios beneficiados com a "aplicação equivocada" (segundo as alegações do autor), dos lucros da empresa Empreendimentos e Participações Augusto Braga Ltda. deverão ser responsabilizados. Por isso, não há falar na nulidade da decisão por não ter, ou ter designado de forma desatrelada do ordenamento jurídico, que deve arcar com os custos de eventual condenação.

No que concerne à preliminar por falta de fundamentação da decisão agravada, cumpre registrar que o próprio MM. Juiz primevo, autor da decisão fustigada, elucidou a questão ao prestar as informações solicitadas pelo órgão *ad quem*:

> A motivação da decisão combatida traz todo o processo valorativo de livre convencimento deste juiz, iniciando pelos fatos e apontando os fundamentos jurídicos, passando pela sua incidência no caso fático relatado nos autos e 'sentidos' de acordo com as provas dos autos e os princípios democráticos, sociais, éticos e de direito (f. 187).

A fim de complementar o disposto pelo MM. Juiz primevo, cumpre apenas registrar que "[...] Fundamentação breve e sucinta não é a mesma coisa que fundamentação inexistente, e já basta para atender à exigência constitucional e legal de fundamentação das decisões judiciais" (TJRS - Relator Desembargador Rui Portanova - Agravo de Instrumento nº 70021009345).

Isso posto, rejeito também a preliminar de nulidade da r. decisão agravada por falta de fundamentação.

Da prescrição.

Em sede de prejudicial de mérito, alegam os agravantes, nos termos do art. 287, II, *a*, da Lei 6.404/76, c/c o art. 18 do Decreto 3.708/19, a prescrição da ação.

Frise-se que, com a extinção do mérito no que concerne à dissolução da sociedade, a lide subsistiu somente em relação ao direito do autor de reaver junto aos demais sócios os lucros que não foram corretamente distribuídos pelos sócios controladores desde o ano de 1992. Ou seja, trata-se de ação pessoal que, nos termos do art. 177, do Código Civil de 1916, prescreve em 20 anos. Registre-se que, a julgar pelo protocolo nas f. 34/TJ, a demanda foi proposta em 2002, quando havia transcorrido apenas metade do prazo prescricional. Assim, não há falar como pretende o agravante que a matéria da lide ficaria restrita às diferenças recebidas pela Sr.ª Leonice de Almeida Braga nos exercícios de 1999 a 2003.

Isso posto, rejeito a prejudicial de prescrição.

Do mérito.

Da perda do objeto.

Argumentam os agravantes que a sociedade está dissolvida, tendo todo o patrimônio que não foi transferido indiretamente ao cessionário das cotas sido distribuído entre os sócios, de forma que nenhum deles tem mais nada a receber da sociedade. Ainda no sentido da dissolução da sociedade e distribuição das quotas, arrematam dizendo que a ação de dissolução teria perdido seu objeto.

Todavia, cumpre ressaltar que cabe aos administradores encarregados da gestão da sociedade promover a apuração contábil dos resultados obtidos pela sociedade em dado período, totalizando os créditos e débitos acumulados. Terminadas as operações contábeis, caso o resultado seja positivo, o lucro será reinvestido na própria atividade social ou distribuído entre os sócios, que terão à sua disposição um acréscimo patrimonial. A violação das regras contábeis e a elaboração de lançamentos sem vinculação exata com as operações concretizadas geram lucros ilícitos e fictícios, constituindo verdadeira gestão fraudulenta que vincula os responsáveis ou beneficiados.

Por isso, ainda que exista acordo judicial homologando a dissolução parcial da sociedade extinguindo parcialmente o mérito, persiste a lide em relação aos pedidos relacionados à não-distribuição correta dos lucros ao autor pelos demais sócios, como, aliás, restou expresso no acordo homologado, f. 66/68-TJ, razão pela qual não há falar em perda do objeto da lide.

Demais disso, quisessem os recorrentes se insurgir contra a perda do objeto da lide, deveriam ter atacado a decisão de f. 68-TJ, que homologou o acordo, que expressamente determinava o prosseguimento do processo em relação às diferenças que seriam devidas ao autor, o que não fez, razão pela qual restou precluso seu pedido.

Frise-se que o processo é uma sucessão de atos, impulsionado por prazos e preclusões, e eventual procedência do recurso implicaria ofensa à matéria preclusa, visto que já superada a oportunidade para atacar a decisão que determinou a intimação pessoal do devedor.

A respeito, leciona Luiz Guilherme Marinoni:

> [...] como acontece com o direito material, também no processo a relação jurídica estabelecida entre os sujeitos processuais pode levar à extinção de direitos processuais, o que acontece, diga-se, tão freqüentemente quanto em relações jurídicas de direto material. A preclusão é o resultado dessa extinção, e é precisamente o elemento (aliado à ordem legal dos atos, estabelecida em lei) responsável pelo avanço da tramitação processual. [...] A lei processual concebe prazos a serem obedecidos. Sob pena de sanções (por exemplo, art. 183 do CPC). Esgotado o prazo de que dispunha o sujeito para a prática de determinado ato (tratando-se de prazo peremptório) ou superada a oportunidade adequada para tanto, extingui-se o direito de realizá-lo, ocorrendo, então, a preclusão temporal (*Manual do processo de conhecimento*. 4. ed., 2005, p. 608).

Isso posto, mormente se levada em consideração a preclusão, não há falar na perda do objeto do processo.

Da inexistência de prejuízos aos empréstimos feitos pela sociedade.

Alegam os agravantes que não houve o prejuízo alegado pelo autor em decorrência de empréstimos realizados a terceiros. Sustentam que, não obstante ser o objeto da sociedade receber dividendos e aplicá-los em renda fixa ou em sociedade pecuária, quando a taxa de mercado em relação às aplicações de renda fixa estava baixa e não havia pasto para a pecuária, optava a sociedade por realizar empréstimos a algumas pessoas jurídicas ligadas aos sócios. Asseveram que nessa operação a mutuária ganharia com o negócio, visto que obteria taxas inferiores às do mercado, e a mutuante nada perderia, visto que obteria taxas superiores àquelas obtidas em aplicações no mercado. Ressaltam que, para haver a restituição das quantias perdidas pela sociedade com os referidos empréstimos, foi imprescindível prova de que a sociedade perdeu com a operação. Salientam que o perito não informou possível perda da sociedade.

Todavia, como já referido, caso haja capital disponível na sociedade limitada, natureza jurídica da Empreendimentos e Participações Augusto Braga Ltda., há duas opções para os sócios responsáveis pela direção da empresa: podem reinvestir o dinheiro na própria sociedade, valorizando todas as quotas sociais, ou distribuir os lucros entre todos os sócios. Por isso, não há falar que o empréstimo feito a terceiros, pessoas jurídicas pertencentes aos tios do autor, é uma opção viável, não se justificando a argumentação do agravante de que os referidos empréstimos foram conseqüências da conjectura econômica no que tange à baixa rentabilidade dos fundos de renda fixa, ou da ausência de pastos que pudessem ensejar a compra de gado.

A utilização pelos agravantes, sócios controladores, da importância auferida pela *holding* de forma contrária ao objeto social da empresa, para beneficiarem outras sociedades das quais tem participação, fere o dever de lealdade existente entre os sócios.

Em relação ao dever de lealdade ensina a doutrina que:

> O sócio tem, perante os demais e a própria sociedade, um dever de lealdade, traduzido na noção geral de colaboração para o sucesso do empreendimento comum. Colaborar nesse contexto não tem apenas o sentido de tomar parte na gestão do negócio, [...]; mas, também e principalmente, o de se abster o sócio de atos prejudiciais aos interesses comuns. Outros exemplos de deslealdade se afiguram na utilização de recursos humanos ou materiais da empresa para propósitos pessoais sem anuência dos demais sócios [...] (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, 2004, p. 413).

Demais disso, a participação nos resultados da empresa representa a principal motivação para a existência da sociedade. A repartição dos lucros entre os membros da sociedade corresponde no plano jurídico a direito inerente à titularidade da cota social. Frise-se que a dissolução parcial da sociedade implica não apenas a retribuição pelas quotas, mas também a busca pelo restabelecimento da participação dos lucros com as respectivas perdas que porventura tenha sofrido o sócio retirante em detrimento do favorecimento dos demais sócios.

Por isso, o laudo pericial, f. 115/139-TJ, deve ser acolhido quando apura a perda financeira do autor ao responder os quesitos i e j, f. 130/131-TJ, consignou a realização de empréstimos a terceiros ao invés de investir a quantia no mercado financeiro, um dos objetos da sociedade. Isso porque, conforme demonstrado pela perícia, houve perda nos rendimentos alcançados pela empresa e conseqüentemente prejuízo aos sócios.

Assim, mormente se levada em consideração a inobservância do dever de lealdade pelos sócios controladores que utilizaram recursos materiais da sociedade para satisfazer interesses pessoais (empréstimo a empresas em que têm participação sem a cobrança de juros e

correção), em detrimento do autor, que teve efetivo prejuízo com o emprego do dinheiro em fins diversos daqueles ao quais se destina a sociedade, devem os réus repor ao autor a quantia que teria auferido com o emprego do montante no mercado financeiro. Frise-se que isso deve acontecer nos termos dos cálculos periciais homologado pelo MM. Juiz primevo, que optou por índice, CDI, que representa: "o mínimo de juros e índice de correção usual da Corregedoria, como apurado pelo perito" (f. 31-TJ).

Isso posto, deve ser mantido o capítulo da decisão que homologou a importância de R$ 133.910,00 (cento e trinta e três mil novecentos e dez reais), sobre o qual deverá incidir juros de 1% a partir do ajuizamento mais correção plena pelos índices mencionados.

Indenização pelo recebimento de lucros em datas diversas.

Asseveram os agravantes ser incabível a pretensão do autor de perceber indenização por recebimento de lucros em datas diversas dos demais sócios, já que nos termos do art. 205, § 3º, da Lei 6.404/76, c/c o art. 18 do Decreto 3.708/19, o dividendo deverá ser pago dentro de 60 dias ou no mesmo exercício social. Aduzem que não há qualquer diferença entre o dividendo pago no primeiro ou no último dia do período de 60 dias, ou, ainda, dentro do mesmo exercício social. Sustentam que, no caso em pauta, as diferenças apontadas pela perícia no recebimento dos lucros não ultrapassam dois meses.

Todavia, no que toca a esta matéria específica, o inconformismo do agravante nem sequer deve ser apreciado, visto que a matéria, em princípio, não foi devolvida pela r. decisão atacada. Frise-se que a decisão contra qual foi interposto o recurso não fez referência à homologação dos cálculos periciais no que tange ao atraso de dois meses referentes à distribuição dos lucros recebidos pelo autor em 27.12.02 e 14.05.2003, com apenas dois meses de atraso em relação aos demais sócios no primeiro caso, e com um mês de atraso em relação aos outros sócios no segundo caso. O MM. Juiz primevo limitou-se a homologar os cálculos periciais referentes às parcelas que foram preteridas, e não àquelas que foram pagas em atraso.

O perito oficial dispôs à f. 90/TJ:

> Para certificar se o valor recebido pelo autor a título de dividendos fora proporcional às suas cotas de participação equivalentes a 8,9287%, desenvolveu em anexo 2.3 planilha atualizando todos os dividendos distribuídos mensalmente no período de 21.12.92 a 31.12.2003 pela Tabela da Corregedoria de Minas Gerais com acréscimo de juros de mora de 1% ao mês, conforme pleiteado pelo autor no último quesito deste laudo, com o intuito de apresentar os valores uma mesma temporalidade. Neste procedimento adotado, verificou-se que o autor recebeu os seus dividendos na proporção de 5.44%, percentual menor em 3.4847% do total atribuído as suas cotas de participação, de 8,9287%. Para visualização dos valores e percentuais, gentileza reportar-se ao anexo 2.3.

Frise-se que não foram juntados aos autos os cálculos a que fez referência o perito oficial, anexo 2.3, e que teriam dado origem ao valor de R$ 549.956,35 (quinhentos e quarenta e nove mil, novecentos e cinqüenta mil e seis reais e trinta e cinco centavos), homologado pelo MM. Juiz primevo. Assim, não é possível apreciar, não obstante ter o ilustre Magistrado *a quo* feito expressa referência aos dividendos preteridos, se foram eventualmente incluídos no valor arbitrado em 1º grau os prejuízos que alega ter sofrido o autor em decorrência do atraso na distribuição dos lucros. Por isso, esse pedido nem sequer pode ser conhecido.

Mediante tais considerações, nego provimento ao recurso de agravo de instrumento para manter integralmente a r. decisão fustigada.

Custas recursais, pelos agravantes.

DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT - De acordo.

O SR. DES. AFRÂNIO VILELA - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E PREJUDICIAL, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ação ordinária - Professor - Rede estadual - Gratificação - Incentivo à docência - Biênio - Supressão - Ilegalidade

Ementa: Direito administrativo. Professores da rede estadual. Gratificação de incentivo à docência. Biênio. Supressão. Ilegalidade.

- As gratificações de incentivo à docência (biênios) incorporam-se aos vencimentos dos professores ou regentes de sala de aulas, demonstrando-se ilegal o ato que supra tal vantagem durante afastamento.

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0024.06.990125-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 5ª Vara da Fazenda da Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelado: Gilberto Pereira Gomes - Relator: DES. AUDEBERT DELAGE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONFIRMAR A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 21 de fevereiro de 2008. - *Audebert Delage* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. AUDEBERT DELAGE - Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação interposto contra a r. sentença de f. 86/88 que, em autos de ação ordinária ajuizada por Gilberto Pereira Gomes em face do Estado de Minas Gerais, julgou procedente o pedido inicial e declarou o direito do então autor à percepção dos valores correspondentes à vantagem denominada biênio, já adquiridas, em número de sete, bem como à incorporação e à percepção do 8º biênio, publicado em 10.11.98. Além disso, condenou o apelante ao pagamento dos valores referentes à referida vantagem, que lhe foram cortados (biênios), bem como à incidência do percentual relativo aos qüinqüênios por ele percebidos, sobre os valores apurados, a título de biênio, nos períodos correspondentes aos afastamentos, conforme se apurar em liquidação por cálculo contábil, acrescidos às diferenças vencidas juros de 0,5% (meio por cento) ao mês, desde a citação, e correção monetária, a partir da data em que seria o recebimento. Por fim, arbitrou honorários em R$ 1.000,00 (mil reais).

O Estado apelante, nas razões de f. 90/103, assevera que, de acordo com as Leis 8.517/84, 9.831/89 e 11.115/93, o pagamento dos biênios é condicionado à comprovação da efetiva regência de turmas ou de aula em escola estadual por dois anos. Alega que os biênios anulados se referem ao período em que o apelado não exerceu a regência, pelo que não há que se cogitar de incorporação de tal direito ao seu patrimônio. Além disso, que o autor busca a percepção do 8º qüinqüênio no período em que esteve afastado. Entende, ainda, que não existe nenhuma norma que assegure a incorporação da gratificação à remuneração do servidor, se descumprido o requisito básico. Ressalta, ainda, que a Lei 11.115/93 extinguiu a gratificação de docência, incorporando-a aos vencimentos do servidor que, na data da publicação, fizesse jus ao seu recebimento. Afirma que, uma vez extinta a gratificação de docência prevista pela Lei nº 8.517/84, subsiste apenas a gratificação prevista pelo art. 284 da Constituição Estadual, que assegura ao professor e ao regente de ensino a sua percepção somente se na regência ou na orientação de aprendizagem. Além disso, que a natureza jurídica da gratificação impede sua incorporação aos vencimentos, na medida em que, nos termos da legislação revogada, a vantagem só será auferida quando o beneficiário comprovar a regência de turmas, sendo considerada como retribuição pecuniária *propter laborem*. Quanto à ausência de processo administrativo, assevera que dispensável, *in casu*, por não se tratar de punição disciplinar e que, mesmo que fosse necessária tal providência, o contraditório foi instaurado judicialmente; afirmando, ainda, que cabe à Administração a anulação dos atos ilegais. Alternativamente, pela aplicação da prescrição qüinqüenal e pela redução dos honorários.

Como relatório adoto, ainda, o da r. decisão hostilizada, acrescentando que as contra-razões não foram apresentadas. A douta Procuradoria de Justiça, com vista dos autos, manifestou-se, à f. 113, pela desnecessidade de manifestação no feito.

Conheço do reexame e dos recursos, pois que preenchidos seus pressupostos de admissibilidade.

A questão debatida nos autos versa sobre a legalidade da supressão de biênios já incorporados aos vencimentos de Gilberto Pereira Gomes e a declaração da incorporação do oitavo biênio, no período em que se encontrava licenciado para dedicação exclusiva às atribuições do módulo II.

A meu juízo, os biênios anteriormente concedidos não podem ser suprimidos no período da referida licença. Tal gratificação, instituída pela Lei 8.517/84, é devida ao profissional de ensino ocupante do cargo de professor e de regente de ensino, estando condicionada aos requisitos enumerados pelo art. 2º da Lei 8.517/84: "estar há 2 anos no exercício de regência de turma ou de aulas em escola estadual".

Da análise dos arts. 6º e 7º da citada Lei 8.517/84, percebe-se claramente a intenção do legislador em conferir ao benefício a natureza de adicional por tempo de serviço, a ser integrada aos vencimentos de professor. Confira-se:

> Art 6º A gratificação de incentivo à docência concedida ao professor e ao regente de ensino integra a remuneração do respectivo cargo, incorporando-se aos proventos da aposentadoria, após 4 (quatro) anos de sua percepção.
> Art. 7º A gratificação de incentivo à docência, uma vez concedida, integra a manutenção do Professor e do Regente de Ensino, inclusive na hipótese de posterior afastamento da regência de turma ou de aulas, e se incorpora aos proventos da aposentadoria após 4 (quatro) anos de sua percepção.

Com efeito, uma vez cumpridos os requisitos legais, a referida vantagem passa a integrar a remuneração do cargo, não havendo qualquer possibilidade de ser suprimida, por motivo de afastamento. Nos termos da sentença, uma situação é a não-computação do período de afastamento para fins de aquisição; outra, totalmente diferente, é o corte de direitos adquiridos, em virtude de posterior afastamento.

Portanto, demonstram-se ilegais os atos administrativos que determinaram a supressão dos biênios nos vencimentos do apelado. O que a legislação aplicável à espécie dispõe é que o período de afastamento não será computado para aquisição de novos direitos, não interferindo em nada nos anteriores. Ressalte-se, por oportuno, que o 8º biênio foi adquirido antes do afastamento, embora a publicação da concessão do benefício tenha ocorrido em data posterior.

Esse é o entendimento dominante neste Sodalício:

> Administrativo. Licença médica. Adicional de biênio. Supressão. Ilegalidade. - A licença-saúde somente impede o cômputo do prazo para aquisição de novos biênios, mas não pode suprimir os que já foram anteriormente concedidos, porque já integrantes do patrimônio funcional do servidor do magistério (Ap. Cível nº 222934-2 - 5ª Câmara Cível - Rel. Des. Cláudio Costa - v.u. - *DJ* de 08.02.2002).

Além disso, ao contrário do alegado pelo apelante, a Lei 11.115/93 não extinguiu o adicional, mas apenas determinou sua incorporação aos vencimentos do servidor, ausente qualquer vedação à percepção de futuras gratificações.

Ademais, a meu juízo, inatacável a decisão de primeiro grau no tocante à necessidade de procedimento administrativo para que se proceda à suspensão do pagamento dos benefícios erroneamente concedidos pela Administração. A análise dos autos demonstra que a gratificação foi suprimida de forma abrupta sem que ao apelado fosse dada oportunidade de defesa.

De fato, a anulação dos atos ilegais se impõe ao administrador, consoante o princípio da legalidade que rege a Administração Pública. Porém, tal imposição não prescinde da observância dos princípios constitucionais protetivos dos direitos individuais, devendo ser garantido à parte o direito de conhecer a pretensão administrativa e de formular sua defesa, sob pena da anulação constituir-se ato viciado.

Nesse sentido a jurisprudência do eg. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Ordinário nº 10.123/RJ, em 27.09.1999, Relator Ministro Demócrito Reinaldo:

> Na aplicação das Súmulas 346 do STJ e 473 do STF, tanto a Suprema Corte, quanto este STJ, têm adotado, com cautela, a orientação jurisprudencial inserida nos seus enunciados, firmando entendimento no sentido de que o poder da Administração Pública de anular ou revogar os seus atos não é tão absoluto, como às vezes se supõe, pois que, em determinadas hipóteses, hão de ser inevitavelmente observados os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Isso para que não se venha fomentar a prática de ato arbitrário ou permitir o desfazimento de situações regularmente constituídas, sem a observância do devido processo legal, ou de processo administrativo, quando cabível.

Por oportuno, consigno meu posicionamento quando do julgamento da Apelação Cível nº 000.321.290-9/00:

> [...] reconhece-se o direito, cujo exercício é desejável, do Município apelado rever seus próprios atos, desde que respeitadas as situações já consolidadas, em relação às quais se mostra indispensável a instauração de prévio procedimento administrativo, em que se garanta aos interessados a oportunidade de contrariar os motivos que justificam tal revisão.
>
> Tanto mais como na situação dos autos, que envolve gratificações que vinham sendo pagas há mais de 6 (seis) anos, cuja supressão, acompanhada, para fins de ressarcimento de cofres públicos, de descontos dos valores indevidamente pagos, poderia ser capaz de comprometer a subsistência da apelante.

Assim, não verifico qualquer ofensa ao princípio da legalidade ou separação dos Poderes, na medida em que apenas se reconhece ao servidor direito garantido por lei.

Quanto à prescrição qüinqüenal, a sentença foi clara ao determinar sua observância (f. 95), sendo que na própria peça inicial foi feita a ressalva pelo então autor de sua aplicação ao caso (f.12).

Corretamente aplicados ao caso os juros de mora e a correção monetária.

Por fim, tenho que os honorários foram corretamente arbitrados, a teor da norma insculpida no art. 20, § 4º, do CPC.

Ante tais fundamentos, em reexame necessário, mantenho a sentença, por seus próprios fundamentos, prejudicada a apelação.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MOREIRA DINIZ e DÁRCIO LOPARDI MENDES.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

...

Reparação de dano - Acidente de trânsito - Seguradora - Sub-rogação - Veículo culpado - Alegação de venda - Comprovação - Ausência - Testemunha única - Insuficiência

Ementa: Ação de ressarcimento de danos. Acidente de trânsito. Seguradora. Sub-rogação. Alegada venda do veículo culpado. Não-comprovação. Único depoimento testemunhal. Desprovimento da apelação.

- O depoimento de uma única testemunha, desacompanhado de prova escrita complementar, não é suficiente à comprovação de que o réu, ora apelante, vendeu e entregou o veículo de sua propriedade envolvido em acidente de trânsito.

Responsabilidade pelo ressarcimento dos danos reconhecida.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0704.01.000885-9/001 - Comarca de Unaí - Apelante: Modesto Alves Mendonça - Apelada: Bamerindus Cia. de Seguros - Relator: DES. BATISTA DE ABREU

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 14 de maio de 2008. - *Batista de Abreu* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. BATISTA DE ABREU - Bamerindus Cia. de Seguros ajuizou ação de ressarcimento de danos contra Modesto Alves Mendonça, afirmando que, em 04.08.1994, o veículo Fiat/Uno, placa UB 0157, de propriedade da empresa Cria Pecuária Técnica Ltda., por ela segurado, era conduzido pela Av. Marechal Rondon, sentido norte-sul, em Goiânia-GO, quando foi abalroado pela caminhonete D-20 Custon, placa GME 7798, pertencente ao réu, cujo motorista, que transitava pela Rua 29, sentido oeste-leste, cruzou a avenida principal sem as devidas cautelas, desrespeitando a placa de parada obrigatória existente no local; que a colisão causou diversas avarias no automóvel segurado, concluindo-se, após várias vistorias, ser economicamente inviável a reparação mecânica, tendo ocorrido a chamada 'perda total'; que a autora arcou com todas as despesas indenizatórias, no importe de R$ 9.000,00, pago em 14.09.1994, razão pela qual requereu a condenação do requerido ao respectivo ressarcimento, na importância atualizada de R$ 13.270,04.

Em audiência, frustrada a tentativa de conciliação (f. 66), apresentou o réu contestação (f. 67/69), argüindo preliminar de carência de ação, por ilegitimidade ativa. Quanto ao mérito, disse que na data do fato a caminhonete D-20 Custon não mais lhe pertencia, visto que havia sido vendida ao Sr. Eurípedes Quintino Rodrigues, empregador de Demóstenes Leão de Souza, que naquele momento a conduzia; que, diante disso, independentemente da culpa do motorista da caminhonete, nenhuma responsabilidade lhe pode ser imputada, sobretudo porque o domínio das coisas móveis se transfere pela tradição; que não houve prova da ocorrência de perda total; que deve ser descontado o valor de R$ 5.042,18, resultante da venda do salvado. Pugnou pela extinção do processo sem resolução do mérito e, *ad argumentandum*, pela improcedência do pedido.

A sentença, de f. 147/153, rejeitou a preliminar de ilegitimidade ativa e julgou parcialmente procedente o pedido inicial, para condenar o réu a pagar à autora a quantia de R$ 3.957,82, corrigida monetariamente pelo índice da CGJ/MG, a partir data da quitação do sinistro, acrescida de juros de mora de 0,5% ao mês desde a citação. Segundo o Juiz sentenciante:

> o requerido também não juntou qualquer documento que comprovasse a venda da caminhonete que abalroou o veículo segurado. Não foi acostado aos autos procuração, contrato de compra e venda, recibo ou mesmo cópia do DUT assinado pelo requerido e pelo suposto adquirente do veículo.

Modesto Alves Mendonça interpõe apelação (f. 156/158), sustentando que a testemunha confirmou que três dias antes do acidente a caminhonete fora vendida a ela, sendo que a sentença violou os arts. 227, parágrafo único, do CC e 400 do CPC, além do art. 5º, LV, da CR/88; que a tradição ocorreu no momento em que o veículo foi entregue ao motorista do comprador, que o conduzia na hora do fato. Requer o provimento do recurso, para julgar improcedente o pedido inicial.

Contra-razões nas f. 161/165.

Como visto, a apelação devolve ao conhecimento deste órgão *ad quem* apenas uma questão: a alegada alienação da caminhonete D-20 Custon pelo apelante antes da data do acidente.

Esse fato, contudo, ao contrário do que sustenta o recorrente, não restou satisfatoriamente comprovado, impondo-se a manutenção da decisão apelada.

Com efeito, constou no boletim de ocorrência de f. 27, lavrado logo após o abalroamento, que a DV-20 Custon, placa GME 7798, era de propriedade de Modesto Alves Mendonça, sendo certo que a presunção de veracidade do referido documento não foi desconstituída pelo réu, ora apelante.

Nesse sentido, registre-se que o depoimento da testemunha Eurípedes Quintino Rodrigues, que afirma ter comprado a caminhonete do recorrente três dias antes do acidente, dando-lhe em pagamento umas vacas, por si só, não se presta a provar, de forma cabal, como se exige, a efetiva alienação do bem, com sua conseqüente tradição, a ponto de excluir a responsabilidade de Modesto.

Como bem ressaltado pelo Juízo *a quo*, em se tratando de depoimento isolado, cabia ao requerido instruir o processo com outros elementos capazes de referendá-lo, não se admitindo que o boletim de ocorrência seja, no caso, desconstituído.

A propósito, julgado do extinto Tribunal de Alçada:

> Ementa: Indenização - Acidente de veículo - Ilegitimidade passiva - Bem móvel - Tradição - Prova testemunhal - Abalroamento na traseira - Presunção de culpa - Boletim de ocorrência - Ônus da prova.
> - Nos termos do art. 620 do Código Civil de 1916, o domínio dos bens móveis transfere-se pela simples tradição.
> - A prova exclusivamente testemunhal só não é admitida quando visa comprovar a existência de um contrato cujo valor seja superior a 10 (dez) salários mínimos, sendo permitida tal espécie probatória quando existe um início de prova escrita e as testemunhas servem apenas para a demonstração de circunstâncias do pacto (Apelação Cível 394.625-6, 3ª Câmara Cível, Rel.ª Juíza Albergaria Costa, j. em 25.06.2003, *DJ* de 09.08.2003).

Não há falar, por outro lado, em ofensa à norma do art. 400 do CPC, tampouco aos princípios do contraditório e da ampla defesa, consagrados no art. 5º, LV, da CR/88, porquanto compete ao juiz, de forma motivada, apreciar livremente a prova produzida pelas partes, sendo o que, na espécie, se operou. No que tange ao parágrafo único do art. 227 do CC, tem-se, como dito, que a prova testemunhal veio totalmente solitária, vale dizer, desacompanhada da necessária prova escrita.

Com tais fundamentos, não havendo sequer um indício de prova escrita a referendar o único depoimento testemunhal, nego provimento à apelação.

Custas recursais, pelo apelante.

DES. SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA - Peço vista.

DES. OTÁVIO PORTES - Em adiantamento de voto, vou acompanhar o Relator.

Súmula - PEDIU VISTA O PRIMEIRO VOGAL. O RELATOR E O SEGUNDO VOGAL, ESTE EM ADIANTAMENTO DE VOTO, NEGAVAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Notas taquigráficas

DES. PRESIDENTE - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 07.05.2008, a pedido do Primeiro Vogal. O Relator e o Segundo Vogal, este em adiantamento de voto, negavam provimento ao recurso.

DES. SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA - Nesta oportunidade, também vou acompanhar o voto do em. Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Indenização - Erro judiciário - Ação proposta contra o juiz - Ilegitimidade passiva - Responsabilidade civil do Estado

Ementa: Responsabilidade civil do Estado. Erro judiciário. Legitimidade passiva. Juiz e parte contrária no processo onde ocorreu o suposto erro. Ação proposta diretamente contra o juiz. Ilegitimidade.

- Dispõe o art. 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal que: "O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença".

- Os atos praticados pelo juiz, que é agente político do Estado, devem sempre assegurar a independência da magistratura, motivo pelo qual a responsabilidade civil é do Estado. Posteriormente, este poderá ajuizar ação de regresso, restrita aos casos de dolo ou culpa, hipóteses em que o juiz já responde funcionalmente perante a Corregedoria e o Conselho da Magistratura e civilmente, como contemplado pelos arts. 133, I e II, do CPC e 49 da Loman.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0473.05.006858-3/001 - Comarca de Paraisópolis - Apelante: Eduardo Pimentel Cordeiro, em causa própria - Apelados: Cilmar Antônio Teixeira, em causa própria, João Veríssimo Fernandes - Relator: DES. NILO LACERDA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de f., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO

Belo Horizonte, 30 de janeiro de 2008. - *Nilo Lacerda* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. NILO LACERDA - Conheço do presente recurso, por ser próprio, tempestivo e regularmente processado, estando o apelante sob o amparo da assistência judiciária.

Trata-se de apelação cível interposta por Eduardo Pimentel Cordeiro contra a r. sentença de f. 400/401, nos autos da ação de indenização que ajuizou contra João Veríssimo Fernandes e Cilmar Antônio Teixeira.

A r. sentença acolheu preliminar de ilegitimidade passiva de ambos os réus e julgou extinto o processo sem resolução do mérito. Entendeu que, por versar a alegação do autor sobre erro judiciário, a parte no processo onde houve o suposto erro não realizou qualquer conduta para ensejar qualquer dano a ser reparado. De igual forma, o Magistrado não pode ser punido, visto que atua como funcionário público *lato sensu* e, assim, a responsabilidade é do Estado.

Condenou, em virtude da decisão prolatada, o apelante ao pagamento das custas e honorários advocatícios, arbitrados em R$ 2.000,00 (dois mil reais) em favor dos patronos dos apelados, suspensa a exigibilidade em função da gratuidade de justiça deferida.

Irresignado, o apelante recorre da mencionada decisão ao fundamento de que o magistrado não seria um técnico, mero aplicador da lei, tendo o Juiz-apelado utilizado de sua condição para beneficiar, em outra ação em que contende com o apelante, o apelado Cilmar Antônio Teixeira, seu amigo íntimo. Sustenta que o primeiro apelado se declarou suspeito para atuar em processos em que figure como parte o segundo apelado, Cilmar Antônio Teixeira, mas, mesmo nesta condição, sentenciou processo no qual o apelante foi parte, con-

denando-o ao pagamento de 100 (cem) salários mínimos a título de danos morais ao segundo apelado. Alega que o primeiro apelado deve responder pessoalmente pelos seus atos, não podendo o Estado ser responsabilizado por atos de um agente político para beneficiar um amigo seu.

Contra-razões juntadas pelos apelados às f. 463/464 e 467/483.

Trata-se de recurso de apelação interposto visando à reforma da r. sentença de f. 400/401, que, nos autos da ação de indenização proposta, tendo como objeto o recebimento de indenização referente ao abalo moral supostamente suportado pelo apelante, julgou extinto o feito, acolhendo a preliminar de ilegitimidade passiva de ambos os réus.

Entendeu o douto Julgador sentenciante que, quanto ao apelado Cilmar Antônio Teixeira, deve ser considerado parte ilegítima para figurar no pólo passivo da demanda, visto que não praticou qualquer conduta, sendo apenas parte no processo em que teria ocorrido o erro judiciário.

Quanto ao apelado João Veríssimo Fernandes, também entendeu ser parte ilegítima, uma vez que, apesar de ser aquele contra quem o apelante imputa a conduta lesiva, quem deve responder pelos seus atos é o Estado, já que o juiz é um agente político que age em nome do Estado.

Dispõe o art. 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal que: "O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença".

A legitimidade para figurar no pólo passivo do processo deve ser atribuída àquela pessoa que, em caso de eventual procedência da demanda, terá que sofrer as conseqüências advindas da sentença. Nesse sentido, a lição de Humberto Theodoro Júnior:

> a legitimidade do réu decorre do fato de ser ele a pessoa indicada, em sendo procedente a ação, a suportar os efeitos oriundos da sentença (*Curso de direito processual civil*. 38. ed., v.1, p. 53).

Tal situação, à obviedade, não pode ser imputada ao apelado que simplesmente foi parte no processo em que ocorreu o suposto erro.

O primeiro apelado, João Veríssimo Fernandes, na qualidade de Juiz de Direito, apesar de ter-se declarado suspeito em diversas oportunidades em processos nos quais litiga o segundo apelado Cilmar Antônio Teixeira, teria sentenciado um processo no qual litigavam o apelante e o segundo apelado, condenando o apelante ao pagamento de indenização equivalente a 100 (cem) salários mínimos. Sustenta o apelante que houve dolo do primeiro apelado com o objetivo de beneficiar seu amigo, o segundo apelado.

Percebe-se, contudo, que o apelado Cilmar Antônio Teixeira não pode ser parte legítima na presente ação, uma vez que não lhe foi atribuída, no presente feito, qualquer conduta causadora de danos ao apelante. Não há que se falar em sua responsabilização em caso de pertinência da ação, visto que não foi ele o responsável pelo suposto dano sofrido pelo apelante.

Já no que se refere ao apelado João Veríssimo Fernandes, que, na qualidade de Juiz de Direito, sentenciou o feito desfavoravelmente ao apelante, outras considerações devem ser realizadas quanto à possibilidade de sua responsabilização.

Como cediço, a responsabilidade civil do Estado encontra-se disciplinada no art. 37, § 6º, da Constituição, cuja redação é a seguinte:

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

O Poder Judiciário é parte integrante da estrutura estatal, possuindo o Estado de Minas Gerais indiscutível legitimidade para figurar no pólo passivo da lide em que se pleiteia o pagamento de indenização em virtude de ato praticado nesta esfera do Poder. Neste diapasão, o art. 6º da Constituição Estadual dispõe que são Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Os atos jurisdicionais típicos, em processos judiciais, diante de suas peculiaridades, são, em regra, incapazes de gerar a responsabilidade estatal, pois são protegidos pelo princípio da soberania do Estado, refletido no próprio ato judicial, e também pelo princípio da recorribilidade dos atos jurisdicionais, sendo que, ausente a interposição de recurso próprio, a inércia da parte impossibilita qualquer indenização. Lado outro, se o ato foi confirmado pelas instâncias superiores, é porque era lícito e legítimo, sendo inviável a produção de danos à parte.

Certo é que o ajuizamento da presente ação contra o Estado seria plenamente possível ante o disposto no art. 37, § 6º, da Constituição, citado acima. Ao Estado, caso condenado ao pagamento da indenização, caberia o direito de regresso contra o Magistrado pelos danos causados ao terceiro, nos termos do art. 133 do CPC e 49 da Loman.

Não merece reforma a r. sentença primeva, pois não pode ser cogitada a responsabilidade pessoal do juiz da causa, exatamente como decidido em primeiro grau, visto que a responsabilização deve ser do Estado, que poderá eventualmente, em casos de dolo ou culpa verificados, em ação de regresso, voltar-se contra seu agente que cometeu o ilícito.

O juiz que funcionalmente responde perante a Corregedoria e Conselho da Magistratura, civilmente somente será responsabilizado, no caso dos autos, em

ação regressiva, a qual incumbe ao Estado, se se verificar a conduta dolosa ou culposa de seu agente político.

Nesse sentido, já se posicionou este egrégio Tribunal de Justiça:

> Ementa: Processual civil. Ação de indenização por danos morais. Ação proposta contra o juiz da causa original, em virtude de omissão no desempenho da função jurisdicional. Acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*. Responsabilidade civil do Estado. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Manutenção da decisão monocrática. Inteligência do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.
> - Trata-se de um sistema misto de responsabilização, uma vez que adota a concepção objetiva para prescindir do elemento culpa, consagrando, embora não expressamente, o nexo causal entre o ato de seu agente e o dano efetivamente causado, admitindo, por outro lado, o direito de regresso do Estado contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa, enveredando-se, neste ponto, para a teoria subjetiva.
> - Insubsistem dúvidas de que a ação foi proposta diretamente contra a pessoa do Juiz de Direito, por contrariedade aos seus atos no uso das atribuições do serviço público por ele prestado, o que leva insofismavelmente à ilegitimidade passiva *ad causam*, tal como posto e decidido na sentença ora recorrida, e autorizando a extinção do processo sem julgamento do mérito, como determina o Ordenamento Processual. (TAMG, 3ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 323.310-5, Relator Des. Dorival Guimarães Pereira, j. em 07.02.2001.)

Por todo o exposto, nego provimento à apelação, para manter integralmente a r. sentença de primeiro grau por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, pelo apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALVIMAR DE ÁVILA e SALDANHA DA FONSECA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO

...

Ação ordinária de anulação de contrato - Escritura pública de compra e venda de imóvel - Pedido de abatimento proporcional de preço - Cumulação - Arts. 138 e 166 do Código Civil - Hipóteses - Não-configuração - Impossibilidade - Redibição - Prazo para obtenção - Decadência - Configuração - Honorários de advogado - Manutenção

Ementa: Ação ordinária. Nulidade do contrato e da respectiva escritura pública de compra e venda de imóvel. Impossibilidade. Prazo para obter a redibição ou abatimento do preço. Decadência configurada. Honorários advocatícios mantidos.

- Não configuradas as hipóteses previstas nos arts. 138 e 166 do NCC, aplicável à espécie vertente, impossível a declaração de nulidade do contrato e da respectiva escritura de compra e venda.

- O prazo para o comprador obter a redibição ou abatimento no preço, tratando-se de imóvel, é de um ano, contado da imissão na posse ou da data em que tomou conhecimento do vício.

- Não se reduz a verba honorária de sucumbência se a mesma remunera condignamente o trabalho do patrono da parte adversa.

Preliminar rejeitada, apelação não provida e parte dispositiva da sentença alterada de ofício.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0432.05.009811-5/001 - Comarca de Monte Santo de Minas - Apelantes: João Batista Preto e outra - Apelados: Djalma Antoniolli e outros, Firma individual Jair Sebastião de Moraes - Relator: DES. ROBERTO BORGES DE OLIVEIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR, NEGAR PROVIMENTO E ALTERAR, DE OFÍCIO, A PARTE DISPOSITIVA DA SENTENÇA.

Belo Horizonte, 15 de janeiro de 2008. - *Roberto Borges de Oliveira* - Relator.

Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral pelos apelantes a Dr.ª Maria José Pellegrinni de Mello.

DES. ROBERTO BORGES DE OLIVEIRA - Trata-se de apelação cível interposta por João Batista Preto e sua esposa Nancy Rocha Preto contra sentença prolatada pelo Juízo da Única Vara da Comarca de Monte Santo de Minas, nos autos da "ação ordinária de anulação de ato jurídico, escritura pública e registro público, c/c pedido alternativo de abatimento proporcional do preço e com pedido de ressarcimento de danos materiais e morais" (*sic*), que movem em desfavor de Luiz Carlos Donnabela de Souza, Inês Cristina dos Santos e Souza, Djalma Antoniolli, Cleuza Marino e da Firma Individual Jair Sebastião de Moraes.

Adoto o relatório da sentença e esclareço que a MM. Juíza "julgou extinto o processo com fundamento no art. 269, IV, do CPC", ao argumento, em síntese, de que os suplicantes decaíram do direito de obter a redibição

ou eventual abatimento no preço do imóvel adquirido, uma vez que não propuseram a ação no prazo legal de um ano.

Condenou a parte autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em R$ 2.000,00 para cada um dos patronos dos suplicados (f. 336/340).

Inconformados, os vencidos interpuseram recurso de apelação às f. 352/365, argüindo a nulidade da r. sentença primeva, ao fundamento de que a mesma reconheceu a decadência do direito de ação no que concerne ao pleito alternativo, qual seja de abatimento do preço, sem, contudo, decidir o pedido principal de anulação de ato jurídico.

Aduzem, outrossim, que a r. decisão *a qua* se revela tecnicamente incorreta na medida em que confundiu vícios do consentimento dos negócios jurídicos com vício redibitório.

Acrescentam, após, que, na hipótese vertente, é perfeitamente nulo ou anulável o negócio jurídico celebrado entre as partes em face da ocorrência de erro substancial, cognoscível e escusável.

Sustentam, nesse sentido, que, a teor do art. 178, II, do NCC, é de quatro anos o prazo para se pleitear a anulação do negócio jurídico, contado, em se tratando de erro, do dia em que se realizou o negócio.

Afirmam, por essa razão, que não há que se falar em decadência quanto ao pedido principal, tendo em vista que a ação em questão foi proposta em observância ao mencionado prazo.

Discorrem, ato contínuo, acerca do erro substancial e dos vícios redibitórios, ressaltando que estes últimos se fundamentam, *in casu*, no art. 500 do NCC.

Ressaltam que a escritura de compra e venda não foi registrada, pelo que inexiste fluência do prazo decadencial, sob pena de violação à norma do art. 501 do referido diploma legal.

Alegam que somente depois de lavrada a escritura de compra e venda é que tiveram ciência de que se tratava de loteamento rural, e não urbano, bem como que, para chegar aos lotes adquiridos, teriam que passar por um "brejo" e pela "mata ciliar" e que a área útil se torna inferior em face da incidência, no local, de reserva legal florestal.

Asseveram que, se soubessem disso antes, jamais teriam celebrado o contrato.

Salientam, lado outro, que a interpelação feita aos ora apelados, além de caracterizar a mora, tem o condão de interromper a contagem dos prazos prescricional e decadencial.

Tratam dos requisitos necessários ao registro de escritura pública de loteamento rural, bem como da má-fé dos apelados, na medida em que os induziram a comprar um imóvel sem repassar as informações reais sobre o mesmo, tampouco sobre os aspectos físico e legal.

Prequestionam, ao final, os arts. 138, 145, 148, 104, 131, 178, 500 e 501, todos do NCC; as Leis 6.766/79, 5.868/72, 10.267/01 e 6.015/73; os Decretos 58/37 e 5.570/05; a Instrução 176/88 da CGJ/TJMG e o art. 5º, LIV e LV, da CF/88.

Em razão do princípio da eventualidade, entendem que a verba honorária de sucumbência é excessiva, pelo que deve ser reduzida.

Postulam o provimento do recurso, para que seja anulada a r. sentença primeva, julgando-se, desde logo, a lide, ou, subsidiariamente, sejam remetidos os autos à vara de origem para o regular prosseguimento do feito.

Devidamente intimados, os apelados apresentaram contra-razões às f. 370/375 e 377/381.

Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

I - Questão preliminar.

Não assiste razão aos apelantes em sustentar a nulidade da r. sentença primeva, ao argumento de que o d. Magistrado primevo não apreciou o pedido principal.

Isso porque, da análise pormenorizada da r. decisão *a qua*, verifica-se que, apesar de sucinta, foram analisados todos os pleitos constantes da peça de ingresso.

Com efeito, a MM. Juíza consignou, expressamente, à f. 339, que inexiste qualquer vício quanto à manifestação de vontade dos suplicantes, concluindo pela validade do negócio jurídico celebrado entre os litigantes.

Entendeu, lado outro, que a parte autora, ora apelante, decaiu do direito de obter a redibição ou o abatimento do preço, na medida em que não propôs a ação no lapso temporal previsto no art. 445 do NCC.

Portanto, ante o reconhecimento da validade do contrato e da respectiva escritura de compra e venda, bem como da decadência do direito quanto à redibição ou abatimento no preço, todos os demais pedidos a eles inerentes restaram prejudicados, pelo que não há se falar em ocorrência de julgamento *citra petita*.

Rejeito a preliminar.

DES. ALBERTO ALUÍZIO PACHECO DE ANDRADE - Peço vista.

Notas taquigráficas

DES. ALBERTO ALUÍZIO PACHECO DE ANDRADE - O julgamento deste feito foi adiado na sessão anterior, a pedido do Desembargador Revisor, após o Relator rejeitar a preliminar de nulidade da sentença.

DES. ALBERTO ALUÍZIO PACHECO DE ANDRADE - Preliminar - nulidade do relatório.

Os apelantes argüiram a preliminar de nulidade do relatório elaborado pelo Relator, fundamentando-se no fato de ter sido adotado o relatório da instância primeva, que não se referiu à pretensão de anulação da escritura pública.

Data venia, os argumentos da parte não merecem guarida.

Conforme preconiza o art. 458, inciso I, do CPC, o relatório é requisito essencial da sentença, devendo conter os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo.

Consoante o citado dispositivo, é obrigatório o resumo do pedido, sua idéia principal.

Em detida análise da sentença, em especial seu relatório (f. 336/337), verifico que o pleito da parte restou claramente exteriorizado, tendo a MM. Juíza o cuidado de descrever com exatidão o nome atribuído à ação, que reflete o questionamento dos recorrentes: "Ação anulatória de ato jurídico, escritura pública e registro público c/c pedido alternativo de abatimento proporcional do preço e com o pedido de ressarcimento de danos materiais e morais".

Ainda que a douta Magistrada tenha relatado o feito de maneira sucinta, descreveu suficientemente os elementos do litígio trazido a juízo.

Conseqüentemente, a adoção do relatório pelo Ilustre Relator não gera nenhuma nulidade processual, haja vista a observância dos requisitos mínimos para sua validade.

Sobre o tema já se manifestou a jurisprudência, citada por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (in *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, 9. ed., 2006, p. 581):

> Nulidade da sentença. - Não é nula a sentença quando o juiz, embora sem grande desenvolvimento, deu as especificações dos fatos e a razão de seu convencimento, havendo decidido dentro dos limites em que as partes reclamaram, sem a eiva dos vícios de *extra, ultra* ou *citra petita* (STJ, Ag 35112-3, Rel. Min. Fontes de Alencar, j. em 29.3.1993, *DJU* de 6.4.1993, p. 5.955).

Pelos motivos acima elencados, rejeito a preliminar argüida.

DES. PEREIRA DA SILVA - Acompanho o Relator e rejeito a preliminar.

DES. ROBERTO BORGES DE OLIVEIRA - I - Prejudicial de mérito.

Registro que a matéria relativa ao prazo para a propositura da ação em tela aventado no recurso de apelação será analisada com o mérito, tendo em vista que com este se confunde.

II - Mérito.

Não assiste razão aos apelantes ao alegarem que a sua manifestação de vontade, quando da celebração do contrato de compra e venda dos lotes e da respectiva lavratura da escritura, emanou de erro substancial.

Erro substancial, denominado também de essencial, é aquele que, à inteligência dos arts. 138 e 139 do NCC, exerce papel preponderante na determinação de vontade do declarante, de maneira que, se conhecesse o real estado da coisa, objeto da avença, não teria jamais concluído o negócio.

Oportuna é a lição de Sílvio de Salvo Venosa e Sílvio Rodrigues, respectivamente:

> [...] Erro essencial é o que tem papel decisivo na determinação da vontade do declarante, de modo que, se conhecesse o verdadeiro estado de coisas, não teria desejado, de modo nenhum, concluir o negócio. Erro substancial ou essencial é, portanto, o que dá causa ao negócio (*causam dans*), mas não é necessário que tenha sido a causa única. Pode ter sido concausa ou causa concomitante. Dessa forma, o erro deve ser causa suficiente para a conclusão do negócio, uma das causas. [...] (in *Direito civil:* Parte geral. 7. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 372).

E ainda:

> [...] Erro substancial - Diz a lei serem anuláveis os atos jurídicos quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial. Conforme define a doutrina, erro substancial é aquele de tal importância que, se fosse conhecida a verdade, o consentimento não se externaria. (in *Direito civil:* Parte geral. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 99).

In casu, os apelantes não podem, *data venia*, alegar desconhecimento quanto ao verdadeiro estado dos lotes, na medida em que confessam, na peça de ingresso, que visitaram, antes da celebração do contrato, a área na qual se encontra situado o loteamento, *in verbis*:

> [...] Antecedendo a aquisição dos lotes, o Autor, pela primeira e única vez, visitou o local na companhia do Sr. Antônio Carlos Machado - Imobiliária -, conduzidos pelo Réu Djalma Antoniolli (f. 03).

Da mesma forma, não há como admitir que o apelante, João Batista Preto, bacharel em Direito, ex-escrevente juramentado do Cartório Criminal da Comarca de Monte Santo de Minas e aposentado no cargo de auditor fiscal de contribuições previdenciárias (f. 354), ou seja, pessoa de escolaridade de nível superior e entendedor de leis, uma vez visitado o local, percorrida a área, venha, agora, alegar que não tinha conhecimento de que se tratava de loteamento rural e de que sobre o mesmo havia incidência de reserva legal florestal.

Ademais, deveriam os apelantes, por prudência, ter diligenciado, antes da efetivação do negócio jurídico, nos órgãos competentes de forma a certificar-se do empreendimento imobiliário que lhes foi oferecido, contudo quedaram-se inertes.

Dessa feita, considerando que a avença atende a todos os pressupostos do art. 104 do NCC, quais sejam agente capaz, objeto e forma prescrita ou não defesa em lei, e que não restou configurado vício de consentimento, tampouco as demais hipóteses previstas nos arts. 138 e 166 do referido diploma legal, não há que se declarar sua nulidade, apesar de o pedido ter sido formulado no prazo legal (NCC, art. 178).

Lado outro, não assiste razão, outra vez mais, aos apelantes, ao pretenderem a resolução do contrato ou o abatimento proporcional ao preço, com base no art. 500, *caput,* do NCC e valendo-se do prazo decadencial previsto no art. 501, *caput*, do mesmo código.

Com efeito, prevêem os referidos dispositivos legais que o comprador - na hipótese de o contrato de venda de imóvel estipular o preço por medida de extensão, ou se determinar a respectiva área e esta não corresponder às dimensões dadas - poderá pleitear, no prazo de um ano a contar da data do registro do título, a resolução do pacto ou abatimento proporcional ao preço, *in verbis*:

> Art. 500. Se, na venda de um imóvel, se estipular o preço por medida de extensão, ou se determinar a respectiva área, e esta não corresponder, em qualquer dos casos, às dimensões dadas, o comprador terá o direito de exigir o complemento da área e, não sendo isso possível, o de reclamar a resolução do contrato ou abatimento proporcional ao preço.

E ainda:

> Art. 501. Decai do direito de propor as ações previstas no artigo antecedente o vendedor ou o comprador que não o fizer no prazo de 1 (um) ano, a contar do registro do título.

Ocorre que, na espécie em tela, vislumbra-se, da inicial e do presente recurso, que os compradores, ora apelantes, reconhecem que as dimensões da área na qual se imitiram na posse correspondem à contratada, o que afasta, por conseguinte, a aplicabilidade dos artigos supratranscritos.

Dessa feita, por constituir a alegação de que a área útil dos lotes foi reduzida em razão do brejo existente no local e da mata ciliar - que se encontra sob proteção ambiental, tornando-a assim imprópria ao uso a que seria destinada - eventual vício redibitório, o prazo para o comprador obter a redibição ou abatimento no preço é de um ano, contado da imissão na posse ou da data em que tomou conhecimento do vício.

É o que dispõe o art. 445 e seu parágrafo primeiro do Novo Código Civil:

> Art. 445. O adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de 30 (trinta) dias se a coisa for móvel, e de 1(um) ano se for imóvel, contado da entrega efetiva; se já estava na posse, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade.
> § 1° Quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o prazo contar-se-á do momento em que dele tiver ciência, até o prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, em se tratando de bens móveis; e de 1(um) ano, para os imóveis.

Contudo, constata-se que os apelantes decaíram do direito de obter a redibição ou o abatimento do preço, na medida em que afirmam que tomaram conhecimento do suposto vício após a lavratura da escritura de compra e venda, que se deu em 15.12.2003 (f. 243), e ajuizaram a presente ação somente em 12.12.2005 (contracapa), ou seja, depois de expirado o prazo de um estabelecido no artigo acima transcrito.

Esclareço, ainda, que eventual interpelação feita aos apelados é irrelevante para o caso em tela, visto que, nos termos do art. 207 do NCC, não se aplicam à decadência as normas que impendem, suspendem ou interrompem a prescrição.

Entendo, por derradeiro, que a verba honorária de sucumbência foi arbitrada em consonância com as diretrizes traçadas pelo § 4° do art. 20 do CPC, remunerando condignamente o trabalho dos i. patronos dos apelados, razão pela qual não há que se falar em redução.

Diante o exposto, dúvida não há de que a pretensão recursal não merece prosperar.

Mas é necessário que se faça, de ofício, um reparo na parte dispositiva da sentença, de forma a adequá-la à motivação que a precedeu, para constar, também, que o pedido de declaração de nulidade do negócio jurídico celebrado entre as partes foi julgado improcedente e que o processo foi extinto com resolução do mérito, nos termos do art. 269, I e IV, do CPC.

Nego provimento ao recurso, alterada, de ofício, parte dispositiva da sentença, na forma exposta acima.

Custas recursais, pelos apelantes.

DES. ALBERTO ALUÍZIO PACHECO DE ANDRADE - Acompanho o Relator.

DES. PEREIRA DA SILVA - Acompanho o Relator.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR, NEGARAM PROVIMENTO E ALTERARAM, DE OFÍCIO, A PARTE DISPOSITIVA DA SENTENÇA.

...

Sobrepartilha - Divórcio - Regime de comunhão parcial de bens - Crédito trabalhista - Pedido de inclusão - Possibilidade

Ementa: Apelação. Ação de sobrepartilha. Divórcio. Pedido de inclusão, dentre os bens partilháveis do casal, do valor referente a créditos trabalhistas. Possibilidade.

- De acordo com os arts. 271, VI, e 272 do Código Civil de 1916, os créditos relativos a direitos trabalhistas devem ser incluídos na partilha quando da dissolução da sociedade conjugal instituída sob o regime da comunhão parcial, salvo se tiverem por título causa anterior ao casamento. Precedentes do STJ. Sentença mantida.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0710.05.010268-4/002 - Comarca de Vazante - Apelante: J.V.N.S. - Apelada: M.L.S. - Relator: DES. JARBAS LADEIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 18 de março de 2008. - *Jarbas Ladeira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JARBAS LADEIRA - Cuida-se de ação de sobrepartilha de bens, ajuizada por M.L.S. em face de J.V.N.S.

Alegou a postulante ter sido casada com o réu sob o regime de comunhão parcial de bens, durante o período compreendido entre 24 de abril de 1992 a 11 de agosto de 2005. Durante a constância do casamento, afirmou que o réu trabalhou para a empresa Mineração Areiense S.A., e, no bojo da reclamação trabalhista nº XX/99, que tramitou na Vara do Trabalho de Paracatu, foi constituído em seu favor um crédito trabalhista que, em 31.08.1999, foi apurado em R$ 3.991,24 (três mil novecentos e noventa e um reais e vinte e quatro centavos).

Aduziu que, após a decretação de quebra da antiga empregadora, o requerido habilitou seu crédito junto ao processo falimentar, estando na iminência de receber a aludida quantia.

Dessarte, asseverando que o casamento das partes foi realizado na constância do Código Civil de 1916, que, em seu art. 271, VI, previa a comunicabilidade dos frutos civis do trabalho, no regime da comunhão parcial, requereu a concessão de medida liminar para que fosse determinado o bloqueio de 50% do crédito trabalhista em espeque e, ao final, a procedência do pedido, a fim de que fosse determinada a partilha do crédito na proporção de 50% para cada parte.

A liminar rogada foi deferida, para determinar ao síndico da Massa Falida da Mineração Areiense S.A. que procedesse à reserva de 50% do valor a ser pago ao réu.

Contestando, o réu asseverou que os créditos trabalhistas a que faz jus não podem ser incluídos na partilha, conforme expressa disposição contida nos arts. 269, IV, e 263, XIII, do Código Civil de 1916.

Ao sentenciar, o digno Magistrado *a quo* julgou procedente o pedido, para decretar a partilha do crédito habilitado junto à Massa Falida da Mineração Areiense S.A, a ser dividido na proporção de 50% entre a autora e o réu.

Apelando, o réu repisa seus termos de contestação, por meio dos quais pugna pela reforma da sentença de 1º grau.

Em contra-razões, pede a postulante a manutenção da decisão objurgada.

É o relato dos autos.

Conheço do apelo, presentes seus requisitos de admissibilidade.

Ab initio, friso que se aplicam à hipótese dos autos as normas previstas no Código Civil de 1916, pelo fato de o casamento das partes haver se dado quando da vigência da antiga legislação civil.

O cerne da matéria em exame está em se apontar a possibilidade ou não de envolver na partilha (havida pelo divórcio) créditos advindos de relação trabalhista.

Conforme se denota do documento de f. 12, as partes se casaram sob o regime da comunhão parcial de bens, sendo que, de acordo com o art. 271, VI, c/c art. 272, ambos do Código Civil de 1916, os créditos trabalhistas serão incluídos na partilha desde que se tenham originado na vigência do casamento.

Para fins ilustrativos, passo a transcrever os dispositivos referidos:

> Art. 271. Entram na comunhão:
> (...)
> VI - os frutos civis do trabalho, ou indústria de cada cônjuge, ou de ambos.
> Art. 272. São incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento.

No caso, atesta o documento de f. 39/41 (sentença prolatada em audiência na Justiça do Trabalho) que os créditos laborais fixados em favor do apelante se referem ao período de 1993 a 1998, época em que o matrimônio se mostrava firme, visto que o divórcio das partes foi decretado apenas em agosto de 2005, consoante demonstra a sentença de f. 33/34. Dessarte, não há como se excluírem da partilha os créditos trabalhistas deferidos ao apelante.

Com efeito, o posicionamento ora esposado encontra guarida na jurisprudência do colendo STJ, conforme faz prova o aresto abaixo:

> Direito civil e família. Recurso especial. Ação de divórcio. Partilha dos direitos trabalhistas. Regime de comunhão parcial de bens. Possibilidade.
> - Ao cônjuge casado pelo regime de comunhão parcial de bens é devida a meação das verbas trabalhistas pleiteadas judicialmente durante a constância do casamento.
> - As verbas indenizatórias decorrentes da rescisão de contrato de trabalho só devem ser excluídas da comunhão quando o direito trabalhista tenha nascido ou tenha sido pleiteado após a separação do casal.
> Recurso especial conhecido e provido. (REsp 646.529/SP, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, julgado em 21.06.2005.)

Nos termos acima, nego provimento ao recurso, para manter inalterada a bem-lançada sentença de 1º grau.

Custas, pelo apelante. Suspendo a exigibilidade de recolhimento, por litigar a parte sob o manto da gratuidade judiciária.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BRANDÃO TEIXEIRA e CAETANO LEVI LOPES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Revisão contratual - Contrato bancário - Código de Defesa do Consumidor - Aplicabilidade - Prevalência dos princípios constitucionais conjugados ao *pacta sunt servanda* - Multa contratual - Art. 52, § 1º, do CDC - Comissão de permanência - Substituição pelo INPC - Capitalização de juros - Cobrança não comprovada - Juros remuneratórios excessivos - Adequação - Voto vencido parcialmente

Ementa: Apelação. Revisão contratual. Contratos bancários. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Prevalência dos princípios constitucionais conjugados ao *pacta sunt servanda*. Multa contratual. Art. 52, § 1°, do CDC. Comissão de permanência. Substituição pelo INPC. Capitalização de juros. Cobrança não comprovada. Juros remuneratórios excessivos. Adequação. Recurso parcialmente provido. Voto vencido parcialmente.

- São aplicáveis aos contratos bancários celebrados com instituições financeiras as regras do Código de Defesa do Consumidor, para afastar as denominadas cláusulas abusivas.

- Aos contratos bancários impõe-se a necessária observância dos princípios constitucionais que relativizam o rigorismo do princípio *pacta sunt servanda*.

- À inexistência de lei complementar regulamentadora de taxas de juros no âmbito das relações com instituições financeiras, é inaplicável o limite de 12% ao ano, fundado no Decreto-lei 22.626, de 1933, a teor do que dispõe a Súmula 596 do STF.

- Substitui-se a comissão de permanência por índice de correção monetária, quando constatada a potestatividade do encargo, condicionado à previsão futura do mercado financeiro, prática vedada no ordenamento jurídico em vigor.

- O art. 52, § 1°, do Código de Defesa do Consumidor estabelece o percentual máximo de 2% (dois por cento) para a cobrança de multa moratória.

-V.v.p.: - Diante dos problemas que envolvem a utilização da Taxa Selic como índice de aferição dos juros moratórios, na hipótese de mora há de incidir a regra contida no art. 161, § 1°, do Código Tributário Nacional, que limita a taxa de juros a 1% ao mês. E, dispondo o art. 591 do Código Civil, aplicável a todos os contratos de mútuo, que a taxa de juros convencionais ou remuneratórios, sob pena de redução, não pode exceder ao limite disposto no art. 406 do Código Civil, impõe-se também a observância da limitação da taxa máxima em 12% ao ano.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0290.04.013962-5/001 - Comarca de Vespasiano - Apelante: Master Shoes Ltda. ME (Microempresa) - Apelado: Banco do Brasil S.A. - Relator: DES. MARCELO RODRIGUES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NÃO CONHECER DO AGRAVO RETIDO, REJEITAR PRELIMINAR E DAR PARCIAL PROVIMENTO, VENCIDO PARCIALMENTE O REVISOR.

Belo Horizonte, 9 de abril de 2008. - *Marcelo Rodrigues* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MARCELO RODRIGUES - Trata-se de recurso de apelação interposto por Master Shoes Ltda.-ME, contra a r. sentença de f. 435/446, que julgou improcedente o pedido constante da ação ordinária com pedido de antecipação de tutela, proposta contra o Banco do Brasil S.A., condenando-o ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em R$ 2.000,00 (dois mil reais).

Agravo retido.

Não conheço do recurso de agravo interposto pelo Banco do Brasil S.A., porquanto não preenche os pressupostos objetivos de admissibilidade.

Vale dizer, trata-se de uma matéria a ser mencionada em sede de preliminar de apelação ou de sua resposta, ou seja, para que seja conhecido e analisado o seu mérito, necessariamente a apelação ou suas contra-razões deverão preencher os pressupostos de admissibilidade, bem como a parte agravante deverá ter reiterado sua vontade de ver o agravo conhecido, o que não se evidenciou nos presentes autos.

Assim, não conheço do agravo retido.

Preliminar de cerceamento de defesa.

Inconformada com a decisão de primeira instância, a apelante alega em sede de preliminar a nulidade da decisão por cerceamento de defesa, visto que o Julgador monocrático procedeu ao julgamento antecipado da lide, porquanto não lhe oportunizou produzir a requerida prova pericial.

Todavia, conforme se verifica nos autos, a apelante teve deferida a produção da referida prova pericial (f. 372), cujos quesitos foram apresentados pelas partes às f. 377/378 e 380/386, verificando-se, pela decisão de f. 392/394, que o seu pedido de assistência judiciária gratuita foi indeferido.

Assim, nada obstante o Julgador monocrático ter procedido à inversão do ônus da prova e determinado que os custos periciais fossem arcados pela parte ré, tem-se que, de fato, não há como obrigar qualquer parte a produzir prova contra si própria, e, uma vez tendo sido inequivocamente recusada pela apelada (f. 433), cumpria à apelante recorrer da decisão monocrática que a julgou prejudicada (f. 434).

Ou seja, a apelante se deu por satisfeita com as provas apresentadas, quedando-se inerte no momento em que deveria ter-se manifestado.

E, nesse sentido, uma vez autorizada a prolação da sentença monocrática, assumiu o risco de obter uma decisão inteiramente desfavorável, não cabendo agora alegar cerceamento de defesa.

Diante disto, rejeito essa preliminar.

Do mérito.

Em síntese, sustenta a apelante que a sentença prolatada não pode prosperar, alegando que hoje é amplamente majoritário o entendimento de que os juros, quer moratórios, quer remuneratórios, não podem ultrapassar o patamar máximo de 12% ao ano, ainda que de forma diversa tenham sido convencionados pelas partes.

Argúi, ainda, em sua defesa, que a aplicação das regras do Código de Defesa do Consumidor impõe afastar todas as cláusulas consideradas iníquas e abusivias, o que se verifica em relação à cobrança de taxas de juros, capitalização de juros mensais, comissão de permanência, multa e demais encargos, tarifas e impostos.

E, compulsando os autos, verifico que parcial razão assiste à apelante, merecendo ser revistos alguns pontos que influenciarão diretamente o desfecho da demanda.

Entendo que a matéria trazida a juízo compreende um litígio caracterizado pela revisão de cláusulas de contratos bancários, envolvendo movimentação financeira através de cheque especial e abertura de crédito, e que, nada obstante a celeuma jurídica travada no âmbito das regras a que estão sujeitas, compactuo com o atual entendimento firmado no STJ, acerca da aplicabilidade das regras consumeristas.

Assim, verifico a possibilidade de submissão das instituições financeiras aos princípios e regras do CDC, observada cada peculiaridade que permeia o contrato de adesão firmado, o que faço com base na Súmula 297 do STJ: "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras".

Nesse sentido, é a jurisprudência:

> Bancário e processo civil. Agravo no recurso especial. Revisão de contrato bancário. Aplicabilidade do CDC. Disposições de ofício. Taxa de juros remuneratórios. Capitalização de juros. Súmula 281 do STF. Incidência. Comissão de permanência. Prequestionamento. Ausência. Repetição do indébito. Inscrição do nome do devedor em cadastros de inadimplentes. Mora. Manutenção da posse. - Nos termos da jurisprudência do STJ, não se aplica a limitação da taxa de juros remuneratórios em 12% ao ano aos contratos bancários não abrangidos por legislação específica quanto ao ponto. - O recurso especial é inadmissível quando couber, perante o Tribunal de origem, recurso contra a decisão impugnada. - Não se conhece do recurso especial, quanto à matéria jurídica não debatida no acórdão recorrido. - Admite-se a repetição e/ou compensação de indébito nos contratos de abertura de crédito em conta corrente ou de mútuo, independentemente da prova de que o pagamento tenha sido realizado por erro, com o objetivo de vedar o enriquecimento ilícito do banco em detrimento do devedor. Precedentes. - A simples discussão judicial do débito não impede a inclusão do nome do devedor em cadastros de inadimplentes. - A cobrança abusiva ou ilegal de encargos no período de normalidade da obrigação afasta a mora do devedor. Agravo não provido (AgRg no REsp 889304/RS, Rel.ª Min.ª Nancy Andrigui, *DJU* de 26.03.2007).

Dessarte, entendo que a lógica da estabilidade e segurança jurídicas implica reconhecer que o Poder Judiciário não pode servir de revisor de contrato de mútuo livremente pactuado e muito menos pode anular o referido instrumento sem que se verifique no negócio alguma nulidade absoluta, que, como tal, deva ser declarada de ofício, ou que tenha restado comprovado qualquer vício de consentimento, abusividade a violar as regras consumeristas, ou, ainda, a ocorrência de fato superveniente que altere de forma extraordinária e imprevisível a condição de uma ou de ambas as partes contratantes, tornando o pacto extremamente oneroso, consoante preceitua a velha cláusula *rebus sic stantibus*.

Sobre o assunto, observa o saudoso mestre civilista Washington de Barros Monteiro:

> Acentua-se, contudo, modernamente, um movimento de revisão do contrato pelo juiz; conforme as circunstâncias, pode este, fundando-se em superiores princípios de direito, boa-fé, comum intenção das partes, amparo do fraco contra o forte, interesse coletivo, afastar aquela regra, até agora tradicional e imperativa.
>
> Uma de suas aplicações é a cláusula *rebus sic stantibus*, abreviação da forma: *contratctus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur* (nos contratos de trato sucessivo ou a termo, o vínculo obrigatório entende-se subordinado à continuação daquele estado de fato vigente ao tempo da estipulação).
>
> (...)
>
> A intervenção judicial só é autorizada, porém, nos casos mais graves e de alcance muito geral. Para que ela se legitime, amenizando o rigorismo contratual, necessária a ocorrência de acontecimentos extraordinários e imprevistos, que tornem a prestação das partes sumamente onerosa. Como se expressam Nicola e Francesco Stolfi, preciso é se verifique *radicale mutamento della situazione economica* (*Curso de direito civil - Direito das obrigações*. 2ª parte. 16. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, p. 10).

Dadas essas considerações, tem-se que as partes, quando contratam, têm sobretudo em vista o caráter irretratável do vínculo jurídico que está sendo formado. E, acima das vontades particulares, ou das representações psíquicas dos estipulantes, é preciso colocar os princípios

superiores da segurança social, entre os quais se encontra, no primeiro plano, o caráter definitivo do contrato uma vez celebrado e das obrigações que dele derivam.

Consta da r. sentença (f. 435/446) que, nada obstante o MM. Juiz ter entendido pela aplicabilidade do CDC ao presente caso, deferindo inclusive a inversão do ônus da prova em favor da apelante, e admitindo como verdadeiras suas afirmações, julgou improcedentes os seus pedidos iniciais, por entender que não houve qualquer abuso por parte da instituição financeira, sendo incabível a limitação dos juros a 12% ao ano e não havendo demonstração da cobrança de multa de 10%, ou mesmo de capitalização de juros e cobrança cumulada de comissão de permanência com qualquer outro encargo proibitivo.

Sem perder de vista a função social que deve sempre nortear os contratos em geral, a segurança jurídica está justamente em fazer valer as regras pactuadas entre as partes, observados os princípios e regras que norteiam a matéria e as peculiaridades do instituto obrigacional, ou seja, o instituto trabalha com a conjugação de várias regras, princípios e diplomas legais distintos.

E, o caso em tela, ao contrário do que consignou a decisão monocrática, impõe incontinênti revisão de suas cláusulas, evidenciando flagrantes violações.

Precipuamente, no que concerne à impugnação ao percentual da multa moratória praticado pela apelada, tenho que, nada obstante não haja sido comprovada a sua cobrança, conforme observou o Julgador monocrático, tem-se que o mesmo restou pactuado entre as partes, em patamar superior ao que estabelecem as regras consumeristas, ou seja, 10% (dez por cento), conforme se verifica do contrato de f. 278, e, havendo a necessidade de se observar o que dispõe o art. 52, § 1°, do CDC, imperioso ajustar a cláusula contratual, estabelecendo um percentual máximo de 2% (dois por cento).

Dessarte, não se trata de presumir a abusividade violadora de preceito consumerista, no que concerne à sua cobrança, bem como a sua própria incidência sobre os valores que vêm sendo cobrados pela apelada, mas apenas de adequar uma cláusula absolutamente imprópria, para que, em fase de liquidação de sentença, ao serem apurados os valores devidos pela apelante, incida apenas o que é de direito.

No mais, o que a apelante refuta essencialmente é a cobrança de juros remuneratórios acima do limite legal de 12% ao ano, capitalizados mensalmente, bem como a cobrança indevida de comissão de permanência e demais encargos bancários.

Notadamente, no que concerne à limitação dos juros remuneratórios, tenho que, apesar de o art. 25 do ADCT ter retirado o poder normativo do Conselho Monetário Nacional para dispor sobre a limitação de juros, que é da competência do Congresso Nacional, certo é que não foram revogadas as instruções emanadas daquele órgão no período em que detinha competência normativa, tendo sido o prazo contido nesse dispositivo constitucional prorrogado *sine die*.

Assim, enquanto não editadas normas que regulamentem a matéria, permanecem aquelas já expedidas pelo Conselho Monetário Nacional, até que sobrevenha lei dispondo sobre a efetiva delimitação de juros em contratos bancários.

No mais, as limitações de 12% ao ano, impostas pelo Decreto 22.626, de 1933, não se aplicam às taxas de juros cobradas pelas instituições bancárias ou financeiras em seus negócios jurídicos, cujas balizas se encontram no contrato e regras de mercado, salvo as exceções legais (*v.g.* créditos rural, industrial e comercial), entendimento esse largamente difundido entre as Turmas Julgadoras do STJ.

A propósito, reza a Súmula 596 do STF:

> As disposições do Decreto nº 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas que integram o Sistema Financeiro Nacional.

Os acórdãos abaixo colacionados traduzem essa mesma orientação, a saber:

> Contrato de cartão de crédito. Juros. Limitação. Capitalização. - 1. Cuidando-se de operações realizadas por instituição integrante do Sistema Financeiro Nacional, não se aplicam as disposições do Decreto nº 22.626/33 quanto à taxa de juros. Súmula nº 596 do STF. - 2. Capitalização de juros. Solução da espécie que envolve o reexame de matéria fática e a análise de estipulações contratuais. Recurso especial não conhecido (4ª Turma, REsp nº 202.373-RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, unânime, *DJU* de 23.08.99)

> Mútuo bancário. Contrato de abertura de crédito. Taxa de juros. Limitação. Capitalização mensal. Proibição. Precedentes. - I - No mútuo bancário vinculado a contrato de abertura de crédito, a taxa de juros remuneratórios não está sujeita ao limite estabelecido pela Lei de Usura (Decreto 22.626/33). - II - A capitalização dos juros somente é permitida nos contratos previstos em lei, entre eles as cédulas e notas de créditos rurais, industriais e comerciais, mas não para o contrato de mútuo bancário. - III - Precedentes. - IV - Recurso conhecido e provido (3ª Turma, REsp nº 176.322-RS, Rel. Min. Waldemar Zveiter, unânime, *DJU* de 19.04.99).

> Juros. Limite. Capitalização. Contrato de abertura de crédito em conta corrente. Aplicação da Súmula 596 do STF, quanto ao limite dos juros remuneratórios, e da Súmula 121 do STF, tocante à capitalização. Recurso conhecido em parte e, nessa parte, provido (4ª Turma, REsp nº 189.426-RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, unânime, *DJU* de 15.03.99).

> Direitos comercial e econômico. Financiamento bancário. Juros. Teto de 12% em razão da Lei da Usura. Inexistência. Lei 4.595/64. Enunciado 596 da Súmula do STF. Capitalização mensal. Excepcionalidade. Inexistência de autorização legal. Enunciado 282 da Súmula do STF. Recurso parcialmente acolhido.
> I - A Lei 4.595/64, que rege a política econômico-monetária nacional, ao dispor no seu art. 4º, IX, que cabe ao Conselho Monetário Nacional limitar taxas de juros, revogou, nas

> operações realizadas por instituições do sistema financeiro, salvo exceções legais, como nos mútuos rurais, quaisquer outras restrições a limitar o teto máximo daqueles.
> II - Somente nas hipóteses em que expressamente autorizada por lei específica, a capitalização de juros se mostra admissível. Nos demais casos, é vedada, mesmo quando pactuada, não tendo sido revogado pela Lei 4.595/64 o art. 4º do Decreto 22.626/33. O anatocismo, repudiado pelo Verbete 121 da Súmula do STF, não guarda relação com o Enunciado 596 da mesma súmula.
> III - Ausente o prequestionamento do tema, não há como analisar a insurgência recursal, nos termos do Enunciado 282 da Súmula do STF (4ª Turma, REsp nº 164.935-RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, unânime, *DJU* de 21.09.98).

> Nas operações realizadas por instituição integrante do sistema financeiro nacional não se aplicam as disposições do Dec. 22.626/33 quanto à taxa dos juros remuneratórios (STJ, REsp. 387805/RS, 3ª Turma, Rel.ª Ministra Nancy Andrighi, p. em 9.9.2002).

Portanto, a cobrança de taxas que excedam o prescrito na Lei da Usura, desde que autorizada pelo Banco Central do Brasil, não é ilegal, sujeitando-se apenas aos limites fixados pelo Conselho Monetário Nacional, nos contrafortes da Lei 4.595, de 1964, e aos princípios constitucionais.

Donde se pode concluir que, em se tratando de contratos firmados com instituições financeiras, os juros devidos são os pactuados pelas partes, ressalvado o reconhecimento da abusividade violadora da própria função social dos referidos contratos.

Ademais, mesmo sendo aplicável a Lei 8.078, de 1990, verifico que a taxa de juros só deve ser alterada se reconhecida sua abusividade em cada hipótese, tendo em vista o caso concreto, restando desinfluentes a tal finalidade a estabilidade inflacionária no período e mesmo a limitação ao patamar de 12% ao ano, para efeitos de validade do avençado pelas partes.

Nesse contexto, cabe trazer à balha os ensinamentos de Emílio Betti (in *Novíssimo digesto italiano*. Turim: Utet, 1958, v. I2, p. 1.559), onde leciona, *verbis*:

> autonomia significa, em geral, atividade e poder de dar-se um ordenamento, de dar ordem às próprias relações e interesses, definida pelo próprio ente ou sujeito a quem aquelas e estes respeitem.

Dessarte, a autonomia da vontade é uma parte do princípio geral da autodeterminação das pessoas que têm nele um princípio prévio ao ordenamento jurídico e que o valor que com ele deve realizar-se está reconhecido pelos direitos fundamentais.

Conclui-se então, que ninguém está sujeito às obrigações que não tenha querido, implicando, em via transversa, que os indivíduos devem respeitar todas as obrigações em relação às quais tenham dado seu consentimento.

Tem-se que o direito de liberdade de contratação se caracteriza como a expressão maior do ideário burguês pós-revolucionário, e esta liberdade de contratar parte do pressuposto de que a vontade de ambos os contratantes se encontra paritária e norteada pela licitude do objeto, confiança e lealdade mútuas.

E toda esta sistemática implementada deflagra o desvencilhar das peias da era absolutista, possibilitando uma perfeita interação do homem na busca e alcance daquilo que deseja, cumprindo ao Estado intervir apenas e tão-somente para assegurar a execução do contrato não cumprido, ou realizado de maneira diversa do pactuado.

Assim, tem-se que o poder público deve sempre buscar restabelecer o máximo possível o equilíbrio entre as partes contratantes, seja pelo dirigismo contratual, seja pela delimitação de vontade, ou mesmo disponibilizando àquele em desvantagem instrumentos de defesa aos seus direitos ameaçados de violação.

Vale dizer, os contratos bancários apresentados pelas partes às f. 275/280, 404/412 e demais extratos de movimentação financeira (f. 59/63) evidenciam que as taxas de juros pactuadas tiveram os percentuais de 8,10% e 8,30% ao mês, respectivamente de acordo com o contrato firmado, o que resulta em média um percentual de 154,62% e 160,34% ao ano.

E, considerando tais cláusulas contratuais, pode-se extrair com segurança que o patamar de juros estabelecido no negócio jurídico firmado entre as partes demonstrou, sim, exorbitação de vantagens ou privilégios para a apelada, em detrimento da apelante, pelo que deve ser revisto.

Vale dizer, tendo em vista a inexorável observância da função do contrato, tenho que neste ponto deve haver uma adequação dos percentuais utilizados para remunerar o capital financiado, a fim de se equilibrarem as partes.

A função social caracteriza-se como um substrato do princípio constitucional da solidariedade, disposto no art. 3º, I, da Carta Magna; portanto, ainda que não se apliquem as regras civilistas atuais ao presente caso, onde referido substrato vem autonomamente expresso, é certo que deve-se buscar a sua origem constitucional, para oxigenar a relação civil que se instala.

No mais, a colocação dos contratos num plano transindividual, indubitavelmente não conflita com o princípio do *pacta sunt servanda*, de origem romanista, que permanece com observância obrigatória.

E esta idéia de função social já vem sendo defendida por Nobberto Bobbio, desde 1974, quando, em sua obra *Da estrutura à função*, procurou demonstrar que efetivamente não é o Direito em si que importa, mas a finalidade do direito, para o que serve (função).

Certo é que a função social se estabeleceu como um imperativo categórico a inibir práticas abusivas entre as partes contratantes, e, conforme orientação do Mestre Miguel Reale,

> por sua própria finalidade exerce uma função social inerente ao poder negocial, que é uma das fontes do direito, ao lado da legal, da jurisprudencial e da consuetudinária (REALE, Miguel. *Função social do contrato*, 20.XI.03).

As instituições financeiras aludem ao *spread* bancário como sendo da essência dos contratos de adesão referentes a empréstimos e movimentações financeiras, a caracterizar a onerosidade excessiva imposta aos clientes pelas altas taxas de juros sobre os valores dos débitos existentes.

Assim, a título de esclarecimentos, tem-se que o denominado *spread* bancário se caracteriza pela diferença entre o que a instituição financeira paga ao aplicador na captação de recursos e o que cobrará para emprestar esse mesmo dinheiro.

Verifica-se, pois, que os bancos embolsam, como lucro, em média, mais de 20% da diferença entre o valor que pagam e o que cobram, em cada movimentação financeira que operam, compondo ainda o referido *spread* o custo administrativo e a inadimplência - o que se justifica como prêmio de risco.

Ora, os economistas têm rechaçado a inadimplência como componente do *spread* bancário, valendo transcrever, por oportuno, o trecho de um artigo publicado na revista *Amanhã*, edição 208, de março de 2005, intitulado Que juro é este?:

> A inadimplência é um ponto controverso. 'A realidade indica que a proporção de brasileiros que não paga é bem menor do que os bancos alegam para colocar as taxas de juros lá em cima', acusa Miguel José Ribeiro de Oliveira, responsável pela pesquisa de juros da Associação Nacional dos Executivos de Finanças, Administração e Contabilidade (Anefac). 'Não se deve confundir perda com atraso, que é a situação de quem paga fora do prazo, mas liquida o débito em até 90 dias', sustenta. 'Só podem ser consideradas inadimplentes pessoas que não pagarem em 90 dias, e olhe que parte delas acaba regularizando sua situação.' Em dezembro, exemplifica, o Banco Central dava conta da inadimplência de 3,1% entre as empresas (mas só 1,7% como perda). Entre pessoas físicas, a estatística de perda e atraso somava não mais do que 11,7% - deste total, apenas 6,2% correspondia a perda. 'O peso da inadimplência no *spread* bancário é relativamente baixo' endossa Alberto Borges Matias. A partir do estudo que fez sobre os juros no Brasil, ele calcula que o risco de emprestar e não ter o dinheiro de volta responde por apenas 14% dos custos que levam ao monumental *spread* bancário brasileiro (http://amanha.terra.com.br/edicoes/208/index.asp).

E, dadas essas considerações, conclui-se que esta sistemática adotada pelas instituições financeiras deflagra, de fato, a exorbitação de vantagens das altas taxas de juros praticadas, visto que optam por ganhar mais, com uma margem maior, denotando-se sempre certa inflexibilidade para baixo do *spread* bancário de um modo geral, uma vez que o movimento deste não tem acompanhado *pari passu* a diminuição recente na taxa básica de juros no País, devendo ser rechaçada qualquer tentativa de formação de uma estrutura oligopolizada.

E, assim sendo, em observância à função social do contrato, merece acolhimento a alegação da apelante que refuta a prática de juros excessivos, impondo-se estabelecer como mais razoável, no presente caso, a aplicação de um percentual máximo equivalente a 3,58% (três vírgula cinqüenta e oito por cento) ao mês.

Vale dizer, não se trata de um percentual aleatório ou fixado sem qualquer parâmetro, mas pautado no que vem sendo praticado no mercado financeiro hodierno, nos entendimentos jurisprudenciais firmados acerca do tema, bem como e principalmente no mínimo estabelecido pela própria instituição financeira, que, como se viu, em todas as operações realizadas, embute previamente um percentual a título dos riscos inerentes.

Há pouco menos de um ano, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu ser possível e legítimo o Poder Judiciário verificar "em cada caso, o abuso alegado por parte da instituição financeira" na cobrança de juros, considerando-se os juros pagos pelo Governo Federal - a Taxa SELIC.

Ao permitir a verificação, em cada caso, da abusividade dos juros, o egrégio STJ demonstra evidente sinal de que a surrada tese defendida pelas instituições financeiras de que gozariam de direito à cobrança de juros ilimitados está ultrapassada. E não há de ser diferente, porque, segundo a Lei Federal nº 8.884, de 1942, o aumento arbitrário dos lucros constitui infração da ordem econômica, independentemente de culpa.

Assim, verifica-se que a taxa média dos juros praticada pelas instituições financeiras, cuja tabela é elaborada pelo Banco Central do Brasil - Bacen (www.bacen.gov.br), serve como parâmetro ao magistrado, na tarefa de proclamar ou não a abusividade na lide posta à apreciação, no que vem ponderando o STJ, para afastar a desejada limitação dos juros ao percentual de 12% ao ano:

> Os juros remuneratórios contratados são aplicados, não demonstrada, efetivamente, a eventual abusividade (REsp nº 271.214/RS, Rel. Min. Ari Pargendler, *DJU* de 04.08.03).

> O simples fato de o contrato estipular a taxa de juros remuneratórios acima de 12% a.a. não significa, por si só, vantagem exagerada ou abusividade. Necessidade que se evidencie, em cada caso, o abuso alegado por parte da instituição financeira (REsp nº 507.882/RS, Rel. Min. Barros Monteiro, *DJU* de 25.02.04).

> Não se aplica a limitação de juros de 12% ao ano prevista na Lei de Usura aos contratos bancários não previstos em leis especiais, nem se considera excessivamente onerosa a taxa média do mercado. Precedente da 2ª Seção do STJ, posicionamento já informado no despacho agravado (AgREsp nº 595.645/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, *DJU* de 31.05.04).

Considerando que o Governo remunera o investidor sobre a taxa variável de 15,0% a.a. (Selic) somada à sobretaxa de 8,35% a.a. - essa referente ao risco de se

aplicar em um país em desenvolvimento -, como conceber que a Constituição tenha imposto uma taxa anual de 12%?

Por outro lado, deve-se inibir o afã insaciável das instituições financeiras, na capitação de lucros, através do controle exercido pelo Poder Judiciário, a fim de que seja alcançada a segurança jurídica, na sua faceta econômica, como pressuposto da melhor prestação jurisdicional, utilidade e justiça nas decisões.

Assim, pelo princípio da razoabilidade, deve-se observar o mister da congruência lógica entre a situação posta e os percentuais de juros praticados pelas instituições financeiras, tendo em vista os fins remuneratórios a que se destinam, e, pelo princípio da proporcionalidade, deve-se ponderar uma adequação dos patamares mínimos e máximos praticados no mercado, utilizando-se como parâmetro a taxa praticada pelo Governo Federal.

Significa dizer, tendo em vista que a taxa praticada pelo Governo flutua entre 15% a.a., bem como o fato de que o lucro do banco é em média de 20% do *spread*, mostra-se aceitável estabelecer o teto máximo a ser praticado pelo banco, qual seja de 3,58% (três e cinqüenta e oito por cento) ao mês.

Vale dizer, considerando-se o montante aproximado de 43% (taxa Selic anual, mais a taxa de risco-país, mais lucro do *spread*), dividido por 12 (doze) meses, alcança-se o percentual médio de 3,58% ao mês, o qual, diante do caso concreto, pode ser utilizado como um parâmetro aferidor de um percentual razoável de juros remuneratórios, observadas suas variações para mais ou para menos, conforme o período em que praticado pelas instituições financeiras.

Esse entendimento vai harmonizar-se com as regras de experiência comum, que, além de não aviltar o lucro da instituição financeira, também não viola o ordenamento jurídico de proteção ao consumidor.

De lado outro, no que concerne à capitalização de juros, inexiste qualquer cláusula contratual nesse sentido, e, uma vez não tendo sido comprovada pela apelante, não há como presumir a sua cobrança, para fins de afastá-la.

Ou seja, ainda que se fale em inversão do ônus da prova, é certo que a apelante deveria ter comprovado um mínimo suficiente a sustentar suas alegações, o que não ocorreu.

Dessarte, ainda que me posicione integralmente desfavorável à cobrança de capitalização em quaisquer de suas formas, não merece qualquer reforma o *decisum* quanto a esse tema.

Quanto à comissão de permanência, no presente caso, nada obstante a ausência de um laudo pericial conclusivo, verifica-se a existência de cláusula contratual prevendo expressamente a sua cobrança, ao lado dos juros e multa, não apresentando sequer uma taxa de referência, o que impõe reconhecer que fica ao alvedrio da instituição financeira a sua fixação, postergada para data futura à avaliação do mercado.

Notadamente, a comissão de permanência traz em sua essência uma função dicotômica: primária, de remuneração da instituição financeira e secundária, de atualização da moeda corrente, evidenciando nesta mecânica um nítido ato ilícito, visto que o cliente não detém acesso prévio ao índice que será aplicado pela instituição financeira, a qual unilateralmente passa a manipular as operações de crédito com controle absoluto sobre os percentuais a serem aplicados, possibilitando o alcance de valores excessivos, com a configuração implícita de cobrança de juros remuneratórios.

É certo que as regras contratuais devem ter plena observância, implicando um direito subjetivo para ambas as partes, como conseqüência lógica do seu direito de liberdade; todavia este direito tem uma função social, como ressaltado alhures.

Vale dizer, tem-se que o Estado Democrático de Direito visa substancialmente efetivar os direitos fundamentais (subjetivos), porém esses direitos estão condicionados a deveres pelas partes contratantes, os quais devem ser observados em prol de um bem maior, qual seja a sociedade.

Significa, pois, que hoje não se pode admitir a tese de que os contratos apenas produzem efeitos para os contratantes diretos, mas, ao contrário, alcançam as necessidades de todo o corpo social, e é o que se verifica em relação à comissão de permanência deflagrada no presente caso, pelo que, constatado o abuso do direito, violada estará sua função social.

Ademais, a jurisprudência já é pacífica nos tribunais superiores quanto à impossibilidade de aumento dos encargos financeiros em caso de inadimplência do mutuário, pelo que carece de validade a substituição dos juros remuneratórios e da correção monetária pactuados para o período de vigência contratual, por quaisquer outras taxas ou comissão de permanência.

Conclui-se, portanto, que é potestativa a cláusula que permite que seja a comissão de permanência calculada à taxa variável do mercado (f. 410) e cobrada cumulativamente com juros, sendo que tal ajuste coloca o devedor em inteira desvantagem, em razão da dificuldade, ou até da impossibilidade, de averiguá-la. Ou seja, a comissão de permanência há que ser substituída pela correção monetária, calculada pelo índice do INPC.

Diante do exposto, com base nos arts. 93, IX, da Constituição da República e 131 do Código de Processo Civil, dou provimento parcial ao recurso, para adequar o percentual dos juros remuneratórios, estabelecendo um teto máximo de 3,58% (três vírgula cinqüenta e oito por cento) ao mês, para todos os contratos firmados entre as partes, desde a sua origem, bem como para adequar o percentual da multa moratória para 2% (dois por cento) e decotar a comissão de permanência, substituindo-a pela correção monetária ao índice do INPC, e, ante a sucumbência recíproca, condeno as partes ao pagamento das custas processuais, na proporção de

50% (cinqüenta por cento) para cada uma, e honorários advocatícios, fixados em R$ 2.000,00 (dois mil reais), a serem pagos aos patronos das partes, admitida a compensação nos termos da Súmula nº 306 do STJ.

Custas recursais, pelas partes, na proporção de 50% para cada uma.

DES. DUARTE DE PAULA - Com a devida vênia do entendimento esposado pelo ilustre Desembargador Relator, ouso dele discordar parcialmente, uma vez que, assim como por ele exposto, também não conheço do agravo retido, rejeito a preliminar argüida e comungo da opinião de ser aplicável o Código de Defesa do Consumidor em relação a todas as instituições financeiras, visto exercerem a mercancia, embora desde o Código Comercial de 25.06.1850, os banqueiros sejam considerados comerciantes, a ele estando submetidas as operações bancárias, inclusive as de abertura de crédito em conta corrente.

Conforme consta no art. 3º, § 2º, da Lei 8.078/90, é incontestável o entendimento de que o serviço bancário se enquadra perfeitamente na norma consumerista, principalmente em se levando em conta o disposto no art. 52 do referido diploma legal, que cuida do fornecimento de crédito ao consumidor, que é, indubitavelmente, a hipótese em questão.

Esses conceitos regem a matéria ora em debate, visto que, para efeito de aplicação do Codecon, não fazem qualquer restrição ou ressalva às atividades de natureza bancária, financeira e de crédito.

Dessarte, assentando-se a questão colocada em julgamento em prestação de serviços bancários, entendo caracterizada a relação de consumo, o que ora me faz assim entender de modo mais do que induvidoso, visto que, após encerrado o julgamento da ADIN 2.591-1, do Distrito Federal, interposta pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro - Consif, pelo pleno do excelso Supremo Tribunal Federal, em 07.06.06, pelo fato de haver ocorrido a publicação do v. acórdão no *Diário do Judiciário* de 29.09.2006, sepultada ficou qualquer dúvida de convencimento sobre a questão, uma vez que enuncia que:

> As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor.
> Consumidor, para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito.

Ademais, a Súmula 297 do colendo Superior Tribunal de Justiça já elucidava a matéria em âmbito pretoriano: "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras".

Portanto, entendo não ser de se desprezar o interesse social em análise, numa nítida relação de consumo, por integrar tal fonte o principal comando do ordenamento jurídico acima citado, servindo, a toda evidência, de norma da qual deve lançar mão o julgador ao aplicar o direito ao caso concreto, sobretudo diante do estágio que as relações sociais assumiram no mundo hodierno, não podendo olvidar que hoje vivemos sob uma nova ótica econômica, alcançada a duras penas, que implica, necessariamente, uma nova visão acerca dos contratos e valores assumidos em decorrência das diversas relações jurídicas que se desenvolvem no seio da sociedade.

Também, ponho-me de acordo com o eminente Relator no que toca à substituição da comissão de permanência pela correção monetária, calculada conforme o INPC, bem como para adequar o percentual da multa moratória para dois por cento, conforme estabelece o art. 52, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, dele ouso distanciar-me no que toca à taxa de juros aplicável ao contrato celebrado pelas partes.

Entendo que a vertiginosa evolução do mundo moderno, em face das novas preocupações e anseios sociais que passaram a reger os negócios jurídicos, aperfeiçoados pela conjunção de vontade de duas ou mais pessoas, deu lugar a transformações, principalmente com relação ao princípio da autonomia da vontade e da obrigatoriedade das convenções nos contratos. Evidentes são as tendências atuais no sentido de limitar a eficácia do princípio da obrigatoriedade das convenções, revivendo a velha cláusula *rebus sic stantibus*, que se consolidou na moderna teoria da imprevisão, objetivando tornar os contratos mais justos e mais humanos.

Busca-se hoje a preservação do equilíbrio real do direito e dos deveres no contrato, antes, durante e após sua execução, seja para manter a inalterada proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias fossem previsíveis. O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem ou desvantagem excessiva para uma das partes, aferível objetivamente, segundo as regras de experiência ordinária.

O princípio clássico do *pacta sunt servanda* passa, nesse contexto, a ser entendido no sentido de que o contrato obriga as partes contratantes nos limites do equilíbrio dos direitos e deveres entre elas. Dessarte, não obstante a consagrada concepção liberal dos contratos, a teoria da revisão contratual tem sido acolhida pela jurisprudência, principalmente em se tratando de contrato de adesão, como o dos autos, justificando a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, em face da evidência de cláusulas abusivas que se apresentam gravosas sobremaneira para uma das partes.

Então, no que toca aos juros, preceitua a Constituição Federal que dentre as atribuições do Congresso Nacional está a obrigação inderrogável de dispor sobre todas as matérias de competência da

União, especialmente matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações.

E, como o art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias expressamente enuncia a revogação, cento e oitenta dias após a sua promulgação, sujeita a prorrogação por lei, de todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, principalmente no que concerne a ação normativa e alocação ou transferência de recursos de qualquer espécie, revogada encontra-se a delegação contida na Lei 4.595/64, que concede poder normativo ao Conselho Monetário Nacional em matéria de competência legislativa do Congresso Nacional.

Portanto, derrogadas estão todas as instruções normativas emanadas pelo Conselho Monetário Nacional a respeito da fixação dos limites dos juros, descontos, comissões e quaisquer outras formas de remuneração de operações e serviços das instituições de crédito, restando como única fonte de limitação destas formas remuneratórias do capital o art. 406 do vigente Código Civil. Este texto normativo dispõe que, quando os juros moratórios não forem convencionados pelas partes, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

Atualmente, para a mora no pagamento dos tributos federais, utiliza-se uma taxa flutuante, sujeita às injunções do mercado, a chamada taxa Selic. A taxa Selic - Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia -, fixada por ato unilateral do Poder Executivo, através do Conselho de Política Monetária do Banco Central (Copom), é calculada sobre os juros cobrados nas operações de venda de título negociável, em operação financeira com cláusula de recompra. Trata-se de uma taxa que reflete a remuneração dos investidores pela compra e venda de títulos públicos. Portanto, é uma taxa flutuante, que se determina exclusivamente em virtude da relação entre o mercado (investidores) e o Governo, servindo para mensurar a remuneração de títulos públicos.

Nenhum problema há em empregar a taxa Selic aos fins a que se destina. O problema está em transformá-la em taxa de mensuração de juros de mora legais. A um, porque na taxa Selic não estão embutidos apenas os juros reais, mas também a correção monetária. A dois, porque, em se tratando de uma taxa flutuante, impede o conhecimento prévio acerca dos juros, causando grave insegurança jurídica. Por essas e outras razões, um grupo de juristas, reunidos em assembléia pelo Conselho da Justiça Federal, em setembro de 2002, decidiu propor o Enunciado 20, nos seguintes termos:

> Art. 406: A taxa de juros moratórios a que se refere o art. 406 é a do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, ou seja, 1% ao mês. A utilização da taxa Selic como índice de apuração dos juros legais não é juridicamente segura, porque impede o prévio conhecimento dos juros; não é operacional, porque seu uso será inviável sempre que se calcularem somente juros ou somente correção monetária e é incompatível com a regra do art. 591 do novo Código Civil, que permite apenas a capitalização anual de juros (*Código Civil comentado*. Organizadores Cleyson de Moraes Mello e Thelma Araújo Esteves Fraga. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, p. 275).

Assim, diante dos problemas que envolvem a utilização da taxa Selic como índice de aferição dos juros moratórios, a meu ver, na hipótese de mora há de incidir a regra contida no art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, que limita a taxa de juros a 1% ao mês.

Sendo certo que, dispondo o art. 591 do Código Civil, aplicável a todos os contratos de mútuo, que a taxa de juros convencionais ou remuneratórios (compensatórios) fixada não pode exceder ao limite disposto no art. 406 do Código Civil, deve corresponder também a, no máximo, 12% ao ano.

Importante salientar que reiteradamente vinha decidindo ser aplicável, em casos de mora, o art. 1º do Decreto 22.626/33, que veda a estipulação de juros superiores ao dobro da taxa legal. Contudo, em face da vigência de uma nova regra jurídica sobre a matéria, estou revendo o meu posicionamento, visto que cheguei à conclusão de que, correspondendo a taxa legal, atualmente, a 1% ao mês, a aplicação da Lei de Usura possibilitaria a incidência de taxa de juros de até 24% ao ano, o que ofenderia o art. 406 do Código Civil c/c o art. 161 do Código Tributário Nacional, novos parâmetros de limitação das taxas de juros.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso, a fim de substituir a comissão de permanência pela correção monetária, calculada com base no INPC, bem como para adequar o percentual da multa moratória para dois por cento e fixar a taxa de juros remuneratórios e moratórios em 12% ao ano.

Custas recursais, pelo apelado.

DES.ª SELMA MARQUES - Trata-se de apelação interposta por Master Shoes Ltda. contra a sentença que, na ação ordinária c/c pedido de antecipação de tutela, julgou improcedente o pedido do autor.

Inconformado com a decisão exarada pelo Juiz singular, apela o autor, alegando em sede preliminar o cerceamento de defesa. No mérito, requer a aplicação do Código de Defesa do Consumidor e, por conseqüência, o afastamento das cláusulas abusivas, principalmente no tocante à taxa de juros, capitalização mensal dos juros, cobrança da taxa de comissão de permanência, multa, demais encargos, tarifas e impostos.

Em contra-razões, o banco apelado requer a apreciação do agravo retido.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

O ilustre Desembargador Relator em seu voto não conhece do agravo retido, rejeita a preliminar e, no mérito, dá parcial provimento ao recurso, para reduzir os juros remuneratórios para 3,58% a.m., e a multa moratória para 2%, substituir a comissão de permanência pela correção monetária com base no INPC. Ante a sucumbência recíproca, condenou cada uma das partes ao pagamento de 50% das custas processuais e fixou os honorários advocatícios em R$ 2.000,00, admitida a compensação nos termos da Súmula 306 do STJ.

Já o eminente Desembargador Revisor também não conhece do agravo retido e rejeita a preliminar. Contudo, no mérito, dá provimento ao recurso da empresa recorrente para substituir a comissão de permanência pela correção com base no INPC, reduzir os juros remuneratórios para 12% a.a. e a multa moratória para 2%.

Como Vogal, acompanho o eminente Relator para também não conhecer do agravo retido, bem como rejeitar a preliminar. Quanto ao mérito, *permissa venia*, ouso divergir de Suas Excelências.

Do *pacta sunt servanda* e da inaplicabilidade do CDC.

Inicialmente, cumpre-me registrar que, regra geral, entendo serem inaplicáveis aos contratos bancários as regras do Código de Defesa do Consumidor, posição esta, inclusive, que venho reiteradamente sustentando em minhas decisões.

É que, a meu sentir, não se vislumbra a figura do consumidor naquele que celebra com o banco operações bancárias, uma vez que essas não dizem respeito ao consumo, mormente em se tratando de pessoa jurídica, que se utiliza de empréstimos financeiros concedidos por instituições bancárias como fluxo de caixa, empregando o dinheiro, objeto do mútuo, como capital de giro, o que nada tem a ver com o conteúdo de destinatário final.

O dinheiro e o crédito são apenas meios de pagamento, instrumentos de circulação de riqueza e, por via de conseqüência, não constituem produtos adquiridos ou usados pelo destinatário final.

Nesse sentido, leciona Paulo Brossad, Ministro aposentado do STF:

> É forçoso reconhecer que as operações bancárias não dizem respeito ao consumo, nem são consumidores os que celebram com os bancos operações bancárias, sendo desse modo personagens estranhas à lei de defesa do consumidor. (...) são contratos bancários o depósito, a conta corrente, o cheque, o empréstimo, a abertura de crédito, o crédito documentário, o desconto (...). Quem quer que celebre qualquer desses contratos não é consumidor de coisa alguma, nem os contratos importam em consumo de bens ou na fruição de serviços relativos a necessidades humanas. E por maior que seja a extensão que se pode dar aos vocábulos consumo e consumidor a eles não se podem assimilar os contratos bancários.
>
> No amplo espectro do processo econômico, a operação bancária e a relação de consumo encontram-se em patamares distintos e distantes. O consumo supõe a produção de bens produzidos e a serem consumidos, situa-se no termo final do processo, que acaba com ele, enquanto as operações bancárias têm seu endereço voltado à produção de bens, os quais tanto se destinam ao consumo, como a servir de meio de produção para novos bens e serviços. O bem que venha a ser utilizado como insumo não é consumido, mas utilizado como elemento ou ingrediente de produção. São inconfundíveis, assim, os bens aptos a produzir novos bens e os aptos ao consumo por parte de seus destinatários finais, para repetir as palavras da lei. Aqueles são instrumentais ou intermediários; estes são derradeiros e têm no consumo a sua destinação.
>
> Definem-se as instituições financeiras como agentes econômicos, cuja atividade que tem por objeto a coleta, a intermediação e a aplicação dos recursos monetários próprios ou de outrem. São, numa palavra, intermediários na circulação do dinheiro, Lei 4.595, art. 17, donde Pontes de Miranda ter acentuado: 'O que caracteriza a atividade bancária é a função de intermediariedade na circulação do dinheiro' (...).
>
> Tenho como certo que entre o consumidor assim definido por lei e o cliente de um banco, enquanto tal, não há identidade, nem semelhança, da mesma forma que entre consumo e contrato bancário. Operações bancárias ou operações de crédito não dizem respeito ao consumo; ao contrário envolvem aplicação de reservas poupadas, exatamente do que sobejou por não ter sido utilizado no consumo, ou seja, na satisfação de necessidades (*RT* 718, p. 89/90).

Frise-se, ainda, que a improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.591, ajuizada pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro (Consif), que questionava a validade do art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, no que diz respeito ao conceito de serviço nele incluído, qual seja atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, não muda a concepção exposta. Isso porque a inconstitucionalidade que foi ali abordada foi de natureza formal, uma vez que o sistema financeiro somente poderia ser regulamentado por lei complementar, não tendo o CDC esta natureza. Afinal, o art. 192 da Constituição de República exige lei complementar para reger a organização e funcionamento do Sistema Financeiro Nacional, ou seja, sua estrutura, e não as práticas contratuais das referidas instituições.

Todavia, cumpre registrar que a discussão sobre a aplicabilidade ou não do CDC tem destinação estéril. Isso porque, ainda que se reconheça a inaplicabilidade do microssistema jurídico de destinação específica representado pelo CDC e a conseqüente aplicação das normas gerais do Código Civil aos contratos celebrados pelas instituições financeiras, nenhuma abusividade será tolerada.

O Código Civil de 1916 assentou o contrato sobre três princípios fundamentais oriundos da liberdade contratual. São eles o princípio da autonomia privada, o da obrigatoriedade dos pactos ou intangibilidade do conteúdo do contrato e o da relatividade. Tais princípios referem-se à teoria clássica, "onde todo o edifício do

contrato assenta na vontade individual, que é a razão de ser da sua força obrigatória" (LOPES, Serpa. *Curso de direito civil*, p. 33. *Apud* TEPEDINO *et alli*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2006, p. 06).

Todavia, na ordem contratual contemporânea, observa-se uma crítica cada vez mais consistente à centralidade da vontade individual, que passa a ser conjugada com três novos princípios positivados no Código Civil, quais sejam a boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico entre as prestações e a função social do contrato.

> Mais recentemente, porém, passa-se a reconhecer nas transformações ocorridas não apenas exceções à dogmática clássica, mas a expressão de novos princípios fundamentais da teoria contratual, capazes de alterar qualitativamente a dogmática e os princípios tradicionais. (...). A autonomia privada, a intangibilidade do conteúdo do contrato e a relatividade de seus efeitos conformam-se, na atualidade, a um conjunto de novos princípios: boa-fé objetiva, equilíbrio econômico entre as prestações e função social do contrato (TEPEDINO, Gustavo *et alli*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2006, v. 2, p. 07/08).

Também nesse sentido já apontava Ruy Rosado Aguiar:

> Os princípios fundamentais que regem os contratos deslocaram seu eixo do dogma da vontade e do seu corolário da obrigatoriedade, para considerar que a eficácia dos contratos decorre da lei, a qual os sanciona porque são úteis, com a condição de serem justos (...). Nessa óptica, continua-se a visualizar o contrato como uma oportunidade para o cidadão, atuando no âmbito da vontade não pode só por isso prevalecer, se dela resulta iniqüidade e injustiça. O primado não é da vontade, é da justiça, mesmo porque o poder da vontade não é maior do que os outros... (REsp 45.666).

Assim, considerando-se a positivação no Código Civil das cláusulas gerais da boa-fé objetiva, do equilíbrio econômico e financeiro do contrato e da função social, não é necessário recorrer-se ao CDC para evitar quaisquer abusividades, iniqüidades ou mesmo injustiças nos contratos celebrados pelas instituições financeiras.

> Pode-se concluir que o novo Código Civil é um sistema aberto e que exigirá dos juízes um redobrado esforço para a sua correta aplicação, porque, em muitas situações, obseravado o caso concreto, poderão, além de julgar, vir a criar propriamente a regra jurídica (ANDRIGHI, Fátima Nancy *et. al*. *Comentários ao Novo Código Civil*. 2008, v. 9, p. 02).

Dentro dos três princípios positivados, que, conjuntamente aos já consagrados pela teoria contratual clássica, regem a relação contratual, para os fins ora enfocados, merece destaque o da boa-fé objetiva, que impõe um padrão de conduta aos contratantes no sentido da recíproca cooperação, com consideração aos interesses comuns, em vista de se alcançar o efeito prático que justifica a própria existência do contrato, e traduz um agir pautado pela ética, igualdade e solidariedade.

Antes, porém, de adentrar na caracterização e função da boa-fé, importa ressaltar sua origem constitucional, visto que decorre

> de quatro princípios fundamentais para a atividade econômica, quais sejam: 1. a dignidade da pessoa humana (art. 1°, III, CF); 2. o valor social da livre iniciativa (art. 1°, IV, CF); 3. a solidariedade social (art. 3°, III, CF); IV. a igualdade substancial (art. 3°, CF) vinculados diretamente à dicção do art. 170, da CF, de modo a enfatizar o significado instrumental da atividade econômica privada para a consecução dos fundamentos e objetivos de ordem constitucional (TEPEDINO, Gustavo *et al*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2006, p. 17).

No intuito de delimitar a amplitude do princípio, é possível atribuir-lhe três funções essenciais, quais sejam: I) norma interpretativo-integrativo; II) norma de criação de deveres jurídicos laterais e III) para os fins que ora interessam, funciona a boa-fé como norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos. No que toca à função limitadora de direitos subjetivos, cumpre registrar que

> a boa-fé funciona como parâmetro de valoração do comportamento dos contratantes com a finalidade de proscrever aqueles exercícios considerados arbitrários e irregulares. Nesses casos, o comportamento formalmente lícito de um dos contratantes não resiste à avaliação de sua conformidade com a boa-fé e, como tal, deixa de merecer a tutela do ordenamento jurídico (TEPEDINO, Gustavo *et. al*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2006, v. 2, p. 20).

Direcionando a aplicabilidade do princípio da boa-fé às cláusulas contratuais que podem ser taxadas de injustas ou abusivas, leciona a Ministra Fátima Nancy Andrighi:

> A teoria da boa-fé objetiva constitui um mecanismo técnico-jurídico de aferição da abusividade das cláusulas contratuais expressas ou de inaplicabilidade parcial dos efeitos do negócio jurídico, ou ainda de interpretação integrativa da declaração de vontade, sempre que seja preciso restabelecer o equilíbrio contratual. Esse equilíbrio contratual não redunda em mero equilíbrio econômico das prestações, como se só fosse válido o contrato sinalagmático perfeito. O equilíbrio buscado é aquele razoavelmente esperado, aquele que preserva a função econômica para a qual o contrato foi concebido pela parte, salvo se a superioridade de uma das partes tiver subjugado os interesses da outra. Com efeito, é preciso sinalizar aos intérpretes da lei que o princípio da boa-fé objetiva afasta o caráter unilateralmente de propósitos, porque sua meta é sempre resguardar o equilíbrio contratual na integralidade, quer econômica, quer jurídica (*Comentários ao Novo Código Civil*. 2008, p. 15).

Assim, levando-se em consideração que "ofende-se ao princípio da boa-fé quando o contrato ou a maneira de interpretá-lo ou de executá-lo redundam em

prejuízo injusto para uma das partes" (THEODORO JUNIOR, Humberto. *O Contrato e sua função social*. 2008, p. 51), qualquer abusividade que, por via de regra, pudesse ser extirpada, ou mesmo ponderada, pelo Código de Defesa do Consumidor, destinado a reger situações específicas onde for identificada a figura do consumidor final, também o será pelo Código Civil, diploma destinado a regulamentar os contratos de forma geral, não havendo, por isso, razões para forçar a aplicação de diploma normativo, que, em princípio, se afigura estranho à relação travada com as instituições financeiras, cujos serviços prestados, antes de satisfazerem necessidades finais, permite que o tomador as satisfaça em relações outras.

Dos juros remuneratórios.

Neste passo, entendo que, em relação aos juros remuneratórios, não mais se impõe às instituições financeiras a limitação à base de 12% ao ano, à luz da Lei 4.595/64, que rege a política monetária nacional.

Assim, deve prevalecer em relação a essas instituições o entendimento contido na Súmula 596 do Supremo Tribunal Federal, sendo válida, portanto, a taxa de juros pactuada entre as partes.

A propósito:

> As disposições do Decreto 22.626 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas com instituições integrantes do sistema financeiro nacional (Súmula 596 do STF).

Ainda:

> É bom não esquecer que as instituições financeiras públicas ou privadas não estão sujeitas aos limites de juros fixados pelo Decreto 22.626/33, mas àquelas fixadas pelo Conselho Monetário Nacional, através do seu órgão executivo, que é o Banco Central.

Sendo livre a estipulação da taxa de juros, não se faz necessária a autorização do Conselho Monetário Nacional para a fixação de juros em patamares superiores a 12% ao ano.

Impende salientar, ainda, ser inócua a discussão acerca da auto-aplicabilidade do art. 192 da Constituição Federal, em face da Emenda Constitucional 40/02.

Nesse sentido:

> Juros. Instituições financeiras. Inaplicabilidade da restrição do Decreto 22.626/33 em relação à taxa de juros. Não se faz mister autorização do Conselho Monetário Nacional, pois livre, em princípio, sua estipulação. Elevação dos juros por inadimplemento. - Havendo pacto entre as partes, os juros de mora podem ser majorados, não incidindo as restrições que são próprias dos financiamentos rurais, comerciais e industriais. Subsiste, no entanto, a vedação do art. 4º do Decreto 22.626/33, no que diz com a capitalização de juros, não afetado pelas disposições da Lei 4.595/64. Excetuam-se as hipóteses previstas em legislação específica, como sucede com as cédulas de crédito rural, industrial e comercial (STJ, 3ª Turma, Min. Eduardo Ribeiro, REsp 203.961).

Entretanto, no caso ora em análise, tornam-se necessárias algumas observações.

Foram entabulados entre as partes dois contratos de abertura de crédito "BB Giro Rápido", sendo avençado o seguinte:

> Contrato de nº 277.000.247 (f. 59/61)
> Valor da Operação: R$ 20.000,00, sendo este valor disponibilizado da seguinte maneira:
> a) Cheque especial: R$ 5.000,00, com juros remuneratórios à taxa de 8,3% a.m. e 160,340 a.a
> b) Capital de giro: R$ 15.000,00, com juros remuneratórios à taxa de 2,180% a.m. e 29,536 a.a.
> Contrato de nº 277.000.114 (f. 62/63)
> Valor da Operação: R$ 16.000,00, sendo este valor disponibilizado da seguinte maneira:
> a) Cheque especial: R$ 4.000,00, com juros remuneratórios à taxa de 8,100% a.m. e 154,629 a.a
> b) Capital de giro: R$ 12.000,00, com juros remuneratórios à taxa de 1,950% a.m. e 29,080 a.a.

Pois bem.

No tocante aos juros que incidiram sobre os empréstimos realizados a título de cheque especial, entendo que devem ser limitados, pois contratados às taxas nominais de 8,3% a.m. e 160,340% a.a, e 8,100% a.m. e 154,629% a.a., o que, a meu ver, vislumbra onerosidade excessiva e anômala em relação aos índices comumente praticados no mercado financeiro.

Assim, é de se reduzir tais juros ao patamar de 2,180% em relação ao juros do cheque especial referente ao contrato de nº 277.000.247, e, quanto ao contrato de nº 277.000.114, reduzo os juros remuneratórios incidentes sobre o cheque especial para 1,950% a.m.

Ressalto que já votei no mesmo sentido do judicioso voto do ilustre Desembargador Marcelo Rodrigues em feitos anteriores. Contudo, *in casu*, vislumbro a existência de dois contratos da mesma natureza - "BB Giro Rápido" de crédito fixo - nos quais os juros remuneratórios foram contratados no percentual de 2,180% a.m. e 1,950% a.m., por isso, repita-se, reduzo os juros dos contratos "BB Giro Rápido" cheque especial para estes percentuais.

Da capitalização de juros.

Insurge-se ainda o apelante quanto à ocorrência da capitalização de juros.

Cumprem-me algumas observações quanto à possibilidade ou não de capitalização dos juros nos contratos bancários.

Muito embora em algumas situações anteriores tenha me manifestado em sentido contrário, reposicioneime e entendo não ser ilegal, haja vista encontrar respaldo no art. 5º da Medida Provisória nº 1.963-17, de 30 de março de 2000 (hoje em tramitação no Congresso com o número 2.170-36), que permite nos contratos firmados com instituições financeiras integrantes do Sistema Financeiro Nacional a capitalização em período inferior a um ano, *verbis*: "Art. 5º Nas operações realizadas pelas

instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano".

O STJ firmou entendimento no sentido de ser possível a capitalização mensal de juros, nos contratos firmados na vigência da referida MP:

> Direito processual civil. Agravo no recurso especial. Ação revisional. Taxa de juros remuneratórios. Limitação. Impossibilidade. Capitalização mensal. Comissão de permanência. Possibilidade. - Nos termos da jurisprudência do STJ, não se aplica a limitação da taxa de juros remuneratórios em 12% ao ano aos contratos bancários não abrangidos por legislação específica quanto ao ponto. - Por força do art. 5º da MP 2.170-36, é possível a capitalização mensal dos juros nas operações realizadas por instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, desde que pactuada nos contratos bancários celebrados após 31 de março de 2000, data da publicação da primeira medida provisória com previsão dessa cláusula (art. 5º da MP 1.963/2000). Precedentes. Agravo não provido (AgRg no REsp 908583/MS, Agravo Regimental no Recurso Especial 2006/0265104-5, Ministra Nancy Andrighi).
>
> Civil e processual. Agravo regimental. Ação de cobrança. Contratos de abertura de crédito rotativo e de adesão a produtos e serviços. Inovação. Impossibilidade. Capitalização mensal dos juros. Vedação. Medida provisória nº 1.963-17/2000. Contrato anterior. Recurso manifestamente improcedente. Multa, art. 557, § 2º, do CPC. - I. Em sede de agravo regimental, não se permite adicionar fundamento às razões do recurso especial. - II. O art. 5º da Medida Provisória 2.170-36 permite a capitalização dos juros remuneratórios, com periodicidade inferior a um ano, nos contratos bancários celebrados após 31.03.2000, data em que o dispositivo foi introduzido na MP 1.963-17 (2ª Seção, REsp nº 602.068/RS, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, *DJU* de 21.03.2005) (AgRg no REsp 897234/RS; AgRg no Recurso Especial 2006/0234984-1, Ministro Aldir Passarinho Junior).

Contudo, não há nos autos prova de que os juros foram calculados de forma capitalizada, e, quanto ao argumento do recorrente, e em análise dos autos, não há nenhuma cláusula em quaisquer dos contratos que preveja a capitalização.

Da comissão de permanência.

Saliento, de início, que, a meu ver, não há óbice na cobrança da comissão de permanência cumulada com multa moratória e juros de mora, havendo somente a restrição de cobrança cumulada com a correção monetária.

Com efeito, tenho que a cláusula que prevê a comissão de permanência se apresenta nula, porque "aberta".

Verifica-se dos autos a existência de cobrança de comissão de permanência, cuja taxa não foi fixada nominalmente (com menção expressa a índices ou percentuais), ficando convencionado que seria aquela praticada pelo mercado no dia do pagamento, o que, a meu sentir, torna evidente a abusividade do ajuste nesta parte, pois não permite qualquer previsão do contratante quanto ao percentual que lhe será cobrado a este título, deixando ao inteiro alvedrio do banco a estipulação, restando alterado, portanto, o equilíbrio contratual.

Não se pode permitir tal abuso, sendo de se afastar a incidência do disposto quanto à comissão de permanência, já que se trata de cláusula "aberta", sendo mister a adequação do pacto à realidade atual, buscando manter o equilíbrio das partes contratantes, quebrado pelos termos da avença em exame. Por tal razão, deve incidir a correção monetária na espécie, pelos índices da Corregedoria de Justiça, ficando afastada a comissão de permanência na forma pactuada.

Em sendo assim, também acompanho o eminente Relator, para também determinar a substituição da cobrança da comissão de permanência pela correção com base no INPC.

Da multa contratual.

Ante a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, mantenho a multa estipulada no contrato, qual seja 10% (dez por cento).

Mediante tais considerações, não conheço do agravo retido, rejeito a preliminar de cerceamento de defesa e, no mérito, dou parcial provimento ao recurso, para reduzir os juros ao patamar de 2,180% em relação aos juros do cheque especial referente ao contrato de nº 277.000.247 e, quanto ao contrato de nº 277.000.114, reduzo os juros remuneratórios incidentes sobre o cheque especial para 1,950% a.m. No tocante à cobrança da comissão de permanência, também determino a sua substituição pela correção com base no INPC. Quanto aos ônus da sucumbência, condeno cada uma das partes ao pagamento das custas processuais e recursais e fixo os honorários advocatícios em R$ 2.000,00, devidos por cada uma das partes, possibilitada a compensação nos termos da Súmula 306 do STJ. Quanto ao mais, mantenho a v. sentença, por seus próprios fundamentos.

Súmula - NÃO CONHECERAM DO AGRAVO RETIDO, REJEITARAM PRELIMINAR E DERAM PARCIAL PROVIMENTO, VENCIDO PARCIALMENTE O REVISOR.

...

Interdição - Curatela - Prestação de contas - Regime de bens - Comunhão universal - Hipoteca legal - Determinação - Dispensabilidade

Ementa: Agravo de instrumento. Interdição. Prestação de contas. Curatela. Regime de comunhão universal de bens. Especialização de hipoteca legal. Dispensa.

- O cônjuge-curador, casado pelo regime da comunhão universal de bens, não será obrigado ao múnus de prestar as contas; estas somente serão necessárias se

houver razão que faça pressupor atos de desvio do patrimônio do casal.

- Nos termos do art. 1.190 do CPC, a hipoteca legal pode ser dispensada se o curador for de reconhecida idoneidade.

AGRAVO Nº 1.0395.07.017087-7/001 - Comarca de Manhumirim - Agravante: Maria Alzira Gomes Bussinger - Relator: DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 13 de março de 2008. - *Dárcio Lopardi Mendes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES - Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Manhumirim, que, à f. 20-v., determinou à agravante o cumprimento da cota ministerial de f. 20, no sentido de providenciar a especialização da hipoteca legal.

Em suas razões, a agravante alega, em síntese, que a decisão do MM. Juiz *a quo* não deve prosperar em virtude de ser casada com o agravado sob regime de comunhão universal de bens há mais de 36 anos ininterruptos e que, na eventualidade de querer desfazer-se de algum bem, essa alienação só poderá concretizar-se mediante autorização judicial.

Preparo regular à f. 35.

Recurso recebido à f. 39 no efeito devolutivo.

Informações prestadas pelo MM. Juiz *a quo* à f. 44.

Parecer ministerial às f. 52/54, opinando pelo provimento ao recurso.

Conheço do recurso, porquanto presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Cinge-se a controvérsia sobre o inconformismo da agravante quanto à determinação do MM. Juiz *a quo* de providenciar a especialização da hipoteca legal.

A finalidade da curatela é principalmente conceder proteção aos incapazes no tocante a seus interesses, concernente tanto aos aspectos pessoais, como a elementos patrimoniais, e garantir a preservação de seus negócios. Assim, a curatela consiste em um poder assistencial ao incapaz maior, completando-lhe ou substituindo-lhe a vontade.

O principal aspecto é o patrimonial, pois o curador protege essencialmente os bens do interdito, auxiliando em sua manutenção e impedindo que sejam dissipados.

No entanto, algumas obrigações são exigidas do curador, mormente a prestação de contas.

Todavia, conforme dispõe o art. 1.783 do Código Civil, o cônjuge-curador, casado pelo regime da comunhão universal de bens, não será obrigado ao múnus de prestar as contas; estas somente serão necessárias se houver razão que faça pressupor atos de desvio do patrimônio do casal.

Eis o dispositivo do artigo supramencionado, *in verbis*: "Art. 1.783. Quando o curador for o cônjuge e o regime de bens do casamento for de comunhão universal, não será obrigado à prestação de contas, salvo determinação judicial".

Da mesma forma, prevê o art. 1.190 do Código de Processo Civil que o juiz poderá dispensar a garantia quando o curador for de reconhecida idoneidade; insta ressaltar que o legislador se refere à idoneidade financeira e não moral.

Frise-se, ainda, que a agravante/curadora é casada com o interdito há mais de 36 anos (f. 23) em regime de comunhão universal de bens, portanto pertence a ambos todo o acervo patrimonial que restou adquirido.

Assim, é visível o total interesse da mesma em tão-somente preservar a sobrevivência do marido com todos recursos que lhe forem exigidos, pois, se interessada apenas em dilapidar a inteireza do patrimônio do casal, isso a prejudicaria, tanto quanto ao próprio consorte submetido à curatela.

Nesse sentido, já decidiu este eg. Tribunal:

> Direito de família - Direito processual civil - Interdição - Prestação de contas - Curadora - Comunhão universal de bens - Ausência de obrigatoriedade - Determinação de hipoteca legal - Presunção de idoneidade da curadora nomeada - Possibilidade de dispensa.
> - A prestação de contas feita por cônjuge-curador casado sob regime de comunhão universal só é necessária quando houver razão que faça pressupor atos de desvio de bens do patrimônio do casal, o que não se verifica nos autos.
> - A hipoteca legal pode ser dispensada pelo juiz se o curador for de reconhecida idoneidade (Agravo de Instrumento nº 1.0024.04.357630-5/001, Des. Moreira Diniz).

Dessa forma, como não há nos autos dúvidas em relação à idoneidade da agravante e estando a mesma casada com o interdito há mais de 36 anos em regime de comunhão universal de bens, torna-se dispensável a determinação da hipoteca legal.

Isso posto, dou provimento ao agravo de instrumento.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALMEIDA MELO e CÉLIO CÉSAR PADUANI.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Indenização - Seguro - Acidente de trânsito - Condutor inabilitado - Culpa - Seguradora - Exclusão da responsabilidade

Ementa: Seguro. Acidente de trânsito. Condutor inabilitado. Acidente. Culpa. Exclusão do risco.

- A inabilitação do condutor responsável pelo acidente automobilístico exclui o dever da seguradora pela indenização securitária.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0105.04.127155-9/001 - Comarca de Governador Valadares - Apelante: Lucirez Cantuária de Souza - Apelada: Porto Seguro Cia. Seguros Gerais - Relator: DES. FÁBIO MAIA VIANI

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 29 de janeiro de 2008. - *Fabio Maia Viani* - Relator (assinatura do Presidente, conforme art. 82, VII, do RITJ).

Notas taquigráficas

DES. FABIO MAIA VIANI - Trata-se de apelação interposta por Lucirez Cantuária de Souza da sentença (f. 347-353) que, nos autos da ação de indenização que move contra Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais, julgou improcedente o pedido formulado na inicial, porque quem deu causa ao acidente foi a filha da autora, que conduzia alcoolizada e sem habilitação veículo automotor.

A apelante, nas razões do recurso (f. 354-368) alega, em síntese, que aderiu ao contrato de seguro sem qualquer possibilidade de discutir a cláusula de exclusão de risco; cabia a inversão do ônus; a seguradora nada provou para se eximir do dever de indenizar; e não há provas de que a condutora estaria alcoolizada no momento do acidente.

Pretende, com a reforma da sentença, que o pedido inicial seja julgado procedente.

A apelada, nas contra-razões (f. 370-390), pugna pelo não-provimento do recurso.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da apelação.

Compulsando detidamente os autos, tenho que há provas suficientes de que o acidente que provocou os danos materiais descritos na inicial decorreu de culpa exclusiva da filha da autora.

A filha da autora, inabilitada - o que faz presumir a sua inaptidão quanto às técnicas de direção -, avançou o sinal e colidiu com outro veículo, provocando os danos ora reclamados perante a seguradora (f. 319).

Ademais, a constatação feita pelo policial responsável pela lavratura do boletim de ocorrência (f. 43-44), a dinâmica do acidente, a sua passagem por um bar momentos antes e a garrafa de bebida alcoólica encontrada no interior do veículo evidenciam que a condutora estava, de fato, embriagada.

Não há, pois, como responsabilizar a apelada pela indenização securitária.

Como já se decidiu:

> Apelação cível. Responsabilidade civil em acidente de trânsito. Ação de indenização. Dano material. Motorista que, embriagado, de madrugada, invade com seu veículo o estabelecimento comercial da autora, destruindo-o. Proprietária do veículo que indeniza, parcial e extrajudicialmente, os danos da demandante. Comprovação de danos e prejuízos superiores ao valor pago. Indenização complementar de danos materiais que se mostra devida. Embriaguez comprovada. Aumento do risco. Exclusão da responsabilidade da seguradora. Lucros cessantes devidos, uma vez comprovado o fechamento do estabelecimento comercial da autora pelo período por ela alegado, bem como a média de lucro diário, que serviu de base para indenização parcial da ré. Indenização por danos morais improcedente, eis que, conquanto graves os danos, não ultrapassaram o patrimônio material da demandante. Assistência judiciária concedida aos réus. Falta de interesse da apelante autora em pretender que a seguradora seja condenada na lide regressiva, eis que estranha a demandante ao contrato de seguro. Redimensionamento da sucumbência. Apelo da autora não conhecido em parte e, no restante, parcialmente provido. Apelo dos réus parcialmente provido (TJRS, Ap. 70017955311, 12ª Câmara Cível, Rel. Des. Cláudio Baldino Maciel, j. em 08.02.2007).

Consta, aliás, que a filha da autora tinha o hábito de sair com o veículo (f. 285), certamente com a permissão de sua mãe. Se não permitiu expressamente, foi conivente com essa situação ou no mínimo negligente ao deixar as chaves do veículo ao alcance da filha, já que tal risco não mais lhe foge à previsibilidade.

Pelo exposto, nego provimento à apelação.

Custas do recurso, pela apelante, cuja exigibilidade, porém, fica suspensa por ser beneficiária da assistência judiciária.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES GUILHERME LUCIANO BAETA NUNES e UNIAS SILVA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Embargos à execução fiscal - Sociedade civil - Equipamento médico - Importação - Contribuinte - Não-habitualidade - Atividade comercial - Não-ocorrência - Lei nova - Vigência - Fato anterior - Inaplicabilidade - ICMS - Não-incidência - Acolhimento dos embargos

Ementa: Apelação cível. Embargos à execução fiscal. ICMS. Importação de bem. Ativo de sociedade civil de prestação de serviços médicos. EC 33/01. LC 114/002. Não-incidência do ICMS em equipamento médico. Ausente definição legal do fato gerador, da base de cálculo e do contribuinte do imposto.

- Apenas com o advento da LC 114, de 16.12.2002, é que se regulamentou a alteração da Constituição implementada pela EC 33/01, dando amparo legal à exigência de ICMS sobre bens importados do exterior por pessoa jurídica não contribuinte habitual do mesmo. Assim, não incide ICMS sobre a simples importação de bem para ativo de sociedade não contribuinte do imposto, seja por não implicar circulação de mercadoria, seja por inexistir regulamentação de compensação do valor devido.

APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0433.05.166090-3/001 - Comarca de Montes Claros - Remetente: Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública, de Registros Públicos e de Falências e Concordatas da Comarca de Montes Claros - Apelante: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais - Apelado: CEU MOC S/C Ltda. - Relator: DES. FERNANDO BRÁULIO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONFIRMAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 14 de fevereiro de 2008. - *Fernando Bráulio* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FERNANDO BRÁULIO - Trata-se de apelação interposta pelo Estado de Minas Gerais contra a sentença que julgou procedentes os pedidos dos embargos à execução fiscal e condenou o apelante ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor dado à causa.

Em suas razões recursais, o apelante requereu a reforma da sentença e inversão do ônus sucumbencial. Argüiu ser constitucional a exigência do ICMS sobre operação de importação de equipamento médico-hospitalar, tendo em vista que a EC 33 e a LC 114 não inovaram, apenas reafirmaram as hipóteses de incidência sobre a operação em referência, já previstas pela LC 87/96.

Conhecido o recurso, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

A doutrina leciona que não se enquadram como devedores do ICMS, via de regra, as pessoas físicas ou jurídicas que realizam importações, visto que a Constituição Federal de 1988 refere-se a mercadorias vinculadas a comerciantes, produtores e industriais e a bem destinado a ativo fixo e consumo do estabelecimento, o que conduz ao entendimento de que a cobrança do tributo encontra-se vinculada à noção de estabelecimento.

Na esteira do raciocínio, tem-se que a importação nos autos não configura ato de comércio, pois se destina à melhoria dos serviços prestados pela apelada, concluindo não haver a transferência jurídica de mercadorias para a imposição tributária de ICMS.

O cerne da questão posta em julgamento cinge-se em saber se, após a modificação introduzida pela Emenda Constitucional 33/01 - que alterou a redação do art. 155, § 2º, IX, "a", da CR/88 - e antes ainda da publicação da Lei Complementar 114/02 - que alterou o art. 4º, parágrafo único, da LC 87/96 -, a apelada poderia ser obrigada ao recolhimento de ICMS em operação de importação de equipamento médico-hospitalar.

É imprescindível declinar as disposições que regulavam o ICMS na Constituição Federal antes da modificação pela EC 33, principalmente do comando contido no artigo 155, § 2º, inciso IX, alínea a. Veja-se:

> Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
> [...]
> II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;
> [...]
> § 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:
> [...]
> IX - incidirá também:
> a) sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento, assim como sobre serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço".

Como se vê, a Constituição definia que o sujeito passivo do ICMS seria aquele que realizasse importação

de mercadoria do exterior, ainda que "se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento".

Essa controvérsia guarda estrita relação com a interpretação feita pelo Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, anteriormente à EC nº 33/01, que sepultou o debate então existente.

Acerca desse dispositivo, o STF - órgão genuinamente competente para interpretar as normas constitucionais e declarar o seu conteúdo - fixou entendimento de que a simples importação de bem para o ativo de sociedade não contribuinte de ICMS não faz incidir o preceito do art. 155, § 2º, IX, a, seja por não implicar circulação de mercadoria, seja por inexistir regulamentação de compensação do valor devido.

Interpretando tal dispositivo, prevalecia o entendimento esposado pelo Ministro Maurício Corrêa, no voto condutor do acórdão referente ao RE nº 203.075-9, segundo o qual, *verbis*: "...o imposto não é devido pela pessoa física que importou o bem, visto que não exerce atos de comércio de forma constante nem possui 'estabelecimento destinatário da mercadoria', hipótese em que, a teor do disposto no art. 155, IX, § 2º, alínea *a* da Constituição Federal, o tributo seria devido ao Estado da sua localização".

E, mais, fundamentou o insigne Ministro o seu ponto de vista com "a impossibilidade de se exigir o pagamento do ICMS na importação de bem por pessoa física, dado que, não havendo circulação de mercadoria, não há como se lhe aplicar o princípio constitucional da não-cumulatividade do imposto, pois somente ao comerciante é assegurada a compensação do que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal".

Visto, então, que o ICMS não era devido pelo importador pessoa física, a uma, porque não exercia habitualmente atos de comércio, a duas, porque não possuía estabelecimento destinatário da mercadoria, e a três, por não ser contribuinte o ICMS, *quid juris* no caso da pessoa jurídica não comerciante e não contribuinte daquele tributo?

A resposta, obviamente, teria de ser uma só: se as mercadorias por ela importadas se destinavam ao seu ativo fixo, e não à revenda, não era devido o ICMS, por não ser ela contribuinte desse imposto.

O caso julgado pelo Tribunal Pleno no RE nº 185.789/SP guarda estrita semelhança com o presente, por também tratar de importação de equipamento médico-hospitalar. Se não, vejamos:

> Recurso extraordinário. Constitucional. Tributário. Importação de bem por sociedade civil para prestação de serviços médicos. Exigência de pagamento do ICMS por ocasião do desembaraço aduaneiro. Impossibilidade.
> 1. A incidência do ICMS na importação de mercadoria tem como fato gerador operação de natureza mercantil ou assemelhada, sendo inexigível o imposto quando se tratar de bem importado por pessoa física. 2. Princípio da não-cumulatividade do ICMS. Importação e aparelho de mamografia por sociedade civil, não contribuinte do tributo. Impossibilidade de se compensar o que devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal. Inexistência de circulação de mercadoria. Não-ocorrência da hipótese de incidência do ICMS. Recurso extraordinário não conhecido.

De igual forma, confira-se:

> ICMS: não-incidência, anteriormente à EC 33/01, sobre a importação de bens que se destinem ao consumo e ao ativo fixo de sociedade civil prestadora de serviços médico-hospitalares. Precedente: RE 185.789, Pl., Maurício Correa, *DJ* de 19.05.00.

> Constitucional. Tributário. ICMS. Importador não contribuinte do ICMS. CF, art. 155, § 2º, IX, *a*, redação anterior à EC 33/2001: Impossibilidade da cobrança do tributo. Precedentes do STF: RE 185.789/SP, M. Corrêa, Plenário, 03.03.2000; RE 346.856/RJ, M. Alves, *DJ* de 31.10.2002; RE 199.554-AgR/SP, Néri da Silveira, *DJ* de 04.08.2000. I. - Agravo não provido.

E isso ficou bem explícito no voto do douto Ministro Sepúlveda Pertence no RE já referido, quando afirmou, *litteris*: "... também eu, no RE 203.075/DF, ao acompanhar o voto do Sr. Ministro Maurício Corrêa, levei em consideração não o fato para mim absolutamente acidental de cuidar-se de pessoa física, mas sim o de não se cuidar de contribuinte do ICMS. É o caso, pouco importando que na espécie se trate de pessoa jurídica".

Tais precedentes culminaram na edição da Súmula 660 do STF, *in verbis*: "Não incide ICMS na importação de bens por pessoa física ou jurídica que não seja contribuinte do imposto".

Há de se observar que o STF decidiu pela não-incidência de ICMS sobre a importação de bens por pessoa física ou jurídica, quando era importado bem por não-contribuinte de ICMS - isto é, por quem não exercia atividade mercantil.

Contudo, não se pode olvidar que, em matéria tributária, vigora o princípio da legalidade em sentido estrito.

E a Lei Complementar 87/96, à qual competiu definir os contribuintes do ICMS, nos termos do art. 146, III, *a*, da CR/88, preconizava, na redação anterior à LC 114/02, que:

> Art. 4º Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.
> Parágrafo único. É também contribuinte do imposto pessoa física ou jurídica que, mesmo sem habitualidade:
> I - importe mercadorias do exterior, ainda que as destine a consumo ou ao ativo permanente do estabelecimento.

Pelo que se vê, era considerado contribuinte do ICMS aquele que "em volume que caracterize intuito

comercial" "importe mercadorias do exterior", sendo evidente que tal qualificação não se poderia atribuir ao apelado, o qual sem intuito comercial - porquanto prestador de serviços médicos - importou equipamento médico-hospitalar.

A propósito, anota Hugo de Brito Machado que, "quando um bem é importado por quem não é contribuinte do imposto, não exerce atividade mercantil, inocorre a incidência".

Veja que a EC 33, de 11.12.2001, entrou em vigor na data de sua promulgação, o que significa que, a partir da referida data, os Estados membros passaram a ter competência para instituir o ICMS sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não fossem contribuintes habituais do imposto. Entretanto, para que o imposto pudesse ser cobrado, havia necessidade de que houvesse definição de fato gerador, base de cálculo e contribuinte em lei de normas gerais, e que o imposto fosse instituído por lei emanada por cada Estado da federação.

Falta investigar se basta a alteração no texto constitucional, para que o imposto passe a ser devido. Evidente que não, tido em conta que a própria *Lex Major* estabelece, em seu artigo 146, inciso III, alínea "a", que cabe à lei complementar "estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: a) definição de tributos e suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes...".

Em 16.12.2002 foi editada a Lei Complementar 114, que alterou a redação do art. 4º, parágrafo único, inc. I, da Lei Complementar 87/96, assim dispondo:

> Art. 4º. Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.
> Parágrafo único. É também contribuinte a pessoa física ou jurídica que, mesmo sem habitualidade ou intuito comercial:
> I - importe mercadorias ou bens do exterior, qualquer que seja a sua finalidade; (...).

Antes, porém, da edição da LC 114/02, o referido art. 4º, parágrafo único, inc. I, da LC 87/96, tinha a seguinte redação:

> Art. 4º Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.
> Parágrafo único. É também contribuinte a pessoa física ou jurídica que, mesmo sem habitualidade ou intuito comercial:
> I - importe mercadorias do exterior, ainda que as destine a consumo ou ao ativo permanente do estabelecimento; (...).

No âmbito do Estado de Minas Gerais, a Lei Estadual 14.699, de 06.08.2003, alterou a Lei 6.763/75, nos seguintes termos:

> Art. 6º. Ocorre o fato gerador do imposto:
> I - no desembaraço aduaneiro de mercadoria ou bem importados do exterior, inclusive quando objeto de *leasing* de qualquer espécie; (...).

Sem embargo, antes do advento da Lei 14.699, de 06.08.2003, a Lei 6.763/75, com redação dada pela Lei 12.423 de 27.12.96, assim dispunha:

> Art. 6º. Ocorre o fato gerador do imposto:
> I - no desembaraço aduaneiro de mercadoria ou bem importados do exterior; (...).

Nessa linha, o que se nota é que o art. 4º, parágrafo único, I, da Lei Complementar 87/96 era inconstitucional até as alterações promovidas pela LC 114/02, sendo que, após as últimas modificações, passou a estar em conformidade com a CR/88, já alterada pela EC 33/01. Isso porque a redação original do art. 4º, parágrafo único, inc. I, da LC 37/96 só contemplava a importação de mercadorias, não fazendo qualquer menção a bens importados do exterior.

Já no que tange à Lei Estadual 6.763/75, o que se vê é que a anterior redação do art. 6º já fazia menção à importação de mercadorias e bens provenientes do exterior. Se antes da promulgação da EC 33/01, e antes das alterações da LC 114/02, se poderia cogitar de sua inconstitucionalidade, após o advento da LC 114/02 e EC 33/01, as disposições da referida lei estadual foram envolvidas pelo manto de legalidade e constitucionalidade.

Em suma, no âmbito federal, a definição se deu através da Lei Complementar nº 114, de 16 de dezembro de 2002, e, no âmbito local, a legislação somente foi adaptada em 6 de agosto de 2003, por meio da referida lei (a 14.699).

Não obstante, é bem verdade que o princípio da anterioridade deve ser respeitado mesmo neste caso, donde se conclui que o ICMS sobre importação de bens só poderia ser cobrado a partir de 2003 (exercício financeiro seguinte àquele em que o art. 6º da Lei Estadual 6.763/75 foi envolvido pelo manto de legalidade e constitucionalidade).

Neste sentido é o entendimento deste Tribunal:

> Tributário - ICMS. Equipamento médico. Importação de bens por contribuinte não habitual. EC 33/2001. Necessidade de regulamentação da matéria por lei complementar. Operação anterior à edição da LC 114/2002 e da adequação da legislação estadual à nova ordem. Óbvia insustentabilidade da cobrança. - A alteração do art. 155, inciso IX, alínea *a*, da Lei Magna, pela EC 33/2001, abriu caminho à cobrança de ICMS, nas operações de importação de bens ou mercadorias por pessoa física ou jurídica - mesmo que não seja contribuinte habitual do imposto, o que vale

dizer, por não-comerciantes -, independentemente da destinação que se der a esses bens. Todavia, para viabilizar a efetiva incidência do ICMS em operações dessa natureza, é indispensável a edição de lei complementar federal a regulamentar e definir a *quaestio* (art. 146, III, a, da CF), bem como a adequação da legislação local à nova ordem. Antes de sua edição, qualquer exação careceria de amparo legal. Se, no caso concreto, a definição, no âmbito federal, se deu mediante a edição da Lei Complementar nº 114, de 16 de dezembro de 2002, e, no âmbito local, a legislação somente foi adaptada em 6 de agosto de 2003, por meio da Lei Estadual nº 14.699, insubsistente se torna a pretendida tributação de operação ocorrida anteriormente, ou seja, em maio de 2002 (TJMG, Apel. nº 1.0433.03.090123-8/001, Comarca de Montes Claros, Apelante: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, Apelado: Centro de Tomografia Computadorizada do Norte de Minas Ltda., Autoridade coatora: Procurador Regional da Fazenda Estadual VI Montes Claros, Relator: Des. Hyparco Immesi).

Constitucional e Tributário. Mandado de segurança. ICMS. Importação de bens para uso ou consumo. Pessoa jurídica. Emenda Constitucional nº 33/01. Incidência. Fato gerador. Lei Complementar. Ausência. - A Constituição da República autoriza, no seu 155, § 2º, IX, a, com a redação da Emenda Constitucional nº 33, de 2001, a incidência do ICMS sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda que para uso ou consumo. A permissão constitucional não causa a incidência imediata quando a definição tributária do fato gerador, da base de cálculo e do contribuinte opera-se por leis posteriores. Dá-se provimento ao recurso (TJMG, 4º CC, Processo: 1.0024.05.579966-2/001, Relator Des. Almeida Melo, j. em 22.09.2005 e publ. em 04.10.2005).

Direito constitucional. Direito tributário. ICMS. Importação de bens para uso ou consumo. Emenda Constitucional nº 33/01. Exigência de lei complementar para definir o contribuinte do imposto e de lei estadual para exigir o imposto. Importação que ocorreu antes da definição legal do fato gerador, da base de cálculo e do contribuinte do imposto. Impossibilidade de tributação. - Após a alteração constitucional promovida pela Emenda Constitucional nº. 33, de 2001, incide o ICMS na importação de mercadorias promovida por pessoas físicas ou pessoas jurídicas, ainda que não sejam contribuintes habituais do ICMS. Porém, consoante o disposto no artigo 146, III, a, a incidência do imposto condiciona-se à existência de Lei Complementar que defina seus fatos geradores, seus contribuintes e suas bases de cálculos. Do mesmo modo, a exigência do imposto no âmbito do Estado condiciona-se à existência de Lei Estadual que regule a matéria, o que, no caso do Estado de Minas Gerais, vem a ser a Lei Estadual nº 14.699, de 06 de agosto de 2003. Considerado o disposto no artigo 150, III, "b", da Constituição Federal, que veda a cobrança de tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, tem-se que, no Estado de Minas Gerais, a exigência do ICMS sobre a importação de mercadorias por pessoa física ou jurídica, não contribuinte habitual do imposto, somente iniciou-se em 01.01.2004 (TJMG, 4ª. CC, Processo: 1.0024.04.516582-6/001, Relator Des. Moreira Diniz, j. em 01.12.2005 e publ. em 14.12.2005).

À luz do exposto, em reexame necessário, confirmo a r.sentença, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, *ex lege*.

DES. SILAS VIEIRA (convocado) - Senhor Presidente.

Acompanho o voto de V. Exa., tendo em vista que o bem foi importado em 17.07.2002, f. 79, quando ainda não era possível exigir o imposto sobre o fato gerador.

DES. EDGARD PENNA AMORIM - Senhor Presidente.

Peço vista.

Súmula - PEDIU VISTA O VOGAL. O RELATOR E O REVISOR, EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMAVAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Notas taquigráficas

DES. FERNANDO BRÁULIO (Presidente) - O julgamento deste feito foi adiado na Sessão do dia 29/11/2007 a pedido do Vogal, após votarem o Relator e o Revisor, em reexame necessário, confirmando a sentença, prejudicado o recurso voluntário.

Com a palavra o Des. Edgard Penna Amorim.

DES. EDGARD PENNA AMORIM - Pedi vista dos autos em sessão passada e, tendo-os examinado, acompanho os eminentes pares para, em reexame necessário, confirmar a sentença, prejudicado o recurso voluntário.

Custas recursais, *ex lege*.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

...

União estável - Reconhecimento e dissolução - Partilha - Relação patrimonial - Contrato escrito - Inexistência - Regime da comunhão parcial de bens - Sujeição - Construção - Casa - Realização durante a convivência - Esforço comum - Presunção - Meação quanto à edificação

Ementa: Reconhecimento e dissolução de união estável. Partilha. Relação patrimonial. Inexistência de contrato escrito. Sujeição aos efeitos do regime da comunhão parcial de bens. Lote de terreno doado ao companheiro. Exclusão da comunhão. Construção (casa) realizada durante a convivência. Esforço comum. Presunção. Meação que se impõe quanto à edificação. Recurso provido, em parte.

- Na ausência de prévio contrato escrito, vigora entre os companheiros, quanto às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens, impondo-

se a meação dos aqüestos, cujo acervo se presume formado com esforço comum, razão por que é devida a partilha da edificação (casa) construída no terreno doado ao companheiro, durante a convivência. Inteligência do art. 226, § 3º, da CF; do art. 5°, *caput*, da Lei n. 9.278/1996; e do art. 1.725 do Código Civil.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0105.06.181503-8/001 - Comarca de Governador Valadares - Apelante: A.S.O.A. - Apelado: A.D.D. - Relator: DES. NEPOMUCENO SILVA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO, EM PARTE.

Belo Horizonte, 14 de fevereiro de 2008. - *Nepomuceno Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. NEPOMUCENO SILVA - Presentes os requisitos de sua admissibilidade, conheço do recurso.

Trata-se de recurso contra sentença (f. 104/107), proferida pelo MM. Juiz de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Governador Valadares, nos autos da ação de reconhecimento e dissolução de união estável c/c partilha de bens e alimentos ajuizada por A.S.O.A. (apelante) em desfavor de A.D.D. (apelado), a qual julgou procedente o pedido, em parte, para reconhecer e dissolver a união estável, determinando a partilha apenas da máquina de costura.

Nas razões recursais (f. 110/111), erige-se o inconformismo da apelante, argumentando, em síntese, que se impõe a partilha do imóvel situado na Rua Paraju, n. 25, ou pelo menos da construção erguida no terreno, com esforço comum.

Contra-razões, em óbvia infirmação (f. 115/117).

Colheu-se o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça.

Restou comprovada, nos autos, a união estável do casal, no período de agosto/1991 a outubro/2005, sendo que a apelante, em sede de audiência (f. 82), desistiu do pedido de alimentos.

O cerne da insurgência refere-se à partilha de imóvel, restando fundamentada a improcedência do pedido no fato de que, "em que pese ter sido adquirido durante a vigência da Lei n. 9.278/96, observa-se que não o foi a título oneroso, vez que o documento de f. 43 permite estabelecer esse juízo".

O citado documento (f. 43), emitido pelo Município de Governador Valadares, em 11.10.1996, contém o cadastramento do apelado como "pretendente" ao lote de terreno, cuja pretensão de partilha não foi acolhida.

Realmente, quanto ao lote de terreno, a aquisição de domínio pelo apelado deu-se a título gratuito, descabendo, pois, a sua partilha, vez que não há contrato escrito entre os companheiros, submetendo-se a relação patrimonial decorrente da relação ao regime da comunhão parcial de bens, o qual estabelece que são excluídos da comunhão os bens recebidos por doação (CC, art. 1.725 c/c art. 1.659, I).

Mas há questão outra a ser analisada, porquanto restou comprovada, nos autos, a posterior construção de uma casa no referido lote de terreno.

E, quanto à casa erguida no lote de terreno durante a constância da união estável, não tenho dúvida de que deve ser partilhada, presunção *juris tantum* que seria infirmada apenas pelo contrato escrito entre os companheiros - aqui inexistente, repito.

Em anotação ao art. 1.725 do Código Civil, preleciona Milton Paulo de Carvalho Filho, *verbis*:

> O artigo dispõe sobre as relações patrimoniais entre os companheiros. Determina o dispositivo que se aplicará a elas o regime da comunhão parcial de bens, na ausência de convenção em contrário, que, no caso, é o contrato escrito (art. 1.640). Esse regime tem como principal característica a comunicação dos bens que sobrevierem ao casal na constância do casamento. Ter-se-á a presunção de que os bens onerosamente adquiridos durante a união estável são comuns, só podendo ser afastada por contrato escrito, não se admitindo nenhuma prova em contrário. Não há, pois, brechas para alegação de que não houve esforço comum (*Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência. Coord. Ministro Cezar Peluso. Barueri: Manole, 2007, p. 1.711).

A convivência dos companheiros, cujos atributos permitem conferir-lhe a qualidade de entidade familiar, perdurou, contínua e publicamente, por mais de uma década, não se podendo admitir que a apelante partilhe apenas uma máquina de costura, deixando ao companheiro (apelado) a exclusividade da edificação erguida por esforço comum (presumido) no terreno por ele recebido em doação do município.

Na ausência de contrato escrito, vigora entre os companheiros, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens, impondo-se a meação dos aqüestos, cujo acervo se presume formado com esforço comum, nos termos do art. 5°, *caput*, da Lei n. 9.278/1996, que regula o § 3° do art. 226 da Constituição Federal, *mens legis* acolhida também pelo novo Código Civil, que dispõe, *verbis*: "Art. 1.725 - Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens".

Em anotação a esse dispositivo, no mesmo sentido da preleção doutrinária alhures, ensina Fabrício Zamprogna Matiello (in *Código Civil comentado*, São Paulo: LTR, 2003, p. 1.128, nota 3, em parte), *verbis*:

> Incidentes as regras pertinentes à comunhão parcial, os bens que pertenciam a cada companheiro antes do início da

relação permanecem sob domínio exclusivo, não se comunicando. No que concerne aos adquiridos durante a constância da união estável, o homem e a mulher têm direito, individualmente, a uma fração ideal correspondente à metade do acervo formado. É irrelevante que os bens estejam inscritos apenas em nome de um dos conviventes, pois todos eles, incorporados ao patrimônio comum depois do início da união estável, submetem-se às regras da comunhão parcial e dividem-se por metade. Tampouco interessa o fato de o esforço econômico para aquisição ter partido apenas de um dos conviventes, dada a presunção de que ambos contribuíram de alguma forma para a formação do acervo partilhável.

Ante tais expendimentos, reiterando vênia, dou provimento ao recurso, em parte, para, reformando a sentença, incluir na partilha, na proporção de 50% (cinqüenta por cento) para cada parte, a construção (casa) edificada no terreno de propriedade do apelado, situado na Rua Paraju, n. 25, bairro Turmalina, em Governador Valadares. Condeno os litigantes ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, naquele *quantum*, na proporção de 75% (setenta e cinco por cento) pelo apelado, ressaindo o restante à apelante.

Custas recursais, nas mesmas proporção e atribuição.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MAURO SOARES DE FREITAS e CLÁUDIO COSTA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO, EM PARTE.

...

Reintegração de posse - Usufruto simultâneo - Usufrutuários - Morte de um deles - Direito de acrescer - Ausência de estipulação expressa - Extinção parcial - Nus-proprietários - Metade do imóvel - Consolidação da propriedade - Comodato - Não-configuração - Esbulho - Não-ocorrência - Tutela possessória - Requisitos - Falta

Ementa: Reintegração da posse. Usufruto simultâneo. Morte de um dos usufrutuários. Ausência de estipulação expressa do direito de acrescer. Direito de uso de metade do bem transferido aos nus-proprietários. Comodato não configurado. Inexistência de esbulho. Requisitos para concessão da tutela possessória. Ausência. Improcedência do pedido.

- No usufruto simultâneo, que é o instituído em benefício de duas pessoas, a morte de um dos usufrutuários, salvo haver estipulação expressa nos termos do usufruto do direito de acrescer, implica sua extinção, com a consolidação, paulatinamente, da nua propriedade em favor dos nus-proprietários.

- Para o deferimento da reintegração de posse, o art. 927, do CPC, exige comprovação da posse pelo autor, do esbulho praticado pelo réu, da data do esbulho e da perda da posse.

- Com a extinção do usufruto e a consolidação da nua propriedade de metade do imóvel em favor dos nus-proprietários, não há que se falar em configuração de comodato pela cessão do uso de parte do imóvel a um deles.

- Não configura esbulho a não-desocupação do imóvel em descumprimento da notificação extrajudicial, se restou configurada a extinção parcial do usufruto, consolidando-se a nua propriedade pelo nu-proprietário, com o direito ao uso do bem.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0079.05.198579-8/001 - Comarca de Contagem - Apelante: M.C.S.R. - Apelada: G.A.A.F. - Relator: DES. ANTÔNIO DE PÁDUA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 21 de fevereiro de 2008. - *Antônio de Pádua* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO DE PÁDUA - Trata-se de recurso de apelação interposto por M.C.S.R., nos autos da ação de reintegração de posse que move contra G.A.A.F., perante o Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Contagem, inconformada com os termos da r. sentença de f. 83/87, que julgou improcedente o pedido inicial e condenou-a ao pagamento das custas e honorários advocatícios arbitrados em R$ 600,00, suspensa a exigibilidade.

Em suas razões recursais (f. 89/98), sustenta que a apelada induziu o magistrado a cometer um erro crasso.

Afirma que o usufruto do imóvel é vitalício e sobre o todo, não apenas parte dele. Alega que a morte do ex-cônjuge da apelante não importou na perda do usufruto sobre metade do bem.

Assevera que a intenção dos cônjuges, ao reservar o usufruto sobre o imóvel doado, era garantir o uso do bem de forma vitalícia, impedindo que fossem deixados ao relento.

Sustenta que a improcedência do pleito reintegratório viola a sentença que homologou a separação judicial e a vontade das partes.

Alega que, enquanto a apelante ocupar o imóvel, a apelada, mesmo como nua-proprietária, não tem direito de uso e gozo do bem, diante da rescisão do comodato.

Sustenta que é desnecessário o registro do usufruto para fins de defesa da posse.

Afirma que o magistrado *a quo* não poderia ter desprezado as provas dos autos, como aconteceu.

Encerra suas razões, requerendo o provimento do recurso para a procedência do pedido inicial.

Contra-razões às f. 103/104, pela manutenção da decisão primeva.

Ausente o preparo do recurso, apelante que litiga sob os auspícios da justiça gratuita (f. 17).

Conheço do recurso, presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Revelam os autos que a apelante e seu ex-cônjuge, no ato da separação judicial, resolveram doar o único imóvel do casal a seus filhos, reservando a si, entretanto, o usufruto vitalício do bem.

Consta da cópia da certidão exarada pela escrivã da 1ª Vara de Família da Comarca de Belo Horizonte que "o único imóvel existente, ou seja, direito e ação sobre a casa da rua R.C., Contagem, neste Estado, será transferido aos filhos do casal, com usufruto vitalício do casal, ficando convencionado que a mulher nada pagará ao varão a título de aluguel da meação do referido imóvel" (f. 11).

Em 17/05/95, o ex-cônjuge da apelante, C.B.A., faleceu, deixando a apelante e nove filhos, dentre eles a apelada.

Conforme se infere dos autos, a apelante, no ano de 2003, cedeu para sua filha G. o barracão existente atrás da casa, a título verbal e gratuito.

Em virtude da ocorrência de desentendimentos, a apelante notificou a apelada para desocupar o bem. Diante da inércia da apelada, a apelante ingressou com a presente demanda. Processado regularmente o feito, foi prolatada sentença de mérito julgando improcedente o pedido inicial.

Inconformada, a autora interpôs o presente recurso.

O usufruto é o direito real de fruir as utilidades e frutos de uma coisa sem alterar-lhe a substância, enquanto temporariamente destacado da propriedade.

> A coexistência harmônica dos direitos do usufrutuário, construídos em torno da idéia de utilização e fruição da coisa e dos direitos do proprietário, que os perde em proveito daquele, conservando todavia a substância da coisa ou a condição jurídica de senhor dela (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. IV, 2000, p. 180).

No caso específico do usufruto, vale lembrar que ocorre o desmembramento temporário dos direitos de usar e gozar da coisa, passando o usufrutuário a ser titular desses direitos (ou faculdades), em detrimento do nu-proprietário.

Como é cediço, o usufruto extingue-se pela morte do usufrutuário, o que se justifica na intenção de evitar os usufrutos sucessivos, assegurando a temporariedade do usufruto.

Entretanto, o Código Civil insere uma exceção à regra (art. 740 do CC/1916 e 1.411 do CC/2002), permitindo que, constituído o usufruto em favor de dois ou mais indivíduos, extinga-se a parte de cada um dos que falecerem, salvo se, por estipulação expressa, o quinhão do pré-morto couber aos sobreviventes.

Assim, tendo sido instituído o usufruto em benefício de duas pessoas, na ausência de estipulação expressa, com a morte de uma delas, a extinção do direito real em relação à metade da propriedade é evidente.

Sobre o tema é a doutrina de Maria Helena Diniz:

> O usufruto simultâneo (*RT* 496:199 e 453:210) é o instituto por ato *inter vivos* para beneficiar várias pessoas, extinguindo-se, gradativamente, em relação a cada uma das que falecerem. De maneira que, com a morte de cada usufrutuário, a nua-propriedade consolida-se, paulatinamente, atingindo sua plenitude por ocasião do óbito do último usufrutuário simultâneo. Tal é o que ocorre, salvo se no título constitutivo houver estipulação expressa de que a morte de um deles reverterá em favor dos sobreviventes, acrescendo aos quinhões destes a parte do falecido. Ter-se-á então o direito de acrescer (*RT*. 442:162) (*In Código Civil anotado*, 5. ed., Saraiva, p. 579).

No caso específico dos autos, a apelante e seu ex-cônjuge estabeleceram um usufruto simultâneo sobre o bem imóvel doado aos seus filhos, conforme se extrai da leitura do doc. de f. 11, mas não estipularam o direito de acrescer na hipótese de falecimento de um deles.

Dessa forma, com o falecimento de C. em 17.05.95, a propriedade plena dos filhos da apelante com o *de cujus* consolidou-se no que se refere à metade do imóvel objeto da demanda.

Assim, como muito bem concluiu o d. juiz singular, com o falecimento do marido da apelante, houve a extinção da parte do usufruto instituído em favor do cônjuge varão, permanecendo inalterada a parte que cabia à recorrente.

Dessa forma, há que se reconhecer que, na realidade, não restou configurado o comodato, já que a ré, como nua-proprietária, tem direito de uso e gozo da parte que era de seu pai, cujo usufruto extinguiu-se com sua morte, em 1995.

Sendo assim, a não-desocupação do bem pela apelada não implicou esbulho possessório, que autorizaria a concessão da reintegração de posse.

Os requisitos da ação de reintegração de posse, previstos no art. 927 do CPC, são:

> I - a sua posse;
> II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;

III - a data da turbação ou do esbulho;
IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração.

Dos requisitos acima citados, embora a apelante tenha comprovado a sua posse sobre o bem, o esbulho não restou configurado, em virtude da transferência do direito de uso de metade do bem à apelada, com o óbito do seu pai, ex-usufrutuário do bem.

À vista do exposto, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a sentença que julgou improcedente o pleito reintegratório.

Custas recursais, pela apelante, suspensa a exigibilidade.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES HILDA TEIXEIRA DA COSTA e ROGÉRIO MEDEIROS.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Ação de cobrança - Expurgos inflacionários - Plano Collor II - Caderneta de poupança - Saldo não bloqueado - Conta bancária - Prova - MP 294/91 - Trintídio anterior à vigência - Correção pelo IPC de fevereiro - Necessidade - Diferença devida - Liquidação de sentença - Imprescindibilidade

Ementa: Civil e processual civil. Ação de cobrança. Expurgos inflacionários. Plano Collor II. Caderneta de poupança. Saldo não bloqueado. Prova da existência da conta bancária. Trintídio iniciado antes da vigência da MP 294/91. Correção pelo IPC de fevereiro. Necessidade. Diferença devida. Liquidação de sentença necessária. Reforma da sentença. Recurso conhecido e parcialmente provido.

- A MP 294/91 e a Lei 8.177/91 determinaram a correção do saldo de caderneta de poupança em fevereiro de 1991 pelo índice composto da variação do BTNF e da TRD, e nos meses seguintes, pela TR, sendo inaplicável no período o IPC.

- Se o prazo de trinta dias de renovação da conta poupança teve início antes da edição da MP 294/91, deve-se aplicar, na atualização do saldo, o IPC de fevereiro de 1991, de 21,87%, sob pena de violação ao direito adquirido.

- É necessária a liquidação de sentença para apuração do exato valor da condenação.

Recurso conhecido e parcialmente provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0313.07.224116-6/001 - Comarca de Ipatinga - Apelante: Alverina Pereira da Silva - Apelado: Unibanco União Bancos Brasileiros S.A. - Relatora: DES.ª MÁRCIA DE PAOLI BALBINO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 31 de janeiro de 2008. - *Márcia De Paoli Balbino* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª MÁRCIA DE PAOLI BALBINO - Alverina Pereira da Silva ajuizou ação de cobrança contra Unibanco - União de Bancos Brasileiros S.A., pretendendo o recebimento de diferenças de correção monetária referentes aos expurgos inflacionários do plano Collor II, não pagos pela ré em sua conta poupança. Alegou, em suma: que mantinha uma conta poupança com a ré, nº 623.552-4; que, no período entre fevereiro/março de 1991, a ré corrigiu o saldo não bloqueado de sua poupança em 7%; que a correção deveria ter sido da ordem de 21,87%, referente ao IPC de fevereiro, conforme regras do Decreto-lei 2.284/86 e da Lei 7.830/89; que faz jus à diferença de correção não paga pela ré, decorrente do expurgo do Plano Collor II; que a Lei 8.177/91 determinou a correção pela TR, mas ela é inaplicável às contas renovadas no mês de fevereiro/91; que a ré adotou ilegalmente as determinações da nova lei às renovações anteriores a sua validade; que a lei civil não retroage para atingir casos pretéritos, principalmente se for causar prejuízo e desrespeitar direito adquirido; que a prescrição no caso se dá pelo art. 177 do CC/1916. Requereu a concessão da gratuidade judiciária, o julgamento antecipado da lide e a condenação da ré a pagar o valor de R$ 497,50 devidamente corrigido e acrescido de juros.

O MM. Juiz deferiu a gratuidade judiciária em favor da autora (f. 21).

A instituição financeira ré contestou (f. 24/38), argüindo preliminar de inépcia da inicial por ausência de contrato bancário, preliminar de ilegitimidade passiva, por apenas ter seguido as determinações da União Federal, editadas pelo BACEN. Levantou a prejudicial de mérito de prescrição qüinqüenal, com base no art. 178, § 10, III, do CC/1916. No mérito, requereu a improcedência do pedido inicial, sustentando a exatidão do índice de correção aplicado no saldo de poupança da autora e a aplicabilidade da nova lei sem que haja violação ao direito adquirido.

Após impugnação feita pela autora, foi prolatada a sentença com base no art. 330, I, do CPC (f. 60/70), na qual o MM. Juiz rejeitou as preliminares e a prejudicial de mérito argüidas pela ré e julgou improcedente o pedido inicial, após concluir que a Lei 8.177/91 teve origem na MP 229, de 31.01.1991, surtindo efeito a partir daí, razão pela qual considera correta a aplicação do índice da TRD às cadernetas a partir de 1º.02.1991.

Constou do dispositivo da sentença (f. 69/70):

> Posto isso, julgo improcedente o pedido, decidindo o processo com resolução de mérito, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil.
> Condeno a parte autora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, que arbitro em quantia correspondente a R$ 500,00, atento ao que determina o parágrafo quarto do art. 20 do Código de Processo Civil, suspensa a exigibilidade em razão do deferimento da gratuidade de justiça.

A autora recorreu (f. 72/77), pedindo a reforma da sentença. Para tanto, ratificou as teses esposadas na inicial e afirmou que a sentença contraria jurisprudência dominante nos tribunais e no STJ.

A ré apresentou contra-razões (f. 82/87), pugnando pelo desprovimento do recurso da autora.

É o relatório.

Juízo de admissibilidade:

Conheço do recurso da autora, porque próprio e tempestivo, ressaltando que ela está isenta do preparo recursal por ser beneficiária da gratuidade judiciária (f. 21).

Preliminar.

Não foram argüidas preliminares no presente recurso.

Mérito.

A autora recorreu da sentença pela qual foi julgado improcedente seu pedido de condenação da ré a pagar diferença decorrente de inaplicação do expurgo inflacionário do Plano Collor II, em saldo de sua caderneta de poupança.

A apelante sustenta que foi aplicado, no período entre fevereiro e março de 1991, índice de 7% na correção do saldo remanescente de sua caderneta de poupança (não bloqueados pelo Bacen), afirmando que deveria ter sido corrigido pelo IPC de fevereiro/1991, equivalente a 21,87%.

Examinando tudo o que dos autos consta, tenho que assiste razão em parte à apelante. Vejamos.

A autora mantinha uma conta poupança com a ré em 1991, número 0643.623552-4, conforme documentos de f. 10 e 12. Ela sustenta que a instituição financeira ré/apelada não aplicou o índice de correção monetária, IPC, expurgado no plano econômico governamental conhecido como 'Collor II', de 21,87%, no período entre fevereiro e março de 1991, no saldo de sua conta não bloqueada pelo BACEN. Pediu a condenação da ré para pagar a diferença entre os índices de correção monetária por ela aplicados, de percentual mais reduzido, e o expurgado pelo plano governamental.

Já a instituição bancária apelante sustenta que já restou disciplinado pelo STJ que a correção das cadernetas de poupança aniversariantes a partir de 1º.01.1991 deveria ser feita pela variação da TRD, nos termos da Lei 8.177/91, e que apenas cumpriu as disposições legais (f. 85).

Pois bem. A caderneta de poupança foi criada pela Resolução 20, de 1966, do Banco Central. Ela constitui modalidade de contrato de depósito em conta corrente concebido com a finalidade primeira de captação de recursos populares que, como atrativo maior a pequenos investidores, sempre se fez destacar como meio de defesa contra os efeitos nefastos da inflação, representando, dessa sorte, a garantia de preservação do valor aquisitivo do numerário poupado.

Assim, nos contratos bancários de depósito de poupança, surge o dever do banco de restituir o valor depositado acrescido de correção monetária e dos juros devidos.

Nesse sentido:

> Nessa modalidade de contrato, o banco não presta ao poupador o serviço de manter sob sua guarda o numerário deste, sendo certo que a finalidade do contrato, sob a ótica do poupador, não é o depósito, mas o rendimento constituindo o depósito, nesse caso, um ônus a ser recompensado pelo banco mediante o crédito do rendimento (REsp 173.379, 4ª Turma/STJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 04.12.2001, *DJ* de 25.02.2002).

Os índices de correção dos saldos de caderneta de poupança são mutáveis e têm como base as disposições legais. No caso, trata-se de analisar a aplicabilidade do IPC para correção do saldo de poupança entre fevereiro e março de 1991.

Até a promulgação da Medida Provisória 168/90, as cadernetas de poupança eram remuneradas com base no IPC, conforme a regra do art. 17, III, da Lei 7.730/1989, que dispõe:

> Art. 17 - Os saldos das cadernetas de poupança serão atualizados: [...]
> III - a partir de maio de 1989, com base na variação do IPC verificada no mês anterior.

O índice de correção foi alterado pela MP 189, de 30 de maio de 1990, que escolheu o BTN (Bônus do Tesouro Nacional) Fiscal para corrigir a poupança a partir de então.

Assim, com a Medida Provisória 189/90, convertida na Lei 8.088/90, as contas de poupança passaram a ser corrigidas pelo BTN Fiscal, índice apurado com base no mês anterior, conforme dispõe o art. 2º, § 4º, *a*, da referida lei:

> Art. 2º Os depósitos de poupança, em cada período de rendimento, serão atualizados monetariamente pela variação do

valor nominal do BTN e renderão juros de cinco décimos por cento ao mês. [...]
§ 4º A atualização monetária de que trata este artigo será computada mediante a aplicação da variação do valor nominal do BTN verificada:
a) para os depósitos de pessoas físicas e entidades sem fins lucrativos, no mês imediatamente anterior ao do crédito de rendimentos; e [...]

Em 31.01.1991 foi editada nova Medida Provisória, nº 294/91, que alterou novamente o índice de atualização dos valores existentes nas contas de poupança.

A MP 294/91 extinguiu o BTN Fiscal, conforme dispôs o art. 3º, I, da referida lei:

Art. 3º Ficam extintos a partir de 1º de fevereiro de 1991:
I - o BTN Fiscal instituído pela Lei nº 7.799, de 10 de julho de 1989;

A MP 294/91 também determinou a correção dos saldos de poupança, a partir de 1º.01.1991, pela TRD (Taxa Referencial Diária), que substituiria o índice anterior (BTN Fiscal):

Previu a MP 294/91:

Art. 11. Em cada período de rendimento, os depósitos de poupança serão remunerados:
I - como remuneração básica, por taxa correspondente à acumulação das TRD no período transcorrido entre o dia do último crédito de rendimento, inclusive, e o dia do crédito de rendimento exclusivo;
II - como adicional, por juros de meio por cento ao mês. [...]
Art. 12. O disposto no artigo anterior aplica-se ao crédito de rendimento realizado a partir do mês de fevereiro de 1991, inclusive.
Parágrafo único. Para o cálculo do rendimento a ser creditado no mês de fevereiro de 1991 (cadernetas mensais) e os meses de fevereiro, março e abril (cadernetas trimestrais), será utilizado um índice composto da variação do BTN Fiscal observado entre a data do último crédito de rendimentos, inclusive, e o dia 1º de fevereiro de 1991, e da TRD a partir dessa data e até o dia do próximo crédito de rendimentos, exclusive.

A MP 294 de 31.01.91 foi reeditada em 06.02.1991 e convertida na Lei 8.177, de 01.03.1991, mantendo seus efeitos, portanto, desde sua edição, 31.01.1991.

Assim, a partir de 1º.01.1991, o índice de correção do saldo de poupança passou a ser a TRD e em fevereiro/91, especificamente, a correção seria feita por índice composto - variação do BTN fiscal em janeiro e a TRD, como estipulado no art. 13 da Lei 8.177/91, que reproduziu o art. 12 da MP 294/91 supratranscrito.

Consta da Lei 8.177/91:

Art. 13. O disposto no artigo anterior aplica-se ao crédito de rendimento realizado a partir do mês de fevereiro de 1991, inclusive.
Parágrafo único. Para o cálculo do rendimento a ser creditado no mês de fevereiro de 1991 - cadernetas mensais - e nos meses de fevereiro, março e abril - cadernetas trimestrais -, será utilizado um índice composto da variação do BTN Fiscal observado entre a data do último crédito de rendimentos, inclusive, e o dia 1º de fevereiro de 1991, e da TRD, a partir dessa data e até o dia do próximo crédito de rendimentos, exclusive.

A instituição financeira apelada sustentou a utilização dos índices determinados na Lei 8.177/91, na atualização do saldo de poupança da apelante, e esta, por sua vez, não discorda de tal fato, mas sustenta a aplicabilidade do IPC/IBGE.

Como ficou claro, os poupadores que possuíam contas de poupança abertas ou renovadas após 1º de fevereiro de 1991 não têm direito à aplicação de índice outro, diverso dos determinados na Lei 8.177/91, que é especial.

Contudo, analisando os documentos apresentados pela autora, especialmente o extrato de f. 10, o que se observa é que a data de aniversário de sua conta poupança era todo dia 28, passando a ser dia 1º em março de 1991 (f. 12), conforme determinação do art. 12 da Lei 8.177/91. Assim, a renovação de seu contrato teve início no trintídio legal para atualização, em 28.01.1991, antes, portanto, da edição da MP 294/91 (1º.01.1991).

Sendo assim, a modificação introduzida após iniciado o trintídio de rendimento da conta poupança ofende a Constituição por ferir o ato jurídico perfeito. O critério de remuneração estabelecido na norma supracitada, conhecida como Plano Collor II, não tem aplicação às cadernetas de poupança com períodos mensais iniciados até 1º.02.1991, quando a norma foi editada (*tempus regit actum*).

Tanto assim é que foi editada a Súmula 295 do STJ que dispõe: "A Taxa Referencial (TR) é indexador válido para contratos posteriores à Lei 8.177/91, desde que pactuada".

Nesse sentido:

1) Direitos econômico e processual. Embargos declaratórios. Poupança. Plano Collor II. Fevereiro/91 (Lei 8.177/91). Conta iniciada com janeiro/91. Legitimidade passiva *ad causam* do banco captador da poupança. Modificação do critério de reajuste. Impossibilidade. Embargos acolhidos com efeitos modificativos. Recurso especial desacolhido.
I - Tendo-se verificado que se cuida de cobrança de expurgo inflacionário decorrente do Plano Collor II, e não do Plano Collor I, desaparece o fundamento para a decretação de carência da ação por ilegitimidade passiva da instituição financeira depositária. E, tendo sido este o fundamento do acórdão embargado, hão de ser acolhidos os declaratórios em seus efeitos modificativos.
II - Eventuais alterações na política econômica, decorrentes de planos governamentais, não afastam, por si, a legitimidade *ad causam* das partes envolvidas em contratos de direito privado, inclusive as instituições financeiras que atuam como agentes captadores em torno de cadernetas de poupança.
III - Não se confundem com a espécie os precedentes que versam sobre o bloqueio dos cruzados novos, nos quais se

proclamou a ilegitimidade passiva da instituição financeira captadora dos recursos, uma vez que, *in casu*, as contas-poupança foram iniciadas posteriormente àquela medida restritiva, não sendo, por essa razão, alcançadas pela mesma.
IV - O critério de remuneração estabelecido no art. 13 da MP 294/91 (Lei 8.177/91) não se aplica às cadernetas de poupança abertas ou renovadas antes de 31 de janeiro de 1991, data de sua edição (EDecl no REsp 166.853/SP, 4ª Turma/STJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 11.02.1999, *DJ* de 29.03.1999).

2) Caderneta de poupança. Remuneração no mês de janeiro de 1991. Plano Collor II. Valores disponíveis. Legitimidade passiva da instituição financeira. Direito adquirido.
1. A instituição financeira é parte legítima para figurar no pólo passivo de ação de cobrança, na qual busca o autor receber diferença não depositada em caderneta de poupança no mês de janeiro de 1991, relativamente a valores não bloqueados.
2. Os critérios de remuneração estabelecidos na Medida Provisória nº 294, de 31.01.91, convertida na Lei nº 8.177, de 1º.03.91, não têm aplicação aos ciclos mensais das cadernetas de poupança iniciados antes de sua vigência.
3. Recurso especial não conhecido (REsp 152.611/AL, 3ª Turma/STJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 17.12.1998, *DJ* de 22.03.1999).

Isso porque a contratação foi feita com base em índice anterior ao referido diploma legal. Portanto, conforme o art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil e art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, o poupador tem direito adquirido ao cálculo da correção monetária plena somente de acordo com as normas vigentes por ocasião da contratação ou da renovação do investimento.

Sendo o contrato de caderneta de poupança renovado a cada mês, durante o seu curso não pode ocorrer alteração unilateral das regras contratadas, uma vez que os princípios insertos na Constituição da República, com exceção da norma penal mais benéfica, afastam a possibilidade de a nova norma legal retroagir.

Nesse mesmo sentido, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

1) É inviável recurso extraordinário que tende a contrariar jurisprudência assentada pelo STF, segundo a qual os depositantes em caderneta de poupança têm direito à correção monetária do saldo de suas contas pelo índice vigente no início do período contratual (RE-AgR 278.980/RS, 1ª Turma/STF, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 05.10.2004, *DJ* de 05.11.2004).

2) Firmou-se a jurisprudência do STF no sentido de reconhecer a depositantes em caderneta de poupança direito à correção monetária do saldo de suas contas pelo índice vigente no início do período contratual (RE-AgR 243.890/RS, 1ª Turma/STF, Rel. Mln. Sepúlveda Pertence, j. em 31.08.2004, *DJ* de 17.09.2004).

Também nesse sentido é o entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

1) Da correção monetária do débito judicial: 'A correção monetária não se constitui em um plus; não é uma penalidade, sendo, tão-somente, a reposição do valor real da moeda, corroído pela inflação. Portanto, independe de culpa das partes litigantes. É pacífico na jurisprudência desta Colenda Corte o entendimento segundo o qual é devida a aplicação dos índices de inflação expurgados pelos planos econômicos governamentais (Planos Bresser, Verão, Collor I e II), como fatores de atualização monetária de débitos judiciais' (Ag 967.006, decisão monocrática/STJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 08.11.2007, *DJ* de 14.11.2007).

2) Por força da Lei nº 8.088, de 31.10.90, o BTN serviu de índice de remuneração dos depósitos em caderneta de poupança até 31.01.91. A Medida Provisória nº 294, de 31.01.91, convertida na Lei nº 8.177/91, por sua vez, que elegeu a TRD como índice de correção das cadernetas de poupança, tem aplicação, apenas, nos períodos mensais iniciados após a sua vigência (REsp 254.891/SP, 3ª Turma/STJ, Rel. Mln. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 29.03.2001, *DJ* de 11.06.2001).

3) I - Iniciada ou renovada caderneta de poupança, norma posterior que altere o índice de correção incidente sobre tal modalidade de investimento, não pode retroagir para alcançá-la. Tendo incidência imediata e dispondo para o futuro, não afeta as situações jurídicas já constituídas.
II - O critério de atualização estabelecido quando da abertura ou renovação automática das cadernetas de poupança, para vigorar durante o período mensal seguinte, passa a ser, a partir de então, direito adquirido do poupador. [...] (AC no REsp nº 10.475/RS, 4ª Turma/STJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, *DJU* de 27.10.1992).

4) [...] As alterações do critério de atualização da caderneta de poupança previstas pelos Planos Cruzado e Verão não podem refletir sobre os depósitos que já tiveram seus períodos aquisitivos iniciados, devendo-se observar as regras em vigor no início do respectivo trintídio (REsp 149.255/SP, 4ª Turma/STJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. em 26.10.1999, *DJ* de 21.02.2000).

A correção monetária, realmente, é matéria de ordem pública e deve ser plena para evitar o confisco e enriquecimento sem causa da apelante, sendo devida por força da Lei 6.899/81, que a instituiu no país.

Segundo a jurisprudência dominante, são devidos os expurgos inflacionários na atualização monetária, observado o princípio teleológico de preservação do valor monetário da moeda frente à corrosão provocada pela inflação, não constituindo, assim, nenhum acréscimo patrimonial ao saldo de poupança, porém, simples manutenção do *status quo ante*.

Inaplicado o índice contratado para a correção do saldo de poupança de fevereiro/91, assiste razão à apelante em sua pretensão.

Lado outro, a MP 294/91 extinguiu o BTN Fiscal, utilizado como índice de correção da poupança até janeiro de 1991. Como o BTN era medido pelo IPC/IBGE, o entendimento majoritário da jurisprudência é o de que deve ser aplicado o IPC, porque é o índice

que melhor reflete a inflação no País, para a correção de poupança em fevereiro de 1991, cujo trintídio teve início antes de 1º.02.1991 (MP 294/91).

Assim, merece ser deferido o pedido da autora de aplicação do IPC de fevereiro/91, 21,87%, para correção do saldo de sua poupança, existente em 28.02.1991, porque, a partir daí, o contrato se renovará com as novas regras da MP 294/91 de 31.01.1991.

Nesse sentido:

> 1) Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Súmula nº 179/STJ.
> 1. Nos depósitos judiciais, deve incidir a correção monetária que configure a real desvalorização da moeda, inclusive os expurgos inflacionários das cadernetas de poupança.
> 2. Agravo regimental desprovido (AgRg no Ag 538.832/RS, 3ª Turma/STJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 25.05.2004, *DJ*. de 02.08.2004).
>
> 2) Liquidação de sentença - índice do IPC - Aplicação. - Se na vigência dos sucessivos planos econômicos implantados pelo governo, continuou a existir a inflação, devem ser aplicados seus verdadeiros índices que reflitam a real inflação do respectivo período e este resultado só seria alcançado se a indexação for feita pelo IPC, e não pelo BTN. Recurso parcialmente provido para determinar a aplicação do índice de fevereiro de 1991 (21,87%), deduzidos os 7% da TR já aplicados (Resp 65.021/SP, 1ª Turma/STJ, Rel. Min. Garcia Vieira, j. em 31.05.1995, *DJ* de 14.08.1995).
>
> 3) Ementa: Ação de cobrança - Correção monetária - Conta de poupança - Plano Collor II - Fevereiro/março 1991. - A partir da promulgação da Lei 8.177/91, o índice aplicável à correção dos ativos financeiros não bloqueados pelo Plano Collor II, no período de fevereiro a março de 1991, tornou-se o IPC (AC 1.0313.07.215456-7/001, 11ª CCível/TJMG, Rel. Des. Fernando Caldeira Brant, j. em 05.12.207, *DJ* de 15.12.2007).
>
> 4) Em resumo, merece acolhimento o recurso para decretar a procedência do pedido e condenar o réu no pagamento do IPC de 44,80% em abril de 1990, referente ao Plano Collor I, bem como a diferença entre o percentual pago e o devido de 21,87%, referente ao Plano Collor II (BTN de jan./91 a ser pago em fev./91). Todas as diferenças apuradas deverão ser atualizadas pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça, acrescentando-se a cada uma delas somente os juros de 0,5% ao mês da mesma forma como computados nas cadernetas de poupança, até a citação. Daí em diante, incidirão, além da correção monetária, os juros de mora de 1% ao mês (art. 406 do Código Civil/2002) (AC 7195459-9/Santos, 11ª Câmara de Direito Privado/TJSP, Rel. Des. Gilberto dos Santos, j. em 19.12.2007).
>
> 5) Quanto ao índice a ser aplicado, para o Plano Collor II, em fevereiro de 1991, é cabível a aplicação do IPC de 21,87% conforme entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça:
>
> Embargos de declaração. Aplicação do IPC no mês de fevereiro de 1991 no percentual de 21,87%.
> 1. A correção monetária para o mês de fevereiro/91 far-se-á com base no índice de 21,87% - referente ao IPC fevereiro/91 - adotado para o INPC daquele mês. Precedentes.
> 2. Embargos acolhidos (EDecl no REsp 731048/SP, Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, *DJ* de 05.10.2006, p. 292).
>
> Processual civil. Recurso especial. Prequestionamento. Depósito judicial. Correção monetária. IPC fevereiro de 1991. 21,87%. Ufir. Julho e agosto de 1994.
> 1. A falta de prequestionamento da matéria federal impede o conhecimento do recurso especial (Súmula 282 do STF).
> 2. Nos depósitos judiciais, o índice de correção monetária aplicável ao mês de fevereiro de 1991 deve ser o correspondente ao IPC do período, qual seja 21,87%. Precedentes.
> 3. 'Pacífico é o entendimento desta Corte no sentido da utilização da Ufir, como fator de correção para os meses de julho e de agosto de 1994' (AGA 438A58/PR).
> 4. Recurso especial parcialmente provido (REsp 600725-RS; Recurso Especial 2003/0185081-5, Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, *DJ* de 07.10.2006, p. 272) (AC 7.177.270-0/São Carlos, 21ª Câmara de Direito Privado/TJSP, Rel. Des. Souza Lopes, j. em 28.11.2007).
>
> 6) [...] Os índices integrais a serem aplicados no cálculo de correção monetária, incluídos os 'expurgos inflacionários', de acordo com a orientação da jurisprudência, são de 26,06% em junho de 1987, 42,72% em janeiro de 1989, 10,14% em fevereiro de 1989, 84,82% em março de 1990, 44,80% em abril de 1990, 7,87% em maio de 1990, 21,87% em fevereiro de 1991 e 11,79% em março de 1991 (Ap. Cív. 429.722-1/Divinópolis, 3ª CCível/TAMG, Rel. Juiz Maurício Barros, *DJ* de 04.08.2004).

A apelante apresentou planilhas de f. 11 e 13, informando que a diferença devida é de R$ 497,50.

Nesse ponto, tenho que não assiste razão à apelante.

É que os cálculos apresentados na inicial foram confeccionados de forma unilateral sem a presença do contraditório, razão pela qual não podem ser utilizadas como prova do débito.

No caso, o cálculo da diferença deve ser apurado por liquidação.

Em liquidação, ao montante da diferença apurada com a inaplicação do percentual de correção expurgado pelo Plano Collor II, deverá ser acrescida de correção monetária como prevê a Lei 6.899/81, pelo índice da tabela da Corregedoria-Geral de Justiça de MG, porque condizente com o Decreto 86.649/1981, que regulamentou a Lei 6.899/81, e com suas alterações posteriores, além de no cálculo serem consideradas a variação da ORTN, OTN, BTN, TR, IPC-r e INPC, a incidir da data em que o expurgo se tornou devido, ou seja, da data do prejuízo.

Sobre tal montante de diferença apurada deverão incidir juros moratórios, conforme art. 293 do CPC, de 1% ao mês, a partir da citação (219.07.2007 - f. 22-v./23), como disposto no art. 219, *caput*, do CPC.

A pretensão da inicial não procede somente quanto à planilha de cálculo apresentada pela autora, sendo mínima a sua sucumbência.

Dispositivo.

Isso posto, dou provimento parcial à apelação da autora para reformar a sentença e julgar procedente em parte o pedido, condenando a ré a pagar diferença de correção monetária inaplicada no saldo de poupança da autora em fevereiro de 1991, com base no IPC de 21,87%, a ser calculada em liquidação, com os acréscimos determinados nesse voto. Condeno a ré ao pagamento de custas e honorários advocatícios que arbitro em R$ 760,00, conforme art. 21, parágrafo único, do CPC, e em face do pequeno valor da causa.

Custas recursais, pela apelada.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES LUCAS PEREIRA e EDUARDO MARINÉ DA CUNHA.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Mandado de segurança - Impugnação de ato - ICMS - Veículo - Venda do ativo fixo - Locadora de veículo - Prazo de doze meses - Lei complementar - Convênio nº 64/06 - Não-cabimento - Princípio da reserva legal

Ementa: Mandado de segurança. Ato impugnado. ICMS. Venda de veículos do ativo fixo. Empresa locadora de veículos. Prazo de doze meses. Lei complementar. Convênio nº 64/06. Descabimento. Princípio da reserva legal.

- Nos termos do art. 146, III, *a*, da Constituição Federal, cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre a definição de tributos e de suas espécies, bem como em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, aos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes.

- É indevida a incidência de ICMS sobre a operação de venda de veículos integrantes do ativo fixo antes de doze meses da data da aquisição na montadora, quando realizada por pessoa jurídica que explore atividade de locação, com base no Convênio nº 64/06, considerando que estabelece fator gerador do tributo, base de cálculo e contribuinte. Somente se sujeitam à incidência de ICMS bens que, juridicamente, se identificam como mercadorias, a teor do disposto no art. 155, II, da Constituição da República.

Dá-se provimento à primeira apelação e nega-se provimento ao segundo recurso.

APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0024.06.235290-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 4ª Vara de Feitos Tributários do Estado da Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: 1º) Localiza Rent a Car Ltda., 2º) Estado de Minas Gerais - Apelados: Localiza Rent a Car Ltda., Estado de Minas Gerais - Relator: DES. ALMEIDA MELO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E NEGAR PROVIMENTO AO SEGUNDO.

Belo Horizonte, 13 de março de 2008. - *Almeida Melo* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pela apelante, a Drª Luíza Cristina M. Carneiro, e proferiu sustentação oral, pela 1ª apelante, a Drª Tânia Maria Amaral Dink Huysen.

DES. ALMEIDA MELO - Ouvi, atentamente, a sustentação oral.

Recebi os advogados, tomei conhecimento do memorial e dos pareceres. Realmente, é um escritório de alto nível, e este julgamento, ao tratar do novo caso de incidência do ICMS, na venda de bens do ativo fixo da empresa locadora de veículos, pelo que estou sabendo, é pioneiro na 2ª instância.

Conheço da remessa oficial (f. 190-TJ), nos termos do parágrafo único do art. 12 da Lei nº 1.533/51, e dos recursos voluntários, porque atendidos os pressupostos de admissibilidade.

A sentença de f. 187/190-TJ concedeu, em parte, a segurança postulada nos termos da liminar deferida, para determinar que não seja imposta à impetrante, em transferências-alienações futuras de veículos, que delibere desativar, em prazo inferior ao Decreto 44.389/2006, a proibição contida no art. 435 e seu § 1º.

Sustenta a primeira apelante, na apelação de f. 202/223-TJ, que a venda de bens do ativo fixo não está sujeita à incidência de ICMS, uma vez que essa operação se encontra fora do campo do imposto. Alega que o princípio da legalidade foi violado, considerando que o Convênio nº 64/06 criou nova hipótese de incidência tributária do ICMS. Invoca o disposto no art. 179, IV, parágrafo único, da Constituição Federal.

Na segunda apelação (f. 225/233-TJ), diz o Estado de Minas Gerais que a restrição contida no art. 435 do RICMS/2002 não confere limitação injusta ao exercício da atividade da apelada.

Contra-razões às f. 235/245 e 246/249-TJ.

Pretende a impetrante, mediante este mandado de segurança, que o impetrado se abstenha de exigir-lhe o recolhimento do ICMS na alienação de veículos antes do prazo de 12 (doze) meses, adquiridos diretamente da montadora pelas empresas de locação, bem como a isenção de gravame no órgão de trânsito - Detran/MG.

Examino a questão jurídica da matéria.

Nos termos do disposto no art. 146, III, a, da Constituição da República, cabe à lei complementar:

> Art. 146 - [...]
> III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:
> a) - definição de tributos e de suas espécies, bem como em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de calculo e contribuintes.

Todavia, em 07.07.06, sobreveio o Convênio ICMS nº 64, que estabelece disciplina para a operação de venda de veículo autopropulsado realizada por pessoa jurídica que explore atividade de produtor agropecuário, locação de veículos e arrendamento mercantil, com menos de 12 (doze) meses da aquisição da montadora. Cito a cláusula primeira:

> Cláusula Primeira. Na operação de venda de veículo autopropulsado, realizada por pessoa jurídica que explore a atividade de produtor agropecuário, locação de veículos e arrendamento mercantil, antes de 12 (doze) meses da data da aquisição junto à montadora, deverá ser efetuado o recolhimento do ICMS em favor do estado do domicílio do adquirente, nas condições estabelecidas neste convênio (f. 99-TJ).

Nesse sentido, é o Decreto Estadual nº 44.389, de 25.09.06:

> Art. 430 - Na operação de venda de veículo autopropulsado antes de 12 (doze) meses da data da aquisição junto à montadora, realizada por pessoa jurídica que explore a atividade de locação de veículos, deverá ser efetuado o recolhimento do ICMS em favor da unidade da Federação do domicílio do adquirente, nas condições estabelecidas neste Capítulo (f. 101-TJ).

Nos termos dos citados dispositivos legais, é devida a incidência de ICMS na operação de venda de veículo autopropulsado antes de doze meses da data da aquisição na montadora, quando realizada por pessoa jurídica que explore a atividade de locação.

Evidentemente que convênio não é instrumento de imposição fiscal, sob pena de violação explícita ao princípio da reserva legal, previsto no art. 150, I, da Constituição da República.

Logo, não pode a apelante, que não é contribuinte do imposto, ser compelida ao recolhimento do ICMS, com base nas citadas normas, quando da alienação de bem (veículo) do seu ativo fixo, não importando a data da aquisição, tendo em vista que elas estabelecem, indevidamente, fato gerador, base de cálculo e contribuinte. Conforme bem manifestou a impetrante, "o princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II, da CF está sendo ofendido, eis que não há previsão constitucional para a incidência de ICMS sobre o descarte/alienação de ativo imobilizado de empresas".

Saliento, ainda, que, nos termos do disposto no art. 155, II, da Constituição da República, somente se sujeitam à incidência de ICMS bens que, juridicamente, se identificam como mercadorias. Segundo o art. 4º da Lei Complementar nº 87/96 (f. 78-TJ), contribuinte do imposto é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade, operações de circulação de mercadoria. Portanto, veículos que são destinados à locação, integrantes do ativo fixo da locadora, não podem ser alcançados pelo referido imposto, quando da sua posterior venda, uma vez esgotada sua vida útil econômica.

Dou provimento à primeira apelação para reformar, em parte, a r. sentença, para que o impetrado se abstenha de exigir da impetrante o ICMS, quando da alienação de veículos integrantes de seu ativo fixo, antes do prazo de 12 (doze) meses da data de sua aquisição da montadora, e nego provimento ao segundo recurso.

Custas, *ex lege*.

DES. CÉLIO CÉSAR PADUANI - De acordo.

DES. AUDEBERT DELAGE - Sr. Presidente. Registro o recebimento do memorial, registro, também, ter ouvido com atenção a sustentação oral. Acompanho o voto de V. Ex.ª, como Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E NEGARAM PROVIMENTO AO SEGUNDO.

...

Indenização - Dano moral - Dano material - Cumulação - Contrato - Descumprimento - Ônus da prova - Fatos constitutivos do direito - Comprovação - Ausência

Ementa: Indenização. Danos morais e materiais. Descumprimento contratual. *Onus probandi* do autor. Fatos constitutivos do direito. Não-comprovação. Art. 333, I, CPC. Recurso desprovido.

- O ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito, conforme insculpido no art. 333, I, do Código de Processo Civil.

Apelação Cível nº 1.0702.05.235575-8/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Luís Antônio da Silva -

Apelado: EF Viagens Turismo Ltda. - Relator: DES. NICOLAU MASSELLI

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 19 de dezembro de 2007 - *Nicolau Masselli* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. NICOLAU MASSELLI - Verificados os pressupostos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

Trata-se de ação de indenização por danos materiais c/c danos morais proposta por Luiz Antônio da Silva em face de EF Viagens Turismo Ltda., objetivando o ressarcimento pelos danos sofridos e a devolução dos cheques sustados, ante o descumprimento, por parte da suplicada, do contrato firmado entre as partes.

Emerge do presente feito que tal contrato versa sobre um curso de língua inglesa com duração de seis semanas, devendo as aulas ser ministradas em Londres/Inglaterra, onde o suplicante seria acolhido por uma família selecionada pela Escola de Língua Inglesa de Londres.

Entretanto, alega o suplicante que, quando chegou a Londres, não foi acolhido pela família nem foi admitido pela Escola de Língua Inglesa, razão pela qual requer o ressarcimento pelos danos morais e materiais, bem como a devolução dos 12 cheques alusivos ao pacto que fora por ele sustado.

Apresentada contestação às f. 69-80, sustenta a requerida EF Viagens Turismo Ltda. que o não-cumprimento do contrato deu-se por culpa exclusiva do requerente, que deixou de utilizar o serviço *transfer* do aeroporto que estava à sua espera, comparecendo um único dia à escola de inglês em Londres, não tendo mais entrado em contato com a suplicada nem mesmo ido para a casa de família que lhe tinha sido indicada.

Esclarece, ainda, que o requerente, ora apelante, em verdade, utilizou maliciosamente do curso em questão com o objetivo único de obter o visto de estudante para a entrada na Inglaterra com o propósito de trabalhar ilegalmente nesse país, e não de estudar.

Sentença de f. 196/199, na qual a ilustre Juíza de Direito da 10ª Vara Cível da Comarca de Uberlândia julgou improcedente o pedido formulado pelo autor, ao fundamento de que não restou comprovado pelo requerente o fato constitutivo do seu direito, ou seja, o descumprimento contratual por parte da requerida, com base no art. 333, I, do CPC.

Inconformado, apela Luís Antônio da Silva, pleiteando a reforma da sentença que o desfavoreceu, argüindo, em suma, que restou demonstrado o descumprimento contratual por culpa da EF Viagens Turismo Ltda., ora apelada, conforme se depreende das provas (documental e testemunhal) trazidas aos autos.

Recurso contra-arrazoado às f. 224-238, pugnando a apelada pela manutenção da sentença impugnada.

Passo a analisar as razões recursais.

Inicialmente, cumpre ressaltar que, conforme prescreve o art. 333, I, do CPC, incumbe ao autor o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito.

Lado outro, para julgamento de uma causa, o magistrado não pode se embasar apenas em indícios ou suposições. É essencial e imperioso que a decisão final esteja estribada nas provas existentes nos autos, que deverão gerar a convicção sobre a existência ou não de um fato relevante para a busca da verdade real.

Pois bem, compulsando os autos, verifico que as únicas provas produzidas pelo apelante, quais sejam documental (f. 11-58) e testemunhal (f. 168-170), não comprovam ao certo que o descumprimento do contrato deu-se por culpa da recorrida.

Isso porque, examinando primeiramente as provas documentais trazidas pelo apelante, constato que essas estão a ressaltar tão-só o negócio jurídico existente entre as partes, fato esse incontroverso nos autos.

Ainda, é de se estranhar que, tendo sido requerida a investigação policial pelo pai do apelante, conforme noticia a carta de f. 11 encaminhada para o Banco, não tenha o apelante comprovado tal fato.

No entanto, já o documento trazido pela apelada à f. 102, traduzido às f. 105/106, aponta que o apelante não compareceu à Escola em Londres para freqüentar as aulas, não obstante estar devidamente matriculado e à disposição do curso.

Quanto aos depoimentos das testemunhas arroladas pelo apelante, primeiro o da Sra. Weslaine Maria Rezende ao afirmar que "...tomou conhecimento, através da família do suplicante, de que este foi para a Inglaterra para trabalhar; que sabe informar que o suplicante está trabalhando na Inglaterra até hoje".

E, segundo, o do Sr. João Araújo Pereira Sobrinho, ao afirmar, através de informações prestadas pelo seu filho, que "não pode afirmar se o suplicante estava na mesma situação do filho do depoente, só sabendo dizer que eles embarcaram juntos".

Denoto que o apelante não fez prova inequívoca de suas alegações, e é quem detinha o ônus de fazê-lo, nos moldes do art. 333, I, do Código de Processo Civil.

Destarte, inexistindo nos autos prova robusta, convincente e apta a demonstrar ao certo o descumprimento do contrato em questão por parte da contratada, motivo não há para acolher a pretensão indenizatória.

Em conclusão e à vista de não se poder admitir que indícios e suposições se sobreponham à presunção de

boa-fé e à busca pela verdade dos fatos, nego provimento ao recurso, a fim de manter incólume a sentença impugnada.

Custas recursais, pelo apelante, suspensa a sua exigibilidade em virtude dos benefícios da gratuidade da justiça.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BATISTA DE ABREU e JOSÉ AMANCIO.

Súmula: NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Representação comercial - Comprovação - Comissões - Não-pagamento - Contrato - Inadimplemento - Cheque - Garantia de vendas - Cláusula *del credere* - Títulos - Inexigibilidade - Inovação recursal

Ementa: Representação comercial. Comprovação. Não-pagamento de comissões. Inadimplência contratual. Emissão de cheques para garantia de vendas. Cláusula *del credere*. Inexigibilidade dos títulos. Inovação recursal. Fixação honorários.

- A atividade de representação comercial tem natureza mercantil e é regulada pelo art. 1º da Lei nº 4.886/65. Comprovada a representação comercial entre as partes, é direito do representante o recebimento das comissões quando do pagamento dos pedidos, além de sujeitar a representada ao pagamento da indenização equivalente a 1/12 do total da retribuição a que tem direito o representante, se der causa à rescisão, bem como ao pagamento do aviso prévio, a teor do que dispõem os arts. 27, *j*, 32 e 34, ambos da Lei nº 4.886/65. A teor do que dispõe o art. 43 do mesmo dispositivo legal, é vedada no contrato de representação comercial a inclusão de cláusulas *del credere*. Não há como analisar o pedido realizado somente em sede recursal, sob pena de ser suprimido grau de jurisdição. É justa a fixação dos honorários advocatícios, que atende ao disposto no art. 20, § 3º, CPC.

Apelação não provida.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.04.260001-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Cerâmica Montreal Ltda. - Apelada: Costa Vidigal Distribuidora Ltda. - Relator: DES. MARCOS LINCOLN

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 18 de março de 2008. - *Marcos Lincoln* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MARCOS LINCOLN - Trata-se de apelação interposta por Cerâmica Montreal Ltda. contra a r. sentença que julgou procedentes os pedidos iniciais, declarando a inexigibilidade dos títulos explicitados, cancelando definitivamente os protestos, bem como condenando-a

> ... a pagar à Autora em razão da representação comercial imotivadamente rescindida, indenização prevista na letra *j* do art. 27 da Lei 4.886/65, correspondente a 1/12 (...) do total a retribuição auferida durante o tempo da representação comercial, bem assim a importância correspondente a um terço das comissões auferidas pelos representantes nos três meses anteriores ao rompimento do contrato (art. 34 da Lei 4.886/65) e ainda condená-la a pagar o valor correspondente a 5% (...) das vendas efetivamente realizadas com a intermediação da Autora e pagas pelos clientes durante o período do contrato, tudo conforme se apurar em liquidação de sentença por arbitramento) (*sic*), além das custas e honorários advocatícios fixados em R$ 1.000,00.

Em suas razões recursais, a ré sustentou ofensa aos arts. 125, I, e 333 do CPC. Alegou que a prova pericial comprovou que o objeto social da empresa apelada é a distribuição e não a representação comercial. Afirmou que os cheques da apelada que estão em seu poder lhes foram entregues para pagamento de mercadorias adquiridas e distribuídas pela autora, e não como garantia de recebimento de vendas, e ainda, que tais títulos foram sustados ou devolvidos por falta de fundos, configurando, portanto, justo motivo para a interrupção do fornecimento de seus produtos. Ressaltou ser oportuna a juntada de documentos novos que estariam relacionados à outra ação envolvendo o sócio da apelada. Ao final, pugnou pelo provimento do recurso, para reformar a sentença, julgando-se improcedentes os pedidos iniciais, ou, alternativamente, a redução dos honorários sucumbenciais e a compensação de eventuais verbas já pagas.

Regularmente intimada, a apelada apresentou suas contra-razões.

Recurso próprio e tempestivo, estando regularmente preparado.

É o breve relatório, passo a decidir.

Inicialmente, observo que os documentos que acompanham o presente recurso, notadamente os de f. 555/600, se destinam a comprovar fatos pretéritos, alguns deles alheios a esta lide, não configurando documento novo, tal como previsto no art. 397 do CPC.

Os fatos discutidos na ação intentada pelo sócio da apelada em face da apelante, cujo acórdão e demais peças acompanham o Recurso (f. 561/600), não foram

invocados na fase de instrução das demandas examinadas neste julgamento, constituindo inovação recursal, sendo vedado o pronunciamento por este Tribunal.

Já os documentos de f. 556/560 são cópias de peças já constantes destes autos, sendo injustificada a juntada de peças repetidas, uma vez que só se prestam a tumultuar o processo.

Portanto, deixo de considerar os referidos documentos, determinando o desentranhamento das peças de f. 555/600, oportunamente.

A invocação de ofensa a dispositivos legais, especialmente a respeito da valoração das provas produzidas e atribuição do ônus probatório, confunde-se com o mérito e será apreciada concomitantemente.

A r. sentença recorrida reconheceu a procedência da ação de cobrança ajuizada pela apelada, ao fundamento de estar configurado o contrato de representação comercial. Foi julgada procedente, também, a ação de inexigibilidade de débitos, em apenso, tendo em vista a emissão de cheques pela apelada em favor da apelante para garantir o pagamento das vendas.

Com relação à ação de cobrança, é fato incontroverso a existência de relação comercial entre as partes.

Segundo De Plácido e Silva, in *Vocabulário jurídico*, v. IV, Forense, representação comercial é a "denominação atribuída ao estabelecimento comercial ou ao comércio, em que se tratam ou se encaminham negócios para terceiros".

E prossegue:

> ... o representante, neste caso, como mandatário das firmas para quem trata ou realiza negócios, é um agenciador de negócios. E a representação comercial é uma agência de negócios (p. 1.352).

No presente caso, a controvérsia cinge-se em definir a natureza da relação jurídica existente entre as partes, já que a apelante sustenta que a apelada atuou tão-somente na qualidade de revendedora e distribuidora de seus produtos, negando representação comercial.

A atividade de representação comercial tem natureza mercantil e é regulada pelo art. 1º da Lei nº 4.886/65, que dispõe que o representante comercial atua na:

> ... mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para transmiti-los aos representados, praticando ou não os atos relacionados com a execução dos negócios.

De igual modo, indica o art. 27 do mesmo dispositivo legal que o contrato pode ser celebrado de forma verbal, ressaltando, apenas, que quando celebrado por escrito, conterá os elementos enumerados em seus incisos.

Logo, a falta de contrato escrito não gera óbice para o reconhecimento da representação comercial.

Nesse contexto, tenho que as provas produzidas identificam a representação comercial, por parte da apelada, dos produtos comercializados pela apelante.

Consta dos autos correspondências diversas, remetidas pela apelante à apelada, dentre as quais noticiam o lançamento de produtos novos; dão conta de possíveis vendas frustradas de inúmeros clientes; noticiam e relacionam vários cheques devolvidos ou duplicatas em aberto, referentes a diversos clientes, sugerindo que a recorrida promovesse a respectiva cobrança.

A relação de débito de clientes (f. 25/27) comprova a assertiva da apelada a respeito de sua atribuição de efetuar a cobrança das vendas por ela promovidas em favor da apelante, bem como o repasse da respectiva dívida, caso frustrada pela cobrança bancária.

Já o documento de f. 28, emitido pela própria apelante, revela a orientação destinada à apelada acerca do procedimento a ser adotado pelos motoristas na entrega de produtos aos clientes.

A partir da f. 54, constam diversos pedidos referentes aos produtos comercializados pela apelante.

A prova pericial também foi conclusiva acerca do contrato de representação em apreço, mostrando-se oportuna a transcrição da resposta ao quesito nº 1, formulado pela apelada:

> Analisando toda a documentação disponibilizada pelas partes, em atendimento ao Termo de Diligência - Anexos A e B, bem como a constante nos autos, este perito informa:
> a) de acordo com as notas fiscais periciadas, constatou-se que a Autora efetuava venda de produtos da Ré cujas respectivas eram emitidas por esta última em nome dos clientes adquirentes;
> b) foram apresentados vários cheques - Unibanco e Banco Real, alguns deles com cópia xerográfica nas f. 164/183 dos autos, emitidos pela Requerente - Costa Vidigal Distribuidora Ltda., nominais à Requerida - Cerâmica Montreal Ltda., todos inerentes da relação comercial entre as partes, conforme escrituração contábil da ré;
> c) as duplicatas apresentadas possuíam o endereço da Requerente, ou seja rua Cambuquira, 1.255, em Belo Horizonte/MG, emitidas em nome dos clientes adquirentes (f. 252).

É de se registrar, ainda, a resposta ao quesito nº 19 da ora apelada, a respeito da emissão de notas fiscais: "Não foi constatada pela perícia nenhuma emissão de nota fiscal pela autora. Estas eram emitidas pela ré, de acordo com os pedidos passados pela primeira" (f. 257).

Relevante registrar que não se pode exigir da apelada a comprovação da emissão de notas fiscais pela intermediação da venda dos referidos produtos, uma vez que tal atribuição não era sua, e sim da representada, que comercializa efetivamente o produto.

Assim, como bem observado pelo ilustre Julgador *a quo*, a relação existente entre os demandantes está comprovada pelo vasto conjunto probatório, evidenciando de forma segura e convincente que a apelada promovia os produtos da apelante, intermediando suas vendas, caracterizando, assim, a representação comercial.

E, não tendo a apelante comprovado o pagamento de comissões à apelada ao longo da representação comercial ora verificada, está demonstrado o descumprimento do contrato.

Ora, a conduta da apelante contraria o disposto no art. 32 da Lei 4.886/65, que prevê o direito do representante ao recebimento das comissões quando do pagamento dos pedidos ou propostas, além de sujeitar a representada ao pagamento da indenização prevista no art. 27, alínea *j*, e do aviso prévio previsto no art. 34, ambos da mencionada lei.

Por outro lado, ao contrário do que alega a apelante, não se pode atribuir culpa à apelada pelo rompimento do contrato, visto que não está demonstrada a sua desídia no exercício da representação, nem tampouco que sua atuação tenha levado a apelante ao descrédito comercial.

Resta, pois, demonstrada a inadimplência contratual por parte da apelante, por não honrar com o pagamento das comissões pactuadas.

Outrossim, pende ainda controvérsia a respeito do valor devido pelas referidas comissões, tendo a apelada apontando o percentual de 5%, como aquele convencionado pelas partes.

Note-se que, em sua contestação, a apelante limita-se a sustentar a ausência de pacto das comissões em 5%, alegando apenas que a apelada era mera revendedora de seus produtos e que sua remuneração era a prática do preço a maior na venda das mercadorias.

Ao alegar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, recai sobre o réu o ônus de comprovar suas alegações.

Todavia, a apelante nem sequer trouxe aos autos a tabela de preços de suas mercadorias ou daqueles praticados em seu estabelecimento, para viabilizar o confronto com as notas fiscais apresentadas pela apelada, de modo a vislumbrar eventual proveito pela prática de preço superior àqueles praticados pela ré.

Aliás, a questão nem sequer foi objeto de indagação por parte da apelante na elaboração do laudo pericial.

Ademais, não se mostra exagerada a comissão correspondente a 5% sobre as vendas realizadas, impondo reconhecer válida a cobrança de comissões nesse patamar.

Logo, é procedente a ação ordinária de cobrança, devendo ser mantida a r. sentença nesse aspecto.

Com relação à ação anulatória de débito, é de se concluir, também, que julgou com o devido acerto o MM. Juiz *a quo*.

A apelante não se desincumbiu de comprovar que os cheques emitidos pela apelada se destinavam ao pagamento dos produtos para fins de revenda.

Ao contrário disso, a prova pericial confirma que os cheques emitidos pela apelada, nominais à apelante, eram todos inerentes à relação de representação comercial estabelecida entre as partes, *in verbis*:

> b) foram apresentados vários cheques - Unibanco e Banco Real, alguns deles com cópia xerográfica nas f. 164/183 dos autos, emitidos pela Requerente - Costa Vidigal Distribuidora Ltda., nominais à Requerida - Cerâmica Montreal Ltda., todos inerentes da relação comercial entre as partes, conforme escrituração contábil da ré (Parte final da resposta ao quesito 1, formulado pela autora, f. 252).

Importante ressaltar que, dentre os cheques apontados pelo perito oficial como sendo àqueles inerentes à relação comercial (f. 164/183), estão incluídos todos os títulos relacionados à f. 10 da petição inicial da ação anulatória em exame.

Desse modo, a apelada comprovou fato constitutivo de seu direito, qual seja que os cheques por ela emitidos, nominais à apelante, se relacionavam à representação comercial, inerentes aos negócios que intermediava.

E, aliado ao fato de a apelada emitir cheques em favor da apelante para a garantia do negócio, o documento de f. 25/27, já explicitado neste voto, ratifica a convicção acerca do repasse dos riscos da representada à representante, diante de eventual frustração do negócio.

Ocorre que, conforme disposto no art. 43 da nº Lei 4.886/65, acrescentado pela Lei nº 8.420/92: "é vedada no contrato de representação comercial a inclusão de cláusulas *del credere*".

A propósito, é a orientação jurisprudencial:

> Contrato de representação. Cláusula *del credere*. Descontos correspondentes aos títulos não honrados pelos clientes. Inclusão de juros. Violação do art. 43 da Lei 4.886/65. Sonegação de prova documental. (...). Embora não prevendo o contrato de representação a cláusula *del credere,* e havendo a representada sonegado documentos atinentes, demonstrado-se nos autos através de testemunhas que a empresa representada descontava da remuneração do seu representante comercial os valores correspondentes aos títulos que não eram pagos pelos clientes com juros, tem-se como caracterizada a violação ao art. 43 da Lei 4.886/65, segundo o qual, em contratos dessa natureza, não é lícita a inclusão daquela cláusula (TAMG, 6ª Câmara Cível, Apelação nº 2.0000.00.444.945-0/000, Rel. Juiz Dídimo Inocêncio de Paula, publ. em 11.12.04).

> Ação de cobrança - Contrato - Trato sucessivo - Prescrição - Quitação plena - Pagamento parcial - Representação comercial - Riscos - Repasse. (...) O recibo de pagamento que expressa valores exatos não quita as possíveis diferenças a que teria direito o credor e tampouco obsta o ajuizamento de ação judicial em busca da verba indenizatória complementar, cujo pagamento fora negado pelo devedor. Conforme disposto no art. 43 da Lei nº 8.420/92, nos contratos de representação comercial é vedado o repasse dos riscos do empreendimento ao representante comercial (TJMG, 15ª Câmara Cível, Apelação nº 1.0701.03.055040-7/002, Rel. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes, publ. em 15.03.06).

Outrossim, comprovado nos autos que a apelante atribuía à apelada a responsabilidade pelos valores correspondentes às vendas que não eram pagas pelos clientes, mediante a emissão de títulos em garantia do negócio, resta configurada a violação à lei de regência.

Logo, deve-se declarar a inexigibilidade dos títulos emitidos pela apelada para garantir o sucesso das vendas por ela intermediadas, confirmando-se a procedência dos pedidos iniciais.

Por derradeiro, pretende a apelante a redução dos honorários advocatícios fixados em favor do patrono da parte contrária.

A esse respeito, observa-se que, na ação de cobrança a verba relativa aos honorários advocatícios, foi fixada em 20% sobre o valor da condenação, valor que remunera com dignidade o patrono da apelada, pois que atende ao disposto no art. 20, § 3º, do CPC.

Já nos autos da ação anulatória, os honorários foram fixados em R$ 1.000,00, valor também condizente com o trabalho desenvolvido pelo mencionado advogado, não se mostrando excessiva a verba.

Ademais, os processos tramitam desde o ano de 2004, exigindo vasta dilação probatória, inclusive a realização de perícia contábil, tendo o patrono da apelada demonstrado dedicação e conhecimento, não se justificando, pois, a redução da verba honorária.

Mediante tais considerações, nego provimento ao recurso, para manter a sentença, pelos seus próprios fundamentos.

Custas recursais, pela apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ROBERTO BORGES DE OLIVEIRA e CABRAL DA SILVA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Ação civil pública - Serviços públicos de saneamento básico - Tarifa - Fixação - Copasa - Concessionária - Competência exclusiva para cobrança - Secretaria de Estado de Desenvolvimento Regional e Política Urbana - Resolução nº 22 - Litisconsórcio passivo necessário - Emenda da inicial - Matéria de ordem pública - Código de Processo Civil, arts. 267, § 3º, e 284

Ementa: Processual civil. Ação civil pública. Serviços públicos de saneamento básico. Fixação de tarifas. Copasa. Concessionária. Competência exclusiva para cobrança. Resolução da Secretaria de Estado de Desenvolvimento Regional e Política Urbana. Litisconsórcio passivo necessário. Emenda da inicial. Matéria de ordem pública. Código de Processo Civil, arts. 267, § 3º, e 284.

- Carece de emenda (CPC, art. 284) a inicial da ação civil pública ajuizada com vistas a impedir à Copasa, como concessionária de serviços públicos de saneamento básico, a cobrança de tarifas fixadas por resolução da Secretaria de Desenvolvimento Regional e Política Urbana, a fim de viabilizar a presença do Estado de Minas Gerais como litisconsorte passivo necessário.

Processo anulado parcialmente e emenda à inicial determinada, de ofício (CPC, art. 267, § 3º).

AGRAVO Nº 1.0024.07.442385-6/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravantes: Ministério Público do Estado de Minas Gerais e outro, Procon do Estado de Minas Gerais - Agravada: Copasa/MG - Cia. de Saneamento de Minas Gerais - Relator: DES. EDGARD PENNA AMORIM

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DE OFÍCIO, ANULAR PARCIALMENTE O PROCESSO E DETERMINAR A EMENDA DA INICIAL.

Belo Horizonte, 21 de fevereiro de 2008. - *Edgard Penna Amorim* - Relator.

Notas taquigráficas

Inscreveram-se para proferir sustentação oral, pelo agravante e pela agravada, os Drs. Luiz Carlos Teles de Castro e Solange Alves do Nascimento.

DES. EDGARD PENNA AMORIM - Sr. Presidente, pela ordem. Submeto a V. Ex.ª e à em. Segunda Vogal a presente proposição. No extinto mas saudoso Tribunal de Alçada, havia uma previsão regimental no sentido de que, quando algum dos componentes da Turma Julgadora entendesse de suscitar, de ofício, alguma questão não debatida nos autos e havendo a presença de representantes das partes para proferir sustentação oral, era dever do suscitante antecipar a questão e do Presidente outorgar a palavra àqueles, para que sobre aquela questão se manifestassem, no prazo de cinco minutos, após o qual se conferia o prazo regular de quinze minutos para a defesa oral.

No nosso atual Regimento, não há a dita previsão, que, como visto, cuidava de direito subjetivo da parte.

Não obstante, estando eu, no momento, com uma questão preliminar a suscitar, de ofício, e não debatida ainda nos autos, proponho que, embora omisso o Regimento, valhamo-nos daquela experiência sadia, para que a mesma providência ocorra, ainda que excepcionalmente, no âmbito deste Tribunal.

Portanto, tenho uma preliminar sobre a qual me pronunciarei, caso acatada a minha proposição.

DES. FERNANDO BRÁULIO - Quanto a esta preliminar argüida pelo em. Relator, nada tenho a me opor, pois acho até salutar a proposição, sobretudo em dia de pauta extensa como a de hoje.

DES.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO - Sr. Presidente. Desde que aportei a esta Corte e quando ainda Presidente da 3ª Câmara do Tribunal de Alçada, sempre achei o Regimento Interno daquele Sodalício de um descortino sem par ao estabelecer esse dispositivo regimental, porque não surpreende a parte e, aí, levamos sempre em conta a questão da defesa, para que ela seja a mais ampla possível.

Portanto, nada tenho a me opor quanto à questão de que, inicialmente, a sustentação oral se cinja, tão-somente, quanto à preliminar, *ex officio*, a ser levantada pelo em. Relator.

DES. EDGARD PENNA AMORIM - Sr. Presidente. Cuida-se de agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais e Procon/MG, nos autos da ação civil pública por eles ajuizada em face da Copasa/MG - Companhia de Saneamento de Minas Gerais, contra decisão do il. Juiz da 5ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, que indeferiu o pedido liminar formulado para que a ré, imediatamente, "deixe de aplicar os índices de reajuste previstos na Resolução nº 22/2007 da SEDRU, retornando os valores de seus serviços aos praticados em fevereiro de 2007 (valores anteriores a 1º.03.2007)", bem como "se abstenha de promover novos reajustes das tarifas dos serviços sem observância à Lei 11.445/07" (f. 114-TJ).

Sustentam os recorrentes, em síntese, a ilegalidade da conduta da ré, ora agravada, "quanto à desobediência do prazo para aplicação de reajuste tarifário e dos demais preceitos legais para tal procedimento" previstos na citada legislação especial, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico.

Por meio da decisão de f. 212/213-TJ, deferi o processamento do recurso, desacolhi o pedido de antecipação da pretensão recursal e determinei a intimação da agravada para os fins do art. 527, inciso V, do CPC.

A empresa agravada ofereceu contraminuta às f. 218/228-TJ, por meio da qual defende, em vários fundamentos, a legalidade da Resolução nº 22, de 15 de fevereiro de 2007, da Secretaria de Estado de Desenvolvimento Regional e Política Urbana - SEDRU e propugna pela manutenção da decisão recorrida.

Às f. 231/237-TJ, o i. representante do Ministério Público autor formulou pedido de reconsideração de minha decisão preambular, cuja apreciação diferi para após a manifestação da d. Procuradoria-Geral de Justiça (f. 238-TJ), materializada no parecer da lavra do il. Procurador Geraldo Flávio Vasques (f. 241/253-TJ), opinativo pelo provimento do recurso.

Louvando-me nos motivos expostos à f. 255-TJ, mantive a decisão de f. 212/213-TJ até o julgamento do agravo pelo Colegiado, para o que pedi fosse marcado dia urgentemente.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Apesar de a questão de fundo submetida voluntariamente a esta instância revisora cingir-se à ocorrência ou não do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* para a concessão da liminar rogada - especialmente, quanto àquele, ao alegado desrespeito à legislação nacional, que teria sido perpetrado pela multicitada Resolução SEDRU nº 22/2007 -, a verdade é que, exatamente por ser este o principal ato administrativo objurgado, o processo, *data venia*, não tem como subsistir na origem antes de sanados vícios que se constatam na inicial.

Com efeito, não obstante indiquem como ré apenas a Copasa - cuja legitimidade passiva se assentaria na circunstância de enquadrar-se na definição de fornecedor contida no art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, posto pessoa jurídica de direito privado -, os autores afirmam também ser ela entidade integrante da administração indireta estadual, vinculada à Secretaria de Estado de Desenvolvimento Regional e Política Urbana e com competência, explicitada no art. 3º do Decreto Estadual nº 43.753, de 19 de fevereiro de 2004 (f. 82-TJ), para

> a administração dos serviços públicos de água e esgoto, compreendendo o planejamento e a execução das obras e instalações, operação e manutenção de sistemas, a medição de consumo de água, faturamento, cobrança dos serviços prestados, aplicação de penalidade, e qualquer outra medida com eles relacionada, *observados os critérios e condições das concessões municipais* (f. 103/104-TJ - sublinhas deste voto).

Desde logo fique registrado que o próprio decreto governamental, editado em 2004, reconhece os Municípios como titulares dos serviços concedidos à Copasa, conquanto esta tenha sustentado - aqui (f. 222/224-TJ) e alhures (f. 157/161-TJ) - que a fixação e o reajuste de tarifas dos serviços públicos de saneamento básico na vigência da Lei Federal nº 6.528, de 11 de maio de 1978 - somente revogada pela Lei Federal nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007 - era de responsabilidade dos Estados-membros, e, no caso de Minas Gerais, da Secretaria de Estado de Desenvolvimento Regional e Política Urbana - SEDRU, assim legitimada para editar a indigitada Resolução nº 22/07 (f. 53/55-TJ).

Independentemente da questão atinente à titularidade dos serviços públicos de saneamento básico após a Constituição da República e do debate, àquela ínsito, acerca da recepção ou não, neste específico aspecto, da Lei Federal nº 6.528/78 pelo ordenamento constitucional inaugurado em 1988, o fato é que a Resolução nº 22/07 configura o ato administrativo censurado pelos

autores para formular os pedidos iniciais em face tão-somente da ré agravada Copasa, que, na condição de prestadora dos serviços, em decorrência de concessão ou outra forma de delegação, em matéria de tarifas, não detém competência senão para prestar as informações pertinentes ao órgão incumbido de fixar-lhes os valores e, naturalmente, para cobrá-las dos consumidores.

Disso resulta que, indisputavelmente, a pessoa jurídica responsável pela edição do ato administrativo que dá suporte à cobrança das tarifas nos questionados valores deve igualmente integrar o pólo passivo da ação civil pública. Na espécie, à míngua de personalidade jurídica da Secretaria de Desenvolvimento Regional e Política Urbana - SEDRU, o Estado de Minas Gerais é que deve também ser incluído como réu, na qualidade de litisconsorte passivo necessário, a teor do art. 47 do CPC, aplicável à ação civil pública por força do art. 19 da Lei Federal nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

Ainda que os autores não cogitem de questionar a legalidade da aludida resolução sob o prisma da competência do órgão que a editou - máxime à luz do disposto tanto na Constituição da República (inciso V do art. 30 c/c §§ 1º e 3º do art. 25) como na Lei Federal nº 11.445/07, que atribui aos titulares dos serviços a função de regulação, conquanto delegável (§ 1º do art. 23), e nela inclui a definição das tarifas (inciso IV do art. 22), de seus reajustes (art. 37) ou revisões (art. 38), uns e outras sujeitos aos princípios da clareza, objetividade e anterioridade (art. 39) -, estou convencido de que ao menos a ausência do Estado de Minas Gerais no pólo passivo da ação dificulta o julgamento do mérito desta, a justificar a aplicação do art. 284 do CPC.

(Proferiram sustentação oral, pelo agravante e pela agravada, os Drs. Luiz Carlos Teles de Castro e Solange Alves do Nascimento.)

DES. EDGARD PENNA AMORIM - Sr. Presidente, em. Pares, ilustre Procurador de Justiça, Dr. Luiz Carlos Teles de Castro, ilustre Advogada da Copasa, Dr.ª Solange Alves do Nascimento.

Ouvi, com atenção, as manifestações produzidas da tribuna acerca da preliminar, de ofício, por mim já anunciada.

Acrescento ainda ao meu voto, em resposta respeitosa à argumentação deduzida pelo ilustre Procurador de Justiça, que, a meu ver, o fato, que se confirma, de o ilustre Juiz *a quo* ter, na decisão agravada, determinado a publicação de edital, para fins de ciência geral, com vistas ao comparecimento eventual de interessados em compor a lide, nos exatos termos do § 2º do art. 5º da Lei 7.347/85, tal circunstância, *data venia*, não supre a nulidade observada, porquanto aquele dispositivo legal cogita de litisconsórcio facultativo, ao passo que, pelas razões que deduzi, o Estado de Minas Gerais deve figurar no pólo passivo, necessariamente, sob pena de se ter por írrita qualquer procedência de pedido voltado apenas contra atos da concessionária, que, à evidência, não tem, por si só, competência para fixar o valor das tarifas por ela praticadas, senão que tal competência, nos termos da Lei Federal nº 11.445/07, se reconhece, enfim, ao órgão de regulação eleito ou indicado pelo titular do serviço concedido ou delegado.

Anoto ainda que, uma vez citada a pessoa jurídica de direito público responsável pela fixação das questionadas tarifas, caberá a oitiva do representante judicial desta no prazo de setenta e duas horas, a fim de ser apreciado o pedido de liminar, nos termos do art. 2º da Lei Federal nº 8.437, de 30 de junho de 1992, em substituição à decisão ora agravada, que, consectário lógico, não subsiste diante da inépcia da inicial.

Em face do exposto, autorizado pelo § 3º do art. 267 e com fundamento no art. 284 do CPC, *de ofício, anulo o processo a partir de f. 21 e determino a emenda da inicial* no prazo de dez dias, contados da intimação que para esta providência se fizer na instância de origem.

Em homenagem à economia e celeridade processual, comunique-se com urgência ao il. Juiz *a quo* o resultado deste julgamento, independentemente da publicação do respectivo acórdão.

Custas, *ex lege*.

DES.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO - Sr. Presidente. Registro minha atenção às orações proferidas pelo ilustre representante do Ministério Público e pela advogada da parte.

Adiro, *in totum*, ao voto proferido pelo em. Relator e acrescento, apenas, que o posicionamento trazido pelo ilustre representante da Procuradoria-Geral de Justiça, a meu sentir, *data venia*, não tem razão de ser, porque a simples determinação judicial para cumprimento do § 2º do art. 5º da Lei 7.347/85, facultando ao Poder Público ou a outras entidades legitimadas a possibilidade de habilitação como litisconsorte - e aí repiso que se trata, efetivamente, de litisconsorte facultativo -, não supre a mencionada necessidade da emenda da inicial, pois, como bem posto pelo em. Relator, trata-se de litisconsorte passivo necessário, demandando o art. 47 da Lei Processual a sua convocação através de citação.

DES. FERNANDO BRÁULIO - Ouvi, com atenção, as sustentações orais proferidas em nome do agravante pelo ilustre Procurador de Justiça, Dr. Luiz Carlos Teles de Castro, e, pela agravada, pela ilustre advogada, Dr.ª Solange Alves do Nascimento.

Dada a condição de litisconsorte necessário do Estado de Minas Gerais, adiro ao voto do em. Relator por seus jurídicos fundamentos.

Súmula - DE OFÍCIO, ANULARAM PARCIALMENTE O PROCESSO E DETERMINARAM A EMENDA DA INICIAL.

...

Rescisão contratual - Compromisso de compra e venda - Bem imóvel - Construção - Prazo - Não-cumprimento - Devolução de parcelas pagas - Multa compensatória - Percentual - Indenização - Dano moral - Correção monetária - Termo inicial - Juros de mora

Ementa: Rescisão de contrato. Compromisso de compra e venda. Imóvel em construção. Prazo de entrega do imóvel vencido. Restituição das parcelas pagas. Retenção de percentual do valor restituído pelo vendedor. Limite da multa rescisória. Danos morais. Cabimento.

- Inexiste óbice legal a impedir que o promissário comprador inadimplente pretenda em juízo a rescisão do contrato de compra e venda, rompendo com o ajuste contratual, pela impossibilidade de continuar com o vínculo, havendo interesse de agir mesmo diante de cláusula contratual expressa.

- Se o promissário comprador não mais interessa continuar o vínculo jurídico com a promitente vendedora de unidade imobiliária financiada, admissível se torna sua rescisão, com devolução das parcelas pagas, autorizada a retenção pela vendedora da multa rescisória de 10% dos valores a serem devolvidos.

- A procrastinação injustificada na entrega do imóvel importa em prejuízo à promissária compradora, na medida em que frustra o objetivo de adquirir sua casa própria, configurando dano moral.

- O termo inicial da fluência da correção monetária incidente sobre o valor da indenização por danos morais é a data da publicação da decisão que, definitivamente, fixar o *quantum* indenizatório.

- Versando a lide acerca de ilícito contratual, os juros moratórios sobre o valor da condenação devem incidir a partir da citação.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.449119-2/003 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: 1ª) Construtora Tenda S.A., 2ª) Cibele Gonçalves de Oliveira - Apeladas: Cibele Gonçalves de Oliveira, Construtora Tenda S.A. - Relator: DES. DUARTE DE PAULA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DA RÉ E TOTAL PROVIMENTO AO RECURSO DA AUTORA.

Belo Horizonte, 5 de março de 2008. - *Duarte de Paula* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DUARTE DE PAULA - Inconformadas com a r. decisão que julgou parcialmente procedentes os pedidos insertos na ação de rescisão de contrato de compra e venda de imóvel, formulados por Cibele Gonçalves de Oliveira contra Construtora Tenda S.A., recorrem ambas as partes, segundo os argumentos postos nas razões de f. 168/187 e 190/202.

Conheço de ambos os recursos por atendidos os pressupostos de sua admissibilidade.

Pretendendo rescindir o contrato particular de promessa de compra e venda de imóvel em construção, celebrado com a ré, por força do qual lhe prometera alienar um imóvel constituído pelo apartamento 17, no Residencial Millenium, Bloco U, localizado na Av. Ortocrim, s/nº, Bairro Belo Vale, em Santa Luzia, ajuizou Cibele Gonçalves de Oliveira ação ordinária de rescisão de contrato, ressaltando que a ré não efetuou a entrega do imóvel em 31.01.06, como previsto no contrato, e que, apesar de notificada, não deu garantia de entrega do bem, pretendendo resolver o ajuste e obter a devolução dos valores mensais pagos do financiamento, corrigidos monetariamente e indenização por danos morais.

O MM. Juiz *a quo* julgou parcialmente procedentes os pedidos, para reconhecer a responsabilidade da ré pela resolução do contrato particular de compra e venda, condenando-a a restituir à autora todas as parcelas pagas, acrescidas de correção monetária pela tabela da Corregedoria-Geral de Justiça, desde a data de cada pagamento, incidindo juros de 1% a partir do ajuizamento da ação.

Do recurso da ré, Construtora Tenda S.A.

Insurge-se a ré contra a r. sentença, aduzindo em preliminar ausência de interesse processual da autora, uma vez que inadimplente com algumas prestações, o que leva à rescisão de pleno direito do contrato, não havendo necessidade da intervenção judicial.

No que tange à preliminar de carência de ação por falta de interesse de agir, tenho que não há como considerar sua ocorrência no presente caso, nem mesmo em relação ao pedido de rescisão do contrato, pois, mesmo estando patente a inadimplência da autora com o pagamento de prestações assumidas contratualmente, fato indispensável para caracterizar a rescisão do contrato, que se opera ainda por força de cláusula resolutória contratual expressa, de pleno direito, encontra-se perfeitamente configurada a necessidade de se obter, através de processo, a proteção ao interesse de ordem substancial, o que se verifica pela efetiva demonstração de que, por via extrajudicial, não se alcançaria o resultado aqui pretendido.

Assim, a autora demonstra possuir legítimo interesse processual de procurar a solução da controvérsia em juízo e, sobre a questão, reporta-se ao que ensina Humberto Theodoro Júnior:

> Localiza-se o interesse processual não apenas na utilidade, mas especificamente na necessidade do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto, pois a tutela jurisdicional não é jamais outorgada sem uma necessidade, como adverte Allorio. Essa necessidade se encontra naquela situação 'que nos leva a procurar uma solução judicial, sob pena de, se não fizermos, vermo-nos na contingência de não podermos ter satisfeita uma pretensão (o direito de que nos afirmamos titulares)'. (*Curso de direito processual civil*. 18. ed., Forense, 1996, v. 1, p. 56.)

No caso dos autos, por mais que afirme a apelante já se encontrar rescindido o contrato de pleno direito, tal fato não retira da relação entre as partes a existência do conflito de interesses, configurador da lide, através de uma resistência manifesta à solução do litígio, cuja composição há de ser realizada pelo Estado.

Ocorrendo, portanto, uma pretensão resistida, há lugar à invocação legítima da atividade jurisdicional, visto que o que move a ação é o interesse na composição da lide (interesse de agir), e não o interesse em lide (interesse substancial), motivo pelo qual se reveste de interesse a autora ao buscar no Judiciário a solução do impasse formado em torno da sua pretensão de rescindir o contrato firmado com a apelante e obter a restituição de parcelas por ele pagas por impossibilidade de continuar a manter o vínculo contratual, impondo-se, assim, a apreciação do mérito da ação.

Assim, rejeito a preliminar de carência de ação.

No mérito, alega a apelante que o prazo para entrega do imóvel poderia ser prorrogado por mais cento e vinte dias, tendo vencido, portanto, em 31 de julho de 2006, ocasionando tão-somente a incidência de multa, e não a rescisão do contrato, ressaltando a necessidade de retenção do percentual de 30% a título de multa indenizatória, afirmando que os juros devem incidir a partir da citação.

Como é sabido, o Código de Defesa do Consumidor, no art. 53, disciplina de forma clara e objetiva a questão da rescisão contratual dos contratos imobiliários, *verbis*:

> Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.

Aliás, a esse respeito, já se manifestou o extinto egrégio Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais:

> Rescisão de contrato c/c reintegração de posse. Promessa de compra e venda. Imóvel residencial. Financiamento. Cohab. Código de Defesa do Consumidor. - Diante da inadimplência da parte contratante, tem a contratada legítimo interesse em rescindir o contrato e pleitear a reintegração de posse no imóvel prometido à venda. Na conformidade com o disposto no art. 53 do Código de Defesa do Consumidor, impõe-se a devolução das parcelas pagas, contudo há de ser descontado do valor a restituir o equivalente a 10% (dez por cento) relativo às perdas e danos à parte contratada, sob pena de enriquecimento ilícito da parte contratante, que deu causa à rescisão. (Apelação Cível 308.922-4 - Rel. Jarbas Ladeira - j. em 03.02.03.)

Com efeito, tem-se que a apelada busca a rescisão do contrato de compromisso de compra e venda com a devolução das parcelas por ela pagas, tratando-se de direito do promissário comprador, mesmo inadimplente, desistir do negócio, nos termos do que faculta o Código de Defesa do Consumidor, no art. 53, motivo pelo qual não há aqui de se questionar acerca da multa que incidiria pelo contrato, em virtude da não-entrega do imóvel pela construtora, no prazo ajustado, pois, mesmo que tal situação esteja prevista, tem a autora direito à rescisão do contrato.

Consoante a melhor doutrina, o consumidor ocupa a última posição no ciclo econômico dependendo, portanto, dos demais setores da economia, tendo que se sujeitar a todas as imposições do mercado sem poder oferecer resistência concreta, haja vista a sua situação de necessidade de consumir um bem, produto ou serviço. É, pois, devido a esta sua condição de dependência e conseqüente vulnerabilidade diante de todo o ciclo e agentes econômicos que a ordem jurídica busca proteger o consumidor.

Trata-se, pois, da tutela de toda uma classe de pessoas (físicas ou jurídicas) que não só alimenta a atividade econômica como também sofre diretamente todos os efeitos negativos das alterações de qualidade, quantidade e preço de bens, produtos e serviços. Está aí o grau de importância, abrangência e inovação jurídicas do Código de Defesa do Consumidor.

No entanto, deve-se ressaltar que a empresa apelante faz jus à retenção de um percentual do valor a ser restituído à autora, a título de penalidade pelo seu inadimplemento (inteligência do art. 413 do novo Código Civil), como cláusula compensatória.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm entendido que a retenção, pela empresa imobiliária, de 10% (dez por cento) do montante a ser devolvido ao promissário comprador se caracteriza como medida de eqüidade que deve ser observada pelo Poder Judiciário ao analisar e julgar questões contratuais dessa natureza, quando mais que não teve a posse do imóvel que lhe fora prometido.

Tem sido esse, portanto, o posicionamento do colendo Superior Tribunal de Justiça:

> Civil. Promessa de venda e compra. Cláusula compensatória. Modificação. Possibilidade. Código de Proteção e

> Defesa do Consumidor, art. 53. Promessa de compra e venda. Cláusula de decaimento. Código de Defesa do Consumidor. Modificação. - A regra do art. 53 do Código de Defesa do Consumidor permite a modificação da cláusula de decaimento, para autorizar a retenção, pela promitente-vendedora, de apenas 10% das prestações pagas. Recurso conhecido e provido. (REsp 94.271/SP - Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar - *DJ* de 14.10.96.)

Logo, estou que a retenção do percentual de 10% (dez por cento), a favor da ré apelante, a fim de fazer face a todos os dispêndios relacionados com a comercialização do imóvel é, realmente, o mais consentâneo com a hipótese ora apresentada.

Em relação aos juros, tem-se que, em não se tratando de responsabilidade extracontratual decorrente de ato ilícito, deve-se observar a regra do art. 219 do CPC, que determina a incidência dos juros de mora a partir da citação válida, não fora tratar-se ainda de matéria pacificada no colendo Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido, podemos citar:

> Ação ordinária. Rescisão contratual. Restituição de parcelas. Possibilidade jurídica do pedido. Retenção de parcelas pelo compromissário vendedor. Juros legais. [...] Cabe ao Poder Judiciário invalidar a cláusula penal excessivamente onerosa, que prevê a perda quase integral das prestações quitadas, em caso de rescisão contratual ensejada pelo promitente comprador, admitindo-se, entretanto, a retenção, pelo promissário vendedor, de parte do valor já pago, com vistas a compensar os gastos realizados com o negócio, bem como visando penalizar a parte inadimplente. – [...] A restituição deve ocorrer de uma única vez, sem qualquer tipo de parcelamento e deverá ser a mais ampla possível, com a incidência, sobre o valor a ser devolvido, de correção monetária e juros de mora. - Não se tratando de responsabilidade extracontratual, decorrente de ato ilícito, os juros moratórios começam a fluir a partir da citação válida, em consonância com o *caput* do art. 219 do Diploma Processual. (Apel. Cível 288685-3, Rel. Juiz Silas Vieira, j. em 19.10.99.)

Do recurso da autora Cibele Gonçalves de Oliveira:

Insurge-se a autora contra a parte da r. sentença que julgou improcedente o pedido de indenização por danos morais, alegando ter experimentado prejuízos de ordem moral em conseqüência do descumprimento do contrato por parte da ré, que não entregou o imóvel na data aprazada, devendo ser condenada por danos extrapatrimoniais a serem arbitrados pelo Juízo, insurgindo-se contra os honorários advocatícios, requerendo sua majoração.

A indenização por dano moral deve abranger três causas: a compensação de perda ou dano derivado de uma conduta; a imputabilidade desse prejuízo a quem, por direito, o causou; e a prevenção contra futuras perdas e danos. Possui tal indenização, assim, caráter punitivo-educativo-repressor, estando a pena assentada na razão do desestímulo ao ato lesivo, inibindo atentados ou investidas contra valores alheios, frustrando novas práticas danosas, com real repercussão econômica na esfera do agente, cujo potencial econômico-social deve ser também valorizado, pois a reparação irrisória, sem reflexo em seu patrimônio, tornar-se-ia meramente simbólica e sem qualquer função penalizadora.

Todavia, para a responsabilização, não basta que o agente haja procedido conscientemente contra *jus*, nem que a vítima sofra um dano, que é o elemento objetivo do dever de indenizar. É necessário que se estabeleça uma relação de causalidade entre a injuricidade da ação e o mal causado. É preciso ter certeza de que sem a contravenção o dano não ocorreria. O nexo causal, assim, se torna indispensável, sendo fundamental que o dano tenha sido causado pela ação ou omissão culposa do sujeito.

Ao meu entendimento, a autora se viu afligida pela insegurança e fragilidade do negócio firmado com a construtora, sem expectativa de sua conclusão, de forma a retirar-lhe a garantia que deveria sobressair daquele compromisso de compra e venda, ferindo-a na sua estabilidade emocional, com o peso do logro e do insucesso no negócio, como vilipêndio a todas as aspirações da frustrada autora.

Arnaldo Marmitt corrobora com este entendimento:

> Os atributos do ser humano, as virtudes que o adornam e dignificam, são seus valores espirituais, os valores da honradez, do bom nome, da personalidade, dos sentimentos de afeição, enfim, todo um patrimônio moral e espiritual de valia inestimável. Qualquer atentado a esse patrimônio deve ser ressarcido da melhor forma possível. (*Perdas e danos*. 2. ed., Editora Aide, p. 127.)

No presente caso, tenho que a conduta da ré no sentido de procrastinar, sem motivo justificado, a entrega do imóvel causou prejuízo moral à apelante, quando teve frustrado o seu objetivo de adquirir a casa própria.

Assim, não há dúvidas quanto ao direito da apelante à indenização por danos morais, pois o atraso na entrega do imóvel gera, por si só, angústia e constrangimento.

Fixado entendimento de que a indenização por danos morais é devida, cumpre analisar a questão acerca do *quantum* indenizatório; e, nesse contexto, no arbitramento do montante da indenização, em se tratando de valor abstrato, tem em vista a natureza do dano, pois os parâmetros estabelecidos no Código Civil oferecem ao juiz a oportunidade de uma avaliação eqüitativa, em vista das circunstâncias socioeconômicas das partes, o gravame pessoal e as conseqüências morais trazidas à apelante, não tendo caráter absoluto, tratando-se de uma estimativa reparadora, ou mais precisamente, de uma penalidade pela ofensa moral.

A propósito, o magistério de Maria Helena Diniz:

> Na reparação do dano moral o juiz determina, por eqüidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso, o *quantum* da indenização devida, que deverá corresponder à

> lesão e não ser equivalente, por impossível tal equivalência (in *Responsabilidade civil,* 07/73).

O dano moral puro é indenizável a partir do momento em que o ato ou fato danoso causa ao ofendido dor, molestação ou angústia. O ofendido não precisa fazer prova desses incômodos, o que, a rigor, seria quase impossível. Basta provar o ato ou fato danoso e o seu causador.

Deve-se ter em conta a dupla finalidade da condenação, qual seja a de punir o causador do dano, de forma a desestimulá-lo à prática futura de atos semelhantes, alertando-o para que tome as cautelas necessárias, e a de compensar a vítima pelo sofrimento e pela dor indevidamente impostos, sem que tal ressarcimento se transforme numa fonte de enriquecimento injustificado ou traduza um valor simbólico, posto de inexpressiva ou insignificante fixação.

Assim é que, no arbitramento do valor da reparação, deve o juiz levar em consideração as contingências factuais da lide. A reparação não pode causar o enriquecimento sem causa e não assume outro caráter senão a compensação pecuniária pela dor moral que a agressão moral traz ao ofendido, devendo a indenização causar um impacto efetivo no patrimônio do ofensor.

Entretanto não pode lhe impor uma pena que seja exorbitante e assim, baseando-se nas circunstâncias do caso, e, tendo em vista ter a autora experimentado danos morais pelo não- recebimento no prazo do imóvel adquirido, arbitra-se o valor da condenação em sete mil e seiscentos reais, em conseqüência de tudo o que suportou.

Quanto à correção monetária, por não representar um *plus* à condenação, mas apenas a atualização da moeda corroída pela inflação, deve ser aplicada sobre qualquer débito decorrente de decisão judicial, sendo que, no caso dos autos, deve incidir a partir do momento da prolação do v. acórdão, quando foi reformada a r. sentença, fixando-se em definitivo o valor da indenização.

Esse o entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça:

> Civil. Ação indenizatória. Trânsito. Acidente. Danos morais. Correção monetária. Data da fixação da indenização por dano moral. Juros de mora. Incidência a partir do evento danoso. Agravo regimental parcialmente provido. - I. Correção monetária que flui a partir da data do acórdão estadual, quando estabelecido, em definitivo, o montante da indenização. II. Agravo regimental parcialmente provido (AgRg no Ag 649.020/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, *DJ* de 27.06.05).

> Danos materiais e morais. Responsabilidade civil. Transporte aéreo. Atraso no vôo. Codecon. Responsabilidade objetiva do transportador aéreo. Agência de turismo. Culpa não comprovada. Correção monetária e juros moratórios. Incidência. (...) 4. Esta Corte consolidou entendimento consoante o qual, nas indenizações por dano moral, o termo *a quo* para a incidência da correção monetária é a data em que foi arbitrado o valor. Precedentes (REsp 797.836/MG, Rel. Min. Jorge Scartezzini, *DJ* de 29.05.06).

No que concerne aos juros, trata-se de ilícito contratual, sendo, portanto, tal encargo devido desde a citação.

A propósito:

> Rescisão contratual. Promessa de compra e venda de imóvel. Devolução de importâncias pagas. Juros de mora. Data da citação. Art. 406 do Código Civil de 2002. Aplicabilidade. (...) Tratando-se de responsabilidade contratual, a mora constitui-se a partir da citação, e os juros respectivos devem ser regulados, até a data da entrada em vigor do novo Código, pelo art. 1.062 do diploma de 1916, e, depois dessa data, pelo art. 406 do atual Código Civil (STJ, REsp 594486/MG, Rel. Min. Castro Filho, j. em 19.5.2005, *DJ* de 13.6.2005, p. 294).

Por fim, quanto aos honorários advocatícios, tendo em vista a reforma da r. sentença e procedência total dos pedidos da autora, devem ser eles suportados integralmente pela parte ré, lembrando que, em se tratando de sentença condenatória, deve incidir o art. 20, §§ 3º e 4º do CPC, não havendo como ser fixados os honorários em quantia certa ou em percentual sobre o valor da causa, e sim sobre o valor da condenação, podendo-se ver pela simples leitura do comando sentencial que se descurou o culto Magistrado ao fixar o montante em quantia certa e de valor tão irrisório, devendo ter atendido aos princípios estabelecidos nos §§ 3º e 4º do art. 20 do CPC, arbitrando a verba honorária em percentual sobre o valor da condenação, ou do proveito obtido com a r. decisão.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso da ré, apenas para determinar que, em relação aos valores a serem restituídos por ela, incidam juros moratórios de 1% ao mês, a partir da citação, retendo o percentual de 10% do valor a ser devolvido, a título de multa, bem como dou provimento ao recurso da autora, para reformar a r. sentença, condenando a ré a indenizar a autora, a título de danos morais, no valor de sete mil e seiscentos reais, com incidência de correção monetária, pelos índices da Tabela da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, desde a publicação desta decisão e juros moratórios de 1% ao mês, desde a citação, devendo pagar honorários sucumbenciais ao procurador da autora, e esta ao procurador da ré, no equivalente a 15% do valor dos proveitos advindos da decisão, respondendo a ré por 70% das custas e despesas processuais, inclusive recursais, ficando os restantes 30% para a autora, suspendendo pelo prazo de cinco anos a execução de sucumbência, nos termos do art. 12, *in fine*, da Lei 1.060/50, se não houver alteração da situação da autora.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SELMA MARQUES e FERNANDO CALDEIRA BRANT.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DA RÉ E TOTAL PROVIMENTO AO RECURSO DA AUTORA.

...

Ação civil pública - Associação - Constituição - Finalidade institucional - Depósito judicial - Relação de consumo - Não-ocorrência - Ilegitimidade ativa

Ementa: Ação civil pública. Legitimidade ativa. Associação. Constituição. Finalidade institucional. Pertinência objetiva. Depósito judicial. Relação de consumo.

- Os fatos supervenientes devem necessariamente interferir no julgamento da lide - art. 462 do CPC -, de forma que, se ao tempo da prolação da sentença já havia transcorrido um ano da data da constituição da associação com a finalidade institucional de defesa dos consumidores, preenchidos se encontram os requisitos para a propositura de ação civil pública - art. 5º, inciso V, alíneas *a* e *b*, da Lei 7.347/85 e art. 82, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor.

- O depósito judicial é um ato estatal no exercício da jurisdição, de forma que não há, entre o depositário e o depositante, relação de consumo.

- Não havendo relação de consumo, patente a ilegitimidade ativa da associação para a propositura de ação civil pública.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.04.460868-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Adacc - Associação dos Amigos do Conjunto Cristina - Apelado: Banco do Brasil S.A. - Relator: DES. WAGNER WILSON

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 14 de fevereiro de 2008. - *Wagner Wilson* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiram sustentação oral: pela apelante, o Dr. Luiz Magno Dias; e, pelo apelado, o Dr. Ricardo Gesualdi.

DES. WAGNER WILSON - Conheço do recurso, presentes os requisitos de admissibilidade.

Recurso de apelação interposto pela Associação dos Amigos do Conjunto Cristina contra a r. sentença proferida pelo Juízo da 27ª Vara Cível de Belo Horizonte, que, nos autos da presente ação civil pública, acolheu a preliminar de ilegitimidade ativa e julgou extinto o processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, por entender que a relação jurídica discutida - depósito judicial - não é de consumo, já que realizada a título não oneroso, e que a autora incluiu em seu objeto social a defesa dos consumidores menos de um ano antes da propositura da ação, estando ausentes, portanto, as condições previstas no art. 5º da Lei 7.347/85.

Alega a apelante, preliminarmente, que a r. sentença seria nula, por não ter enfrentado todas as questões por ela suscitadas, mormente aquelas trazidas nos embargos de declaração de f. 387/390, que foram rejeitados sob o argumento de que essa via recursal não se prestaria à rediscussão do *decisum*.

Em relação ao mérito, argumenta que o depósito judicial seria um serviço remunerado, colocado à disposição dos consumidores pelo Banco do Brasil S.A., sendo, portanto, de consumo a relação entre depositante e depositário.

Assevera que a exigência legal seria a de que a associação esteja constituída há mais de 1 (um) ano, não havendo qualquer prazo para a inclusão em seu objeto social de uma das finalidades institucionais previstas.

Acrescenta que, tendo em vista o relevante bem jurídico a ser protegido, poderia ser dispensado o requisito da pré-constituição.

Esclarece, ao final, que, não obstante o entendimento do Juízo *a quo*, na época da sentença já se haviam passado mais de 2 (dois) anos da inclusão da defesa dos consumidores em seu estatuto.

Já o apelado, em suas contra-razões, pugna pela manutenção da sentença, sustentando, inicialmente, a nulidade absoluta da alteração contratual que incluiu entre os objetivos da apelante a proteção dos interesses dos consumidores, por não ter a assembléia observado o disposto no art. 59, inciso II e parágrafo único, c/c a redação anterior à Lei 11.127/05, o que ensejaria o reconhecimento da ausência de pertinência temática entre o objeto da associação apelante e a relação discutida nos presentes autos.

Salienta que inexistiria relação de consumo entre o depositário judicial e o depositante.

Aduz ainda outra questão preliminar: a ausência de interesse de agir da apelante por não haver prova de que algum de seus associados seria beneficiado com a procedência do pedido.

Por fim, traz considerações sobre o descumprimento do requisito da pré-constituição, bem como acerca da ausência de interesse social relevante.

O Ministério Público se manifestou às f. 431/442, opinando pelo provimento do recurso.

Em primeiro lugar, submeto à apreciação da Turma Julgadora a questão preliminar de nulidade da sentença recorrida levantada pela ora apelante.

1. Preliminar de nulidade da sentença.

Como já dito, alega a apelante, preliminarmente, que a sentença seria nula por não ter enfrentado todas as questões por ela suscitadas, mormente aquelas trazidas nos embargos de declaração de f. 387/390, que foram rejeitados sob o argumento de que essa via recursal não se prestaria à rediscussão do *decisum*.

Todavia, razão não lhe assiste.

A r. sentença de f. 376/385, ao reconhecer a ilegitimidade ativa da apelante, expõe de forma clara e exaustiva as razões que levaram o seu Prolator a tal convencimento.

Não há, além disso, a obrigação de o julgador se manifestar sobre todas as alegações das partes.

Ademais, os embargos de declaração de f. 387/390 visavam nitidamente à rediscussão da lide e à modificação do julgado, motivo pelo qual, acertadamente, foram rejeitados.

Não há, portanto, a ventilada nulidade.

Rejeito a preliminar.

DES. BITENCOURT MARCONDES - De acordo com o eminente Relator.

DES. JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTES - De acordo com o eminente Relator.

DES. WAGNER WILSON - 2. Da pertinência subjetiva da ação civil pública.

A legitimidade para a propositura de ação civil pública encontra-se regulamentada no art. 5° da Lei 7.347/85, que dispõe:

> Art. 5°. Tem legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: [...]
> V - a associação que, concomitantemente (Incluído pela Lei n° 11.448, de 2007):
> a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;
> b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Em termos semelhantes, o art. 82, inciso IV, do Código de Defesa de Consumidor.

Portanto, para que uma associação tenha legitimidade para ajuizar uma ação civil pública, deve preencher dois requisitos legais, previstos nos incisos do dispositivo transcrito acima: a constituição há mais de um ano; a finalidade de proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico ou paisagístico, enumeração essa que é taxativa.

No caso dos autos, qualquer que seja a corrente doutrinária adotada acerca da interdependência entre os aludidos requisitos, é inegável que a apelante preenche todas as condições exigidas, pois, na data da prolação da sentença recorrida, já havia se passado mais de um ano da inclusão da defesa do consumidor entre as suas finalidades, sendo certo que os fatos supervenientes devem necessariamente interferir no julgamento da lide - art. 462 do CPC -, inclusive na análise das condições da ação, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> Processo civil. CDC. Recurso especial. Ação civil pública. Tempo mínimo de constituição da associação. Legitimidade ativa.
> - Nos termos da legislação consumerista, a associação legalmente constituída há pelo menos um ano tem legitimidade para promover a defesa coletiva dos interesses do consumidor.
> - Em observância aos princípios da economia processual e efetividade da jurisdição, deve ser reconhecida a legitimidade ativa da associação que complete um ano de constituição durante o curso do processo.
> Recurso especial não conhecido (REsp 705469/MS, Rel.ª Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 16.06.2005, *DJ* de 1°.08.2005, p. 456).

Destaque-se ainda que a alegada nulidade da decisão assemblear que incluiu entre as finalidades da associação apelante a proteção dos interesses dos consumidores deve ser discutida em ação própria, pelas partes legitimadas, e respeitado o prazo legal.

3. Da pertinência objetiva.

Outra questão a ser solucionada diz respeito à análise da pertinência objetiva da demanda, que impõe a verificação da existência de relação de consumo entre o depositário judicial e o depositante.

Entendeu o Juízo *a quo* que não haveria entre as partes uma relação de consumo, pois o depósito judicial seria realizado a título não oneroso.

Tal argumento não deve subsistir.

Como bem observou o Ministério Público em seu parecer, a reclamada "remuneração" - art. 3°, § 2°, CDC - deve ser interpretada de forma abrangente, englobando todos os serviços cujos custos são repassados, direta ou indiretamente, ao consumidor.

Sobre o tema, trago as lições de Rizzatto Nunes (*Curso de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 97/98):

> Antes de mais nada, consigne-se que praticamente nada é gratuito no mercado de consumo. Tudo tem, na pior das hipóteses, um custo, e este acaba, direta ou indiretamente, sendo repassado ao consumidor. Assim, se, por exemplo, um restaurante não cobra pelo cafezinho, por certo seu custo já está embutido no preço cobrado pelos demais produtos.
> Logo, quando a lei fala em 'remuneração' não está necessariamente se referindo a preço ou preço cobrado. Deve-se entender o aspecto 'remuneração' no sentido estrito de qualquer tipo de cobrança ou repasse, direto ou indireto. [...]
> Por isso é que se pode e se deve classificar como repasse de custos direta ou indiretamente cobrados. No que respeita à cobrança indireta, inclusive, destaque-se que ela pode nem estar ligada ao consumidor beneficiário da suposta 'gratuidade'. No caso do cafezinho grátis, pode-se entender que seu custo está embutido na refeição haurida pelo próprio

> consumidor que dele se beneficiou. No do estacionamento grátis no *shopping*, o beneficiário pode não adquirir qualquer produto e ainda assim tem-se de falar em custo. Nesse caso, é outro consumidor que paga, ou melhor, são todos os outros consumidores que pagam.

Ora, não há dúvida de que o banco, ao realizar operações passivas e ativas, intermediando a circulação de capital na economia - o que é, ressalte-se, a sua principal atividade econômica -, aufere lucro, renda, remuneração.

Além disso, a remuneração é da própria natureza do depósito judicial, nos termos do art. 149 do Código de Processo Civil, *in verbis*: "Art. 149. O depositário ou administrador perceberá, por seu trabalho, remuneração que o juiz fixará, atendendo à situação dos bens, ao tempo do serviço e às dificuldades de sua execução".

Todavia, o exame da existência de relação de consumo entre o depositário judicial e o depositante merece ser mais aprofundado.

Hoje, não há mais dúvida de que o Código de Defesa do Consumidor se aplica às instituições financeiras, já que assim reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIN 2591.

No entanto, a análise da matéria *sub judice* não é tão simples. Não basta examinar a natureza das pessoas envolvidas - pessoa física e instituição financeira; é preciso adentrar nos demais elementos da relação jurídica estabelecida, verificando se há o oferecimento de um produto ou serviço no mercado, se há vínculo contratual entre as partes, bem como a hipossuficiência de uma em relação à outra, a destinação do bem etc. Em suma, deve-se analisar a natureza jurídica da relação travada entre as partes, para se evitar, como já se pronunciou o próprio Supremo Tribunal Federal, "o exagero e a inconstitucionalidade de se ampliar, de forma desproporcional, a incidência do CDC ou a tratá-lo com dimensão de importância equiparável à própria Constituição".

Então, mister se diferenciarem, a princípio, as diversas espécies de depósito.

Segundo as lições de Arnaldo Rizzardo, a forma mais tradicional de classificação das espécies de depósito é a que as subdivide em voluntário e necessário, distinguidas pelo citado jurista da seguinte forma, em obra publicada ainda na vigência do Código Civil de 1916 (*Contratos*. Rio de Janeiro: Aide, 1988, v. II, p. 763/764):

> A forma voluntária é estabelecida pelas partes através de uma convenção livre, pela qual o depositante elege espontaneamente, segundo sua própria vontade, o depositário. Vem regulada nos arts. 1.265 a 1.281 do Código Civil.
> Diz-se necessário, ou obrigatório, o depósito quando independe da vontade dos interessados, realizando-se no desempenho de obrigação imposta por lei. Neste caso, ou se imposto por lei, o depósito é legal, servindo de exemplo, entre outras hipóteses, o referente às bagagens dos hóspedes nos hotéis.

Quanto ao depósito voluntário, que tem como exemplo as cadernetas de poupança, não há dúvida quanto à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, como se consolidou no Superior Tribunal de Justiça após o julgamento do REsp nº 106.888.

Contudo, é diversa a situação no tocante ao depósito legal.

O que aqui se discute é se a relação havida entre o depositário judicial e o depositante pode ser considerada como de consumo.

O Código de Processo Civil faz menção ao depósito judicial em pelo menos duas oportunidades: ao tratar dos auxiliares da Justiça (arts. 148 a 150) e do depósito de bens penhorados (art. 666).

Perquirindo-se sobre a natureza jurídica do depósito judicial, encontram-se os ensinamentos de Pontes de Miranda, que, ao comentar o art. 666 do Código de Processo Civil, antes da alteração promovida pela Lei 11.382, de 2006, afirma que a relação não se dá entre depositante e depositário, mas sim entre o Estado e o depositário (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo X: arts. 612 a 735. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 209/210):

> 2) Executado que é depositário - A lei considera o depósito judicial em mão do devedor como negócio em que a declaração de vontade do Estado é dependente de aceitação do devedor e do exeqüente. Não cabe a esse o ônus de afirmar ou de provar que o devedor não lhe serve como depositário. Está-se em plano de declarações de vontade. Em todos os outros casos, o depósito independe da aceitação do exeqüente. Tudo se passa entre o Estado e o depositário. O exeqüente é como terceiro do art. 1.098 do Código Civil.
> 3) Estabelecimentos estatais e paraestatais - Os estabelecimentos estatais e os paraestatais são obrigados a aceitar o depósito; os outros, congêneres, a que se refere o art. 666, I, somente são obrigados segundo as leis que os regem. Se o exeqüente entende que um deles não lhe merece confiança, não pode exigir que se mude o depósito. Todos os seus atos hão de ser tendentes a assegurar a responsabilidade do Estado e a dos seus órgãos. Daí a conveniência de informar o juízo quanto a elementos de contra-indicação. As informações podem bastar a estabelecer-se, daí em diante, a culpa do juízo.

Em outro trecho, é ainda mais enfático o mencionado autor (*op. cit.*, p. 210/211):

> Ao depositário judicial, nas execuções, cabe guardar e conservar os bens depositados. Não há relação jurídica processual entre ele e o exeqüente, ou entre ele e o devedor. A relação jurídica é entre o Estado e ele.

Ainda mais esclarecedores são os ensinamentos de José Frederico Marques, que bem elucida a natureza jurídica do depósito judicial, afirmando ser um ato judicial ordenado pelo Estado por meio de seu *jus imperii* (*Instituições de direito processual civil*. Campinas: Millennium, 1999, v. 5, p. 184/187):

> O ato executivo do depósito não se confunde com o depósito convencional regulado no direito privado. O depósito de bem penhorado é de direito processual; e, como ato do

> processo executório, tem por característica ser 'um ato judicial em que aparece o Estado a ordenar, por *jus imperii*, a guarda dos bens do executado, móveis e imóveis'.
> As funções do depositário, por isso mesmo, são de direito público. Ele é a *longa manus* do juízo da execução, seu auxiliar e órgão do processo executório, com poderes e deveres próprios no exercício de suas atribuições.
> Não se pode falar sequer em contrato de direito público, para definir-se a natureza dessas funções e lhe apontar as fontes de que emanam. Só o ato unilateral dos órgãos do juízo da execução é eficiente, no caso: a aceitação do depositário aparece como simples condição de eficácia do ato de nomeação - ato esse que cria unilateralmente a 'relação jurídica de depósito'. [...]
> O depositário - público ou particular - é um auxiliar da administração da Justiça. Detém ele a coisa penhorada pelo dever funcional que decorre de sua qualidade de auxiliar do juízo no processo da execução. Como ensina Amílcar de Castro, o depositário não tem posse sobre os bens penhorados: 'o que tem é poder público sobre a coisa, resultante de seu dever de detê-la, até que o juiz mande entregá-la'. Trata-se, portanto, 'de uma relação de direito público entre o depositário e o Poder Judiciário acerca de uma coisa do domínio particular'.

Lido o escólio dos aludidos juristas, chega-se às seguintes ilações: o depósito judicial é um ato do Estado no exercício da jurisdição; o depósito judicial não é formado por manifestação de vontade das partes; não há, por conseguinte, vínculo contratual entre o depositário judicial e o depositante.

Acerca do *jus imperii* mencionado por Frederico Marques, não é demais relembrar que jurisdição é "a capacidade, que o Estado tem, de decidir imperativamente e impor decisões" (Araújo Cintra, Pellegrini Grinover e Dinamarco. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 24).

Portanto, o depósito judicial, como exercício de um Poder do Estado, a jurisdição, não é composto por manifestações de vontade formadoras de um vínculo contratual, no qual uma das partes pode ser considerada vulnerável, merecendo a proteção legislativa.

Vale lembrar, ainda, que a função jurisdicional do Estado pode ser considerada como uma "longa *manus* da legislação, no sentido de que ela tem, entre outras finalidades, a de assegurar a prevalência do direito positivo do país" (Cintra, Grinover e Dinamarco. *Op. cit.*, p. 38).

Em suma, não há relação de consumo entre o Poder Judiciário e o jurisdicionado, assim como não há entre o Poder Legislativo e o cidadão, bem como entre a Administração no exercício do poder de polícia e o administrado, hipótese que, inclusive, já foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 727.092-RJ; confira-se a ementa do voto-vista proferido pelo Ministro Luiz Fux:

> Processual civil. Ação civil pública. Associação de defesa dos consumidores. Legitimidade. Aplicação de multas por agentes de trânsito que não compõem os quadros de servidores da administração direta municipal.
> 1. Ação civil pública ajuizada por associação de defesa dos consumidores do Município de Niterói em face daquele Município, objetivando a imediata cessação e anulação de todas as multas de trânsito impostas por ilegítimos agentes da autoridade de trânsito de Niterói/RJ, porquanto detentores de função comissionada, desde o advento do Código Brasileiro de Trânsito, bem como das respectivas anotações procedidas nos prontuários dos motoristas por elas atingidos.
> 2. A solução da *quaestio iuris* carece do exame da seguinte indagação: o pedido de procedência da ação civil pública para anular todas as multas de trânsito, em decorrência da ilegitimidade dos agentes da autoridade de trânsito de Niterói/RJ, porquanto detentores de função comissionada, desde o advento do Código Brasileiro de Trânsito, bem como das respectivas anotações procedidas nos prontuários dos motoristas por elas atingidos, se insere na categoria de interesses difusos ou coletivos ou individuais homogêneos?
> 3. Hugo Nigro Mazzili, em notável obra sobre o *thema*, conceitua interesses difusos como 'aqueles cujos titulares não são determináveis e estão ligados por circunstâncias de fato. São indivisíveis porque, embora comuns a uma categoria de pessoas, não se pode quantificar qual a parcela que cabe a cada lesado, como o ar que respiramos ou a paisagem apreciada pelos moradores de uma região. [...]' e, mais adiante, definindo interesses coletivos, afirma: 'são aqueles em torno dos quais está reunido um conjunto determinável de pessoas (grupo, categoria ou classe), ligadas de forma indivisível pela mesma relação jurídica básica, como, p. ex., os integrantes de um consórcio, em matéria relativa à validade ou invalidade da relação jurídica que os une (em si mesma), a ilegalidade de um aumento é interesse compartilhado por todos os consorciados em igual medida, não podendo ser quantificada na proporção de cada um deles. [...]', e, quanto aos direitos individuais homogêneos, afirma: '[...] São aqueles que têm origem comum e são compartilhados na mesma medida por pessoas que se encontram unidas pela mesma situação de fato. São divisíveis, ou seja, quantificáveis em face dos titulares, como os consumidores que compram produto fabricado em série, como defeito [...]' (in *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 615/616).
> 4. O Poder de Polícia, consoante cediço, é a atividade engendrada pelo Estado com vistas a coibir ou limitar o exercício dos direitos individuais em prol do interesse público, nesse diapasão Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que: ' [...] O Estado, mediante lei, condiciona, limita, o exercício da liberdade dos administrados, a fim de compatibilizá-las com o bem-estar social. Daí que a Administração fica incumbida de desenvolver certa atividade destinada a assegurar que a atuação dos particulares mantenha-se consonante com as exigências legais, o que pressupõe a prática de atos, ora preventivos, ora fiscalizadores e ora repressivos. [...]' (in *Curso de direito administrativo,* 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 645/646).
> 5. No que concerne ao serviço público, ensina o eminente jurista: '[...] é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público - portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo [...]' (in *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 634).
> 6. Dessarte, conclui-se que os serviços públicos, comodidades oferecidas pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, não revela similitude apta a confundi-los com poder de polícia, que,

ao revés, denota atividade estatal tendente ao regramento das atividades engendradas pelos particulares.

7. *In casu,* a pretensão engendrada pela associação, consubstanciada na imediata cessação e anulação de todas as multas realizadas pelos ilegítimos agentes da autoridade de trânsito de Niterói/RJ, desde o advento do Código Brasileiro de Trânsito, bem como das respectivas anotações procedidas nos prontuários dos motoristas por elas atingidos, não revela interesse público, passível de proteção na ação civil pública, a uma: porque a relação existente entre o Ente Político e os Administrados, decorrente do poder de polícia daquele, não se confunde com relação consumerista; a duas: porque a inexistência de relação de consumo conduz à ilegitimidade ativa da associação para ajuizar ação civil pública, fundada no art. 21, da Lei 7347/85, *verbis*: 'Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor'.

8. Recurso especial parcialmente provido, nos termos do voto do Relator (REsp 727092/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, j. em 13.02.2007, *DJ* de 14.06.2007, p. 256).

Além disso, o depósito judicial não é um serviço oferecido em um mercado de consumo mediante a exposição de uma das partes à publicidade e à propaganda.

Ademais, por inexistir o elemento volitivo, não se pode dizer que, nessa relação, uma das partes seja vulnerável aos interesses particulares da outra, merecendo proteção; o que há, na verdade, é a sujeição das partes ao Poder estatal. Em síntese, consumidor e jurisdicionado não se confundem.

Dessarte, não havendo relação de consumo, patente a ilegitimidade ativa da associação para a propositura de ação civil pública, devendo ser mantida a r. sentença.

Conclusão.

Com essas considerações, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

Sem custas.

DES. BITENCOURT MARCONDES - De acordo com o eminente Relator.

DES. JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTES - De acordo com o eminente Relator.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

...

Perícia médica - Perito - Nomeação - Especialização na matéria - Necessidade - Inobservância - Substituição

Ementa: Agravo de instrumento. Nomeação de perito. Perícia médica. Especialidade em cirurgia plástica. Inobservância. Substituição do perito.

- Apesar de o juiz ser o destinatário da prova e poder nomear o perito de sua confiança, é indispensável que este comprove possuir o conhecimento técnico ou científico acerca da matéria em que deverá opinar, conforme dispõem o *caput* e o § 2º do art. 145 do CPC.

- Não comprovando o médico anestesiologista possuir conhecimento técnico acerca da especialidade em cirurgia plástica, mostra-se necessária, quando indispensável a especialidade para o deslinde da lide, a sua substituição pelo profissional da respectiva área, conforme previsto no inciso I do art. 424 do CPC.

AGRAVO Nº 1.0024.05.821220-0/002 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Eugênio Alfonso Sempertegui Coronel - Agravada: Christiane Brasil - Relator: DES. OSMANDO ALMEIDA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REPOSICIONAMENTO DE VOTO, DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 25 de março de 2008. - Osmando Almeida - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiram ao julgamento, pela agravante, o Dr. Loken Camila Drumond e, pela agravada, o Dr. Manuel de Souza Barros Neto.

DES. OSMANDO ALMEIDA - Trata-se de agravo de instrumento interposto por Eugênio Alfonso Sempertegui Coronel contra a r. decisão de f. 75-TJ, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 9ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, nos autos da ação de indenização aforada por Christiane Brasil, ora agravada, em favor do ora agravante.

O r. despacho agravado indeferiu o pedido de substituição de perito nomeado.

Em suas razões recursais, alega o agravante que resta evidente, no caso dos autos, a importância da realização de uma prova pericial médica robusta, precisa e atualizada com a melhor doutrina médica.

Aduz que o *expert* que venha a realizar o trabalho esteja em constante contato com a área da cirurgia plástica e atualizado sobre os detalhes inerentes à matéria.

Esclarece que o perito nomeado é profissional de área inteiramente diversa da cirurgia plástica, sendo anestesiologista.

Sustenta ser uma obrigação legal a nomeação de um perito especialista para a realização da perícia, nos termos dos arts. 145 e 424, I, do CPC.

Colaciona jurisprudência sobre o tema.

Assevera que, mesmo sendo qualquer profissional

da área médica habilitado para exercer a medicina, há uma limitação lógica e de natureza ética que deve afastá-lo de casos além de sua especialidade.

Insurge-se o agravante pugnando pela reforma do r. decisum, bem como pela concessão do efeito suspensivo, para que o feito não tenha qualquer andamento antes da apreciação do presente agravo.

Ao final, requer seja determinada a substituição do perito por especialista em cirurgia plástica.

Às f. 89/91-TJ, foi concedida a suspensividade buscada.

Às f. 98/103-TJ, foram apresentadas contra-razões no sentido da manutenção da decisão agravada.

Conheço do recurso, visto que presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Ausentes preliminares, passo ao exame do mérito.

A questão controvertida no presente recurso reveste-se de singeleza, não comportando maiores indagações.

Revelam os autos que a autora/agravada pretende ver-se indenizada por danos materiais e morais que teria sofrido em virtude de cirurgia plástica realizada pelo réu/agravante.

Conforme relatado, busca o agravante a substituição do perito nomeado pelo MM. Juiz *a quo*, fundamentando sua pretensão na ausência de conhecimentos específicos de cirurgia plástica do expert para realizar a perícia em comento, haja vista que sua especialidade é a anestesiologia.

Embora possa o juiz, como destinatário da prova, decidir sobre a conveniência de nomear o perito e a escolha deste não fique adstrita aos interesses das partes, mas do próprio juízo, que deverá ser diligente na busca da verdade real, indicando profissional de sua confiança, e não da parte, certo é que o indicado deverá possuir conhecimento técnico ou científico suficiente para a elucidação do caso.

Como bem doutrina o mestre Ernane Fidélis dos Santos, ilustre Desembargador do colendo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

> A prova pericial deve sempre ser realizada, quando reclamarem conhecimentos técnicos e especializados, ainda que o juiz os tenha, pois a prova, destinando-se ao conhecimento do julgador, é também garantia das partes.
> [...].
> Os conhecimentos especializados que se exigem, na perícia não são apenas os essencialmente técnicos de que são portadoras uma ou outra pessoa. Às vezes, qualquer pessoa de nível cultural médio está apta a colher os elementos necessários a informar determinada prova. Mas, levando-se em conta a dificuldade ou o meio que se tem de empregar para atingir o fim visado, o juiz não deve produzi-lo por si mesmo, nem sob forma de inspeção judicial (art. 440), em razão de pôr em risco sua respeitosa imagem de julgador (*Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 483-484).

O Código de Processo Civil estabelece em seu art. 424 que:

> Art. 424. O perito pode ser substituído quando:
> I) carecer de conhecimento técnico ou científico;
> II) sem motivo legítimo, deixar de cumprir o encargo no prazo que lhe foi assinado.

Assim, para que o julgador possa acolher o pedido de substituição do perito, deve a parte que a requerer provar que o *expert* não detém capacidade técnica ou científica para desincumbir-se do múnus ou que deixou ele de cumprir, no prazo legal, o encargo que lhe foi conferido.

Nesse sentido, é a orientação jurisprudencial:

> A possibilidade de substituição de perito e assistentes técnicos subordina-se à verificação de causas certas, estabelecidas em lei: carência de conhecimento técnico ou científico do nomeado, omissão de compromisso sem motivo legítimo (2º TACSP - AI 159189 - 2ª Câmara Cível - Rel. Juiz Walter Moraes - j. em 07.11.1983).

Assim, sendo a perícia o meio de apuração da verdade real, através dos conhecimentos especializados do expert, mister se faz que a indicação a ser feita pelo magistrado recaia sobre profissional de sua estreita confiança, mas, também, que, segundo a intenção do próprio legislador, possua conhecimentos técnicos e científicos aptos à melhor análise do processo.

Nesse passo, tenho que não assiste razão ao agravante quando pleiteia a reforma da r. decisão hostilizada e a conseqüente substituição do perito nomeado nos autos.

Primeiramente, em virtude da confiança do Juízo depositada no perito impugnado.

Em segundo lugar, devido à manifestação do próprio expert nos autos (f. 74-TJ), declarando o seu aceite à nomeação realizada pelo MM. Juiz *a quo*, esclarecendo, ainda, que realiza perícias nas varas de Belo Horizonte há aproximadamente 10 anos na área da medicina, julgando-se capaz de exercer o múnus.

Impende esclarecer que, tratando-se de um profissional da medicina que vem exercendo o seu ministério por indicação de magistrados desta comarca, por mais de 10 (dez) anos, sem que contra o mesmo tenha sido observado um deslize de comportamento profissional sequer, rejeitá-lo sem qualquer alicerce probatório seria temerário e insustentável diante de meras alegações e de nenhuma prova de sua imperícia.

Por fim, tenho que estabelecer de plano uma eventual deficiência, ou mesmo erro no diagnóstico, mesmo antes de o perito apresentar seu trabalho, se me afigura leviano, porque não trouxe o recorrente, objetivamente, qualquer indicação de outro profissional.

À detida análise dos autos, constata-se que o agravante ficou, realmente, no vago campo das alegações; estas de cunho meramente subjetivo, pois não cuidou de

apresentar elementos que pudessem fomentar, de forma mais convincente, a sua irresignação.

Reafirme-se que a nomeação de perito advém do prudente arbítrio do magistrado, que, assim, o vê portador de conhecimentos técnicos para a elaboração do laudo, após a peritagem condizente.

Concluo, portanto, que não cuidou o agravante de demonstrar o motivo de sua impugnação à nomeação do perito, em termos capazes de desabonar sua qualificação para tal, e de forma adequada para a argüição incidental de exceções de impedimento e de suspeição, como prevêem os arts. 138, III, 304 e seguintes do CPC.

Dessa forma, entendo que a insurgência do agravante contra a nomeação do perito não tem respaldo na legislação vigente, não podendo ser acolhida com base em nenhum de seus argumentos.

Cuido por atentar que a ausência de especialização do perito em cirurgia plástica não o inabilita ao mister; muito antes pelo contrário, como já afirmado alhures, goza ele da confiança do MM. Juiz.

Impende ressaltar que o Conselho Regional de Medicina já tem afirmado que a especialização não invalida a capacidade do profissional de atuar em mais de uma área, porquanto não há impedimento legal capaz de obstaculizar o exercício da profissão, que é garantido pela graduação em curso superior de Medicina e registro no órgão de classe próprio, obedecidas as formalidades legais.

Em apoio ao entendimento aqui adotado, colhe-se da jurisprudência:

> Ação indenizatória. Perito. Substituição por um especialista em cirurgia plástica. Inadmissibilidade. Profissional de medicina dotado de todos os requisitos legais para o exercício de encargo. Decisão mantida. Agravo não provido (Tribunal de Justiça de São Paulo - AI nº 205.191-5/3 - Santos - 4ª Câmara de Direito Público - Rel. Des. Soares Lima - j. em 07.06.01- v.u.).

Ademais, o agravante não estará impedido de indicar assistente técnico, além, evidentemente, sendo necessário e de seu interesse, de apresentar quesitos suplementares. Ainda poderá, obedecidas as normas legais, e no tempo devido, pedir esclarecimentos ao perito.

Nunca é por demais lembrar que o juiz não está adstrito ao laudo do perito oficial, podendo substituí-lo ou adotar o laudo do assistente técnico, quando este melhor informar ao julgador, trazendo elementos convincentes capazes de superar aqueles carreados pelo louvado do juiz, consoante dispõe o art. 436 da Lei Adjetiva: "O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos".

Dadas as circunstâncias que estão a emoldurar o caso em exame e as condições a serem observadas, não vislumbro qualquer prejuízo potencial para a realização da prova técnica com a manutenção do expert da confiança do Julgador, porquanto possuidor das qualidades técnico-científicas, já que se trata de profissional de medicina, com larga experiência na matéria a ser enfrentada e dirimida.

Com essas considerações, nego provimento ao agravo e, em conseqüência, mantenho a r. decisão impugnada, por seus próprios fundamentos, ficando desvalidado o efeito suspensivo concedido nestes autos às f. 89/91-TJ.

Custas recursais, pelo agravante.

DES. PEDRO BERNARDES - Peço vista.

Notas taquigráficas

DES. PRESIDENTE - O julgamento deste feito foi adiado na sessão anterior, a pedido do Desembargador 1º Vogal, quando, então, o Desembargador Relator negava provimento.

DES. PEDRO BERNARDES - Conforme já brilhantemente sintetizado pelo em. Des. Relator, o agravante, inconformado com a decisão proferida pela MM. Juíza *a quo,* que indeferiu a substituição do perito nomeado nos autos, interpôs o presente recurso visando à reforma.

Após analisar com acuidade as razões recursais, cheguei, com a devida vênia, à conclusão diversa do em. Des. Relator.

Foi nomeado nos autos para a realização da prova pericial o Dr. Carlos Humberto Barbosa Ganem (f. 68-TJ).

O agravante, dentro do prazo de 5 (cinco) dias da publicação da referida decisão, peticionou nos autos requerendo a substituição do *expert* ao fundamento de que este não detém o conhecimento necessário para elucidar as questões afetas a cirurgia plástica, já que é anestesiologista.

Intimado, o Dr. Carlos Humberto Barbosa Ganem afirmou sentir-se "confortável do ponto de vista técnico para a realização da lide", o que culminou no indeferimento do pedido de substituição formulado nos autos pelo agravante.

Entretanto, em que pese o entendimento esposado pelo em. Des. Relator, tenho, *data venia*, que a ausência de especialidade do Dr. Carlos Humberto Barbosa em cirurgia plástica restou comprovada nos autos, visto que este, intimado para esclarecer acerca de sua condição para realizar o trabalho, não apresentou nenhum documento capaz de infirmar a alegação do agravante.

A meu sentir, não basta a simples declaração do perito nomeado acerca de sua aptidão, devendo o profissional, conforme dispõe o § 2º do art. 145 do CPC, comprovar a especialidade na matéria sobre a qual deverá opinar, mediante certidão do órgão profissional, o que efetivamente não ocorreu no presente caso.

Pelo que se depreende da inicial, cuja cópia está jungida às f. 18/41, a agravada visa obter indenização do agravante em razão dos "erros havidos nas duas primeiras cirurgias" plásticas por este realizadas.

Desse modo, não sendo o Dr. Carlos Humberto Barbosa Ganem especialista em cirurgia plástica, evidente que este, embora formado em medicina, não terá todos os conhecimentos técnicos necessários para auxiliar o Magistrado na solução da lide, o que impõe a sua substituição.

Nelson Nery Júnior (*Código de Processo Civil comentado*. 9. ed. São Paulo: *RT,* 2006, p. 361) assim destaca:

> Perícia médica. Deve ser levada a efeito por quem tem inscrição regular no CRM. A alusão feita pelo CPC 145 § 2º à especialidade do profissional autoriza entender que não basta a qualidade de médico para a realização de perícia que exija conhecimentos de especialista. É necessário que a identidade profissional indique qual o ramo de atividade em que se insere o objeto da perícia, bem como se o profissional escolhido pelo juiz se enquadra dentre os que se valem de conhecimento especial sobre o tema.

Necessário registrar, por fim, que não se está, com esta decisão, desmerecendo o Dr. Carlos Humberto Barbosa Ganem e seu trabalho. Entretanto, como este não detém conhecimentos técnicos atinentes à especialidade necessária para o deslinde dos autos, forçoso concluir que ele não é o profissional indicado para realizar este trabalho. Diferente seria se a questão fosse para aferir a correção dos atos praticados por algum anestesiologista ou se restasse comprovado que na comarca inexistem especialistas na área a ser examinada - § 3º do art. 145 do CPC -, o que não ocorre no caso em tela.

Apesar de o juiz ser o destinatário da prova e poder nomear o perito, não se deve olvidar que o *caput* do art. 145 do CPC se refere ao conhecimento técnico e o § 2º determina a comprovação da especialidade do *expert* na matéria em discussão.

Aliás, o *caput* e o inciso I do art. 424 do CPC assim dispõem:

> Art. 424. O perito pode ser substituído quando:
> I - carecer de conhecimento técnico ou científico.

Nesse sentido:

> Agravo de instrumento. Nomeação de perito. Perícia médica. Especialização na matéria. Necessidade. Substituição do *expert*. Possibilidade. - Atento aos parâmetros de utilidade e especialidade que orientam a interpretação do art. 145 do Código de Processo Civil, não se afigura recomendável a nomeação de perito que, confessadamente, carece de conhecimentos satisfatórios sobre a matéria que lhe é submetida à apreciação (REsp 773192/SP - Rel. Min. Castro Filho - j. em 07.02.2006 - *DJ* de 06.03.2006, p. 386) (TJMG - Agravo de Instrumento nº 1.0604.06.001679-6/001 - 12ª Câmara Cível - Rel. Domingos Coelho - j. em 26.09.2007).

> Processual civil. Perícia médica. Perito. Nomeação. Especialidade na matéria. Comprovação. Necessidade. - Apesar de o *caput* do art. 145 do CPC permitir ao juiz nomear perito de sua confiança para a apuração do fato reclamado em juízo, tal permissão não é de caráter absoluto, sendo necessária a observância dos demais parágrafos daquele dispositivo, que tratam da inscrição no órgão de classe competente e da comprovação da especialidade na matéria, salvo se na localidade não houver profissional qualificado (Agravo de Instrumento nº 480.386-7 - Rel. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes - j. em 07.04.2005).

> Processo civil. Prova. Perito. Profissional habilitado. Lei 5.194/66 e CPC, art. 145. Hermenêutica. Recurso não conhecido. [...] Na exegese dos parágrafos do art. 145 do CPC, deve o juiz atentar para a natureza dos fatos a provar e agir *cum grano salis*, aferindo se a perícia reclama conhecimentos específicos de profissionais qualificados e habilitados em lei dando à norma interpretação teleológica e valorativa (STJ - REsp 7782/SP - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira - j. em 29.10.1991 - *DJ* de 02.12.1991, p. 17.540).

Além de tudo que foi exposto, estou a entender que, no caso, é de toda conveniência a substituição do perito, objetivando inclusive evitar embaraços futuros à rápida solução da lide.

Penso que, como o ilustre perito nomeado efetivamente não é especialista em cirurgia plástica, tendo em vista o objeto da lide, a sua manutenção no encargo estará facilitando futuras intermináveis discussões nestes autos, o que é de todo conveniente evitar.

Portanto, tenho que deve ser dado provimento ao presente recurso para determinar a substituição do perito nomeado nos autos de origem, ficando a cargo da MM. Juíza *a quo* a nomeação de outro que comprove possuir especialidade em cirurgia plástica.

Com essas razões, rogando vênia ao em. Des. Relator, dou provimento ao presente recurso para determinar a substituição do profissional nomeado nos autos de origem, devendo a MM. Juíza *a quo* nomear outro perito que comprove possuir especialidade em cirurgia plástica. Se necessário, S. Ex.ª poderá solicitar indicação ao CRM ou à Associação Médica.

Custas, pela agravada.

DES. TARCÍSIO MARTINS COSTA - Rogando vênia ao eminente Relator, penso que a substituição do perito ainda mais se justifica, pois, além de não se tratar de médico especializado em cirurgia plástica, também o agravante, ao que tudo sinaliza, não tem formação específica nessa especialidade.

Assim, a nomeação de profissional que possua conhecimentos técnicos e científicos, na especialidade, sem dúvida haverá de contribuir para a apuração da verdade substancial, escopo maior do processo, sem prejuízo algum para quem quer que seja.

Com esses modestos registros, renovando vênia ao eminente Relator, acompanho o não menos eminente Revisor.

DES. OSMANDO ALMEIDA - Valendo-me da faculdade regimental, retomo a palavra para proferir o reposicionamento adotado neste processo.

Reposicionamento.

Revelam os autos que a autora/agravada pretende ver-se indenizada por danos materiais e morais que teria sofrido em virtude de cirurgia plástica realizada pelo réu/agravante.

Conforme relatado, busca o agravante a substituição do perito nomeado pelo MM. Juiz *a quo*, fundamentando sua pretensão na ausência de conhecimentos específicos de cirurgia plástica do *expert* para realizar a perícia em comento, haja vista que sua especialidade é a anestesiologia.

Embora possa o juiz, como destinatário da prova, decidir sobre a conveniência de nomear o perito e a escolha deste não fique adstrita aos interesses das partes, mas aos do próprio Juízo, que deverá ser diligente na busca da verdade real, indicando profissional de sua confiança, e não da parte, certo é que o indicado deverá possuir conhecimento técnico ou científico suficiente para a elucidação do caso.

Como bem doutrina o mestre Ernane Fidélis dos Santos, ilustre Desembargador do colendo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

> A prova pericial deve sempre ser realizada, quando reclamarem conhecimentos técnicos e especializados, ainda que o juiz os tenha, pois a prova, destinando-se ao conhecimento do julgador, é também garantia das partes.
> [...].
> Os conhecimentos especializados que se exigem, na perícia, não são apenas os essencialmente técnicos de que são portadoras uma ou outra pessoa. Às vezes, qualquer pessoa de nível cultural médio está apta a colher os elementos necessários a informar determinada prova. Mas, levando-se em conta a dificuldade ou o meio que se tem de empregar para atingir o fim visado, o juiz não deve produzi-la por si mesmo, nem sob forma de inspeção judicial (art. 440), em razão de pôr em risco sua respeitosa imagem de julgador (*Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 483-484).

O Código de Processo Civil estabelece em seu art. 424 que:

> O perito pode ser substituído quando:
> I) carecer de conhecimento técnico ou científico;
> II) sem motivo legítimo, deixar de cumprir o encargo no prazo que lhe foi assinado.

Nota-se, desse modo, que a análise do presente agravo se cinge à verificação de ser necessário perito com especialidade em cirurgia plástica para a elaboração do laudo.

Quanto à nomeação do perito e respectiva especialidade para a elaboração do laudo, cumpre transcrever o disposto no art. 145 do CPC; vejamos:

> Art. 145. Quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico, o juiz será assistido por perito, segundo disposto no art. 421.
> § 1º Os peritos serão escolhidos entre profissionais de nível universitário, devidamente inscritos no órgão de classe competente, respeitado o disposto no Capítulo VI, Seção VII, deste Código.
> § 2º Os peritos comprovarão sua especialidade na matéria sobre que deverão opinar, mediante certidão do órgão profissional em que estiverem inscritos.

Mediante a leitura do artigo acima transcrito, constata-se que, apesar de o juiz ser o destinatário da prova e poder nomear o perito, não se deve olvidar que o caput do art.145 se refere ao conhecimento técnico e o § 2º determina a comprovação da especialidade do expert na matéria em discussão.

Tal fato, a seu turno, permite a ilação de que o perito nomeado deve possuir conhecimento específico acerca da matéria tratada nos autos.

Quanto à análise dos termos do art. 145 do CPC, atente-se para os seguintes julgados proferidos por este Tribunal e pelo STJ:

> Agravo de instrumento. Nomeação de perito. Perícia médica. Especialidade na matéria. Cirurgia plástica. Necessidade. Inocorrência. Substituição do perito. - Apesar de o juiz ser o destinatário da prova e poder nomear o perito, não se deve olvidar que o *caput* do art. 145 se refere ao conhecimento técnico e o § 2º determina a comprovação da especialidade do *expert* sobre a matéria que lhe será submetida à apreciação. Não possuindo o médico cardiologista conhecimento técnico específico acerca da matéria sobre a qual se cingem a demanda e os quesitos, qual seja dano estético decorrente de cirurgia plástica *'lifting* de face', mostra-se recomendável a substituição do *expert*, hipótese esta amparada pelo disposto no art. 424, I, do CPC. (AI nº 1.0024.06.056049-7/001, Rel. Des. Irmar Ferreira Campos, julgamento: 19.07.2007.)

> Processo civil. Prova. Perito. Profissional habilitado. Lei 5.194/66 e CPC, art. 145. Hermenêutica. Recurso não conhecido. [...] Na exegese dos parágrafos do art. 145 do CPC, deve o juiz atentar para a natureza dos fatos a provar e agir cum grano salis, aferindo se a perícia reclama conhecimentos específicos de profissionais qualificados e habilitados, em lei, dando à norma interpretação teleológica e valorativa. (STJ, REsp 7782/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgamento: 29.10.1991, *DJ* de 02.12.1991, p. 17.540.)

Ao exame dos autos, verifica-se que a parte autora, ora agravada, alega a ocorrência de dano estético, material e moral causados por suposto insucesso na realização de cirurgia plástica de lipoaspiração e inversão bilateral de mamilos.

Contudo, apesar de a exordial estar diretamente relacionada à cirurgia plástica, o perito nomeado tem especialidade na área de anestesiologia. Assim, apesar de ser médico, não se verifica possuir especialidade na matéria sobre a qual deveria opinar, em afronta ao disposto no art. 145 do CPC.

Conquanto tenha o perito ressalvado que atua costumeiramente junto ao juízo, tal fator não leva a crer, por si só, sua aptidão para a realização da perícia em comento.

Ora, é notório que a medicina se subdivide em várias especialidades, determinadas pelos diversos sistemas do corpo humano, necessitando aprofundado estudo e prática do profissional que tem a intenção de atuar em cada uma delas.

Por isso, diante da inexistência de provas relativas à habilidade do profissional na área de cirurgia plástica, conclui-se pela sua inaptidão para a confecção do laudo.

Comentando o art. 145 do CPC, Nelson Nery Júnior destaca, quanto à perícia médica que:

> Perícia médica. Deve ser levada a efeito por quem tem inscrição regular no CRM. A alusão feita pelo CPC 145 § 2º à especialidade do profissional autoriza entender que não basta a qualidade de médico para a realização de perícia que exija conhecimentos de especialista. É necessário que a identidade profissional indique qual o ramo de atividade em que se insere o objeto da perícia, bem como se o profissional escolhido pelo juiz se enquadra dentre os que se valem de conhecimento especial sobre o tema. (*Código de Processo Civil comentado*. 9. ed. rev. , atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006. p. 361.)

Dessarte, não possuindo o médico anestesiologista conhecimento técnico específico acerca da matéria sobre a qual se cingem os autos, qual seja cirurgia plástica, mostra-se recomendável a substituição do *expert,* hipótese esta amparada pelo disposto no art. 424, I, do CPC.

Corrobora esse entendimento o seguinte julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça:

> Processo civil. Rescisão contratual. Indenização. Deficiência na prestação de serviço. Administração e controle de cartão de crédito. Perícia. Grau de especialização do perito. Exegese do art. 145 do Código de Processo Civil. Existência de justa motivação para a substituição do perito. - Atento aos parâmetros de utilidade e especialidade que orientam a interpretação do art. 145 do Código de Processo Civil, não se afigura recomendável a nomeação de perito que, confessadamente, carece de conhecimentos satisfatórios sobre a matéria que lhe é submetida à apreciação. (REsp 773192/SP, Rel. Min. Castro Filho, julgamento: 07.02.2006, *DJ* de 06.03.2006, p. 386.)

Assim, com tais considerações, após cuidadoso exame das razões trazidas no voto do em. Revisor, em juízo de reposicionamento, estou convencido de que a solução adotada pelos votos proferidos após aquele por mim prolatado, é a que melhor pacifica os interesses em debate, oferecendo maior segurança ao Julgador e às partes.

Com essas razões de decidir, não tenho nenhuma dúvida em reposicionar-me, para também prover o recurso, acompanhando os r. votos que me sucederam.

Custas, pela agravada.

Súmula - EM REPOSICIONAMENTO DE VOTO, DERAM PROVIMENTO.

...

Pedido de visita - Indeferimento - Pai - Comportamento agressivo e inadequado - Princípio constitucional de máxima proteção à criança e da dignidade da pessoa humana

Ementa: Pedido de visita. Indeferimento. Comportamento agressivo e inadequado do pai. Inteligência do princípio constitucional de máxima proteção à criança e da dignidade da pessoa humana.

- O comportamento agressivo e inadequado do pai desautoriza a realização de visitas aos seus filhos, pois há risco para a integridade física, emocional e psicológica das crianças. Entender o contrário é fazer pouco caso dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e de proteção integral à criança, que asseguram às crianças o direito à vida, à dignidade, ao amor, ao afeto, ao cuidado, à proteção, ao carinho e ao respeito, pois, como pessoa humana em processo de desenvolvimento e como sujeito de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis, têm elas direito de se verem protegidas de uma convivência, ainda que seja com o próprio pai, que lhes causará mais danos do que benefícios. Em todos os litígios em que uma criança esteja envolvida, o julgador deve ter em vista, sempre e primordialmente, o interesse da criança.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.02.869116-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: J.C.G.F. - Apelado: R.A.M.S. - Relatora: DES.ª MARIA ELZA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 11 de fevereiro de 2008. - *Maria Elza* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª MARIA ELZA - Cuida-se de recurso de apelação cível interposto por J.C.G.F. contra sentença proferida pelo Juízo da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Belo Horizonte, que, nos autos de uma ação de direito de visita aos filhos promovida pelo apelante em face de R.A.M.S., ora parte apelada, julgou improcedente o pedido, para manter suspenso o direito de visitação do autor, ora apelante, aos filhos.

Em razões recursais de f. 259/264-TJ, o apelante alega que tem direito de visitar os filhos. Assinala que a convivência com o pai é essencial para a formação, a

educação e a personalidade dos filhos. Aduz que é inverídica a alegação de que tenha molestado sexualmente uma de suas filhas. Cita jurisprudência favorável à sua tese recursal. Pede, por tais motivos, seja provido o recurso.

A parte contrária respondeu ao recurso, às f. 268/272-TJ, pugnando pelo não-provimento da apelação.

Parecer do Procurador de Justiça Roberto Cerqueira Carvalhaes, às f. 279/281-TJ, opinando pelo não-provimento do recurso.

É o relato. Decido.

Preliminarmente, registro que "o prazo recursal do art. 198, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente aplica-se somente aos procedimentos especiais previstos entre os arts. 152 e 197 do referido estatuto" (REsp nº 440453/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux).

Assim, interposto o presente recurso no prazo legal de 15 (quinze) dias, dele conheço, pois presentes os requisitos legais de admissibilidade.

O filho tem o direito natural de conviver com o pai. A presença paterna é importante para o desenvolvimento emocional e psicológico da criança. Contudo, se tal convivência com o pai é prejudicial à criança, é dever do Poder Judiciário restringir o contato, a fim de salvaguardar o interesse da criança.

No caso em exame, o conjunto probatório, apoiado nos laudos de psicólogos e assistentes sociais, aponta que a presença paterna é perturbadora para as crianças, dado ao comportamento agressivo do pai, que, além de fazer uso de bebida alcoólica, tem tendência a praticar atos libidinosos com duas de suas filhas (vide documentos de f. 16, 23, 74, 133, 174 e 181-TJ).

O relato da menor G.G.D.S.F., filha do apelante, é revelador:

> [...] que são verdadeiros os relatos de que seu pai teria tido algum tipo de conduta inadequada com a declarante; que o genitor batia muito na declarante, nos irmãos da declarante e na mãe da declarante; que o genitor batia na mãe com cabo de faca, garfo, pau de vassoura, fio elétrico; que as agressões ocorriam tanto seu pai estando bêbado como não estando bêbado; que gostou das visitas a seu pai no *shopping* mais ou menos; que seu pai também demonstrou o 'pipi' para declarante e para sua irmã [...] que tais fatos aconteciam quando sua mãe não estava em casa; que por causa destes fatos ficou com certo receio de seu pai; que o que está relatando é a verdade [...] que não aceitaria ficar na companhia de seu pai sem a companhia de sua mãe; [...] que esse ato de seu pai mostrar o pipi ocorreu duas vezes com a declarante e três vezes com J.; que no caso [...] que não gostaria de visitar seu pai mesmo na companhia de um Comissário da Infância ou outro funcionário da Justiça; que tem um pouco de medo de seu pai [...] que além de mostrar seu pipi seu pai chegava a tocar com as mãos na 'xoxota' (vagina) da declarante; que tal fato se deu com sua irmã J. [...] que no caso das agressões físicas, seus irmãos também apanhavam bastante do pai (f. 175 - TJ).

Assinalo que o depoimento, apesar de ter sido prestado por uma criança, goza de credibilidade e coerência não só com o conjunto probatório, mas com seu próprio conteúdo, pois, segundo o douto juiz Marcos Flávio Lucas Padula, que presidiu a audiência, o depoimento "da infante foi bastante claro e articulado, nos levando a crer que houve o abuso".

Tais fatos já desautorizam a realização de visitas do apelante aos seus filhos, pois há risco para a integridade física, emocional e psicológica das crianças.

Entender o contrário é fazer pouco caso dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e de proteção integral à criança, que asseguram às crianças o direito à vida, à dignidade, ao amor, ao afeto, ao cuidado, à proteção, ao carinho e ao respeito, pois, como pessoa humana em processo de desenvolvimento e como sujeito de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis, têm elas direito de se ver protegidas de uma convivência, ainda que seja com o próprio pai, que lhes causará mais danos do que benefícios.

Em todos os litígios em que uma criança esteja envolvida, o julgador deve ter em vista, sempre e primordialmente, o interesse da criança.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso. Por litigar sob o pálio da justiça gratuita, fica suspenso o recolhimento das custas recursais, pelos apelantes, nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES NEPOMUCENO SILVA e MAURO SOARES DE FREITAS.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Ação renovatória - Locação comercial - Contrato escrito - Prazo determinado - Renovação por mais de cinco anos - Retomada do imóvel - Exploração da mesma atividade comercial - Vedação do pedido - Exceção - Instalações destinadas a negócios específicos - Inaplicabilidade - Término do contrato - Aluguéis - Valor - Indenização - Pedido analisado - Prestação jurisdicional completa - Sentença citra petita - Inexistência - Nulidade - Inocorrência - Honorário de advogado - Fixação

Ementa: Sentença *citra petita*. Renovatória. Requisitos. Retomada para uso próprio. Mesmo ramo de atividade. Fundo de comércio. Frigorífico. Instalações destinadas a negócios específicos. Indenização ao locatário. Aluguéis. Valor. Honorários advocatícios. Recurso de frigorífico Vale do Paraíso Ltda. Conhecido e parcialmente provido. Recurso de Abatedouro de Bovinos e Suínos Paraíso Ltda. Conhecido e não provido.

- Não é nula, por *citra petita*, a sentença que analisa pedido de indenização, deixando de fixá-la fundamentadamente.

- Demonstrada a existência de contratação do aluguel por escrito e com prazo determinado, havendo renovação por mais de cinco anos ininterruptos, tem o locatário direito à ação renovatória.

- Em sede de locação comercial, a exceção que veda o pedido de retomada do imóvel para exploração da mesma atividade comercial do locatário não se aplica aos que possuem instalações destinadas a ramos de negócios específicos, independentemente da preexistência do fundo de comércio.

- Cabe indenização ao locatário, quando a renovação não ocorre em razão de proposta de terceiro, em melhores condições, ou se o locador, no prazo de três meses da entrega do imóvel, não der o destino alegado ou não iniciar as obras determinadas pelo Poder Público ou que declarou pretender realizar.

- O valor dos aluguéis estipulado para o período de permanência do locatário após o término do contrato deve ser fixado de acordo com o mercado, sendo prudente acolher a quantia constatada pelo perito judicial.

- Os honorários advocatícios em ação renovatória de locação devem ser fixados com base no § 4º do art. 20 do CPC, não sendo obrigatória a observância da tabela de honorários da OAB/MG.

- Recurso do Frigorífico Vale do Paraíso Ltda. conhecido e parcialmente provido. Recurso do Abatedouro de Bovinos e Suínos Paraíso Ltda. conhecido e não provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0647.05.053732-1/002 - Comarca de São Sebastião do Paraíso - Apelantes: 1º) Frigorífico Vale do Paraíso Ltda.; 2º) Abatedouro de Bovinos e Suínos Paraíso Ltda. - Apelados: Frigorífico Vale do Paraíso Ltda., Abatedouro de Bovinos e Suínos Paraíso Ltda. - Relator: DES. BITENCOURT MARCONDES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PARCIAL PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO. REJEITAR AS PRELIMINARES E NEGAR PROVIMENTO AO SEGUNDO RECURSO.

Belo Horizonte, 21 de fevereiro de 2008 - *Bitencourt Marcondes* - Relator.

Notas taquigráficas

Produziram sustentação oral: pelo primeiro apelante, o Dr. Tibagy Salles Oliveira, e, pelo segundo apelante, o Dr. Luiz Fernando Valadão Nogueira.

DES. BITENCOURT MARCONDES - Trata-se de recursos de apelação interpostos por Frigorífico Vale do Paraíso Ltda. e por Abatedouro de Bovinos e Suínos Paraíso Ltda., em face da r. sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito Marcos Antônio Hipólito Rodrigues, da 2ª Vara Cível da Comarca de São Sebastião do Paraíso, que julgou improcedente a ação renovatória ajuizada por este apelante em face daquele.

O apelante Frigorífico Vale do Paraíso Ltda. alega que o Juízo fixou o aluguel em valor aquém do que vinha sendo cobrado. Aduz que os honorários advocatícios deveriam ter sido fixados em 20% sobre o valor de 12 vezes o último aluguel vigente, conforme tabela da OAB/MG.

O apelante Abatedouro de Bovinos e Suínos Paraíso Ltda. aduz nulidade de sentença, pois deixou de fixar indenização ao locatário, em razão da retomada, sendo certo que em toda e qualquer hipótese de não-renovação do contrato locativo deve haver a indenização, sob pena de haver o enriquecimento sem causa do locador (f. 1.440). Sustenta ser desnecessário pedido indenizatório expresso na inicial, sendo o juízo obrigado a analisar tal pleito, a teor do art. 75 da Lei nº 8.245/91, incorrendo, *in casu*, em prestação jurisdicional incompleta. Alega que inexistia fundo de comércio - o qual é mais amplo que os meros equipamentos - quando do início da locação, tendo referido fundo sido formado após o investimento, pelo recorrente, de R$ 637.885,70, daí por que vedada a retomada com destinação comercial idêntica à do locatário. Requer, pelo princípio da eventualidade, análise acerca do pleito indenizatório.

Contra-razões às f. 1.468/1.486 e 1.496/1.501.

Ouvi atentamente as sustentações dos dois advogados.

Inverto a ordem do julgamento, para analisar primeiramente o recurso do Abatedouro de Bovinos e Suínos Paraíso Ltda.

Do recurso do Abatedouro de Bovinos e Suínos Paraíso Ltda.

Conheço do recurso de apelação, pois presentes os pressupostos de admissibilidade.

O recorrido alega falta de condição da ação, tendo em vista que o contrato assinado em 03.01.2000 não possui validade, ante a existência de distrato posterior. Assim, não foi atendido o inciso II do art. 51 da Lei nº 8.245/91, isto é, o contrato a renovar não está em vigor há cinco anos.

Muito embora apresente a matéria como preliminar, entendo que se trata de mérito da ação, pois diz respeito à existência ou não de direito do locatário à renovação.

Assim, afasto a preliminar e passo à análise do recurso.

O apelante aduz nulidade de sentença, pois deixou de fixar indenização ao locatário, em razão da retomada, sendo certo que em toda e qualquer hipótese de não-renovação do contrato locativo deve haver a indenização, sob pena de haver o enriquecimento sem causa do locador (f. 1.440). Sustenta ser desnecessário pedido indenizatório expresso na inicial, sendo o juízo obrigado a analisar tal pleito, a teor do art. 75 da Lei nº 8.245/91, incorrendo, *in casu*, em prestação jurisdicional incompleta.

Não vislumbro, contudo, a existência de qualquer nulidade a ensejar desconstituição de sentença, pois o Juiz manifestou-se acerca da questão, não havendo falar em prestação jurisdicional incompleta.

Com efeito, o juízo singular entendeu pela impossibilidade de exame do pleito indenizatório na espécie, aos seguintes fundamentos, *in verbis*: "Importante, seguindo em frente, tecer considerações sobre o direito de indenização à parte autora por conta da não-renovação do contrato.

O pedido de indenização não pode ser examinado nestes autos.

Ocorre que a inicial não apresentou, mesmo que sucessivamente, postulado de indenização para o caso de não reconhecimento do direito à renovação da locação.

Nesse sentido o art. 289 do CPC:

> Sabe-se que a inicial delimita os termos da lide e, assim, somente poderão ser objeto de julgamento final as providências acaso declinadas na inaugural.
> Evidente que a hipótese contrária subverteria o processo, causando inegável surpresa à ré, que não poderia se defender do pedido serodiamente apresentado (f. 1.417/1.418).

Assim, não há falar em prestação jurisdicional incompleta, porquanto o pedido de indenização foi analisado, tendo o juízo deixado de fixá-la, ao fundamento de ausência de pedido específico na inicial.

Inicialmente, insta analisar a alegação do apelado, no sentido de que o apelante não tem direito à renovação.

De acordo com o apelado, o contrato assinado em 03.01.2000 não possui validade, ante a existência de distrato posterior. Assim, não foi atendido o inciso II do art. 51 da Lei nº 8.245/91, isto é, o contrato a renovar não está em vigor há cinco anos.

Compulsando os autos, constato a presença de distrato (f. 80) referente ao contrato particular, arrendamento firmado em janeiro de 2000, tendo sido inclusive levado a registro (f. 81/83). Assim, em primeira análise, o contrato não teria validade.

Nada obstante, o próprio apelado colaciona recibo de pagamento, datado de março de 2002, referente ao contrato de arrendamento (f. 98). Tal fato demonstra, indubitavelmente, que o pacto estava em vigor, sendo o recibo em comento anterior ao contrato de locação apresentado pelo apelado, e que, segundo este, seria a única avença em vigor entre as partes.

Ademais, conforme se depreende de uma análise mais acurada dos autos, o distrato diz respeito a contrato diverso do colacionado pelo apelante na inicial, como se extrai de sua cláusula 04. Com efeito, referida cláusula é diversa no instrumento trazido pelo recorrente e naquele objeto do distrato. Segundo o apelante, o contrato anterior, feito na mesma data, realmente foi objeto de distrato, justamente pela impossibilidade de cumprimento da cláusula em comento; no mesmo dia, outro teria sido firmado, tendo o apelado apresentado o contrato rompido como sendo o mesmo que foi apresentado pelo apelante.

Percebe-se, ademais, a existência de diversos contratos apresentados por ambas as partes, dando conta da locação do mesmo imóvel, sendo impossível afirmar qual efetivamente vigia e vige. Relevante notar, contudo, que o contrato de f. 84/86, apresentado pelo apelado como sendo o que está efetivamente em vigor, não foi firmado com o apelante, mas sim com Rafael Paulino Pileggi, tratando-se, aparentemente, de "contrato de gaveta", com o fito de fixar o real valor dos aluguéis; entretanto, não se pode confundir a figura da empresa com o seu sócio.

Assim, vislumbro demonstrada a existência de contratação do aluguel por mais de cinco anos ininterruptos, sendo válidos os contratos colacionados pelo recorrente.

O recorrente alega que inexistia fundo de comércio - o qual é mais amplo que os meros equipamentos - quando do início da locação, tendo referido fundo sido formado após o investimento, pelo recorrente, de R$637.885,70, daí por que vedada a retomada com destinação comercial idêntica à do locatário. Requer, pelo princípio da eventualidade, análise acerca do pleito indenizatório.

O apelado apresentou como óbice à renovação o fato de não estar obrigado a ela, pois pretende utilizar o imóvel, aí incluído o fundo de comércio. Em seu entendimento, referido fundo já existia anteriormente à locação, pois ali manteve seu frigorífico durante mais de dez anos; o recorrente, por seu turno, alega, como dito, ter criado o fundo de comércio, sendo certo que no imóvel existiam apenas equipamentos, insuficientes para configurar referido fundo, mormente porque o bem apresentava quadro precário e decadente (f. 1.448).

Assim, o *punctum dolens* diz respeito à existência de fundo de comércio anteriormente à locação, estando aquele incluído nesta, ou se referido fundo foi criado pelo locatário. Isso porque, a teor do § 1º do art. 52 da lei em comento, na hipótese de retomada para uso próprio, o imóvel não poderá ser destinado ao uso do mesmo ramo do locatário, salvo se a locação também envolvia o fundo de comércio, com as instalações e pertences.

A sentença reconheceu o direito do apelado, aos seguintes fundamentos, *in verbis*:

> Pois bem, independente de qualquer discussão em torno dos contratos que estariam em vigor, é certo que a relação locatícia teve por objeto uma unidade frigorífica, esta já existente no local, compreendendo o imóvel e demais equipamentos próprios ao tipo de estabelecimento.
> Não se pode, por conseguinte, negar a existência de locação do fundo de comércio pertencente ao locador.
> Pouco importa, para o motivo dos autos, saber se o comércio era ou não de significativa monta e que houve incremento de suas atividades posteriormente à locação.
> Se havia o fundo de comércio e a locação restou estabelecida considerando a hipótese, ao locador assiste direito de retomada para uso próprio, podendo nele manter seu ramo de negócio primitivo (f. 1.414/1.415).

Analisando os contratos de f. 14/21, vê-se que todos contêm cláusula semelhante à que ora transcrevo:

> O arrendador é proprietário de um imóvel situado na Avenida Donato Paschioni, nº 155, município de São Sebastião do Paraíso, Estado de Minas Gerais, titular do domínio do imóvel e equipamentos industriais, consistentes numa unidade frigorífica, composta de prédios, móveis e equipamentos, situados na Avenida Donato Paschioni, nº 155, setor industrial deste município de São Sebastião do Paraíso, devidamente descritos, relacionados e avaliados em seu estado de conservação através de laudo elaborado por engenheiro habilitado, que faz parte integrante deste instrumento, os entrega em arrendamento ao arrendatário [...)] (f. 14).

O contrato de locação juntado pelo apelado às f. 84/86 e que, como exposto alhures, existiu simultaneamente àqueles de f. 14/21, também contém previsão semelhante, falando em imóvel e equipamentos industriais, consistentes numa unidade frigorífica, composta de prédios, móveis e equipamentos.

Nada obstante, conforme cediço, o fundo de comércio não se configura pela simples preexistência de equipamentos no local, englobando, em verdade, o aviamento, o reconhecimento comercial do ponto, pela prática da atividade, com atração de clientela.

O conceito de fundo de comércio encontrado no Dicionário Aurélio é o seguinte, *in verbis*:

> Conjunto de bens e direitos, tangíveis ou não, que constituem o patrimônio do comerciante (instalações, mercadorias, nome e ponto do estabelecimento, freguesia, etc.) (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, *O novo dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. versão 5.11., corresponde à 3. ed., 1ª impressão da Editora Positivo, revista e atualizada do Aurélio Século XXI, O Dicionário da Língua Portuguesa).

Aviamento, ainda segundo o Dicionário Aurélio, é o elemento essencial do estabelecimento comercial, "o conjunto de aparelhamento, freguesia, crédito e reputação".

Assim, o simples fato de haver previsão acerca da locação dos equipamentos não implica locação do fundo de comércio, cabendo ao locador (apelado) demonstrar sua existência anteriormente à assinatura do contrato.

Com efeito, se me apresenta temerário permitir a retomada do imóvel para utilização no mesmo ramo de atividade do locatário sem que haja demonstração da preexistência do fundo de comércio, porquanto estar-se-ia referendando atitude imoral por parte do locador, que se aproveita do aviamento conseguido pelo locatário.

Em sede de contestação, o recorrido afirma ter sempre atuado no ramo de abate, comercialização, industrialização, transporte, importação e exportação de produtos e subprodutos de carnes bovinas (f. 66), tendo consolidado fundo de comércio no imóvel em litígio.

Às f. 223 e ss., encontra-se instrumento particular de constituição da firma Frigorífico Paraíso Ltda., datado de março de 1984 e registrado na Junta Comercial do Estado de Minas Gerais em dezembro daquele ano. A alteração contratual registrada na Jucemg em outubro de 1991 contemplou a mudança do nome da empresa para Vale do Paraíso Ltda., bem como mudança de endereço da sede para o imóvel em comento.

O apelado junta, ainda, diversos laudos de avaliação, datados entre 1991 e 1997, dando conta da existência do maquinário típico da atividade de frigorífico e abatedouro. Assim, indubitável a efetiva prática, em algum momento, da atividade no imóvel. Resta perquirir se as atividades persistiam no momento da locação, isto é, se além dos equipamentos - elemento tangível -, também havia clientela, reconhecimento do ponto comercial, enfim, fundo de comércio.

Ao impugnar a contestação, o apelante afirmou que o frigorífico estava funcionando precariamente, com largos débitos fiscais, na demonstração mais clara de não ter a atividade criado, anteriormente à presença da autora, fundo de comércio (f. 917).

O laudo de vistoria juntado pelo apelante às f. 930/974, datado de outubro de 1999, portanto pouco antes da assinatura do contrato de locação, demonstra que diversos dos equipamentos e ambientes do imóvel se encontravam em estado precário - rampa, box de atordoamento, sala de matança, entrada do suíno, banheiros, p. ex. -; outros, em estado razoável, o que poderia significar a ausência de atividade e, via de conseqüência, de fundo de comércio, ao tempo da avença.

Quanto às provas produzidas sob o crivo do contraditório, registro que a perícia para levantamento de benfeitorias considerou as reais condições das edificações como intermediárias a regulares (f. 1.067), tendo ainda afirmado a construção de edificações após a assinatura do contrato de arrendamento.

A perícia eletromecânica constatou investimento total de R$ 637.885,70, atualizados em março de 2007 para a quantia de R$ 851.462,58, por parte do apelante, nas instalações do frigorífico. Concluiu também que o patrimônio eletromecânico do apelado é de R$ 256.000,00, quantia significativamente inferior à do apelante, lembrando que se trata apenas de avaliação

do patrimônio eletromecânico, isto é, do maquinário existente no imóvel.

Em que pesem os fatos acima relatados, que poderiam colocar em dúvida a preexistência do aviamento, tenho que a retomada deve ser autorizada, com fulcro na Súmula 481, do Supremo Tribunal Federal, que dispõe, *in verbis*:

> Se a locação compreende, além do imóvel, fundo de comércio, com instalações e pertences, como no caso de teatros, cinemas e hotéis, não se aplicam ao retomante as restrições do art. 8º, "e", parágrafo único, do Decreto 24.150, de 20/4/1934.

A legislação a que se refere a Súmula foi absorvida pela Lei do Inquilinato; assim, a restrição aludida acima nada mais é que a proibição de exercício da mesma atividade do locatário, prevista no § 1° do art. 52 da Lei 8.245/91.

Tal é a hipótese dos autos, em que o local foi construído justamente para a exploração do ramo de frigorífico/abate. Assim, o complexo edificado e todo o equipamento foram planejados, adquiridos e construídos para a realização da atividade em apreço.

É o que se infere do laudo acostado às f. 249/280, *in verbis*:

> A área em questão faz parte integrante do Distrito Industrial, criado pela Lei Municipal n° 1.277 de 30/11/80 e denominado Parque Industrial Maria Inês Pinto.
> Conforme o texto da Lei Municipal de n° 1.277, as glebas constituintes desse loteamento industrial seriam doadas às indústrias que ali se propusessem a edificar suas instalações e, neste caso, à industrialização e comercialização de carnes bovina e suína (f. 251/252).

Assim, como dito, toda a edificação foi realizada para a consecução da atividade de industrialização e comercialização de carnes bovina e suína.

Nesse contexto, ainda que não se saiba ao certo se, imediatamente antes da avença, o apelado estava a exercer consistentemente a atividade no imóvel, não se pode imaginar a retomada para uso em qualquer outro ramo de atividade. Destarte, impedir a retomada implicaria óbice ao direito de propriedade, pois o recorrido jamais poderia retomar o bem, já que a única atividade possível neste é a que já vem sendo realizada, não se podendo dar a ele destinação diversa.

Esse é o sentido da Súmula 481, supracitada.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendido no mesmo sentido, senão vejamos.

No julgamento do REsp 195710/PR (ementa adiante), o Ministro Vicente Leal assim analisou a questão, *in verbis*:

> Com efeito, em sede de locação comercial, a exceção que veda o pedido de retomada do imóvel para exploração da mesma atividade comercial do locatário não se aplica aos que possuem instalações destinadas a ramos de negócio específicos, como os teatros, cinemas, postos de gasolina, nos exatos termos do disposto na Súmula n° 481-STF.

O tema, sempre objeto de freqüentes demandas, foi longamente debatido no Supremo Tribunal Federal, ainda no período em que o Excelso Pretório decidia questões de direito federal infraconstitucional. Daqueles debates nasceu a Súmula n° 481, do teor seguinte:

> Se a locação compreende, além do imóvel, fundo de comércio, com instalações e pertences, como no caso de teatro, cinema e hotéis, não se aplicam ao retomante as restrições do art. 8°, "e", parágrafo único, do Decreto n° 24.150, de 20.04.1934.

O comando jurisprudencial supracitado ajusta-se com precisão à espécie *sub examine*.

> Ora, o que a teleogia da proibição contida no art. 52, II, § 1°, da Lei n° 8.245/91 busca evitar é o enriquecimento ilícito pela utilização de comércio já desenvolvido no local, o que não se evidencia em face das particularidades de determinadas atividades, como hotéis, teatros, cinemas, garagens, postos de gasolina, atividades que, por envolverem instalações e apetrechos específicos, pressupõe a sua exploração em ramo da mesma atividade do locatário.
> *In casu*, em se tratando de exploração do ramo de hotelaria, somado ao fato de ter a locadora exercido esta atividade em período anterior à celebração do contrato locatício, não se pode incidir o comando pontificado no referido dispositivo legal.

A título ilustrativo, colaciono ementas de julgados daquele Tribunal, *in verbis*:

> Locação comercial. Recurso especial. Ação renovatória. Retomada. Ramo hoteleiro. Instalações específicas. Fundo de direito. Art. 52, II, § 1°, da Lei n° 8.245/91. Impossibilidade de aplicação. Súmula n° 481/STF. Multa. Embargos declaratórios. Descabimento. - Em sede de locação comercial, a exceção que veda o pedido de retomada do imóvel para exploração da mesma atividade comercial do locatário não se aplica aos que possuem instalações destinadas a ramos de negócios específicos, como os hotéis, teatros, cinemas, postos de gasolina, nos exatos termos do disposto na Súmula n° 481-STF.
> [...]. (STJ, REsp 195710/PR, 6ª T., Rel. Min. Vicente Leal, j. em 09.03.1999).

> Locação. Renovatória. Retomada. Súmula 481 do STF.
> Tratando-se de locação de imóvel, com instalações destinadas especificamente a determinada finalidade, como sucede com postos de serviços e abastecimento de automóveis, pode o proprietário retomá-lo para explorar o mesmo ramo de comércio (STJ, REsp 4.144/SP, 3ª T., Rel. Min. Eduardo Ribeiro, *DJ* de 04.02.91).

> Renovatória. Retomada. Fundo de comércio. Art. 52, §1°, da lei 8.245/91. Instalações específicas. - A exceção que veda o pedido de retomada do imóvel, para a exploração da

> mesma atividade comercial do locatário, insculpida no § 1° do art. 52 da Lei 8.245/91, não se aplica quando o imóvel locado possua instalações destinadas a ramos de negócios específicos. - Recurso desprovido (STJ, REsp 94.605/SP, 5ª T., Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, j. em 04.11.1997).

Destarte, o pleito renovatório deve ser indeferido, porquanto, ainda que o fundo de comércio, em toda a sua complexidade, não preexistisse à locação, o fato é que o imóvel foi planejado e construído para a atividade de industrialização e comercialização de bovinos e suínos, não se podendo admitir o uso em ramo de atividade diversa, daí por que garantido o direito à retomada pelo locador.

O recorrente requer, pelo princípio da eventualidade, análise acerca do pleito indenizatório, o qual prescindiria de pedido específico na exordial, tendo em vista o disposto no art. 75 da Lei n° 8.245/91.

Não lhe assiste razão, pois referido dispositivo não contempla toda e qualquer hipótese de não-renovação do contrato locativo, ao contrário do que pretende o recorrente, senão, vejamos:

> Art. 75. Na hipótese do inciso III do art. 72, a sentença fixará desde logo a indenização devida ao locatário em conseqüência da não-prorrogação da locação, solidariamente devida pelo locador e o proponente.

Conforme se vê, o art. em comento determina a fixação de ofício da indenização somente na hipótese do inciso III do art. 72, isto é, quando o locador alega como razão para a negativa de renovação o fato de ter proposta de terceiro para a locação, em condições melhores.

Lado outro, o § 3° do art. 52 da norma em apreço também não leva à conclusão de obrigatoriedade de fixação de indenização em toda e qualquer hipótese de não-renovação do contrato locativo; senão vejamos:

> § 3°. O locatário terá direito a indenização para ressarcimento dos prejuízos e dos lucros cessantes que tiver que arcar com a mudança, perda do lugar e desvalorização do fundo de comércio, se a renovação não ocorrer em razão de proposta de terceiro, em melhores condições, ou se o locador, no prazo de três meses da entrega do imóvel, não der o destino alegado ou não iniciar as obras determinadas pelo Poder Público ou que declarou pretender realizar.

Mais uma vez, como se vê, a fixação de indenização está restrita a algumas hipóteses, não abraçando todo e qualquer caso de não-renovação do contrato de locação. Não estando a hipótese dos autos contida nas normas supracitadas, inviável é o pleito de indenização, mormente quando ausente requerimento na inicial.

Da apelação de Frigorífico Vale do Paraíso Ltda.

O apelante alega que o juiz fixou o aluguel em valor aquém do que vinha sendo cobrado. Segundo o recorrente, o último aluguel pago foi no valor de R$ 16.775,00 (f. 1.428).

A sentença fixou os aluguéis em R$ 9.000,00, aos seguintes fundamentos:

> Registra o contrato, datado de 01.10.2002, o valor de locação em R$ 14.000,00 (quatorze mil reais); entretanto, há uma segunda avença, de 03.01.04, dando conta do aluguel em R$ 5.500,00 (cinco mil e quinhentos reais).
> Não consta que o segundo contrato tenha sido objeto de anulação, devendo ele, por isso, prevalecer em relação ao anterior.
> Acrescente-se, ainda, que a alegação de que o valor da locação seria superior ao constante no contrato não pode ser aceita.
> Na realidade, a meu juízo, a prova produzida não permite concluir, com absoluta convicção, que seja outro o valor da locação.
> Deve, por isso, prevalecer o documento substancial do negócio (contrato) em detrimento das ilações feitas nos autos.
> Por outro lado, com o término do prazo da locação, o reajuste deve se aproximar do valor de mercado, deixando de obedecer à regra de correção estabelecida no contrato, especialmente porque não há mais interesse na manutenção do negócio.
> O valor do aluguel, no caso, deve se aproximar do real praticado no mercado.
> Teria, para isso, o laudo de avaliação, f. 1.212/1.213, no entanto, ele se apresenta exorbitante e, por isso, deve ser buscado o meio-termo, como forma de permitir um melhor equilíbrio financeiro do negócio.
> Diante disso, por entender razoável, estabeleço o valor da locação, a partir de 04 de janeiro de 2006, em R$ 9.000,00 (nove mil reais)" (f. 1.418/1.419).

O laudo de f. 1.212/1.213, aludido pelo juízo singular, chegou ao valor de R$12.000,00 (doze mil reais); contudo, o expert não declinou como concluiu ser essa a quantia correta, tendo, aparentemente, tomado por base a área do imóvel.

O contrato de f. 14/16, último em vigor, juntado pelo recorrido, previa o valor de R$ 5.500,00 mensais, ao passo que o contrato de f. 84/86, juntado pelo recorrente e firmado com Rafael Paulino Pileggi, previa o valor de R$ 14.000,00 mensais. Este instrumento, conforme já dito, parece ser "contrato de gaveta", não tendo sido firmado com o apelado, mas sim com pessoa física, antigo sócio da empresa. Assim, deve prevalecer, a princípio, o primeiro valor.

Nada obstante, como bem disse o juízo singular, tal valor não pode ser mantido, tendo em vista sua desproporção em relação ao mercado.

Assim, muito embora carente de demonstração da forma de cálculo e dos fatores levados em conta, entendo que deve prevalecer a quantia apresentada em perícia realizada para tal fim - R$ 12.000,00 (doze mil reais) -, tendo em vista o conhecimento técnico da perita.

Aduz o recorrente que os honorários advocatícios deveriam ter sido fixados em 20% sobre o valor de 12 vezes o último aluguel vigente, conforme tabela da OAB/MG.

O juízo monocrático fixou os honorários em R$ 4.000,00, na forma do art. 20, § 4°, do Código de Processo Civil.

Tenho que a sentença não está a merecer reforma, porquanto atendidos os requisitos do § 3° do art. 20, da Lei Processual, não havendo vinculação do julgador à tabela de honorários sugerida pela OAB/MG.

Nesse sentido, é a jurisprudência deste Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> Locação comercial. Renovatória. Prazo peremptório. Decadência do direito. Desocupação do imóvel pedida em contra-razões. Impossibilidade. Honorários advocatícios. Fixação. Apreciação eqüitativa do julgador.
> - Descurando o locatário em promover ação renovatória dentro do lapso temporal de um ano, no máximo, até seis meses, no mínimo, anteriores a termo *ad quem* do contrato a renovar, opera-se a decadência desse direito (art. 51, § 5°, da Lei do Inquilinato).
> A sentença que inadmitir a renovatória em razão da decadência do direito à ação pode reconhecer a procedência do pedido de retomada, desde que ocorra, a respeito, pedido na contestação e, se a sentença se omitir sobre a questão, a segunda instância só o examinará se houver recurso da parte que se sinta prejudicada em sua pretensão (art. 74).
> Os honorários advocatícios fixados em razão da sucumbência estão adstritos a critérios de valoração delineados na lei processual, quais sejam o grau de zelo profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, sendo que, em se tratando de processo que exigiu tempo, estudo e esforço intelectual do patrono, não se considera alta a fixação da aludida verba em 15% (quinze) por cento sobre o valor atribuído à causa (TAMG, AC n° 2.0000.00.331962-4/000, 3ª CC, Rel.ª Juíza Jurema Miranda, j. em 28.03.2001).

> Apelação. Ação renovatória de locação. Legitimidade passiva. Condomínio tradicional. Realização de nova perícia. Desnecessidade. Renovação de contrato de locação. Retomada do imóvel para a realização de obras que aumentem o valor do negócio. Possibilidade. Pedido de decretação de improcedência sob outro fundamento. Ausência de interesse recursal. Fixação de aluguel para o período em que o locatário permanecer ocupando o imóvel. Prevalência do montante fixado a título de aluguel provisório. Honorários advocatícios. Majoração. Inviabilidade. [...] Os honorários advocatícios em ação renovatória de locação devem ser fixados com base no § 4° do art. 20 do CPC (TJMG, AC n° 1.0024.03.930525-5/003, 14ª CC, Rel. Des. Dídimo Inocêncio de Paula, j. em 22.08.2007).

> Locação comercial. Renovatória. Requisito do art. 71, III, da Lei n. 8.245/91. Preenchimento com a inicial. Obrigatoriedade. Honorários advocatícios. Fixação mantida. Conforme norma disposta no inciso III, do art. 71, da Lei n. 8.245/91, ao propor a ação renovatória, incumbe ao locatário provar os requisitos legais exigidos, sob pena de, não o fazendo, ser indeferida a petição inicial .
> Os honorários advocatícios devem ser fixados observando-se os princípios da razoabilidade e proporcionalidade e, ademais, o preceito legal vigente (art. 20 do CPC) (TJMG, AC n° 1.0145.04.183662-1/001, 12ª CC, Rel. Des. Antônio Sérvulo, j. em 25.01.2006).

Ante o exposto, conheço do recurso de Frigorífico Vale do Paraíso Ltda. e lhe dou parcial provimento, apenas para majorar os aluguéis para R$ 12.000,00 mensais, corrigidos monetariamente pela Tabela da Corregedoria-Geral de Justiça, e com juros de 1% ao mês, a partir do vencimento de cada obrigação.

Outrossim, conheço do recurso de Abatedouro de Bovinos e Suínos Paraíso Ltda. e lhe nego provimento.

Custas, na forma da lei.

DES. JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTES - De acordo.

DES. WAGNER WILSON - De acordo.

Súmula: DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO. REJEITARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO AO SEGUNDO RECURSO.

...

Embargos de terceiro - Imóvel - Hipoteca - Benfeitoria futura - Abrangência - Admissibilidade

Ementa: Embargos de terceiro. Hipoteca. Benfeitorias futuras. Abrangência. Possibilidade. Sentença mantida.

- A hipoteca instituída sobre o imóvel, levada a averbação no seu registro, consoante a vontade de seus contratantes, pode abranger eventuais acessões e benfeitorias existentes, bem como outras que venham a existir ou a ser erigidas.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.063010-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Comércio Gorayeb Koury Ltda. - Apelada: Esso Brasileira Petróleo Ltda. - Relator: DES. OTÁVIO PORTES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 27 de fevereiro de 2008. - *Otávio Portes* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo apelante, o Dr. André de Albuquerque Sgarbi.

DES. OTÁVIO PORTES - Reunidos os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

Trata-se de embargos de terceiro opostos por Comércio Gorayeb Koury Ltda. em face de Esso Brasileira Petróleo Ltda., alegando que a embargada, em ação de execução proposta contra Meira Comércio de Derivados de Petróleo Ltda. e Jaíba Energética Ltda., efetuou penhora sobre imóvel de propriedade das executadas e de benfeitorias sobre ele erigidas, sendo estas de propriedade da embargante, pugnando, assim, pela retenção do imóvel até que haja indenização de suas obras, arcando a embargada com os encargos de sucumbência.

O MM. Juiz de primeiro grau (f. 631/638), após afastar as preliminares alegadas em impugnação, ao fundamento de que, não obstante a boa-fé da embargante quanto às benfeitorias em questão, seu direito de retenção deveria ser postulado frente às empresas executadas, julgou improcedentes os embargos, condenando a embargante no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 4.000,00 (quatro mil reais).

Inconformada, apela Comércio Gorayeb Koury Ltda. (f. 641/644), alegando que, nos termos do art. 1.474 do Código Civil, devem ser garantidos os direitos de terceiros de boa-fé sobre benfeitorias realizadas em imóvel objeto de hipoteca, devendo-lhe ser deferida a respectiva indenização ou, no mínimo, que seja deduzido do seu valor da venda do bem objeto da execução.

Contra-razões às f. 648/656, pugnando-se pela manutenção da decisão recorrida.

A propósito, insta registrar que nos autos da ação de execução proposta pela embargada contra Meira Comércio de Derivados de Petróleo Ltda. e Jaíba Energética Ltda. foi penhorado imóvel de propriedade das executadas, locado a Vinícius Luiz Albrecht e sublocado à apelante (f. 155/159), alegando esta que deveriam lhe ser reservados os direitos à indenização pelas benfeitorias edificadas no referido bem.

Nos termos da penhora realizada nestes autos, verifica-se que o bem constrito foi objeto de hipoteca firmada entre a embargada e a primeira executada, e essa garantia foi estendida a todas as benfeitorias e acessões existentes no bem, presentes e futuras.

Pelas datas da hipoteca e da locação, também averbada no registro do imóvel, bem como da sublocação firmada pela recorrente, posteriores à garantia real prestada, nota-se que era exigido da embargante o seu prévio conhecimento, erigindo benfeitorias e acessões no imóvel já com a exata noção do risco de tal providência.

Insta registrar que a questão não é nova neste Tribunal, já tendo sido decidida anteriormente pela Décima-Terceira Câmara Cível, em embargos de terceiro opostos por outras partes envolvidas no feito, *verbis*:

> Embargos de terceiro. Benfeitorias. Posse. Contrato de locação e sublocação. Hipoteca anterior. Voto vencido parcialmente. As benfeitorias realizadas no imóvel em razão de contratos de locação e sublocação não podem ser excluídas da constrição judicial do terreno se existia direito real anterior, constituído por hipoteca que abrangia inclusive benfeitorias futuras (Ap. Cível 1.0024.04. 520191-0/003, Rel. Des. Fernando Caldeira Brant, *DJ* de 11.08.07).

Assim, o disposto no art. 1.474 do Novo Código Civil, com correspondente legislativo no art. 811 do antigo diploma civilista, aplicável ao presente feito, haja vista a constituição de hipoteca e sublocação em questão serem anteriores à vigência da novel legislação, não resulta óbice ao presente entendimento, não sendo sua interpretação suficiente à reforma da sentença.

Segundo o referido artigo, a hipoteca abrange todas as acessões, melhoramentos ou construções no imóvel, benfeitorias por sua natureza, subsistindo eventuais ônus reais já existentes e registrados sobre o seu objeto, o que significa dizer que nada impede a contratação de que as benfeitorias novas realizadas sobre o imóvel hipotecado também estejam abrangidas pela garantia real.

Não destoa a posição dos demais tribunais do País, *verbis*:

> Embargos. Retenção por benfeitorias. Execução hipotecária. Descabimento, visto que a hipoteca abrange os acréscimos ou acessões trazidas ao bem hipotecado. Art. 811 do CC. Carência reconhecida (Apelação Cível nº 401.826-6, 1º TACSP, 3ª Câm., Rel. Juiz Araújo Cintra, j. em 28.11.88).

Por todo o exposto, resta entendido que não cabem reparos à douta decisão de primeiro grau, haja vista que, mesmo verificada a existência de boa-fé da embargante quanto às aludidas benfeitorias e eventuais acessões, tinha ciência da garantia real que recairia sobre as mesmas em favor da embargada, devendo ser respeitada a instituição do gravame perante terceiros, no caso a embargante, cabendo a esta apontar seus direitos contra a parte com quem celebrou contrato particular de sublocação, não oponível *erga omnes*, e contra quem com o mesmo anuiu, mesmo porque estes é que se beneficiarão das construções erigidas em seu imóvel.

Mediante tais considerações, nega-se provimento ao recurso, para que seja mantida a douta decisão de primeiro grau, por seus próprios fundamentos.

Custas recursais, pelo apelante.

DES. NICOLAU MASSELLI - De acordo com o Relator.

DES. BATISTA DE ABREU - Peço vista.

Súmula - PEDIU VISTA O VOGAL. O RELATOR E O REVISOR NEGAVAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo apelante, o Dr. André Albuquerque Sgarbi e, pelo apelado, o Dr. Lucas Anastasia Maciel.

DES. PRESIDENTE BATISTA DE ABREU - O julgamento deste feito foi adiado na Sessão do dia 20.02.2008, a meu pedido. O Relator o Revisor negavam provimento ao recurso.

Vi o processo e não tenho o que alterar nos votos que me procederam.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Embargos de retenção - Benfeitoria - Título judicial - Cumprimento - Impossibilidade

Ementa: Embargos de retenção por benfeitorias. Cumprimento de título judicial. Impossibilidade. Indeferimento da inicial.

- O direito de retenção por benfeitorias, em sede de embargos à execução, somente pode ser exercido no caso de execução de título extrajudicial, isso desde a alteração do art. 744 do CPC, promovida pela Lei 10.444, de 07.05.2002. Em se tratando de título judicial, a efetivação da tutela reconhecida na sentença é feita imediatamente, isto é, no curso do próprio processo de conhecimento ou depois do trânsito em julgado da sentença, independentemente da instauração de outro processo (art. 461-A c/c art. 461, art. 475-I). Assim, ante a inexistência de processo autônomo de execução, o direito de retenção deverá ser suscitado na fase de conhecimento, pois, pelo princípio do julgamento implícito (art. 474), transitada em julgado a sentença de mérito, reputam-se deduzidas e repelidas todas as alegações que as partes poderiam ter feito e não fizeram.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.07.394078-6/001 - Comarca de Uberlândia - Apelantes: Wilson Antônio da Silva e outra - Apelado: Celso Domingues Ferreira - Relator: DES. ELPÍDIO DONIZETTI

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 19 de fevereiro de 2008. - *Elpídio Donizetti* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ELPÍDIO DONIZETTI - Trata-se de apelação interposta à sentença que, nos autos dos embargos de retenção por benfeitorias movidos por Wilson Antônio Silva e Maria Ivone Arantes Silva em face de Celso Domingues Ferreira, indeferiu a petição inicial, extinguindo o processo sem resolução do mérito.

Na sentença (f. 53/54), asseverou a Juíza de primeiro grau que, antes mesmo da revogação do art. 744 do CPC, já não mais havia possibilidade de utilizar os embargos de retenção em face de título judicial. Assim, afirmou que os autores eram carecedores de ação, porquanto deveriam ter exercido o direito de retenção durante a fase cognitiva da ação da qual se originou a sentença exeqüenda.

Inconformados com a sentença, os autores interpuseram apelação (f. 55/62), aduzindo, em síntese, que o art. 745, IV, do CPC confere ao autor dos embargos o direito de reter a coisa até que seja indenizado das benfeitorias realizadas, sendo que o dispositivo legal não faz distinção entre título judicial e extrajudicial. Assim, pugnam pelo provimento do recurso e conseqüente cassação da sentença, para que o feito tenha regular prosseguimento.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da apelação.

Conforme consta na sentença, o apelado propôs ação reivindicatória em face dos apelantes, cujo pedido inicial foi julgado procedente (Autos na origem nº 0702.04.147067-6). A sentença transitou em julgado no dia 19.03.2007 e, como o imóvel não foi desocupado pelos recorrentes embora intimados para tanto, foi expedido mandado para desocupação forçada em 23.08.2007.

Em 28.08.2007, os apelantes propuseram os presentes embargos de retenção, pugnando pela suspensão da execução e pela condenação do apelado ao pagamento de indenização pelas reformas e melhorias promovidas no imóvel.

Primeiramente, cumpre observar que o direito do possuidor de reter a coisa decorre da existência de crédito oriundo da realização, de boa-fé, de benfeitorias úteis ou necessárias. É o que se depreende dos arts. 1.219 e 1.220 do CC/02:

> Art. 1.219. O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis.
>
> Art. 1.220. Ao possuidor de má-fé serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias; não lhe assiste o direito de retenção pela importância destas, nem o de levantar as voluptuárias.

Os embargos de retenção por benfeitorias, então previstos no art. 744 do CPC, por sua vez, constituíam o instrumento processual adequado para se alegar direito de retenção com base nos arts. 1.219 e 1.220 do CC.

Conquanto o mencionado dispositivo legal já estivesse revogado quando da propositura dos presentes

embargos (o que ocorreu com a entrada em vigor da Lei 11.382, de 6 de dezembro de 2006), a possibilidade de o possuidor defender o direito à indenização pelas melhorias promovidas no imóvel não deixou de ser reconhecido pelo CPC. Entretanto, em vez de constituir objeto de ação autônoma, o direito de retenção passou a ser tratado como uma das matérias passíveis de serem argüidas em embargos à execução. É o que dispõe o art. 745, IV, do CPC, com a redação dada pela Lei 11.382:

> Art. 745. Nos embargos, poderá o executado alegar: [...]
> IV - retenção por benfeitorias necessárias ou úteis, nos casos de título para entrega de coisa certa (art. 621).

Não obstante, é de se observar que o direito de retenção por benfeitorias, em sede de embargos à execução, somente pode ser exercido no caso de execução de título extrajudicial, isso desde a alteração do art. 744 promovida pela Lei 10.444, de 07.05.2002. É que, em se tratando de título judicial, a efetivação da tutela reconhecida na sentença é feita imediatamente, isto é, no curso do próprio processo de conhecimento ou depois do trânsito em julgado da sentença, independentemente da instauração de outro processo (art. 461-A c/c art. 461, art. 475-I do CPC).

Assim, ante a inexistência de processo autônomo de execução e, por conseguinte, de embargos à execução, também não haverá possibilidade de embargos de retenção por benfeitorias. Dessa forma, o direito de retenção há de ser suscitado na fase de conhecimento, pois, afinal, pelo princípio do julgamento implícito (art. 474), transitada em julgado a sentença de mérito, reputam-se deduzidas e repelidas todas as alegações que as partes poderiam ter feito e não o fizeram. Trata-se do efeito preclusivo da coisa julgada.

Vale destacar que, conquanto o inciso III do art. 745 não faça distinção entre título judicial e extrajudicial, é certo que, a partir do advento da Lei 11.232/2005, o Livro II do CPC (Do Processo de Execução) somente se aplica à execução de título extrajudicial, embora também regulamente, ainda que subsidiariamente, as regras do cumprimento de sentença (art. 475-R).

Por fim, cumpre esclarecer que o não-cabimento dos embargos de retenção por benfeitorias quando da efetivação da tutela reconhecida na sentença não significa que a parte perderá o direito de ser indenizada no caso de não tê-lo invocado na ação reipersecutória. Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior:

> Se o tema não foi aventado na litiscontestação, sobre ele não se formou a coisa julgada. Não impedirá a execução pura e simples da entrega da coisa, já que não haverá oportunidade para embargos de retenção. O titular, todavia, do direito ao ressarcimento do valor das benfeitorias poderá exercitá-lo por meio de ação ordinária que, nessa altura, porém, não prejudicará o cumprimento do mandado de entrega oriundo da primeira demanda (*Curso de direito processual civil*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, V. II, p. 153).

Com tais razões, é de se manter a sentença que indeferiu a petição inicial e extinguiu o feito sem resolução do mérito.

Conclusão.

Ante o exposto, nego provimento à apelação, mantendo, por conseguinte, a decisão recorrida.

Custas recursais, pelos apelantes, ressalvando-se a inexigibilidade de tal parcela, porquanto beneficiários da assistência judiciária (f. 54).

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES UNIAS SILVA e D. VIÇOSO RODRIGUES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

DPVAT - Interesse de agir - Falta - Não-caracterização - Indenização - Lei nº 6.194/74 - Salário mínimo - Fator de correção - Não-ocorrência - Conselho Nacional de Seguros Privados - Resoluções - Estipulação da indenização - Inaplicabilidade

Ementa: DPVAT. Falta de interesse de agir. Não-caracterização. Indenização determinada pela Lei nº 6.194/74. Salário mínimo. Fator de correção. Não-ocorrência. Inaplicabilidade de resoluções editadas pelo Conselho Nacional de Seguros Privados.

- Por não implicar renúncia ou extinção da obrigação, o recibo firmado pelo segurado ou pelo beneficiário, dando quitação plena e geral, apenas libera a seguradora da importância nele expressa e confere ao interessado ou ao beneficiário interesse em postular em juízo a diferença que entende devida.

- A Lei nº 6.194, de 1974, apenas quantifica o valor da indenização em salários mínimos, sem que isto implique sua atualização como fator de atualização monetária. Resoluções editadas pelo Conselho Nacional de Seguros Privados, estipulando o valor da indenização em quantia inferior a quarenta salários mínimos, não podem prevalecer, por afrontarem a Lei nº 6.194/74.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.446086-6/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Paraná Cia. de Seguros - Apelados: Maria de Freitas Vieira da Silva e outro - Relator: DES. MAURÍLIO GABRIEL

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 27 de março de 2008. - *Maurílio Gabriel* - Relator.

Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral, pela apelante, o Dr. Bayard Peixoto Alvim.

DES. MAURÍLIO GABRIEL - Cuida-se de ação ajuizada por Maria de Freitas Vieira da Silva e Maria Madalena de Freitas Dias visando compelir a Paraná Companhia de Seguros (incorporadora da Bemge Seguradora S.A.) a complementar o valor da indenização do seguro obrigatório de veículos - DPVAT que lhes foi pago em virtude do falecimento de sua mãe, Alzira de Souza Freitas, ocorrido aos 26 de outubro de 1989, em virtude de acidente automobilístico.

A sentença, ao julgar parcialmente procedente o pedido inicial, condenou a ré a pagar

> [...] a cada uma das autoras a quantia equivalente a 4,30 salários mínimos, na data do efetivo pagamento, corrigido monetariamente de acordo com os índices da tabela da Corregedoria de Justiça à época do efetivo pagamento (09/03/1990), acrescidos de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, computados a partir da citação, nos termos do art. 406 do CCB.

Irresignada, a Paraná Companhia de Seguros interpôs recurso de apelação, postulando, preliminarmente, a extinção do feito sem resolução do mérito pela ausência de interesse de agir das autoras, uma vez que estas não fizeram qualquer ressalva por ocasião do pagamento efetuado.

No mérito, sustenta ser o Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) o órgão competente para legislar sobre o seguro DPVAT, nos termos do art. 12 da Lei nº 6.194/74.

Alega a impossibilidade de vincular-se a indenização ao salário mínimo, uma vez que o preceito contido no art. 3º, alínea a, da Lei nº 6.194/74, o qual estabelece o valor de 40 salários mínimos, foi revogado pelas Leis nº 6205, de 1975, e 6.423, de 1977, as quais, expressamente, proíbem a vinculação e a correção baseada no salário mínimo, o que foi reiterado no inciso IV do art. 7º da Constituição Federal.

Ao final e no mérito, bate-se pela improcedência do pedido inicial.

Alternativamente, caso assim não se entenda, postula que a incidência da correção monetária se faça a partir da data de propositura da ação.

Em suas contra-razões, as apeladas pugnam pela manutenção da sentença.

Conheço do presente recurso, por estarem presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Preliminarmente, sustenta a apelante faltar às autoras interesse de agir, uma vez que, no pagamento efetuado, não houve qualquer ressalva.

Entretanto, sem qualquer razão.

Por não implicar renúncia ou extinção da obrigação, o recibo firmado pelo segurado ou pelo beneficiário, dando quitação plena e geral, apenas libera a seguradora da importância nele expressa e confere ao interessado ou ao beneficiário interesse em postular em juízo a diferença que entende devida.

Nesse sentido é a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> Direito civil. Seguro em grupo. Prescrição ânua. Termo *a quo* do prazo. Recibo de quitação. Irrelevância. Precedentes. Recurso provido.
> I - O recibo firmado pelo segurado dando plena e geral quitação à seguradora não tem o condão de inviabilizar a pretensão à diferença devida.
> II - No prazo prescricional da ação que envolve contrato de seguro, segundo entendimento do Tribunal, o termo *a quo* não é a data do acidente, mas aquela em que o segurado teve ciência inequívoca da sua invalidez e da extensão da incapacidade de que restou acometido (REsp 257596-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, j. em 19.09.2000).

Rejeito, conseqüentemente, a preliminar de falta de interesse de agir.

No mérito, nenhuma razão também possui a apelante.

A Lei nº 6.194, de 19 de dezembro de 1974, que "dispõe sobre seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não", estipula, na alínea a de seu art. 3º, que, em caso de morte decorrente de acidente de trânsito, a indenização securitária corresponde a 40 vezes o valor do maior salário mínimo vigente no País.

O salário mínimo, no caso, é utilizado apenas para quantificar o valor da indenização, sem que isto implique sua utilização como fator de atualização monetária, o que é vedado pelo item IV do art. 7º da Constituição Federal e pelas Leis nº 6.205 e 6.423, aos quais se apegou a apelante.

Nesse sentido, a jurisprudência se encontra pacificada:

> O valor de cobertura do seguro obrigatório de responsabilidade civil de veículo automotor DPVAT é fixado consoante critério legal específico, salário mínimo, não se confundindo com índice de reajuste e, destarte, não havendo incompatibilidade entre a norma especial da Lei n. 6.194/74 e aquelas que vedam o uso do salário mínimo como parâmetro de

correção monetária (acórdão un. da 7ª Câ-mara Cível do extinto Tribunal de Alçada deste Estado na Apelação Cível nº 460.563-8, da Comarca de Manhuaçu, Rel. o então Juiz Mota e Silva, j. em 26.04.2004).

As Leis nº 6.205/75 e 6.423/77 não revogaram o critério de fixação de indenização em salários mínimos (Lei nº 6.194/74), porque este foi apenas quantificado em salários mínimos, na data do evento, não constituindo o salário fator da atualização da moeda (*DJU* de 29/06/92).

Observo, ainda, que resoluções editadas pelo Conselho Nacional de Seguros Privados, estipulando o valor da indenização em quantia inferior a 40 salários mínimos, não podem prevalecer, por afrontarem o determinado na mencionada Lei nº 6.194, que se encontra em plena vigência.

Conseqüentemente, correta apresenta-se a sentença, ao determinar que a apelante pagasse aos apelados o saldo remanescente do valor da indenização securitária.

Correta apresenta-se, ainda, a sentença ao estipular que a correção monetária incidisse a partir da data do pagamento parcial, pois o valor considerado na condenação foi o daquela ocasião.

Se assim não fosse, haveria enriquecimento sem causa da seguradora, o que é vedado em nossa legislação.

Nego, portanto, provimento ao recurso.

Custas, pela apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES WAGNER WILSON e BITENCOURT MARCONDES.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

...

Precatório - Cessão de crédito - Compensação tributária - Impossibilidade - Direito líquido e certo - Ausência - Mandado de segurança - Denegação da ordem

Ementa: Tributário. Crédito decorrente de cessão de precatório. Compensação tributária. Impossibilidade.

- Não há direito líquido e certo, a ser assegurado por via de mandado de segurança, para ceder, com vista a posterior compensação tributária, os créditos de precatórios adquiridos. Ausência dos requisitos autorizativos da compensação tributária. Denegação da ordem.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.0000.07.451995-0/000 - Comarca de Belo Horizonte - Impetrantes: Cláudio Lage Botelho e outros - Autoridade coatora: Secretário de Estado da Fazenda de Minas Gerais - Relator: DES. RONEY OLIVEIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda o 4º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DENEGAR A SEGURANÇA.

Belo Horizonte, 16 de janeiro de 2008. - *Roney Oliveira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. RONEY OLIVEIRA - Os servidores públicos estaduais Cláudio Lage Botelho, Maria Inês Rajão Queiroz, Marco Antônio Queiroga, Marcos Márcio da Rocha Ferreira, Nilo Otávio Lage Botelho e Rachel Pissolate Mattos Lodi, qualificados na inicial, impetram "Mandado de Segurança, por omissão", apontando, como coator, o Secretário de Estado da Fazenda pelos fatos assim descritos na preambular:

Conforme fazem prova os inclusos documentos, os requerentes são servidores públicos do Estado de Minas Gerais, sendo também credores da Fazenda Pública Estadual pelos precatórios adiante indicados:

Requerente	Precatório nº	Valor histórico (base)	Vencimento
Cláudio	179(parte)	R$ 354.159,35 (31/12/02)	2004
Maria Inês	087(parte)	R$ 134.788,45) (12/03/02	2003
Marco Antônio	181(parte)	R$ 113.106,61) (31/05/02	2004
Marcos	394(parte)	R$ 347.722,82 (31/05/02)	2005
Nilo	206(parte)	R$ 764.138,49 (30/09/02)	2004
Rachel	151(parte)	R$ 182.281,75 (30/08/02)	2004

Em razão disso, requereram à autoridade coatora autorização para que procedessem ao fracionamento, à cessão dos créditos que possuem em tais títulos, bem assim que os mesmos pudessem servir para quitação de tributo devido à Fazenda Estadual, o que, dada a omissão da autoridade em responder ao apelo, enseja essa segurança.

De se lembrar que os requerentes são usuais devedores de tributo à Fazenda Estadual por se tratar de servidores públicos do Estado, sendo sabido que o imposto de renda dessa categoria é de titularidade do respectivo ente, nos termos do art. 157, I, da Carta Magna.

Em sítio meritório, sustentam os impetrantes à f. 06:

> Os fundamentos legais da pretensão são de três ordens: o primeiro, de fundo constitucional federal, encontra-se na aplicação do art. 78 e seu § 2º do ADCT da Carta Magna; o segundo, de legislação federal, pela combinação do art. 170 do CTN com os arts. 368 e ss. do Código Civil. O terceiro, de legislação local, pela aplicação dos arts. 11 e 12 da Lei Estadual nº 14.699/03, de 06.08.03, os quais, escoimados de suas inconstitucionalidades, também ofereceram suficiente densidade normativa à matéria atinente à compensação de tributo.

Pede-se, na fase conclusiva da peça de ingresso:

> ... a procedência do pedido para que os requerentes possam ceder e fracionar os créditos precatórios já referidos e, bem assim, que os mesmos possam ser utilizados para efeito de compensação de tributo devido à Fazenda Pública estadual, independentemente de estar ele inscrito ou não na dívida ativa.

Prestou a autoridade coatora as informações de f. 78/83, com o pedido final de denegação da segurança, sob os argumentos de que:

> A cessão [...] pressupõe que a exigibilidade, liquidez e certeza do crédito permaneçam as mesmas, e o respeito à cronologia constitucional é da essência da obrigação. Se o cessionário pudesse utilizá-lo imediatamente, para compensar créditos tributários, seriam ignorados tais pressupostos, acarretando a quebra da regra cronológica do art. 100, que se origina do princípio da isonomia. É absurdo conceber que tal procedimento seria dotado de juridicidade, pois o mandamento constitucional seria facilmente contornável.

Opina o Procurador de Justiça João Câncio de Mello Júnior, às f. 86/96, pela denegação da segurança, pela impossibilidade de compensação tributária de crédito decorrente da cessão de precatório.

É o relatório.

Embora desejável a compensação tributária envolvendo créditos de precatório para quitação de débitos tributários, somente seria factível se houvesse lei autorizativa que ensejasse, inclusive, a quebra da precedência daqueles que se encontram na fila de espera para recepção do que lhes é devido.

Com carradas de razão, salienta o culto parecerista de f. 89-TJ:

> Não há direito líquido e certo na pretensão de cessão de precatório para posterior compensação, ao fato de que não há direito de compensar crédito tributário sem o cumprimento dos requisitos legais que autorizam tal forma de extinção do crédito tributário. Sem falar o fato mais grave de não haver lei formal específica autorizando o encontro de créditos.
>
> A compensação tributária inscreve-se no âmbito das modalidades especiais de extinção do crédito tributário, encontra-se prevista no art. 170 do CTN, que dispõe: 'A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública'.
>
> Entre os requisitos elencados para a compensação, importa, segundo o CTN, a existência de dívida pecuniária líquida e certa, isto é, certa quanto à existência e determinada quanto ao montante, pois não se pode conceber a compensação sem que haja certeza quanto ao montante de um dos débitos.
>
> Assim, sendo o Código Tributário Nacional expresso ao afirmar que a lei poderá autorizar ao Executivo compensar seus créditos com créditos líquidos e certos do sujeito passivo, qualquer decisão administrativa e judicial que viesse a permitir a compensação de créditos ilíquidos ou incertos estaria em flagrante desrespeito e violação à norma do Código Tributário Nacional.
>
> Não basta, portanto, para que se proceda à compensação, a mera existência de um precatório impago, visto que outras condições existem que devem ser satisfeitas para que o crédito nele consubstanciado se revista do pretendido feito liberatório, para que possa alimentar a compensação unilateralmente procedida, segundo informa.
>
> Desde 10.01.2001, com o advento da Lei Complementar nº 104, que introduziu no Código Tributário o art. 170-A, segundo o qual 'é vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial', agregou-se novo requisito para a realização da compensação tributária: a inexistência de discussão judicial sobre os créditos a serem utilizados pelo contribuinte na compensação.

Arrima-se o parecer em sólidos e remansosos precedentes desta Corte às f. 90/92-TJ reproduzidos: a) Mandado de Segurança nº 1.0000.00.161575-6/000 - Rel. Des. Aloysio Nogueira; b) Mandado de Segurança nº 1.0000.05.431794-6/000 - Rel. Des. Nilson Reis; c) Mandado de Segurança nº 1.0000.05.430788-9/000 - Rel. Des. Moreira Diniz; d) Apelação Civil nº 1.0000.00.161575-6/000 - Rel. Des. Aloysio Nogueira.

Destaca-se, ainda, às f. 93/94-TJ, o seguinte tópico do parecer:

> [...] não se tratando de precatório objeto do parcelamento previsto no art. 78 do ADCT, sua liquidação se inscreve na rotina dos demais, pelo que é de se aplicar o entendimento externado pelo Superior Tribunal de Justiça ao julgar o REsp nº 18.720, de que foi Relator o em. Min. Castro Meira:
>
> 'Tributário. Crédito decorrente de cessão de precatório. Débito tributário. ICMS. Compensação. Impossibilidade. - Não há direito líquido e certo, a ser assegurado por via de mandado de segurança, para compensar créditos de precatórios adquiridos com débitos fiscais relativos ao ICMS' (RMS nº 12.734/RO, Rel. Min. Garcia Vieira, *DJ* de 09.12.2002).

Sepultando com pá-de-cal a pretensão mandamental, destaca, por derradeiro, o parecerista ministerial às f. 95/96-TJ:

> [...] a aplicação do art. 78 do ADCT deve encontrar harmonia com o art. 100 da Constituição da República, que prescreve que o pagamento deve ocorrer na ordem cronológica dos créditos respectivos, proibidas as exceções, revelando, desse modo, que a decisão objurgada viria a causar verdadeiro caos na ordem de liquidação dos precatórios.

Conclusão.

Frente ao exposto, pelos mesmos fundamentos do parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, denego a segurança, à míngua de liquidez, certeza e previsão legal para a pleiteada compensação de créditos oriundos de precatórios.

Custas, *ex lege*.

DES. ALVIM SOARES - De acordo com o Relator.

DES. FERNANDO BRÁULIO - Sr. Presidente. Peço vista dos autos.

DES. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS - Sr. Presidente, pela ordem. Gostaria de adiantar o meu voto. De acordo com o Relator.

DES. SILAS VIEIRA - Sr. Presidente, pela ordem. Também quero adiantar o meu voto. De acordo com o Relator.

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - Sr. Presidente, pela ordem. Gostaria, também, de adiantar o meu voto. De acordo com o Relator.

DES.ª HELOÍSA COMBAT - Sr. Presidente, pela ordem. Quero, também, adiantar meu voto. Estou de acordo com o Relator, porque entendo que não foi demonstrado, de plano, que houve adequação aos preceitos da Lei Estadual nº 14.699/03, porque aqui o caso é de compensação de precatórios com descontos em imposto de renda também, ou seja, com um débito que, *data venia*, não se sabe nem quando, nem se irá ocorrer; em princípio, sim, são valores muito altos e haveria descontos mensais nos vencimentos dos servidores; e pode ocorrer mudança de alíquota, pode mudar até a Constituição nesse meio tempo, para dizer que quem vai arrecadar o imposto de renda vai ser a União. Em suma, não há direito líquido e certo nenhum a meu ver, por isso denego a segurança.

Súmula - PEDIU VISTA O DES. FERNANDO BRÁULIO. DENEGARAM A ORDEM O RELATOR, O PRIMEIRO VOGAL E, EM ADIANTAMENTO DE VOTO OS TERCEIRO, QUARTO, SEXTO E NONO VOGAIS. AGUARDAM PARA VOTAR OS QUINTO E SÉTIMO VOGAIS.

Notas taquigráficas

DES. FERNANDO BRÁULIO (Presidente) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 21.11.2007, a meu pedido, após votarem, denegando a ordem, o Relator, o Primeiro Vogal e, em adiantamento de voto, os Terceiro, Quarto, Sexto e Nono Vogais, aguardando para votar os Quinto e Sétimo Vogais.

Meu voto é o seguinte:

Após reestudo da matéria, cheguei à mesma conclusão do eminente Des. Relator. Portanto, denego a segurança.

DES. WANDER MAROTTA - Sr. Presidente. Pedi o processo apenas para verificação de um detalhe que se confirmou, de fato, como imaginava.

Trata-se de credores do DER/MG, que é uma autarquia, e já votei no sentido da possibilidade de compensação de créditos tributários, mas o devedor desses créditos, na ocasião, era o próprio Estado de Minas Gerais, e não o DER. Em casos específicos do DER, o meu voto tem sido sempre no sentido da impossibilidade dessa compensação por se tratar de entidades diferentes.

Reconhecendo também que a matéria é polêmica, mesmo em se tratando de autarquia, peço vênia para denegar a segurança.

DES. EDGARD PENNA AMORIM - Sr. Presidente. Peço vista dos autos.

DES. FERNANDO BOTELHO - Sr. Presidente. Gostaria de antecipar o meu voto. Peço vênia para acrescentar aos precisos fundamentos do voto do em. Relator os seguintes:

a) mandado de segurança, *actio* de caráter interdital, requer e não dispensa prova, pré-constituída, do direito qualificado exigido à medida extrema;

b) inexiste direito líquido e certo dedutível em mandado de segurança quando o acionamento atenta contra disposição inibitória do cerne da postulação, expressa em lei (em sentido formal e material);

c) Em Minas Gerais, após a edição da Lei 14.699, de 6 de agosto de 2003, inseriu-se tratamento expresso - que cumpre, no âmbito estadual-infraconstitucional, o disposto no art. 78/ADCT e art. 100, ambos da CF - não só de específico e inarredável *iter* procedimental para a cessão de precatórios (art. 9º, §§ 6º a 9º) como de denegação à conspurcação da ordem cronológica a ser obedecida na quitação do crédito público por esse meio (§ 11º do citado art. 9º). Confira-se a disposição, *in verbis*:

> Seção VI
> Dos Precatórios
> Art. 9º - Fica o Poder Executivo autorizado a regulamentar o pagamento dos precatórios a que se refere o *caput* do art. 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República, estabelecendo-se o prazo máximo de dez anos para pagamento parcelado. [...]
> § 6º - O Poder Executivo manterá sistema informatizado de controle dos precatórios expedidos contra o Estado e entidades de direito público da Administração indireta, separando-se os precatórios parcelados, os não parcelados, os que tenham natureza alimentícia e os que sejam de pequeno valor nos termos deste artigo, individualizando os valores originais e corrigidos, os juros moratórios legais aplicáveis, as parcelas vencidas e vincendas, pagas e não pagas, os números dos processos e os tribunais de origem, as datas de

expedição e de vencimento, os titulares, os cedentes e os cessionários, as datas dos registros das cessões, em ordem cronológica de apresentação, bem como outras informações consideradas relevantes, conforme regulamentação.

§ 7º - A ordem cronológica dos precatórios e a identificação de seus titulares serão de acesso público, mediante requerimento gratuito ou página específica na internet, vedada a apresentação de valores e outros dados constantes do registro de precatórios, que somente poderão ser apresentados mediante certidão requerida pelo titular do precatório, com pagamento da taxa de expediente específica.

§ 8º - Os precatórios parcelados e registrados no sistema a que se refere o § 6º poderão ser cedidos, desde que:

I - a cessão seja registrada no sistema a que se refere o § 6º;

II - a cessão do precatório seja formalizada em formulário próprio fornecido pelo Estado, em três vias, assinado pelo cedente e pelo cessionário ou seus representantes legais na presença de servidor competente para a realização do registro a que se refere o § 6º, não sendo admitido mandato;

III - a cessão seja acompanhada de mandato irrevogável do cedente ao cessionário para efetuar a quitação dos valores pagos do precatório no processo judicial do qual se originou, para transigir, renunciar ou desistir do processo de execução contra o Estado que gerou a expedição do precatório, com as mesmas formalidades do inciso II, devendo haver menção expressa à cessão;

IV - o cedente esteja registrado no sistema a que se refere o § 6º como titular do precatório respectivo;

V - as vias dos instrumentos a que se referem os incisos II e III deste parágrafo sejam arquivadas na repartição, com apresentação concomitante da via original e de documento de identidade, para fins de verificação da autenticidade dos instrumentos e das assinaturas;

VI - o pagamento da taxa de expediente respectiva seja efetuado.

§ 9º - O requerimento de registro da cessão, acompanhado do comprovante do pagamento da taxa de expediente, será protocolizado em até dez dias contados da realização do negócio, e a sua apreciação pela autoridade competente ocorrerá em até dez dias úteis contados da protocolização do requerimento.

§ 10 - A cessão de precatório parcelado somente gera efeitos em relação ao Estado após o registro no sistema a que se refere o § 6º, desobrigando-se o Estado pelo pagamento de qualquer parcela feita ao titular do precatório constante do sistema em data anterior a esse registro.

§ 11 - A cessão ou outro ato jurídico concernente a determinado precatório não altera sua natureza, seja ela alimentícia ou não, nem sua ordem cronológica.

§ 12 - Para efeito do disposto no § 3º deste artigo, estando especificado na decisão o montante devido a cada exeqüente, o crédito de pequeno valor será considerado por beneficiário.

Postulação mandamental que vise, como a presente, à obtenção de comando autorizativo de cessão do crédito público, com efeito de compensação automática com haver tributário estadual (não inscrito) viola, frontalmente, a dita norma estadual, que, de modo expresso e especial, disciplina, contrariamente, o *thema*.

Ausentando-se, assim, da medida presente, direito oponível à autoridade impetrada, ponho-me inteiramente de acordo com o douto voto do em. Relator, denegando, também, a ordem.

Custas, *ex lege*.

Súmula - PEDIU VISTA O SÉTIMO VOGAL (DES. EDGARD PENNA AMORIM). OS DEMAIS DENEGAVAM A SEGURANÇA. AGUARDA VISTA A DES.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO.

Notas taquigráficas

DES. ALVIM SOARES (Presidente) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 21.11.2007, a pedido do 2º Vogal, após votarem denegando a ordem o Relator, o Primeiro Vogal e, em adiantamento de voto, os 3º, 4º, 6º e 9º Vogais, aguardando para votar os 5º e 7º Vogais.

Novamente adiado na sessão do dia 19.12.2007, a pedido do 7º Vogal (Des. Edgard Penna Amorim). Os demais denegavam a segurança. Aguarda vista a Des.ª Teresa Cristina da Cunha Peixoto.

Com a palavra o Sr. Des. Edgard Penna Amorim.

DES. EDGARD PENNA AMORIM - Sr. Presidente, eminentes Pares. Confesso que não trouxe o material relativo a este processo, porque não imaginei que ele seria posto em votação. Respeito, naturalmente, a decisão da Presidência, mas pondero que não é apenas a possibilidade virtual de uma questão de ordem ser suscitada, mas a possibilidade regimental de retratação ou reposicionamento de qualquer dos votantes, sobretudo do Relator, à vista do voto de quem pediu vista, ou de algum outro que o suceda. Por isso, anotado absoluto respeito à decisão da Presidência, ressalvo o meu entendimento segundo o qual o Regimento não autoriza o prosseguimento de julgamento a partir de pedido de vista, sem a presença do Relator, salvo se ele já tiver se afastado do Tribunal.

Mas, acatando a decisão do prosseguimento do julgamento, vejo-me em condições de proferir meu voto.

Sr. Presidente. Pedi vista dos autos em sessão passada para melhor estudo da questão e, tendo-o feito, estou convencido de que a segurança há de ser denegada, no caso.

Inicialmente, com respeitosa vênia, verifico que os requerentes atacam ato omissivo atribuído ao Sr. Secretário de Estado da Fazenda de Minas Gerais, consistente na falta de apreciação de pedidos administrativos por eles formulados (f. 15, 20, 25, 30 e 34) sem, contudo, juntarem a prova material da omissão, qual seja de que os referidos pedidos ainda não teriam sido apreciados. Bem por isso, seria o caso de, a rigor, determinar-se a emenda da inicial ou mesmo indeferi-la. No entanto, como o em. Relator assim não entendeu, deixo de proceder ao referido indeferimento, adentrando pelo exame do mérito, como feito pelos em. Pares.

Para tanto, registro que, no julgamento dos Mandados de Segurança 1.0000.05.426822-2/000, 1.0000.06.438787-1/000 e 1.0000.06.444726-1/000,

submetidos a este mesmo órgão fracionário, os quais versavam matéria em parte semelhante à ora discutida, reconheci o direito líquido e certo dos então impetrantes de valerem-se do poder liberatório do pagamento de tributos do Estado de Minas Gerais correspondente a cada parcela de precatório não liquidada até o final do exercício a que se referiam.

Entendi, naqueles precedentes, pela auto-aplicabilidade das normas constitucionais transitórias nos pontos em que asseguram os direitos do credor (art. 78, §§ 1º e 2º, do ADCT da CR/88), sendo que a única questão que lei ou regulamento poderia prever é aquela atinente à redução do número de parcelas em que se dividiria o valor do precatório. Concluí, portanto, que a omissão normativa infraconstitucional, se não teria o condão de abreviar a liquidação do crédito, tampouco poderia representar empecilho ao recebimento do valor no prazo máximo de 10 (dez) anos.

Nesse caso, contudo, verifico que os precatórios em questão, à diferença dos daqueles outros precedentes, são devidos pelo Departamento de Estradas de Rodagem de Minas Gerais - DER/MG, autarquia estadual, e não pelo próprio Estado de Minas Gerais, assim não configurada coincidência entre credor e devedor e inexistente, por esta razão, possibilidade de compensação. Impende registrar, por fim, que o pedido de cessão e fracionamento dos precatórios está tão intimamente ligado ao de compensação, que ambas se mostram incindíveis, a meu aviso; por isso que afastada a concessão parcial da ordem.

Nessa linha, adiro à fundamentação do voto do em. Des. Wander Marotta e denego a segurança.

Sem honorários (Súmula nº 105 do STJ).

Custas, *ex lege*.

DES.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO - Apreciando a questão com afinco, hei por bem denegar a segurança, anuindo, todavia, à fundamentação do em. Des. 5º Vogal Wander Marotta.

Nesse mister, destaco que já manifestei, em caso semelhante, no sentido da impossibilidade de o contribuinte ser prejudicado pela inércia da Fazenda Pública, permitindo-se que disponha do crédito precatório assim como assegurado pelo art. 78 do ADCT/CF, acrescentado pela EC nº 30/2000, de aplicabilidade imediata, independentemente da regulamentação da Lei Estadual nº 14.699/03, consoante entendeu este 4º Grupo de Câmaras Cíveis.

> Administrativo - Mandado de segurança - Conceituação de autoridade coatora - Requerimento de utilização de crédito de precatório para pagamento de tributo - Admissibilidade.
> - A autoridade coatora, em mandado de segurança, é aquela que pratica o ato administrativo questionado, ainda que em razão de competência vinculada, tal como aqui ocorreu no indeferimento do pedido formulado.
> - Julgado procedente o pedido de repetição de indébito e expedindo-se, em favor da autora, o respectivo precatório, que não foi quitado, nada impede que a credora, alternativamente, possa proceder à compensação tributária, legalmente prevista, ou ceder ou fracionar seu crédito com a mesma finalidade.
> - A liquidez do título depende exclusivamente do próprio devedor, o que já não ocorreria se oposto a terceiro (Processo nº 1.0000.05.426822-1/000(1), Rel. Des. Wander Marotta, j. em 19.04.2006).

Todavia, na hipótese específica dos autos, observa-se que os precatórios apontados são devidos pelo Departamento de Estradas de Rodagem de Minas Gerais - DER/MG, autarquia estadual, e não pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais propriamente dita, o que impede a compensação, não havendo coincidência entre credor e devedor, conforme também registrou o Des. 7º Vogal Edgard Penna Amorim.

Com tais considerações, denego a segurança.

Custas, *ex lege*.

DES. PRESIDENTE - Quanto ao pronunciamento do Des. Edgard Penna Amorim, quero que se registre que apenas estou preocupado em cumprir o art. 74, § 3º, do Regimento Interno.

Súmula - DENEGARAM A SEGURANÇA, À UNANIMIDADE.

...

Rescisão contratual - Compromisso de compra e venda - Imóvel - Acervo hereditário - Alienação - Alvará judicial - Desnecessidade - Contrato - Validade - Compromissário-comprador - Inadimplência - Multa contratual devida

Ementa: Rescisão de contrato de compra e venda de imóvel integrante de acervo hereditário celebrado pela inventariante. Validade. Interpelação da compromissária-compradora inadimplente. Multa contratual devida.

- Na forma do art. 1.572 CC/1916, que tem por correspondente o art. 1.784, CC/2002, aberta a sucessão, a herança transmite-se desde logo aos herdeiros legítimos e testamentários, aos quais é assegurada a disponibilidade de suas cotas-partes, não dependendo de autorização judicial para aliená-las ou gravá-las de ônus real ou praticar quaisquer atos inerentes à propriedade.

- O compromisso celebrado pela viúva do autor da herança, na qualidade de inventariante, é válido e eficaz para produzir seus efeitos em face de terceiro de boa-fé, cabendo a ela ressarcir o monte hereditário, caso o bem alienado ou compromissado exceda a sua meação.

- Sendo a compromissária-compradora inadimplente interpelada para efetuar o pagamento sob pena de rescisão do contrato dentro de determinado prazo e não o fazendo, não se pode assegurar-lhe oportunidade de purga da mora no decorrer da ação rescisória do contrato.

- Válida a cláusula penal que comina multa de 20% sobre o valor do contrato em caso de inadimplência.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.04.507023-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Aline Carla Ferreira - Apelado: Espólio de Hygino Marzo Júnior, representado pela inventariante Maria Laís de Oliveira Marzo - Relator: DES. JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 25 de janeiro de 2008. - *José Affonso da Costa Côrtes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTES - Conheço do recurso por presentes os requisitos objetivos e subjetivos para sua admissibilidade.

Ao exame dos autos verifica-se se tratar de ação de rescisão de contrato de compra e venda de imóvel, ajuizada pelo apelado em desfavor da apelante, afirmando que esta descumpriu o pacto de f. 09/12, que tem por objeto a venda do imóvel ali descrito, pagando apenas um sinal de R$ 2.500,00, deixando de satisfazer os demais valores devidos mensalmente; foi constituída em mora através da interpelação de f. 13, requerendo ainda liminar de reintegração de posse.

Liminar deferida por decisão de f. 21, agravo de instrumento interposto e provido pelo extinto Tribunal de Alçada (f. 118/124), contestação apresentada, processo regularmente instruído, sentença de f. 181/183, acolhendo parcialmente o pleito autoral, declarando rescindido o contrato, reintegrando o autor na posse do imóvel, condenando a ré, ora apelante, ao pagamento de R$ 300,00, como complemento à pena convencional fixada na cláusula décima do contrato, repartindo-se, proporcionalmente, os ônus de sucumbência na medida da vitória e derrota de cada litigante.

Os embargos declaratórios ofertados foram rejeitados à f. 187, advindo a apelação de f. 190/198, argumentando que, quando da celebração do contrato, a inventariante não estava investida de poderes para alienar bens do espólio sem autorização judicial; portanto, se viu diante de um direito de recusar o cumprimento de suas obrigações, trazendo à colação o art. 476/CC, com ofensa ao art. 992, I, do CPC, afirmando ainda que requereu o depósito em juízo do valor devido a título de quitação da mora, o que foi indeferido pelo Juiz de primeiro grau. Insurge-se contra o valor da multa arbitrada, requerendo que seja reduzida a patamares justos, finalizando com pedido de provimento, assegurando oportunidade para purgação da mora e inversão dos ônus de sucumbência.

Recurso respondido às f. 202/203, com enfrentamento das razões recursais, pugnando pelo seu improvimento, confirmando-se o decreto judicial de primeiro grau.

Ao exame dos autos, constata-se se tratar de ação de rescisão do contrato de f. 09/12, celebrado em 22.07.2004 e inadimplido pela apelante quanto ao pagamento das parcelas mensais previstas na cláusula 2ª - B, devidamente constituída em mora (f. 13), que foi julgada parcialmente procedente, declarando rescindido o contrato, reintegrando a apelada na posse do imóvel compromissado, além da imposição de multa contratual no valor de R$ 2.800,00, sendo R$ 2.500,00 relativos ao pagamento efetuado conforme cláusula 2ª - A, e mais R$ 300,00 impostos na sentença.

Como primeiro fundamento recursal, argumenta a apelante que, como o imóvel estava sendo inventariado, não poderia ser alienado sem autorização judicial; portanto se viu diante de um direito de recusar o cumprimento da obrigação.

Sem razão a apelante. Primeiro porque consta do próprio contrato, no § 2º da cláusula primeira, que a compromissária compradora tinha pleno conhecimento de que o imóvel transacionado estava sendo inventariado e que a compromissária-vendedora se comprometeu a registrar o formal de partilha, não sendo de se desprezar os documentos de f.158/160 que noticiam que, em 18.11.2003 (portanto antes da celebração do contrato), o imóvel compromissado tinha sido adjudicado à compromissária-vendedora, o que foi homologado por sentença em 30.08.2005 (f. 160), e a carta de adjudicação expedida no dia 21 de outubro do mesmo ano (f. 155), o que leva à conclusão de que, quando da celebração do contrato, em 22.07.2004, em virtude do termo de adjudicação (f. 159), lavrado em 18.11.2003, o imóvel pertencia à compromissária-vendedora.

Por outro lado, não se deve olvidar do enunciado no art. 1.784 CC/2002, que tem por correspondente o art. 1.572 do CC/1916, no sentido de que: "aberta a sucessão a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários", portanto, bens totalmente disponíveis, e não será o disposto no inciso I do art. 992 do CPC que os colocará em indisponibilidade, porque:

> [...] embora não autorizada pelo juiz tem-se por eficaz a alienação de bem da herança a título oneroso e de sorte a não

sujeitar o adquirente de boa-fé a restituí-lo, ficando ressalvado o ressarcimento do eventual prejuízo ao montante hereditário por aquele que deu causa (*RSTJ* 19/539).

Portanto, o simples fato de o imóvel compromissado integrar um acervo hereditário, estando em trâmite o processo de inventário, fato de que a apelante tinha pleno conhecimento (§ 2° da Cláusula Primeira do contrato), e que, antes mesmo da celebração do contrato tinha sido adjudicado para a compromissária-vendedora (f. 159), não autorizava a apelante a inadimplir sua obrigação de efetuar os pagamentos mensais contratados.

Por outro lado, não se olvide de que Maria Lais de Oliveira Marzo, que assinou o contrato como vendedora, tecnicamente não é herdeira, mas esposa do autor da herança, portanto sua meeira, e seu ato, em caso de controvérsia, somente envolveria ela própria e demais herdeiros, obrigando-a ao ressarcimento do monte hereditário caso o bem compromissado excedesse sua meação.

Quanto à possibilidade de purga da mora, verifica-se que o documento de f. 13 estipulou o prazo de 72 horas para que o fizesse, contadas do dia 15 de outubro de 2004. No entanto, antes que a interpelação fosse feita, o pai da apelante, que, segundo consta dos autos, é quem ocupava a sala compromissada, se comprometeu em 25 de setembro de 2004 a devolver a sala caso não efetuasse o pagamento até 2 de outubro do mesmo ano, e não se pode admitir que depois de ajuizada ação de rescisão seja assegurada nova oportunidade para emenda da mora se o devedor foi nela devidamente constituído, deixando escoar *in albis* o prazo para pagamento.

Quanto à cláusula penal prevista na cláusula décima do contrato, fixada em 20% sobre o valor total de transação, não é excessiva ante o enunciado do art. 920 do CC/1916, que tem por correspondente com a mesma redação o art. 412 do CC/2002, no sentido de que: "o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal".

Assim, se o imóvel foi compromissado por R$ 14.000,00, a cominação imposta a título de cláusula penal em 20% importa em R$ 2.800,00, e, como a apelante pagou R$ 2.500,00, resta-lhe fazer a complementação de R$ 300,00, nos termos do § 1° da cláusula décima - segunda parte.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso, confirmando integralmente a sentença recorrida, por seus próprios e sólidos fundamentos.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MOTA E SILVA e MAURÍLIO GABRIEL.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Embargos do devedor - Contrato de locação - Nota promissória - Vinculação - Emissão em branco - Preenchimento abusivo - *Causa debendi* - Discussão - Possibilidade - Obrigações adimplidas - Título - Ausência de exigibilidade - Procedência dos embargos

Ementa: Embargos do devedor. Nota promissória vinculada a contrato de locação. Emissão em branco. Discussão da *causa debendi*. Possibilidade. Preenchimento abusivo da cártula. Procedência.

- É possível ao julgador imiscuir-se na análise da regularidade da *causa debendi*, quando figuram como partes do processo o emitente e o beneficiário da cártula.

- Incumbe ao devedor o ônus de provar que o título carece de causa, ou que, por qualquer outro motivo, não possui liquidez e certeza.

- Segundo entendimento jurisprudencial, especialmente desta Corte, a nota promissória emitida em branco pelo devedor pode ser preenchida pelo credor, não sendo este ato, em si, abusivo, consubstanciando, na realidade, mandato tácito em favor do portador.

- Diante da demonstração de que a nota promissória que instrui o processo executivo foi emitida em branco, como garantia de contrato de locação, e que todas as obrigações assumidas pelo embargante/locatário naquele negócio jurídico foram adimplidas, resta evidenciado que houve o preenchimento abusivo do título por parte do embargado/locador.

- Comprovado que o título que instrui a ação de execução é desprovido de exigibilidade, impõe-se a procedência dos embargos de devedor e a extinção daquele feito.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.90.661556-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: José Feres Bichara em causa própria - Apelado: José Jefferson Franco - Relator: DES. EDUARDO MARINÉ DA CUNHA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 24 de janeiro de 2008. - *Eduardo Mariné da Cunha* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO MARINÉ DA CUNHA - Cuida-se de embargos de devedor ajuizados por José Feres Bichara em face de José Jefferson Franco, alegando que a nota promissória que instrui o processo executivo foi emitida, em branco, como garantia ao cumprimento de obrigações que havia assumido em contrato de locação, com vigência entre 10.03.87 e 10.03.89, referente ao apartamento n. 202, situado na Rua Oscar Trompowisk, n. 1.077, bairro Gutierrez, nesta Capital.

Argumentou que os aluguéis pactuados foram integralmente pagos por meio de cheques, e que, por ocasião da entrega das chaves, o imóvel locado foi pintado. Asseverou, contudo, que não lhe foi devolvida a nota promissória dada em garantia ao contrato e que está a instruir a ação de execução.

Asseverou que a cártula foi preenchida abusivamente pelo requerido, sendo, assim, desprovida de exigibilidade.

Aduziu, ainda, que não há explicação para o vencimento da nota promissória em 30.05.89, uma vez que o contrato de locação findou-se em 10.03.89.

Consignou que deve ser determinada a apresentação das declarações de imposto de renda do embargado entre os anos de 1986 a 1988, por meio das quais será possível apurar a prática de ilícito fiscal por parte daquele, uma vez que omitiu ao fisco a celebração do contrato de locação garantido pela nota promissória. Pugnou pela procedência dos embargos de devedor.

Em sua defesa, o embargado suscitou preliminar de inépcia da inicial. No mérito, argumentou que a nota promissória que instrui a ação de execução não foi emitida como garantia ao contrato de locação firmado entre as partes. Asseverou que seu crédito é perfeitamente exigível, visto que embasado em título de crédito. Asseverou que a nota promissória não foi emitida em branco, mas, ainda que tal tivesse ocorrido, não haveria nulidade a ser declarada na cártula, pois que é possível seu preenchimento pelo credor. Requereu a improcedência dos embargos.

O embargante manifestou-se acerca da resposta do embargado.

Prolatada sentença, os embargos de devedor foram julgados improcedentes.

O embargante interpôs apelação a que se deu provimento, para cassar a sentença e determinar a produção de prova pericial.

Vieram aos autos o laudo pericial documentoscópico e os esclarecimentos prestados pelo *expert*.

Em audiência, foram ouvidas as testemunhas arroladas pelo embargante.

Prolatada nova sentença, o pedido formulado na inicial foi julgado improcedente.

O embargante aviou embargos declaratórios, que foram rejeitados.

Irresignado, o embargante interpôs apelação, alegando que o embargado preencheu abusivamente a nota promissória que lhe foi passada em branco. Asseverou que, a todo momento, o embargado tentou evitar a produção da prova pericial, que acabou por demonstrar o preenchimento do título em momento posterior à assinatura. Disse que a nota promissória foi emitida em garantia ao cumprimento de obrigações que assumiu em contrato de locação. Argumentou que a relação locatícia findou-se sem que restassem créditos em favor do embargado. Consignou que não possui os recibos dos aluguéis pagos, uma vez que o embargado se negou a fornecê-los. Alegou que é despropositada a execução da nota promissória, visto que, além de pagar os aluguéis pactuados, pintou o apartamento antes de entregar as chaves ao locador. Afirmou que, ainda que todos os aluguéis não tivessem sido pagos, a dívida jamais alcançaria NCz$ 600,00. Argumentou que o fato de constar na nota promissória unidade monetária diversa daquela que vigia por ocasião de sua emissão demonstra o preenchimento posterior do título. Consignou que o embargado apagou a inscrição no verso da nota promissória, onde constava a expressão "garantia de locação", e sobre ela escreveu seu endereço à época. Afirmou que a prova testemunhal demonstra que houve a celebração de contrato de locação com o embargado. Aduziu que o embargado confessou que a origem da dívida seria o não-pagamento de IPTU, mas, ainda assim, não comprovou que lhe competia a obrigação de arcar com tal tributo. Bateu-se pelo provimento do recurso.

Foram apresentadas contra-razões.

Conheço do recurso, pois que próprio, tempestivo, regularmente processado e preparado.

Inicialmente, impõe-se destacar que, malgrado o embargante alegue ser inegável a existência do crédito representado pela nota promissória, argumentando que se trata de título líquido, certo e exigível, não se pode olvidar que é possível ao julgador imiscuir-se na análise da regularidade da *causa debendi* quando figuram como partes do processo o emitente e o beneficiário da cártula.

Examinando a possibilidade de o devedor discutir a causa subjacente ao título de crédito, Wille Duarte Costa deixa claro que não bastam meras alegações a respeito, negando-se a existência ou a regularidade da dívida, sendo imprescindível a apresentação de prova firme no sentido de que a cártula, em verdade, carece de causa, de modo que, ausente tal demonstração, prevalece o título que se mostre formalmente perfeito:

> É preciso dizer que não basta levantar suspeitas sobre o título e imputar ilicitudes ao legítimo possuidor na obtenção do título. Neste caso, para obter sucesso, é preciso que haja prova convincente do tipo de relação causal. A tranqüilidade para o possuidor advém do próprio título de crédito. Se o devedor o assinou sem erro ou coação, não há nada que possa afetar a força cambiária do título. Na dúvida, prevalece o seu conteúdo formal (*Títulos de crédito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 305).

Também a jurisprudência é incisiva em sustentar que é do devedor o ônus de provar que o título carece de causa, ou que, por qualquer outro motivo, não possui liquidez e certeza:

> Execução. Nota promissória. Avalista. Discussão sobre a origem do débito. Inadmissibilidade. Ônus da prova.
> (...)
> - Instruída a execução com título formalmente em ordem, é do devedor o ônus de elidir a presunção de liquidez e certeza. Recurso especial conhecido e provido (STJ, REsp nº 190. 753/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, j. em 28.10.2003, *DJ* de 10.12.2003, p. 467).

> Processo civil. Embargos do devedor.
> Instruída a execução com o título próprio, é do devedor o ônus de elidi-lo. Recurso especial não conhecido (STJ, REsp nº 154.565/PR, Rel. Min. Ari Pargendler, j. em 11.11.2002, *DJ* de 16.12.2002, p. 309, *RSTJ* 164/291).

No caso em tela, a impugnação do embargante ao título que instrui a execução funda-se em dois argumentos principais. O primeiro, de que teria sido preenchido, em branco, como garantia de contrato de locação. E o segundo, de que a relação *ex locato* findou-se sem que houvesse débito algum a ser pago ao embargado.

Cumpre destacar que, mesmo em se considerando ter sido a nota promissória assinada em branco, esta poderia ser preenchida pelo credor até o momento da apresentação para pagamento, em virtude de mandato tácito a ele outorgado pelo devedor.

Nesse sentido é a orientação jurisprudencial, especialmente desta Corte, que deixa claro que a nota promissória emitida em branco pelo devedor pode ser preenchida pelo credor, não sendo este ato, em si, abusivo:

> Operação de desconto de títulos. Nota promissória assinada em branco. Preenchimento. Mandato tácito. Inexistência de abuso. Validade. - A nota promissória assinada em branco, mas vinculada a contrato, é válida, havendo, no caso, um mandato tácito para seu preenchimento, desde que não ocorra abuso no seu preenchimento (TJMG, AC n. 487.975-2, Rel. Des. Antônio de Pádua, 9ª Câmara Cível, j. em 31.05.2005).

> Embargos à execução. Produção de provas. Requerimento. Desnecessidade de realização. Nota promissória. Emissão em branco. Possibilidade. Quitação. Inexistência. Improcedência dos embargos. - Não há cerceamento de defesa quando a prova pretendida não é capaz de alterar o convencimento do Julgador, pois que inapta para ilidir dívida consubstanciada em título de crédito com características de exeqüibilidade. A construção pretoriana é no sentido de que quem assina uma nota promissória em branco e a entrega a outrem, normalmente um credor, confere a este um mandato tácito para que preencha a cártula (TJMG, AC n. 512.456-3, Rel. Des. Unias Silva, Décima Quinta Câmara Cível, j. em 11.08.2005).

Analisando detidamente as provas produzidas nos autos, verifica-se que há elementos suficientes que demonstram a emissão da nota promissória em questão, como garantia a relação *ex locato* que existiu entre embargante e embargado, bem como que sua emissão deu-se em branco.

Segundo constatou o perito oficial, no verso do título executado, havia inscrição demonstrando a vinculação da nota promissória ao contrato de locação.

A propósito, passo a transcrição da resposta dada pelo *expert* a quesito suplementar formulado pelo embargante:

> Os exames efetuados com microscópio estereoscópico de alcance máximo permitido, com iluminação rasante, permitiram constatar sob as expressões escritas a lápis 'Rua Goitacazes, 1250', os assentamentos mecanografados que foram apagados, a saber: 'NP - EM BRANCO P/ GARANTIA LOCAÇÃO' (f. 179).

Outrossim, segundo apurou a perícia, a partir da sobreposição dos dados lançados mecanicamente em relação à assinatura do embargante, fica claro que o preenchimento da nota promissória foi posterior à emissão.

Nesse sentido constou no laudo pericial:

> Os pontos de interseções dos traçados datilografados e da caneta tipo esferográfica apresentam, ao microscópio, características típicas dos traçados mecanografados estarem por cima da assinatura. O documento foi assinado em branco (f. 157).

Tais elementos probatórios, contudo, não são suficientes para se alcançar conclusão que dê guarida à tese defendida pelo embargante, no sentido de que houve o preenchimento abusivo da nota promissória, por parte do embargado.

Isso porque, sendo a nota promissória, aparentemente, a única garantia prestada ao contrato de locação, haja vista o depoimento da testemunha Pedro Vila Real (f. 201), basta a comprovação de que o embargante deixou de adimplir algumas das prestações pactuadas e que o valor destas correspondiam à importância representada pela nota promissória, para que seja considerado regularmente constituído o crédito do embargado.

A princípio, mister se faz destacar que não foi trazido aos autos o contrato de locação firmado entre as partes nem os recibos dos aluguéis que, segundo o embargante, teriam sido pagos ao embargante, por meio de cheques.

Tal circunstância, malgrado dificulte a elucidação dos fatos, não impede a apuração da regularidade, ou não, do crédito, cujo pagamento é pleiteado no processo executivo.

Na petição de f. 209, o embargado admite que o embargante teria deixado de pagar apenas o IPTU do exercício de 1988, referente ao imóvel locado, não fazendo qualquer menção a aluguéis ou outros encargos da locação. Confira-se:

> Por outro lado, o embargado, em audiência realizada no dia 21 de outubro próximo passado, requereu a juntada de

> alguns documentos, todos com o fim de demonstrar as atitudes do embargante, no que concerne ao cumprimento das obrigações contratuais relativas a imóvel por ele locado ao primeiro. Deixou ele, embargante, de pagar inclusive o IPTU, relativo ao ano de 1988, tendo sido este débito então cobrado do embargado em execução fiscal, em fevereiro de 1994. Os documentos juntados provam este fato de forma clara. Vale esclarecer que o embargado, mesmo assim, relevou este débito, jamais o cobrou do embargante. Por isto, mesmo não estando aqui em discussão aquela locação, mas tendo em vista estar tentando o embargante, ainda que de forma impertinente, imprópria, de todo descabida arrastá-la para aquele contrato, o embargado, tão-só para esclarecimento deste Juízo, requereu a juntada de tais documentos, documentos estes que reitera permaneçam nos autos, como então requerido (f. 209/210).

Impõe-se esclarecer que os documentos mencionados pelo embargado foram juntados aos autos apenas na ocasião da apresentação de memorial e se referem, exclusivamente, à dívida de IPTU referente ao imóvel locado ao embargante (f. 220/225).

É possível vislumbrar, pois, que a única obrigação que não teria sido cumprida pelo embargante, no contrato de locação, seria a de pagar o IPTU referente ao exercício de 1988. Ainda assim, conforme já se ressaltou, sequer há nos autos o instrumento contratual, no qual poder-se-ia verificar se o locatário assumiu, ou não, a obrigação de recolher aquele tributo municipal.

De qualquer forma, extrai-se da manifestação do embargado, transcrita alhures, que não é de seu interesse a cobrança do valor do IPTU que incidiu sobre o imóvel locado ao embargante. Conclui-se daí que não foi aquele débito que deu azo à emissão da nota promissória objeto do processo executivo.

Nesse diapasão, evidencia-se que não havia prestações inadimplidas no contrato de locação firmado entre as partes que justificassem o preenchimento da nota promissória emitida em garantia ao cumprimento das obrigações do locador, no valor de NCz$ 600,00.

É importante destacar, ainda, que a prova testemunhal revelou não ter havido recusa, por parte do locador, em receber as chaves do imóvel locado pelo embargante. Além disso, esclareceu que o locatário realizou a pintura do apartamento antes de findar a locação.

A propósito, impõe-se a transcrição do depoimento da testemunha Pedro Vila Real:

> (...) que houve relação *ex locato* estremando embargante e embargado. Que a relação *ex locato* findou por volta de 1989, mais ou menos. Que ficou sabendo através do Dr. Bichara que lhe segredara ter saído do imóvel acima citado, estar aquele vago. Como queria deixar sua casa, o depoente dirigiu-se até aquele, na Rua Oscar Trompowski, bem no alto daquele logradouro público, indo até o segundo andar, sendo o apartamento de fundos, e ali viu que o imóvel estava sendo pintado (...) (f. 201).

Confira-se, outrossim, o depoimento de Santiago Maquieira Guerra:

> (...) que a pedido do embargante, já que administra imóveis, o depoente, mandou que um de seus funcionários fosse até a rua Oscar Trompowski pintar um apartamento que seria entregue a outrem. (...) que, no momento da entrega das chaves, não houve restrição às obras (pintura) realizadas no imóvel (...) (f. 200).

No mesmo sentido foi o depoimento de Antônio Teixeira Coelho:

> (...) que realizou serviço de pintura a mando do Sr. Guerra. Que tal serviço foi prestado a mando do Sr. Guerra, para o Dr. Bichara, preço que posteriormente pagaria ao depoente. Que o serviço fora realizado em um apartamento no Bairro Gutierrez, próximo à favela. Que foram realizados serviços de pintura, retirada e substituição de lustres e retirada de uma tetra chave. (...) Que posteriormente soube pelo Sr. Guerra que o imóvel no qual trabalhou o depoente estivera locado ao Dr. Bichara (...) (f. 214).

Tal circunstância indica não existirem pendências entre locador e locatário, por ocasião do término da relação *ex locato* e, ainda, a ausência de explicações, por parte do embargado, a respeito de qual seria a origem de seu crédito, que não o contrato de locação, permitem concluir que houve o preenchimento abusivo da nota promissória que instrui a ação de execução.

Via de conseqüência, inexistindo *causa debendi* que justificasse a emissão da nota promissória, indene de dúvida que deve ser extinto o processo executivo, haja vista que desprovido de exigibilidade o título em que lança fincas.

Com tais razões de decidir, dou provimento à apelação, para reformar a sentença vergastada e julgar procedentes os embargos de devedor, desconstituindo o crédito representado pela nota promissória que instrui o processo de execução. Julgo extinta a ação de execução por título extrajudicial. Condeno o embargado ao pagamento das custas do processo executivo e dos embargos de devedor, além de honorários sucumbenciais, que arbitro em valor equivalente a 15% do montante, cujo pagamento era pleiteado na ação de execução, devidamente corrigido a partir de 10.05.89, com os expurgos dos diversos planos governamentais.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES IRMAR FERREIRA CAMPOS e LUCIANO PINTO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO.

...

Roubo qualificado - Arma de fogo - Concurso de pessoas - *Res furtiva* - Posse momentânea - Crime consumado - Divisão de tarefas - Participação de menor importância - Não-caracterização - Fixação da pena - Pena de multa - Cumulação - Condenação anterior - Maus antecedentes - Reincidência - *Non bis in idem* - Isenção de custas - Inaplicabilidade

Ementa: Apelação. Roubo. Tentativa. Inviabilidade. Participação de menor importância. Inocorrência. Isenção da multa e das custas judiciais. Inadmissibilidade. *Bis in idem*. Não-ocorrência.

- Tem-se delito de roubo consumado quando os acusados subtraem os bens da vítima mediante grave ameaça, evadindo-se em seguida do local, não se podendo admitir que a eficiência da polícia em rastreá-los e prendê-los na posse da *res* caracterize a figura da tentativa.

- Impossível falar em participação de menor importância quando houve entre os agentes divisão de tarefas, afigurando-se cada uma delas imprescindível para o sucesso da empreitada criminosa.

- Não se pode decotar a penalidade de multa, uma vez que se trata de sanção obrigatória, que deve ser aplicada de forma cumulativa com a pena privativa de liberdade, consoante preceito secundário do art. 157 do CP.

- Não sendo os réus beneficiários representados pela Defensoria Pública e não tendo eles comprovado insuficiência de recursos, não há como conceder a eles a isenção das custas processuais, em observância ao disposto no art. 10, inciso II, da Lei Estadual nº 14.939/03.

- Possuindo o réu várias sentenças condenatórias passadas em julgado, se algumas delas forem usadas como maus antecedentes para fins de fixação da pena-base e outras, na segunda fase, como circunstância agravante, não há falar em ocorrência do famigerado *bis in idem*.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0685.07.000332-0/001 - Comarca de Teixeiras - Apelantes: 1º) Alessandro José Monteiro, 2º) José Evaristo de Jesus - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. VIEIRA DE BRITO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR DA DEFESA, NEGAR PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E DAR PROVIMENTO PARCIAL AO SEGUNDO.

Belo Horizonte, 29 de janeiro de 2008. - *Vieira de Brito* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. VIEIRA DE BRITO - Perante o Juízo da Vara Criminal da Comarca de Teixeiras - MG, Alessandro José Monteiro e José Evaristo de Jesus foram denunciados pelo Órgão de Acusação, às f. 02/04, como incursos nas sanções do art. 157, § 2º, incisos I e II, do CP.

Quanto aos fatos, narra a denúncia que, em 10.05.2005, por volta das 20h, na Av. Marechal Castelo Branco, nº 130, Bairro Centro, na cidade de Teixeiras - MG, os réus, agindo com unidade de vontades e desígnios, adentraram o estabelecimento comercial denominado "Padaria Sabrina", onde, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, após renderem o proprietário Arlindo Fonseca Cizílio, subtraíram, para proveito comum, coisa alheia móvel, consistente na importância pecuniária de R$ 40,00 (quarenta reais).

Acionada a polícia militar, esta, em rastreamento pela região, logrou êxito em localizar e deter os ora denunciados em estado de flagrante delito.

Regularmente processados, ao final, sobreveio a r. sentença (f. 176/186), sendo os acusados condenados nos exatos limites da denúncia, restando ao apelante Alessandro a pena de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa, em regime semi-aberto, e ao acusado José Evaristo a pena de 07 (sete) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 40 (quarenta) dias-multa, em regime fechado.

Inconformado, Alessandro interpôs recurso de apelação, apresentou razões às f. 203/206, suscitando preliminar de nulidade do feito, por supressão da fase do art. 499 do CPP. Superada a prefacial, no mérito, pugnou pelo reconhecimento da figura da *conatus*.

José Evaristo apelou à f. 239 e apresentou seu arrazoado às f. 240/242, objetivando a redução da pena que lhe foi irrogada, aduzindo a ocorrência do famigerado *bis in idem*. Requereu ainda a isenção da pena de multa e das custas judiciais, bem como o reconhecimento da tentativa e da participação de menor importância.

Contra-razões apresentadas, pôs-se o *Parquet* pelo conhecimento e desprovimento dos apelos manejados (f. 216/225 e 245/255).

Nesta instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Marcus Vinicius Abritta Garzon Leite, opinou pelo conhecimento e desprovimento dos recursos interpostos (f. 259/262).

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento, conheço dos recursos.

Da preliminar de supressão do art. 499 do CPP.

Ab initio, cumpre enfrentar a preliminar argüida pela defesa do acusado Alessandro, referente à ausência de intimação de seu defensor para fins do disposto no art. 499 do Código de Processo Penal.

Não merece acolhimento a presente prefacial.

A presente *quaestio* trata-se de nulidade relativa, motivo pelo qual deveria a omissão do Magistrado primevo ter sido alegada na primeira ocasião em que a parte interessada se manifestou no processo, no caso, na fase do art. 500 do CPP, sob pena de preclusão do direito.

Nesse sentido:

> As nulidades da instrução criminal dos processos de competência do juiz singular (com exceção do sumário e do processo de aplicação de medida de segurança por fato não criminoso) devem ser argüidas nos prazos a que se refere o art. 500 do citado Código, e se não forem argüidas nesses prazos merecem ser havidas como sanadas (STF - R*HC* 50.618/PR - Rel. Antonio Neder - *DJU* de 21.12.72, p. 8.773).

> A inobservância do art. 499 do CPP não enseja nulidade quando não argüida na oportunidade prevista no art. 500 do mesmo Código (STGF - *HC* - Rel. Cordeiro Guerra - *RT* 538/464).

Ademais, a meu aviso, não vislumbro, na espécie, prejuízo para a defesa, haja vista que os acusados, em ambas as fases da persecução penal, livres de qualquer pressão, confessaram a autoria do delito, narrando com total riqueza de detalhes como se deu o fatídico evento narrado na peça de intróito.

À vista disso, conclui-se que nenhum prejuízo foi causado aos apelantes, devendo incidir na espécie o princípio *pas de nullité sans grief*, segundo o qual nenhum ato processual poderá ser declarado nulo, se não restar devidamente demonstrado que do ato praticado resultou efetivo prejuízo para uma das partes (art. 563, do CPP).

Com tais fundamentos, afasto a preliminar de nulidade do processo por cerceamento de defesa.

Passo ao exame do mérito.

A ocorrência e a materialidade do delito restam estampadas no A.P.F.D. (f. 08/11), no boletim de ocorrência (f. 13/17), no auto de apreensão (f. 21) e no laudo pericial de eficiência e prestabilidade em arma de fogo (f. 29).

Alessandro, em suas razões de apelo, pugnou pelo reconhecimento da figura da *conatus*. Já José Evaristo requereu a redução da pena que lhe foi irrogada, aduzindo a ocorrência do famigerado *bis in idem*. Requereu, ainda, a isenção da pena de multa e das custas judiciais, bem como o reconhecimento da tentativa e da participação de menor importância.

Acerca do reconhecimento da figura da tentativa, tenho que é inaplicável no caso dos autos, uma vez que comungo do entendimento de que o roubo, como o furto, se consume quando a *res* sai da esfera de vigilância e disponibilidade da vítima e o agente obtém sua posse ainda que por breve lapso temporal.

Ressai, de forma inequívoca, do caderno processual que o roubo narrado na denúncia se consumou, uma vez que os recorrentes tiveram a posse mansa e tranqüila da *res furtiva*, ainda que momentaneamente, não se podendo olvidar que a importância pecuniária subtraída somente foi recuperada pelos milicianos após efetiva diligência dos mesmos.

Do modo como se deram os fatos, não restam dúvidas de que o roubo realmente se consumou, bastando, pois, para configurar o delito consumado, conforme entendimento há muito sustentado, que haja a simples retirada do bem da esfera de disponibilidade da vítima, o que *in casu* ocorreu.

Sobre o tema, brilhantes são as lições de Paulo José da Costa Jr.:

> A doutrina atual, entretanto, preferiu abandonar o critério, essencialmente espacial, predominante nas velhas concepções. Diz-se consumado quando apreendida e deslocada a coisa alheia móvel, fora da esfera de disponibilidade ou de custódia de seu titular (In: *Comentários ao Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 466).

Esse tem sido o entendimento jurisprudencial mais abalizado:

> Criminal. *HC*. Roubo qualificado. Pleito de desclassificação para tentativa. Momento da consumação do delito. Desnecessidade de que o bem saia da esfera de vigilância da vítima. Ordem denegada.
> I. O delito de roubo, assim como o de furto, consuma-se com a simples posse, ainda que breve, da coisa alheia móvel subtraída, sendo desnecessário que o bem saia da esfera de vigilância da vítima. Precedentes.
> II. Para que o agente adquira o caráter de posse ou detenção, basta a cessação da clandestinidade ou violência, mesmo que a vítima venha a retomar o bem, via perseguição própria ou de terceiro.
> III. Ordem denegada (*HC* 37970/SP - 2004 - Rel. Min. Gilson Dipp - 5ª Turma - Data do julgamento: 03.02.2005 - Data da publicação/Fonte: *DJ* de 07.03.2005, p. 304).

> Penal. Roubo. Consumação. Momento. Embargos de divergência.
> 1. O crime de roubo está consumado se o agente, ainda que por breve momento, tem, após o desapossamento violento, a disponibilidade dos objetos. Não é exigível a posse tranqüila da *res furtiva*, bastando que cesse a violência ou a clandestinidade. Precedentes deste STJ e do STF. 2.

> Embargos acolhidos (REsp nº 197848/DF - Rel. Min. Edson Vidigal - pub. no *DJU* de 15.05.2000).

Portanto, não obstante o esforço dos arrebatados defensores, tenho que o pleito desclassificatório não encontra amparo na prova trazida aos autos, sendo incontestável que os apelantes percorreram todo o *iter criminis*, configurando assim o delito de roubo na sua forma consumada.

Incabível, na vertente hipótese, a aplicação da figura do art. 29 do CP, participação de menor importância, quando resta perlustrado, no caderno processual, que os agentes agiram previamente mancomunados, existindo entre ambos divisão de tarefas, afigurando fundamental para a consumação do delito a conduta praticada por cada um deles.

A pena de multa aplicada aos acusados não pode ser decotada, uma vez que se trata de sanção obrigatória constante do preceito secundário da norma do art. 157 do CP, o qual determina a aplicação cumulativa da pena privativa de liberdade juntamente com a pena de multa. Assim, inviável o pedido formulado pela defesa do réu José Evaristo.

Também não fazem jus os acusados à concessão do benefício da justiça gratuita.

Certo é que o benefício pleiteado deve ser concedido somente nos casos previstos no art. 10, inciso II, da Lei Estadual 14.939/03, o qual dispõe:

> Art. 10. São isentos do pagamento de custas:
> [...];
> II - os que provarem insuficiência de recursos e os beneficiários da assistência judiciária [...].

Não consta nos autos qualquer prova acerca da insuficiência de recursos dos réus, motivo pelo qual entendo ser incabível a concessão de justiça gratuita.

Compulsando os autos, entretanto, tenho que não há falar, na espécie, em ocorrência do *non bis in idem*, no que tange à pena aplicada ao réu José Evaristo, uma vez que, possuindo várias condenações passadas em julgado, duas foram levadas em consideração quando da fixação da pena-base, sendo sopesadas como maus antecedentes, enquanto que uma terceira é que foi utilizada como reincidência, na segunda fase do sistema trifásico de aplicação da reprimenda.

Lado outro, tenho que a pena irrogada ao acusado José Evaristo padece de um pequeno reparo, já que, ao impor sua reprimenda, o preclaro Magistrado singular incorreu em um pequeno deslize aritmético ao concretizar a pena do citado apelante em 07 (sete) anos e 08 (oito) meses de reclusão, isso porque a pena de 05 (cinco) anos acrescida de 1/3 (um terço) há de ser concretizada não no patamar constante do r. *decisum* hostilizado, mas sim em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão.

Isso posto, mediante tais considerações, rejeito a prefacial eriçada pela defesa do réu Alessandro, nego provimento ao seu recurso e dou parcial provimento ao recurso do réu José Evaristo, tão-somente para reestruturar sua pena em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 30 (trinta) dias-multa, em regime inicial fechado, mantendo intactas as demais disposições constantes da decisão vergastada.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES HÉLCIO VALENTIM e PEDRO VERGARA.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR DA DEFESA, NEGARAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO SEGUNDO.

...

Lesão corporal grave - Prova testemunhal - Depoimento contraditório - Exame de corpo de delito - Imprecisão - Legítima defesa sugerida - Valoração da prova - Absolvição - Falso testemunho - Indício - Investigação criminal - Inquérito policial - Art. 211 do Código de Processo Penal - Interpretação

Ementa: Lesão corporal de natureza grave. Absolvição. Prova testemunhal suspeita. Colisão entre o que diz a vítima e o acusado. Auto de corpo de delito complementar que apresenta lesões inconsistentes com a conclusão. Dúvida razoável.

- Se o contexto probatório é nebuloso, havendo indícios de que a única testemunha presencial tenha sido comprada, bem como inconsistência no auto de corpo de delito complementar quanto às lesões sofridas e sua natureza, bem como o relato do acusado, consistente com a legítima defesa própria, a hipótese será de absolvição.

Falso testemunho. Indícios veementes. Determinação de abertura de inquérito policial. Inteligência do art. 211 do CPP.

- Se dos testemunhos produzidos nos autos fica patente que a testemunha presencial ganhou dinheiro para alterar a verdade sobre o fato, impõe-se a determinação de abertura do inquérito policial a todos, na forma determinada pelo art. 211 do Código de Processo Penal, a fim de apurar os possíveis delitos do art. 342, § 1º, e art. 343, § 1º, do Código Penal.

Recurso a que se nega provimento.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0106.02.001137-0/001 - Comarca de Cambuí - Apelante: Assistente do Ministério Público - Apelados: Ministério Público do Estado de Minas Gerais e Luiz Fábio de Oliveira - Relator: DES. JUDIMAR BIBER

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 4 de março de 2008. - *Judimar Biber* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JUDIMAR BIBER - Luiz Fábio de Oliveira, devidamente qualificado nos autos, foi denunciado como incurso nas sanções do art. 129, § 1º, inciso I, do Código Penal.

Narra a denúncia que no dia 25 de julho de 2001, por volta das 15h30, o acusado ofendeu a integridade corporal e a saúde da vítima José Oneub Bueno, resultando da agressão incapacidade para ocupações habituais por mais de 30 (trinta dias).

A denúncia foi recebida em 12.12.2003 (f. 72).

Concluída regularmente a instrução criminal, o MM. Juiz monocrático, no dia 29.01.2007, achou por bem julgar improcedente a denúncia, absolvendo o réu Luiz Fábio de Oliveira da acusação imposta, entendendo que não existem provas suficientes nos autos para ensejar o decreto condenatório (f.136/139).

Inconformado o assistente de acusação interpôs recurso de apelação à f. 145, apresentando suas razões de recurso às f. 146/148, pugnando pela condenação do réu, sob o argumento de que o mesmo agiu de forma imprudente.

O recurso foi devidamente contra-arrazoado (f. 150/151), tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, nesta Instância Revisora, opinado pelo conhecimento e desprovimento do mesmo.

É o relatório.

Passo ao voto.

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos objetivos e subjetivos para a sua admissibilidade.

Nos termos do recurso voluntário, pretende o assistente de acusação a condenação do acusado, ao argumento de que as provas contidas nos autos são suficientemente claras para sustentar o édito condenatório.

Segundo narra a denúncia, no dia 25 de julho de 2001, às 15h30, o denunciado derrubou a vítima de um cavalo, causando-lhe as lesões descritas no auto de corpo de delito de f. 11/13 e 26/28, que, por sua natureza, teriam incapacitado a vítima para suas ocupações habituais por um período superior a trinta dias.

Em que pesem as alegações da assistência da acusação, as provas colhidas no decorrer da instrução criminal sugerem um contexto de dúvida razoável e expõem fundada suspeita de falso testemunho.

A vítima, ao prestar suas declarações na fase policial, disse:

> [...] que esclarece que faz três anos que possui problemas com a família de Luiz Fábio de Oliveira, por motivos de servidão de caminhos que cortam seus terrenos, os quais são vizinhos; que, em data de 25 de julho p.p, o declarante, juntamente com seu camarada Gessy, cavalgava por seu caminho de servidão, sendo que depararam com uma betoneira, a qual bloqueava parcialmente o caminho, e que, diante disso, o depoente, ao avistar o agressor, pediu para que o mesmo retirasse a máquina do local, desobstruindo assim o caminho, ocasião em que Luiz Fábio, de forma gratuita e imotivada, derrubou o declarante do cavalo e começou a dar-lhe chutes e murros, ajudado por seu filho mais novo; que Gessy havia corrido daquele local, indo atrás do animal, e quando retornou, vendo o declarante naquela situação, foi ajudar o declarante que havia sido abandonado por seus agressores, que evadiram-se dali; que, em seguida, o declarante foi levado para o hospital local; que esclarece o declarante já faz algum tempo que Luiz Fábio e membro de sua família o ameaçam, e que já houve diversas tentativas de agressão, sendo que já foi confeccionado termo de circunstância de ocorrência, quando da agressão, em data da qual o declarante não se recorda [...] (f. 13/13v.).

Em juízo, a vítima ratifica as declarações prestadas na fase administrativa, esclarecendo apenas que não se recorda do tempo em que ficou parado (f. 116).

O acusado Luiz Fábio de Oliveira, ao ser ouvido na fase inquisitorial, afirma que:

> [...] que há algum tempo está em atrito com o Sr. Oneub; que entre a propriedade do declarante e do Sr. Oneub há uma estrada de propriedade do Sr. Oneub; que o Sr. Oneub proibiu o declarante de usar esse caminho; que, na data dos fatos, por estar fazendo uma construção em seu terreno, deixou uma betoneira, a qual ficou no canto da estrada, esclarecendo que a referida máquina não prejudicava o trânsito; que ali apareceu o Sr. Oneub a cavalo, dizendo ao declarante: 'Você não vai tirar essa merda do caminho? Eu vou falar com a promotora'; que, no momento, o Sr. Oneub levantou o chicote para atingir o declarante e o fez; que, na segunda chibatada, o declarante segurou o chicote, quando o Sr. Oneub veio a cair do cavalo, e o animal veio a pisar no mesmo; que esclarece o declarante que toda essa má querência vem do fato de o Sr. Oneub proibir o declarante de usar o referido caminho, alegando tirar seu sossego; que alguns dias atrás o declarante foi procurado pela testemunha de apelido 'Gessy', empregado do Sr. Oneub, o qual disse ao declarante que o Sr. Oneub tinha lhe oferecido R$ 50,00 (cinqüenta reais) para depor contra o declarante; que, na mesma data, o filho do Sr. Oneub fora até a casa do declarante, adentrando no interior da mesma, onde na cozinha estava a esposa do declarante, ali começou a proferir

palavras de baixo calão para a mesma, inclusive ameaças; que ainda na mesma data, após a discussão com o Sr. Oneub e o outro filho do Sr. Oneub, o Waldemiro fora até a propriedade do declarante e, de posse de um facão, ameaçou o declarante; que o declarante ainda conversou com Waldomiro, momento em que colocou o facão no chão, e o declarante conseguiu tomá-lo do mesmo; que, por diversas vezes, tentou conversar com o Sr. Oneub e seus familiares para resolverem amigavelmente a situação [...] (f. 41/41v.).

Em juízo, o acusado mantém a versão apresentada na fase inquisitorial, negando que não foi o autor das agressões sofridas pela vítima; se não, vejamos:

> [...] que, no dia dos fatos, o interrogando estava trabalhando em sua propriedade, sendo que esta realmente confronta com o terreno da vítima, executando um cimentado de um chiqueiro; que, para a execução dos trabalhos, pediu emprestado uma betoneira, e esta, naquele momento, estava no meio do caminho de passagem da vítima, muito embora, como estava vindo a cavalo, em nada atrapalhava a passagem no local, onde a betoneira estava; que, por causa dessa betoneira, a vítima, sem descer do cavalo, chegou de forma agressiva perante o interrogando e o mandou tirar aquela betoneira do local, pois senão viria ao fórum denunciar a questão 'para a promotora', e ele, interrogando, nesse caso teria que vir ao fórum para explicar; que, em face da agressividade da vítima, ele lhe disse que não precisaria dar recado algum, pois, se fosse chamado, iria comparecer e explicar-se; que apenas respondeu a vítima, mas não lhe fez nenhum gesto que tivesse conotação de agressão; em razão da resposta dada, a vítima, que portava nas mãos um chicote, desferiu um golpe que acertou o interrogando na região do ombro, sendo que outra saída não teve, senão segurar o chicote; que, em face dessa atitude defensiva, a vítima acabou se atrapalhando e caiu sozinho do cavalo, ocasião em que o animal acabou lhe pisando; que, em outras quatro vezes anteriores, o interrogando se desentendeu com a vítima, mas sempre relevou, pois tinha amizade com os parentes dela; que, depois que caiu do cavalo, foi pisado, e a vítima acabou saindo do local, e o interrogando continuou o seu trabalho, sendo que, algum tempo depois, um filho da vítima, de nome Waldomiro, esteve no local e fez ameaças para o interrogando [...] (f. 102/03).

A testemunha Jaci de Oliveira, que, segundo o contexto probatório, foi a única pessoa que presenciou os fatos, em seu depoimento na fase inquisitorial, disse:

> [...] que o depoente conhece a pessoa de Oneub, sendo que trabalha com seu filho Toninho; que na data, da qual não se recorda, estando o depoente em companhia de Oneub, onde ambos estariam rumando para um outro terreno de propriedade de Oneub, se encontraram no meio do caminho com a pessoa de prenome Fabinho; que sabe o depoente que Fabinho possui um terreno, o qual faz divisa com o terreno de Oneub; que, estando o depoente e o Sr. Oneub montados em cavalos, Fabinho interceptou Oneub e o derrubou do animal; que, ao derrubar Oneub, Fabinho começou a dar vários chutes no mesmo; que Fabinho fazia-se acompanhar de seu filho, cujo nome o depoente não sabe dizer; que o depoente entrou no meio da discussão, bem como o filho de Fabinho, com o intuito de separarem a briga, sendo que o depoente retirou Oneub daquele lugar; que o depoente levou Oneub para casa, o qual em seguida foi levado para o hospital; que a polícia foi chamada, quando chegou o depoente, levou os milicianos ao local do ocorrido, onde Fabinho ainda estava; que sabe o depoente que ele agrediu Oneub por desavença antiga, por briga de caminho de servidão; que sabe dizer o depoente que a agressão resultou na perda de um dente de Oneub e outras escoriações; que não sabe dizer se anteriormente Fabinho teria vindo a agredir Oneub [...] (f.32/32v.).

Em juízo, apesar de confirmar seu depoimento prestado na fase inquisitorial, a testemunha apresenta novos fatos que contradizem as afirmações prestadas à f. 32; se não, vejamos:

> [...] que confirma as declarações de f. 32 dos autos; que, antes dos fatos, não houve discussão entre as partes. [...] que, no momento do desentendimento, o depoente teve que correr atrás do animal que tinha disparado, após derrubar a vítima; que a vítima nada tinha nas mãos; que a vítima não ofereceu dinheiro nenhum para a testemunha, sendo que quem fez isso foi o réu, mediante pagamento da quantia de R$ 50,00(cinqüenta reais); que foi a testemunha que socorreu a vítima [...] (f. 115).

Embora a testemunha Jaci tenha afirmado que presenciou o réu desferir chutes à vítima, tal informação não se amolda ao complemento da versão apresentada em juízo: como poderia sair em disparada para apanhar o cavalo da vítima, quando afirma que teria, no momento dos acontecimentos, separado a briga e presenciado as agressões?

Com efeito, a testemunha Francisco de Assis Veloso, na fase administrativa, relata:

> [...] que o depoente estaria junto da pessoa de Fábio quando Gessy, empregado de Oneub, confessou que o próprio Oneub teria lhe oferecido a quantia de R$ 50,00 (cinqüenta reais) para depor contra Fábio, dizendo que teriam sido Fábio e seu filho que teriam agredido Oneub [...] (f. 43).

Do mesmo modo, a testemunha Benedito Antônio da Silva, quando ouvido na fase administrativa, afirma:

> [...] que estava perto de Gessy, funcionário de Oneub, que disse a Fábio que Oneub teria lhe oferecido a quantia de R$ 50,00 em espécie para dizer, em depoimento, que teria sido Fábio e seu filho os agressores de Oneub, quando, na verdade, Oneub caíra do cavalo, e o referido animal o pisoteara [...] (f. 44).

O contexto apresentado pelos testemunhos trazidos é por demais frágil e o que se pode colher dos autos é que a única testemunha presencial é por demais suspeita, não havendo dúvida de que agressor e agredido nutriam desentendimento antigo em função de servidão de passagem contestada pela vítima.

Por sua vez, a fundada dúvida a respeito de a testemunha presencial ter faltado com a verdade sobre os fatos em função de promessa de recompensa oferecida

pela vítima expõe um contexto ainda mais nebuloso, porque ou as demais testemunhas faltaram com a verdade, ou a testemunha presencial não teria dado a real versão sobre os fatos que ocorreram naquele dia.

Por outro lado, o auto de corpo de delito de f. 11 a 13, datado de 25.07.2001, dá-nos conta da existência de escoriações na lateral do nariz (região perioral), equimose no tórax, equimoses e escoriações no antebraço direito, enquanto o laudo de f. 26 a 28, datado de 15.10.2001, nos dá conta de escoriações em região perioral e antebraço direito, equimose em região torácica e em antebraço direito. Como o paciente referia sentir muitas dores, foi feita radiografia na região torácica e bacia, cujo resultado foi normal. Havia também equimoses em região lombar com dores, relatando quadro emocional alterado com permanência em ambiente hospitalar para observação.

Interessantemente, o laudo complementar faz alusão, em suas conclusões, a alterações usuais conseqüentes do trauma ocular por um período superior a trinta dias, prejudicando as ocupações habituais da vítima, mas, pelo que se sabe, a região por ele indicada não suporta as conclusões, já que a região indicada em ambos os laudos suporia ferimentos superficiais entre o nariz e a boca, inexistindo qualquer relato a respeito de trauma ocular em ambos os laudos.

As condições duvidosas de ambos os laudos, aliadas às suspeitas de que a única testemunha presencial é suspeita, não suportam, de modo algum, a pretensa condenação suscitada pela acusação, mas expõe um contexto de dúvida razoável a conduzir à absolvição.

O que parece pretender a acusação, por seu assistente, é que se exponha nas declarações do acusado a ação de ter derrubado a vítima do cavalo, o que seria suficiente para causar as lesões; no entanto, esquece-se de que as ponderações produzidas expõem o fato de que a vítima teria caído do cavalo quando segurou uma chibata com a qual o seu algoz lhe agredia.

No contexto da declaração produzida pelo próprio acusado, este teria segurado a chibata que levou à queda da vítima, movido por legítima defesa própria, já que a ação foi desenvolvida por meio moderado e necessário para afastar a injusta agressão por parte da vítima, que teria desferido chibatadas em seu corpo por estar simplesmente se utilizando de servidão de passagem, cuja posse é contestada pela beligerante vítima.

Nesse contexto, não sendo possível que prevaleça a versão apresentada pela vítima em função da suspeição de que a testemunha presencial foi comprada para mudar a versão dos fatos, tudo aliado ao fato de que a versão apresentada pelo acusado suporia a existência da excludente da ilicitude, a única solução razoável seria a absolvição.

Portanto, a sentença de 1° grau não merece reparo em relação à conclusão absolutória em face dos elementos de prova trazidos aos autos, mas tão-somente quanto à determinação de abertura do inquérito policial determinado pelo art. 211 do Código de Processo Penal, a fim de apurar o possível delito do art. 342, parágrafo único, e do art. 343, parágrafo único, do Código Penal.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, para determinar a abertura de inquérito policial contra Jaci de Oliveira, na forma do art. 211 do Código de Processo Penal, deprecando ao Juízo da Comarca de Cambuí a determinação de realização do ofício e a remessa da cópia de todos os atos do processo à autoridade policial.

Custas, pelo apelante, nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDUARDO BRUM e MÁRCIA MILANEZ.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Crime contra o meio ambiente - Floresta - Conceito - Curso de água - Área de proteção ambiental - Perícia - Valoração da prova - Erro de proibição - Estado de necessidade - Ausência de requisitos - Excludente de ilicitude não caracterizada - Condenação

Ementa: Apelação criminal. Crime ambiental. Corte de árvores em floresta de preservação permanente. Estado de necessidade. Desprovimento.

- Comete o crime de corte de árvores em floresta de preservação permanente o agente que desmata parte de vegetação, ainda que não seja primitiva (art.1°, § 2°, II, do Código Florestal), em área próxima a córrego.

- O tipo penal visa à proteção do equilíbrio ecológico, afetado consideravelmente quando ocorre o desmate em região próxima a curso de água, facilitando a ocorrência de assoreamento.

- Não há de se falar em estado de necessidade se não resta demonstrado que o agente se encontre numa situação de conflito entre dois bens jurídicos tutelados, sendo forçoso agir em detrimento daquele que possui menor valor para salvaguardar aquele que possui maior interesse social.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0175.03.002803-9/001 - Comarca de Conceição do Mato Dentro - Apelante: Apolinário de Almeida Pimenta - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. WALTER PINTO DA ROCHA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 23 de janeiro de 2008. - *Walter Pinto da Rocha* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. WALTER PINTO DA ROCHA - Conheço dos recursos, pois presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de apelação criminal interposta por Apolinário de Almeida Pimenta contra sentença de f. 118/128, que o condenou, pela prática do crime de corte de árvores em área de preservação permanente, à pena de 1 ano de detenção, a ser cumprido em regime aberto, e 10 dias-multa, fixados no mínimo legal. A reprimenda privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direito, a saber, prestação pecuniária de R$ 350,00 e prestação de serviços à comunidade.

Narra a denúncia que, em 14.10.2002, o acusado efetuou o corte de árvores isoladas e limpeza de vegetação campestre em uma área de 25 ares caracterizada de vegetação permanente.

Em suas razões recursais (f. 134/137), o apelante sustenta que sua conduta não se ajusta ao tipo penal na medida em que não desmatou árvore e a região é pequena para ser considerada floresta. Aponta que a área desbastada era destinada ao cultivo há mais de 30 anos. Requer, alternativamente, o reconhecimento da excludente relativa ao estado de necessidade, porque o desmatamento era necessário para o plantio de alimentos para sua sobrevivência.

Contra-razões às f. 138/144, pela manutenção da r. sentença.

Parecer ministerial às f. 148/151, pelo desprovimento do recurso.

Razão não assiste ao apelante.

A materialidade delitiva está comprovada pelo boletim de ocorrência de f. 06/07; auto de infração f. 08; termo de interdição (f. 09) e laudo pericial de f. 24/25.

A autoria delitiva é também inconteste, diante da confissão do acusado perante a autoridade policial (f. 13) e em juízo (f. 38), corroborada pelas declarações de José Luiz, empregado do apelante, na fase inquisitiva (f. 15) e judicial (f. 68). Afirma este que por ordem de Apolinário "desmatou pequena área na propriedade do patrão; depois o próprio denunciado ateou fogo no local para que o empregado plantasse milho e mandioca".

Há provas suficientes de que o denunciado cortou árvores em floresta considerada de preservação permanente, a despeito de sustentar que a região desmatada é pequena para ser considerada floresta e que não efetuou o corte de árvores.

O laudo pericial (f. 24) é claro ao apontar que o local é de preservação permanente por estar próximo à margem de córrego e represa, conforme determina o art. 2º, *a*, do Código Florestal. Atesta, outrossim, que naquele ponto a tipologia vegetal é campestre, com ocorrência de pastagens, vegetação arbustiva e árvores isoladas, como o bambá e a quaresmeira.

Suas declarações, portanto, vão de encontro à prova técnica, que afirma a ocorrência dos danos ao ambiente e o tipo de vegetação lá existente. Há de se ressaltar a necessidade de compreender que o tipo penal visa à proteção do equilíbrio ecológico, afetado consideravelmente quando ocorre o desmate em região próxima a curso de água, facilitando a ocorrência de assoreamento. Nesse sentido, alegar que a área afetada é pequena e não caracterizaria floresta não pode prosperar diante do efetivo impacto ambiental que a sua conduta gerou.

A propósito, os ensinamentos de Carlos Ernani Constantino (In: *Delitos ecológicos: a lei ambiental comentada*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 142) sobre a conotação do vocábulo floresta adotada pelo tipo penal sob análise:

> Temos, no entanto, que a palavra floresta é usada no sentido lato (no significado mais amplo e genérico possível), no presente tipo penal, isto é: enquadra-se, aqui, qualquer modalidade de floresta, desde que ela seja considerada de preservação permanente, ainda que se encontre em estágio de formação; este é, a nosso ver, o espírito da lei: toda e qualquer agressão a um agrupamento de espécies arbóreas ou vegetais, em área considerada de preservação permanente, causa um descomunal desequilíbrio na relação oxigênio/gás carbônico, na atmosfera; [...] tendo cada vez menos árvores e menos vegetais, a humanidade contará, num crescendo aterrador, sempre com menos fotossíntese.

Portanto, a conduta do denunciado ajusta-se ao crime previsto no art. 39 da Lei de Crimes Ambientais. E não há de se falar em ausência de vegetação nativa no local. A proteção do tipo penal não se refere apenas à formação vegetal primitiva, como dispõe o art.1º, § 2º, II, do Código Florestal. Assim, a declaração do perito em juízo (f. 67), de que a vegetação local era campestre, por já haver sido cultivada, não retira a tipicidade da conduta do acusado.

A alegação de ausência de dolo na conduta por desconhecimento da especial proteção ao local carece de fundamento. Como bem asseverou o douto Magistrado (f. 122/123), o erro de proibição é escusável quando impossível ao agente conhecer o caráter ilícito de sua conduta, o que não se aplica ao caso, diante da larga campanha publicitária de conscientização sobre as atividades lesivas ao meio ambiente.

O apelante procura sustentar que sua conduta é acobertada pela excludente de ilicitude do estado de

necessidade, porque a plantação foi feita para a sua subsistência. Sua tese, contudo, não merece acolhimento.

Para caracterizar o estado de necessidade, é preciso que o agente se encontre numa situação de conflito entre dois bens jurídicos tutelados, sendo forçoso agir em detrimento daquele que possui menor valor para salvaguardar aquele que possui maior interesse social. Está intimamente ligado à inexigibilidade de conduta adversa, situação que não ocorreu no caso em tela.

Não restou comprovado nos autos que o apelante estivesse em situação emergencial, que o fizesse agir pelo único meio possível para salvaguardar sua subsistência. Ao contrário, o próprio denunciado declara em juízo que já havia feito outros desmatamentos no local para plantar e que a terra estava descansando há dois anos (f. 38).

Nesse sentido:

> A afetação da qualidade de vida, mesmo implicando dificuldades financeiras, por si só, não preenche os requisitos do *status necessitatis* (art. 24 do CP) (STJ - 5ª Turma - Rel. Min. Felix Fischer - REsp 499442/PE - *DJ* de 12.08.2003).

> A excludente de ilicitude do estado de necessidade só pode ser reconhecida em face da presença de perigo atual e inexigibilidade de sacrifício do bem ameaçado. Penúria e dificuldades financeiras não justificam a prática de delitos contra o patrimônio (TJMG - 4ª Câmara Criminal - Rel. Eli Lucas de Mendonça - Apelação Criminal nº 1.0210.06.033156-3/001 - *DJ* de 21.11.2007).

Ademais, as declarações de José Luiz, seu empregado, evidenciam situação diversa da sustentada pelo acusado, ao afirmar claramente em juízo (f. 68) que pediu permissão ao acusado para plantar milho e mandioca no local, negociando, para tanto, metade da safra com o patrão.

Portanto, comprovadas a autoria, a materialidade e a ilicitude, há de se manter a sentença condenatória.

A aplicação das reprimendas, todavia, merece reparo.

A análise das circunstâncias judiciais para a aplicação da pena-base não merece reparos, haja vista serem todas favoráveis ao acusado. Considerou o douto Magistrado estar presente a atenuante relativa à confissão espontânea, sem alterar a reprimenda porque fixada no mínimo legal. Muito embora o acusado tenha sempre alegado desconhecer o caráter ilícito da conduta, procurando se eximir da sua responsabilidade pelos fatos, deixo de promover qualquer alteração pela ausência de recurso ministerial. A atenuante prevista no art.14, I, da Lei de Crimes Ambientais deve ser mantida, pela suficiente justificação do douto Magistrado quanto à condição do apelante. Inexistem agravantes, causas de diminuição ou aumento.

A pena privativa de liberdade, fixada em 1 (um) ano de detenção, a ser cumprida em regime aberto, foi substituída por duas penas restritivas de direito, o que deve ser corrigido em face do disposto no art. 44, § 2º, do CP para apenas uma pena restritiva.

Diante da análise do contexto do apelante pelo douto Magistrado, trata-se de pessoa simples, sem emprego ou "oportunidades para se desenvolver na vida" (f. 125). Portanto, mantenho a reprimenda de prestação de serviços à comunidade por entender sua suficiência para atender às finalidades repressiva e preventiva.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso para, de ofício, decotar uma das penas restritivas de direitos.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ELI LUCAS DE MENDONÇA e VIEIRA DE BRITO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...

Receptação qualificada - Desclassificação para receptação culposa - Juízo *ad quem* - *Emendatio libelli* - Possibilidade - Delação - Posse da *res* - Furto - Prova indiciária - Princípio do livre convencimento - Condenação

Ementa: Penal. Processual penal. Apelação criminal. Receptação. Delação. Apreensão da *res*. Condenação mantida. Desclassificação para receptação culposa. Necessidade. *Emendatio libelli*. Furto. Prova indiciária. Condenação. Necessidade.

- A delação do co-réu aliada à apreensão da *res* em poder do acusado constitui prova suficiente da autoria do delito de receptação.

- Descrevendo a exordial a prática do delito de uso de receptação culposa, não obstante a capitulação dada, viabiliza-se na instância *ad quem* a nova definição jurídica do fato (arts. 383 e 617 do CPP).

- A prova indiciária é suficiente a definir a autoria do delito, porquanto, em matéria criminal, dado o sistema do livre convencimento que o Código adota, o seu valor mostra-se em tudo igual ao da prova direta.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0471.03.006483-9/001 - Comarca de Pará de Minas - Apelantes: Geraldo Magela de Queiroz, Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelados: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Geraldo Magela de Queiroz, Carlos Alberto dos Santos Ribeiro - Relator: DES. ELI LUCAS DE MENDONÇA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL E PROVIMENTO PARCIAL AO APELO DEFENSIVO.

Belo Horizonte, 9 de janeiro de 2008. - *Eli Lucas de Mendonça* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ELI LUCAS DE MENDONÇA - Apelação interposta por Geraldo Magela de Queiroz e pelo Ministério Público, inconformados com a r. sentença de f. 110/118, que condenou o primeiro como incurso nas sanções do art. 180, § 1º, do Código Penal, às penas definitivas de 3 anos de reclusão, regime aberto (substituída por restritiva de direitos), e 10 dias-multa, no mínimo legal.

O co-réu, Carlos Alberto dos Santos Ribeiro, foi condenado como incurso nas sanções do art. 180, 3º, do CP, às penas definitivas de 1 ano de detenção, tendo sido extinta a sua punibilidade em face da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal.

Narra a denúncia que, em 12.05.1999, por volta das 20h30min, o co-réu Carlos Alberto subtraiu para si, do interior da residência situada na Rua Ricardo Marinho, em Pará de Minas, um videocassete de propriedade da vítima Alcides dos Santos.

Consta, ainda, que o apelante, no dia 13.05.1999, adquiriu o videocassete do co-réu, dando-lhe em pagamento R$ 60,00, sendo que, pela desproporção entre o valor da oferta e o real, deveria ter presumido tratar-se de objeto de origem ilícita. A *res furtiva* foi encontrada na posse de Geraldo.

Intimações regulares, f. 121-v. e 126-v.

Pleiteia o primeiro apelante, Geraldo Magela de Queiroz, f. 129/137, a absolvição por ausência de provas. Alternativamente, requer a desclassificação para o delito de receptação em sua forma culposa, com a conseqüente extinção da punibilidade, em face da prescrição. Busca, ainda, o benefício previsto no § 5º do art. 180 do CP.

Por sua vez, requer o *Parquet*, segundo apelante, f. 138/141, a condenação do réu Carlos Alberto dos Santos Ribeiro como incurso nas sanções do delito de furto. Requer, ainda, em relação ao réu Geraldo Magela de Queiroz a desclassificação para o delito previsto no art. 180, § 3º, do CP, com a extinção da punibilidade em decorrência da prescrição.

Apelos contrariados, f. 142/144, f. 147, e f. 148/155, batendo-se cada qual em prol de suas teses.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça, f. 158/164, opina pelo parcial provimento dos apelos, para que seja desclassificada a conduta de Geraldo Magela de Queiroz para aquela prevista no art. 180, § 3º, do CP, com a conseqüente extinção da punibilidade em virtude da prescrição.

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Sem preliminares argüidas ou oficiais.

Recurso de Geraldo Magela de Queiroz.

A absolvição reclamada não me convenceu, *data venia*.

A materialidade do delito encontra-se consubstanciada no auto de apreensão, f. 12, laudo de avaliação, f. 13/14, termo de restituição, f. 15, tudo em sintonia com a prova oral colhida.

Da mesma forma, a autoria é certa e induvidosa, exsurgindo firme da delação do co-réu Carlos Alberto Santos Ribeiro, que relatou:

> ... que, no dia seguinte, sábado, o declarante esteve no 'Topa Tudo Bidê', onde vendeu o vídeo cassete por R$ 60,00 (sessenta reais), recebendo o dinheiro na hora; que ninguém viu o declarante recebendo de 'Bidê', pois este o chamou até os fundos da loja... (f. 11).

Não bastasse isso, a apreensão da *res* em poder do acusado gera presunção de autoria, mormente quando não produz prova em contrário, como atestam os seguintes julgados:

> Apelação criminal. Receptação. Negativa de autoria. Insubsistência. Apreensão da *res* ilícita em poder do acusado. Inversão do ônus probatório. Inocência não comprovada. Dolo configurado. Condenação que se mantém. Recurso desprovido. - Aquele que é surpreendido na posse da *res* ilícita deve apresentar versão convincente para rechaçar as suspeitas que recaem contra si por decorrência de tal circunstância, sob pena de, não se desvencilhando do encargo processual, ver como comprovadas as increpações que lhe foram dirigidas (TJMG, Ap. Crim. nº 2.0000.00.517585-9/000, 4ª Câmara Criminal, Rel. Des. Eduardo Brum, j. em 11.01.2006, p. em 31.01.2006).

> Apelação. Receptação. Absolvição. Impossibilidade. *Res furtiva* encontrada na posse do réu. Inversão do ônus da prova. Alegação de que terceiro desconhecido teria pedido para o acusado guardar a coisa. Ausência de comprovação. Encargo que incumbia à defesa. - A apreensão da *res furtiva* na posse do acusado faz presunção de responsabilidade, invertendo o ônus da prova de modo a transferir ao agente o encargo de provar a legitimidade da detenção do bem, mormente quando apresenta uma escusa inverossímil e não a comprova ao longo da instrução criminal. Preliminares rejeitadas e recurso improvido (TJMG, Ap. Crim. nº 2.0000.00.515133-7/000, 5ª Câmara Criminal, Rel. Des. Vieira de Brito, j. em 06.12.2005, p. em 04.02.2006).

Logo, a prova é mais do que suficiente a garantir a autoria do fato criminoso imputado ao apelante, pelo que não merece prosperar a pretendida absolvição.

Lado outro, com razão a defesa, quando pugna pela desclassificação do delito para o crime de receptação culposa. A uma, porque foi este o crime narrado na denúncia - e do qual o réu se defendeu durante todo o processado. E, a duas, porque não restou devidamente comprovado o dolo do apelante.

Com efeito, extrai-se da inicial acusatória que estão presentes todas as elementares do delito previsto no art. 180, § 3º:

> ... O segundo denunciado, por sua vez, no dia 13.05.99, adquiriu o videocassete do primeiro denunciado, dando-lhe em pagamento a quantia de 60 (sessenta reais), sendo que, pela desproporção entre o valor da oferta e o valor real, deveria o denunciado presumir a origem ilícita do objeto... (f. 03).

Nos termos dos arts. 383 e 617, ambos do Código de Processo Penal, é permitido ao juiz, bem como à instância revisora, dar ao fato delituoso definição jurídica diversa da capitulada na denúncia, desde que esta tenha passado ao magistrado os fatos tais como aconteceram, visto que ao julgador cabe a aplicação do direito independentemente da definição jurídica primeira.

Nesse sentido, é a jurisprudência deste eg. Tribunal de Justiça:

> Se a peça acusatória descreve um fato criminoso perfeitamente caracterizado, a simples errônea classificação do delito não será nunca obstáculo para que o Juiz profira sentença condenatória. Afinal, o réu não se defende da capitulação, e sim do fato que se lhe imputa TJMG (*RT* 678/350).

Logo, desclassifico a conduta imputada ao réu para aquela prevista no art. 180, § 3º, do CP.

Todavia, a meu sentir, no que se refere à concessão do perdão judicial (art. 180, § 5º), não merece guarida a pretensão do apelante.

A benesse citada é uma faculdade concedida ao juiz, que deixa de aplicar a pena, quando o agente é primário e lhe são favoráveis as circunstâncias do delito.

Sobre o assunto, leciona Guilherme de Souza Nucci:

> ... No caso presente, estabelece a lei a condição expressa de o réu ser primário, além de deixar em aberto outras circunstâncias ao critério do juiz. Assim, fixaram a doutrina e a jurisprudência que, além da primariedade, deve-se exigir o seguinte: a) diminuto valor da coisa objeto da receptação; b) bons antecedentes; c) ter o agente atuado com culpa levíssima... (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 7. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 771).

In casu, a *res* foi avaliada em R$ 150,00, não sendo, portanto, diminuto o seu valor, restando inviável a concessão do referido benefício.

Passo a dosar-lhe as reprimendas.

A culpabilidade é inerente ao próprio tipo penal. O apelante é primário. Não foram juntados aos autos elementos que permitam aferir-lhe a conduta social nem sua personalidade. Quanto às circunstâncias do delito, forçoso reconhecer a reprovabilidade. A motivação foi a obtenção de enriquecimento fácil, em detrimento do patrimônio alheio. As conseqüências do delito não foram graves, pois o bem foi restituído. O comportamento da vítima em nada contribuiu para o evento.

Sopesadas tais circunstâncias, fixo as penas-base em 01 mês de detenção e 10 dias-multa, no valor unitário mínimo, convolando-as, sem oscilações outras, em definitivas.

O regime carcerário será o aberto, nos termos do art. 33, § 2º, *c*, do Código Penal.

Em face do novo *quantum* de apenação, verifica-se ocorrente a prescrição da pretensão punitiva em sua modalidade retroativa, já que entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória, transcorreu prazo superior a dois anos, previsto no art. 109, VI, do Código Penal, ausentes causas suspensivas ou interruptivas desse lapso temporal.

Recurso do Ministério Público.

Em relação à pretendida desclassificação do delito imputado ao réu Geraldo Magela, reporto-me às considerações aduzidas, quando da análise do seu recurso, tendo em vista a identidade de pleitos e de argumentos.

No tocante à pretensão de condenação do réu Carlos Alberto dos Santos Ribeiro, tenho que razão assiste ao *Parquet*.

É que, não obstante a negativa do réu, há nos autos sérios indícios de autoria em seu desfavor.

Em sede penal, não impressiona a negativa do fato - esse procedimento é a regra entre os acusados - até porque prova confessional não é exclusiva. Nesse ponto, vale observar que, se por um lado, o juiz está obrigado a motivar seu convencimento, por outro, está livre na sua escolha, aceitação e valoração da prova. É como diagnostica a exposição de motivos do Código de Processo Penal - inciso VII:

> Todas as provas são relativas: nenhuma delas terá, *ex vi legis*, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra. Se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não ficará subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. O juiz criminal é, assim, restituído à sua própria consciência.

Com efeito, a autoria restou positivada pela delação do co-réu Geraldo Magela, que afirmou que foi o apelado quem levou o videocassete até o seu estabelecimento comercial, f. 18 e 34.

A vítima, por sua vez, relatou que não havia sinais de arrombamento na sua residência, que o seu irmão deixava a chave pendurada em um prego próximo à janela e que o réu já esteve em sua casa, f. 13 e 70.

Lado outro, o apelado não comprovou o álibi alegado - de que comprou o videocassete de terceiro, objeto do crime -, ônus que lhe cabia, nos termos do art. 156 do CPP.

De relevo destacar as doutas considerações do ilustre Promotor de Justiça nas alegações finais:

> ... Quanto ao réu Carlos Alberto, é induvidoso que a *res furtiva* esteve em seu poder. Ele confessa esse fato, que é corroborado pelo co-réu (...) A justificativa apresentada por Carlos Alberto é inverossímel (*sic*). Inventa a existência de um terceiro que sequer conhecia, não podendo ser aceita. Se a *res furtiva* esteve em sua posse logo após o furto, é dele o ônus de provar sua inocência, devendo fazê-lo de modo consistente. Sua justificativa fantasiosa contraria todo o conjunto probatório... (f. 113).

Assim, a meu ver, a prova indiciária, senão direta, é robusta a definir a autoria do delito, positivando a participação do apelante na sua efetivação e, em matéria criminal, dado o sistema do livre convencimento que o Código adota, o valor da prova indiciária mostra-se em tudo igual ao da prova direta. Neste norte:

> ...Pode o magistrado calcar seu veredicto em indícios e circunstâncias do *factum probandum*, se os mesmos são de tal monta a gerar convicção da verdade (*Jurisprudência Mineira* 71/160).
>
> A prova indireta, indiciária, circunstancial, poderá gerar a mesma convicção que a prova direta (*Minas Forense* 30/195).

Logo, dou provimento ao recurso do Ministério Público para condenar o apelado Carlos Alberto Santos Ribeiro como incurso no delito previsto no art. 155, *caput*, do CP.

Registro que o privilégio é incabível, já que o valor do bem - R$ 150, 00 (f. 13/14) - supera o valor do salário mínimo da época dos fatos - R$ 136,00.

Passo à fixação das reprimendas.

A culpabilidade é inerente ao próprio tipo penal. O apelado é primário. Não foram juntados aos autos elementos que permitam aferir-lhe a conduta social nem sua personalidade. Quanto às circunstâncias do delito, forçoso reconhecer a reprovabilidade. A motivação foi a obtenção de enriquecimento fácil, em detrimento do patrimônio alheio. As conseqüências do crime não foram graves, pois o bem foi restituído. O comportamento da vítima em nada contribuiu para o evento.

Sopesadas tais circunstâncias, fixo as penas-base em 01 ano de reclusão e 10 dias-multa, no valor unitário mínimo, convolando-as, sem oscilações outras, em definitivas.

O regime carcerário será o aberto, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

Tenho que o apelado preenche os requisitos subjetivos e objetivos previstos no art. 44 do CP, razão pela qual substituo a sua reprimenda carcerária por duas restritivas de direitos, consistente, a primeira, em prestação pecuniária, no valor de 1 salário mínimo, a ser destinado à entidade designada pelo Juízo da Execução; e a segunda, em prestação de serviços à comunidade, à razão de 1 hora por dia de condenação, em instituição definida pelo Juízo da Execução.

Deixo de aquilatar eventual prescrição da pretensão punitiva em razão de ausência de trânsito em julgado da decisão para o Ministério Público.

Ante tais fundamentos, dou parcial provimento ao recurso da defesa, para desclassificar o delito imputado ao réu Geraldo Magela de Queiroz para aquele previsto no art. 180, § 3º, do CP e, em conseqüência, reconhecer a prescrição da pretensão punitiva retroativa e declarar extinta a sua punibilidade, nos exatos termos do art. 109, VI, c/c os arts. 114, II e 107, IV, todos do Código Penal; e dou provimento ao recurso ministerial, para, além de operar a referida desclassificação, condenar o réu Carlos Alberto dos Santos Ribeiro como incurso nas sanções do delito previsto no art. 155, *caput*, do CP.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores EDIWAL JOSÉ DE MORAIS e WALTER PINTO DA ROCHA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL E PROVIMENTO PARCIAL AO APELO DEFENSIVO.

...

Receptação dolosa - Valoração da prova - Condenação - Posse irregular de arma de fogo - Norma penal - Imperatividade - Fixação da pena - *Reformatio in pejus* indireta - Inadmissibilidade

Ementa: Receptação e posse ilegal de arma de fogo. Condenações. Sentença anulada na Segunda Instância. Novas condenações. Apelação defensiva. Alegação de desconhecimento da proibição de possuir arma de fogo sem autorização. Improcedência. Assertiva de não-conhecimento da origem delituosa dos objetos adquiridos. Rejeição. *Reformatio in pejus* indireta. Correção que se impõe.

- Não prospera, diante do princípio da imperatividade da norma jurídica e do que se extrai dos autos a respeito do apelante, revelando tratar-se de pessoa esclarecida e experiente, a alegação de que desconhecia a vedação legal de possuir arma de fogo sem a devida autorização.

- No delito de receptação dolosa, devem ser examinadas em seu conjunto as circunstâncias em que a aquisição se

deu, para assim se aferir o dolo com que se houve o agente, o que, *in casu*, ocorreu.

- Proferida a primeira sentença, sem recurso da acusação, e posteriormente anulada, o *decisum* que venha a substituí-la não pode fixar as condenações em patamar acima do das anteriores, sob pena de incorrer na denominada *reformatio in pejus* indireta.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0194.01.014878-2/001 - Comarca de Coronel Fabriciano - Apelante: Marcelo Mesquita de Carvalho - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 5 de março de 2008. - *Delmival de Almeida Campos* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS - O Promotor de Justiça da Vara Criminal da Comarca de Coronel Fabriciano ofereceu denúncia contra Marcelo Mesquita de Carvalho, tendo-o por incurso nas sanções do art. 10 da Lei 9.437/97, em concurso formal, e nas do art. 180, *caput*, do CP, por nove vezes, em continuidade delitiva.

Recebida a denúncia, processou-se o feito, sendo o acusado, ao final, condenado por receptação dolosa, por nove vezes, em continuidade delitiva, em concurso formal com posse ilegal de arma.

Para cada um dos delitos de receptação, as penas foram de 01 ano de reclusão, regime inicial aberto, e 10 dias-multa, no mínimo legal.

Pelo delito de posse ilegal de arma, a pena foi de 01 ano de detenção, regime inicial aberto.

As reprimendas carcerárias foram substituídas por 02 restritivas de direitos.

O réu apelou, e, em sessão de julgamento de 26 de novembro de 2003, a Turma, de ofício, anulou o feito desde a denúncia (acórdão às f. 278/284).

Retornando os autos à comarca de origem, outra sentença ali foi proferida, sendo condenado o réu por receptação dolosa, por nove vezes, em continuidade delitiva, sendo fixada a condenação, para cada um dos delitos, em 01 ano e 06 meses de reclusão, regime inicial aberto, e 30 dias-multa, no mínimo legal, e pelo crime de posse ilegal de arma, em 01 ano de detenção, regime inicial aberto.

Com o acréscimo decorrente da continuidade delitiva, as penas referentes às receptações somaram 02 anos e 06 meses de reclusão e 50 dias-multa.

O réu apelou, razões às f. 438/445, alegando que as armas encontradas com ele estavam em sua casa, "asilo inviolável do cidadão" (f. 439), sendo que a ordem de busca e apreensão expedida pela Juíza de primeiro grau foi unicamente para drogas; que as receptações também não restaram demonstradas, tratando-se as coisas apreendidas com eles de objetos usados e em mau estado de conservação, tendo sido adquiridos "mediante barganha" (idem) e de boa-fé; que, na receptação dolosa, o réu deve ter certeza da origem ilícita do bem; que as declarações das vítimas dos furtos não constituem prova plena; que os delitos de receptação devem ser desclassificados para a forma culposa; que, no caso, ocorreu a chamada *reformatio in pejus* indireta; que a sua absolvição se impõe; que, *ad argumentandum,* os delitos de receptação devem ser desclassificados de dolosos para culposos.

Contra-razões da acusação, às f. 446/455, pelo desprovimento.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 458/464, pelo provimento parcial.

Recurso próprio e tempestivo, dele conheço.

Não há preliminares argüidas ou que devam ser conhecidas de ofício.

Quanto ao mérito, a materialidade dos delitos de posse ilegal de arma e receptação restou demonstrada nos autos, mediante auto de apreensão de f. 22/24, autos periciais de f. 81 e 99, diversos boletins de ocorrência acostados aos autos, APF de f. 14/17, autos de avaliação e termos de restituição.

Com relação à autoria do delito de posse ilegal de arma, vê-se que foram apreendidas 02 delas em poder do apelante e, submetidas à perícia, constatou-se a eficiência e a prestabilidade das mesmas.

O apelante não negou a posse das armas, confessando tal fato em Juízo (f. 301), confissão esta amparada por prova oral idônea (confira-se: às f. 170/171, inquérito, e 331, em Juízo, o testemunho de Robert Eduardo Teixeira).

Não prospera, diante do princípio da imperatividade da norma jurídica e também do que se extrai dos autos a respeito do apelante, revelando tratar-se de pessoa esclarecida e experiente, sua alegação de que desconhecia a vedação legal de possuir arma de fogo sem a devida autorização.

Também se extrai do auto de apreensão de f. 22 que, juntamente com as armas, foi apreendida munição compatível (calibres 22 e 38).

Não prospera o argumento do réu, insurgindo-se contra a entrada dos milicianos em sua casa, sendo que o mandado judicial de busca e apreensão se referia exclusivamente à procura de drogas. Ora, diante da constatação de outros crimes, inclusive de natureza

permanente, alternativa não teriam os milicianos que não a de proceder às apreensões dos produtos de ilícitos e prender em flagrante o acusado.

Assim, a condenação do apelante por posse ilegal de arma de fogo mostra-se perfeitamente ajustada às provas dos autos, não estando o *decisum* apelado a merecer qualquer reparo no que tange a tal delito.

Já com relação aos delitos de receptação, é de se destacar as declarações das vítimas dos furtos dos quais se originaram as receptações, bem como o reconhecimento que elas fizeram dos objetos que lhes haviam sido subtraídos e que foram apreendidos com o apelante:

> [...] quanto ao delito de receptação, tem a informar que foi vítima de furto de um aparelho de som Painer 1150, em data que não se recorda; que reconheceu o seu aparelho de som na delegacia, mas até hoje o mesmo não lhe foi restituído; que o depoente comprou o seu aparelho de som na Sound Car, conforme nota que é exibida nesta audiência, mas não tem nota fiscal, porque normalmente tais aparelhos são comprados no Paraguai sem nota fiscal; que o declarante [...] a ocorrência policial, conforme cópia que ora exibe (Hugo Anício Vieira, em Juízo, f. 160).
>
> [...] que, em dezembro de 2000, deixou seu carro estacionado próximo à Prefeitura, na Rua Duque de Caxias, e, quando voltou, o seu carro estava com o vidro quebrado, constatando que foram subtraídos do mesmo dois aparelhos de som CD e trinta CDs [...]; que foi chamada a Depol para fazer o reconhecimento do som, mas só reconheceu a frente do som; que a declarante reconheceu vários CDs, mas o delegado lhe disse que não poderia restituir-lhe os mesmos, porque não possuía nota fiscal (Daniele Aredes de Melo, em Juízo, f. 161).
>
> [...] o depoente pode informar que teve o seu aparelho de som furtado e depois de mais de um ano foi chamado à delegacia para reconhecê-lo e de fato reconheceu [...]; que o depoente tem cópia da aludida nota fiscal em sua casa [...]; que, na delegacia, informaram ao depoente que haviam apreendido o aparelho de som, juntamente com vários outros, em poder do denunciado (Israel Caetano de Oliveira, em Juízo, f. 162).

Noutro giro, os autos informam que o apelante é extremamente afeito à aquisição de objetos, tais como os apreendidos com ele, não restando demonstrada a alegação dele, no sentido de que se dedica ao reparo de tais eletrônicos, não possuindo, inclusive, nenhuma qualificação para tanto, e não trazendo aos autos qualquer elemento de convicção a confirmar tal assertiva, ônus que lhe incumbia.

E sendo afeito às mencionadas compras de objetos, o fato de fazê-lo adquirindo-os das mãos de desconhecidos, sem exigência de nota fiscal ou outro comprovante idôneo da licitude da *res,* vem a comprometer ainda mais a já delicada situação dele nestes autos, comprovando a ciência que tinha da origem ilícita dos objetos reconhecidamente furtados e que com ele foram apreendidos.

No delito de receptação dolosa, devem ser examinadas em seu conjunto as circunstâncias em que a aquisição se deu, para assim se aferir o dolo com que se houve o agente, o que, *in casu*, ocorreu.

Assim, as condenações por receptação dolosa também encontram firme respaldo nas provas dos autos, mostrando-se justas as condenações havidas.

Reparo tenho a fazer na sentença vergastada, exclusivamente ao que diz respeito ao *quantum* das condenações por receptação dolosa havidas no segundo *decisum*, uma vez que, proferida a primeira sentença, sem recurso da acusação, e posteriormente anulada, a sentença que veio a substituí-la não poderia fixar as condenações em patamar acima do das anteriores, sob pena de incorrer na denominada *reformatio in pejus* indireta.

Dessa forma, reduzo as condenações por receptação dolosa, cada uma delas de 01 ano e 06 meses de reclusão e 30 dias-multa, para 01 ano de reclusão e 10 dias-multa, no mínimo legal, aumentando-as, em razão do número de reiterações criminosas, em 2/3, restando as reprimendas a tal título definitivamente fixadas em 01 ano e 08 meses de reclusão, mantido o regime inicial aberto, e 16 dias-multa, no mínimo legal.

A pena pelo delito de posse ilegal de arma de fogo permanece inalterada: 01 ano de detenção, regime inicial aberto.

Mantenho, pelos fundamentos externados na sentença de primeiro grau, as substituições das reprimendas carcerárias por restritivas de direitos, nos moldes em que foram determinadas no Juízo de origem.

Em tais termos, provejo em parte a apelação.

Custas em 70%, pelo apelante.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores EDIWAL JOSÉ DE MORAIS e ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...

Disparo de arma de fogo - Porte ilegal - Concurso aparente de normas - Crime-meio - Princípio da consunção - Concurso de crimes não configurado - Desclassificação do crime para o de posse irregular - Impossibilidade - Fixação da pena - Circunstância atenuante - Confissão - Mínimo legal - Isenção de custas

Ementa: Penal. Desclassificação do delito do art. 14 para art. 12 da Lei nº 10.826/03. Impossibilidade. Porte de arma em via pública. Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido. Absorção pela infração mais grave. Disparo de arma de fogo em via pública. Princípio da

consunção. Aplicabilidade. Justiça gratuita. Viabilidade. Recurso conhecido e parcialmente provido.

- Impossível a desclassificação do delito de porte de arma previsto no art. 14 para o crime de posse do art. 12 da Lei nº 10.826/03, quando o acusado sai à rua com arma de fogo e adentra a residência de terceiro.

- O crime de porte de arma deve ser absorvido pelo delito de disparo de arma em via pública por força do princípio da consunção.

- O delito tipificado no art. 15 da Lei nº 10.826/03 pressupõe, necessariamente, anterior porte da arma. No caso dos autos, não existe concurso de crimes, pois o desvalor jurídico do delito de porte ilegal se encontra abrangido pelo disparo da arma, em local habitado. Pena redimensionada.

- O reconhecimento da atenuante da confissão espontânea não conduz à redução da pena aquém do mínimo legal, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial predominante, fazendo-se a aplicação da Súmula nº 231 do STJ.

- Comprovando o acusado sua situação de hipossuficiência financeira pelos documentos anexados, justifica-se a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0720.04.017406-5/001 - Comarca de Visconde do Rio Branco - Apelante: Luiz Cláudio Neves - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. PEDRO VERGARA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 25 de março de 2008. - *Pedro Vergara* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PEDRO VERGARA - Cuida-se de ação penal pública promovida pelo Ministério Público contra Luiz Cláudio Neves, como incurso nas sanções dos arts. 14 (porte ilegal de arma de fogo de uso permitido) e 15 (disparo de arma de fogo) da Lei nº 10.826/03.

Narra a denúncia que o acusado, no dia 4 de outubro de 2004, por volta das 21 horas aproximadamente, no local denominado por Rua Deomedes Gomes da Silva, nº 25, Bairro Berreiro, na Comarca de Visconde do Rio Branco, após ter ingerido bebida alcoólica, chegou a casa e solicitou a sua amásia Andréia seu uniforme de trabalho, tendo saído de sua residência com as roupas e um revólver calibre 22, marca Rossi, nº de série A851487, tudo como consta do anexo inquérito policial (f. 02/03).

Ato contínuo, o acusado efetuou em via pública disparos, sendo que cinco mascaram e, após, dirigiu-se à casa de seu irmão Vanusi, onde escondeu a arma (idem).

Recebida a denúncia, foi o acusado regularmente citado e, interrogado, apresentando seu defensor as alegações preliminares de f. 36 (f. 27, 32 e 33/34).

Durante a instrução, ouvidas as testemunhas arroladas pelas partes, requereu o *Parquet* a atualização das certidões cartorárias do acusado (f. 54-57 e 58).

Nas alegações finais, pede o Órgão Ministerial a condenação nos termos da denúncia, rogando a defesa a desclassificação do art. 14 para o art. 12 da Lei nº 10.826/03 e absolvição pela ilicitude de seu ato devido à *vacatio legis* ou, alternativamente, a absolvição do art. 14 por sua absorção pelo art. 15 da citada lei e, quanto a esse crime de disparo de arma de fogo, a redução da pena aquém do mínimo legal pela atenuante da confissão espontânea, considerando ainda sua primariedade, bons antecedentes e demais circunstâncias favoráveis e, por fim, a substituição da pena corporal por restritiva de direitos e a gratuidade de justiça (f. 62/65 e 67/74).

Proferida a sentença, foi o acusado condenado nas sanções dos arts. 14 e 15 da Lei nº 10.826/03, à pena, pelo delito de porte ilegal de arma de fogo, de 2 (dois) anos de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa sobre 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, no regime aberto, substituída a pena corporal por duas penas restritivas de direito, consistentes em proibição de freqüentar bares, casas noturnas e similares e prestação de serviços à comunidade e, para o delito de disparo de arma de fogo, à pena de 2 (dois) anos de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa sobre 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, vigente à época do fato, no regime aberto, substituída a pena corporal por duas penas restritivas de direito, consistentes em prestação pecuniária no importe de um salário mínimo destinado ao Conselho da Comunidade e proibição de freqüentar bares, casas noturnas e similares, somando, ao total, a pena privativa de liberdade do acusado em 4 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 20 (vinte) dias-multa sobre 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato (f. 81/86).

Inconformado com a decisão, recorreu o acusado, pretendendo a desclassificação do art. 14 para o art. 12 da Lei nº 10.826/03 e absolvição pela ilicitude de seu ato devido à *vacatio legis* ou, alternativamente, a absolvição do art. 14 por sua absorção pelo art. 15 da citada lei e, quanto a esse crime de disparo de arma de fogo, a redução da pena aquém do mínimo legal pela atenuante da confissão espontânea, considerando ainda sua primariedade, bons antecedentes e demais circunstâncias

favoráveis, e, por fim, a substituição da pena corporal por restritiva de direitos e a gratuidade de justiça (f. 89/98).

Por sua vez, suplica o *Parquet* o improvimento, mantendo-se na íntegra o édito fustigado (f. 103/107).

Manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, opinou essa de igual forma (f. 112/115).

É o breve relato.

I - *Da admissibilidade* - Conheço do recurso, já que presentes os pressupostos para sua admissão.

II - *Das preliminares* - Inexiste na espécie qualquer nulidade, tampouco causa de extinção da punibilidade.

III - *Do mérito* - Cuida-se de crimes de porte ilegal de arma de fogo e disparo de arma de fogo, consistindo as condutas típicas, respectivamente, em portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, cuja norma penal incriminadora se encontra insculpida no art. 14 da Lei nº 10.826/03, e disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime, prevista no art. 15 da citada Lei nº 10.826/03.

Cinge-se a questão à análise da possibilidade, ou não, de desclassificação do art. 14 para o art. 12 da Lei nº 10.826/03 e absolvição pela ilicitude de seu ato devido à *vacatio legis* ou, alternativamente, de absolvição do art. 14 por sua absorção pelo art. 15 da citada lei e, quanto a esse crime de disparo de arma de fogo, de redução da pena aquém do mínimo legal pela atenuante da confissão espontânea, considerando ainda sua primariedade, bons antecedentes e demais circunstâncias favoráveis, e, por fim, de substituição da pena corporal por restritiva de direitos e gratuidade de justiça.

De pronto, não há como dar guarida à tese defensiva de desclassificação do art. 14 para o art. 12 da Lei nº 10.826/03 e absolvição pela ilicitude de seu ato devido à *vacatio legis*, conforme razões a seguir.

Verifica-se que o próprio apelante confirmou, em ambas as fases, que saiu à rua armado, efetuou disparos com seu revólver e se dirigiu à residência de seu irmão, onde o guardou debaixo de um colchão, o que foi corroborado pela prova testemunhal produzida nos autos (f. 17/18, 33/34, 13/14, 15/16, 54, 55 e 57).

Assim, considerando que o acusado saiu de sua residência com uma arma de fogo e a portou em via pública, impossível classificar sua conduta como posse irregular de arma de fogo de uso permitido, previsto no art. 12 da Lei nº 10.826/03, que estatui:

> Art. 12 - Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou ainda, no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa.

Resta evidente, portanto, que a conduta do apelante se amolda ao tipo do art. 14 da referida Lei nº 10.826/03, que define:

> Art. 14 - portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

E, mantendo o delito de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, não há que se falar em absolvição pela atipicidade de conduta em razão da *vacatio legis*, porquanto os arts. 30 a 32 da citada Lei nº 10.826/03 e suas posteriores prorrogações fazem menção apenas aos possuidores e proprietários de armas de fogo, abrangendo somente o art. 12, e não o art. 14 da lei em tela.

Entretanto, tenho que lhe assiste razão, quando alega a absorção do delito de porte ilegal de arma pelo crime de disparo de arma de fogo, porquanto o porte de arma é crime-meio para o disparo.

Sendo assim, deve ser aplicado o princípio da consunção e não há que se falar, na espécie, em concurso de crimes, pois o desvalor jurídico do delito de porte ilegal encontra-se consumido pelo disparo em local habitado.

Nesse sentido, vem decidindo a jurisprudência:

> Porte e disparo de arma de fogo. *Ante factum* impunível. Princípio da consunção. - Malgrado o dissenso pretoriano acerca do tema, penso que o réu deve ser absolvido do delito de porte de arma de fogo, pois, para efetuar disparo em lugar habitado ou em suas adjacências, é necessário primeiro portar a arma, constituindo-se em crime-meio para o disparo e, sendo este o delito menos grave (porte ilegal de arma), é absorvido pelo mais grave (disparo de arma de fogo), em obediência ao princípio da consunção. Recurso provido (Apelação Criminal nº 1.0429.05.008374-1/001, Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos, 3ª Câmara Criminal do TJMG, *DJ* e 18.04.2007).

> Penal e processo penal. Porte ilegal de arma de fogo e disparo em local habitado. Autoria e materialidade comprovadas. Princípio da consunção, ficando absorvida a conduta-meio de portar. Fixação da pena. Parâmetros e critérios legais respeitados. Manutenção. Recurso parcialmente provido. - É de se aplicar o princípio da consunção, ficando absorvida a conduta-meio de portar pela conduta-fim delituosa do disparo de arma de fogo em local habitado, uma vez que as circunstâncias fáticas do caso assim o determinam. Respeitados os parâmetros e critérios legais na fixação da pena, deve ser mantida pela instância revisora. Recurso parcialmente provido. (Apelação Criminal nº 1.0145.05. 277324-2/001, Rel. Des. Sérgio Braga, 1ª Câmara Criminal do TJMG, *DJ* de 13.06.2007).

Assim, verifica-se o conflito aparente de normas, a ser resolvido pelo princípio da consunção, excluindo-se a condenação do acusado pelo crime menos grave, de porte ilegal de arma, absorvido pela infração mais grave, do disparo de arma de fogo, motivo pelo qual mantenho a condenação do recorrente apenas pela prática desse último delito, previsto no art. 15 da Lei 10.826/03.

Todavia, melhor sorte não socorre a defesa, quanto ao pleito de redução da pena aquém do mínimo legal pelo reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.

As circunstâncias atenuantes e agravantes, diferentemente das causas de diminuição e aumento de pena, não têm o condão de reduzir a pena aquém do mínimo legal, nem de aumentá-la acima do máximo permitido.

Nesse sentido, é o entendimento doutrinário firmado pelo ilustre Júlio Fabbrini Mirabete:

> Prevê o art. 65 quais as circunstâncias do crime que devem atenuar a pena, ou seja, os dados objetivos ou subjetivos que, por seu aspecto positivo, levam à diminuição da reprimenda. Em todas as hipóteses previstas no dispositivo, a redução é obrigatória, levando-se em conta, evidentemente, as demais circunstâncias do delito, que podem agravar a sanção (item 7.5.7). Ao contrário das causas de diminuição da pena, porém, não se permite, com o reconhecimento das atenuantes, a redução da pena abaixo do mínimo previsto na lei (item 7.5.7). (MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte geral*, arts. 1º a 120 do CP, São Paulo: Atlas, 2007, v.1, p. 314).

Amparando a tese, já decidiu esta Corte:

> (...) Ainda que o recorrente faça jus ao reconhecimento de causas atenuantes previstas no art. 65 do CP, sua incidência resta inviabilizada quando a pena-base for fixada em seu limite mínimo legal. (Apelação Criminal nº 2.0000.00.403457-9/000, Rel.ª Des.ª Maria Celeste Porto, 5ª Câmara Criminal do TJMG, 28.01.2006)

Inclusive, referida questão já foi sumulada neste Tribunal de Justiça de Minas Gerais, aprovada à unanimidade pelo Grupo de Câmaras Criminais, como de se ver: "Súmula nº 42 - Nenhuma circunstância atenuante pode reduzir a pena aquém do mínimo legal, como nenhuma agravante pode aumentá-la além do máximo cominado".

Da mesma forma, o eg. Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 231, que preconiza: "Súmula nº 231 STJ: A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".

Por fim, o eg. Supremo Tribunal Federal também já se posicionou sobre a matéria em debate, *in verbis*:

> *Habeas corpus*. Penal. Dosimetria da pena. Pena-base fixada no máximo legal. Insuficiência de fundamentação. Confissão espontânea. Fixação da pena abaixo do mínimo legal: impossibilidade. I - Insuficiência de fundamentação da sentença condenatória que fixou a pena-base no máximo legal. II - O reconhecimento da atenuante da confissão espontânea não tem o condão de reduzir a pena aquém do mínimo legal. Precedente: *HC* 70.883/SP, Rel. Min. Celso de Mello, *DJU* de 24.6.94. III - O *habeas corpus* não é a via adequada para correção da dosagem da pena. IV - *Habeas corpus* conhecido de ofício. Ordem parcialmente concedida (Apelação Criminal nº 2.0000.00.477311-5/000, Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos, 5ª Câmara Criminal do TJMG, 09.08.2005) *HC* 87263/MS - Mato Grosso do Sul - *Habeas corpus*, Relator Min. Ricardo Lewandowski, *DJ* de 04.08.2006, p. 00056, 1ª Turma do STF.

Assim, fica mantida a pena tal qual fixada no r. *decisum a quo*, no importe de 2 (dois) anos de reclusão e, ao pagamento de 10 (dez) dias-multa sobre 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, vigente à época do fato, em regime aberto, substituída a pena corporal por duas penas restritivas de direito, consistentes em prestação pecuniária no importe de um salário mínimo destinado ao Conselho da Comunidade e interdição temporária de direitos, proibindo-o de freqüentar bares, casas noturnas e similares.

A final, concedo ao apelante a isenção do pagamento das custas processuais, uma vez que, embora seja defendido por patrono constituído e ausente, *in casu,* declaração de pobreza, demonstrou o mesmo sua situação de hipossuficiência financeira, já que afirmou, em interrogatório, receber como remuneração a quantia de R$ 327,00 (trezentos e vinte e sete reais) mensais, devidamente comprovada pela CTPS acostada à f. 41 (f. 33/34).

Assim, resta justificada sua impossibilidade de arcar com as custas processuais, nos moldes da Lei Estadual nº 14.939/03, do Estado de Minas Gerais, que, regulamentando a matéria, dispõe: "Art. 10: São isentos do pagamento de custas: (...) II - os que provarem insuficiência de recursos e os que forem beneficiários da assistência judiciária".

Nesse sentido, é o entendimento desta Corte, *in verbis*:

> Apelação criminal. Uso de substância entorpecente. Justiça gratuita. Concessão. Ré assistida pela Defensoria Pública. Aplicação da Lei 14.939/03. - Se a acusada foi assistida pela Defensoria Pública, faz jus à isenção das custas processuais, pois beneficiada pela Lei Estadual 14.939/03. (Apelação Criminal nº 1.0223.05.167887-6/001, Rel.ª Des.ª Maria Celeste Porto, 5ª Câmara Criminal do TJMG, *DJ* de 04.08.2007.)

Ante o exposto, dou provimento parcial ao recurso para condenar o apelante como incurso apenas nas sanções do art. 15 da Lei nº 10.826/03, à pena de 2 (dois) anos de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, sobre 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, no regime aberto, substituída a pena corporal por duas penas restritivas de direito, consistentes em prestação pecuniária no importe de um salário mínimo destinado ao Conselho da Comunidade

e interdição temporária de direitos, proibindo-o de freqüentar bares, casas noturnas e similares, concedendo-lhe, ao final, os benefícios da justiça gratuita.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO e MARIA CELESTE PORTO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...

Roubo qualificado - Arma de fogo - Concurso de pessoas - Restrição à liberdade da vítima - Valoração da prova - Condenação - Formação de quadrilha - Corrupção de menores - Ausência de elemento constitutivo - Absolvição - Competência pelo lugar da infração - Réu preso - Requisição - Carta precatória - Intimação - Nulidade não caracterizada

Ementa: Apelações criminais. Roubos majorados, quadrilha armada e corrupção de menores. Preliminares suscitadas pelos recorrentes. Incompetência do juízo em razão do lugar da infração. Preclusão. Ausência de requisição de réu preso e da defesa para audiência realizada por carta precatória. Nulidades relativas. Carência de prejuízo. Prefaciais rejeitadas. Mérito. Autoria e materialidade dos crimes de roubo majorado comprovadas cabalmente. Confissões judiciais. Condenação confirmada. Participação de menor importância. Cooperação dolosamente distinta. Reconhecimento. Inviabilidade. Formação de quadrilha. Ausência de prova da estabilidade e permanência da associação. Absolvição imposta. Corrupção de menores. Carência de documento hábil a comprovar a menoridade. Impossibilidade de condenação. Dosimetria da pena. Equívocos e excessos passíveis de correção em 2ª instância. Continuidade delitiva. Critério de aumento das reprimendas. Quantidade de infrações. Recursos parcialmente providos.

- A incompetência *ratione loci* gera nulidade apenas relativa do processo e, não tendo sido argüida oportunamente, por via de exceção declinatória, resta sanada pela ocorrência da preclusão, presumindo-se ausência de prejuízo àquele que a suscita serodiamente.

- São relativas as nulidades do processo criminal por falta de requisição do réu preso e/ou intimação da defesa da expedição de precatória para inquirição de testemunha, principalmente quando a ele for nomeado defensor *ad hoc*.

- Não se demonstrando efetivamente os prejuízos eventualmente advindos à defesa dos réus, nenhum ato será declarado nulo, em homenagem ao princípio *pas de nullité sans grief*.

- Quem exerce qualquer atividade ou mesmo facilita a realização do evento, ainda que sem se empenhar diretamente, é responsável pela sua totalidade, caracterizando-se a co-autoria.

- Para que se tenha por caracterizado o crime de formação de quadrilha ou bando, é necessária a prova escorreita da indispensável subjetividade, da estabilidade e permanência da *societas sceleris*, não bastando uma eventual sucessão de ações penais.

- Oferecendo o Ministério Público denúncia contra qualquer réu por crime de corrupção de menores, cumpre-lhe demonstrar, de modo consistente - e além de qualquer dúvida razoável -, a ocorrência do fato constitutivo do pedido, comprovando, mediante documento hábil, a condição etária - menor de dezoito (18) anos - da vítima do delito tipificado no art. 1º da Lei nº 2.252/54.

- Eventuais equívocos praticados na fixação da pena não se prestam a ensejar a nulidade do *decisum*, porquanto, mesmo diante da existência de referidas irregularidades, são elas passíveis de correção em sede recursal.

- O critério para o acréscimo de pena previsto no art. 71 do CP é o número de infrações, e não qualquer outra circunstância. Sendo 3 (três) os crimes de roubo majorado praticados em continuidade delitiva contra vítimas distintas, o aumento deve-se dar em 1/5 (um quinto).

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0003.06.017611-6/001 - Comarca de Abre-Campo - Apelantes: 1º) William Rezende Teixeira, 2º) Simone Pereira de Oliveira, 3º) Guilherme Gomes de Alcântara - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. EDUARDO BRUM

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM REJEITAR PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO PARCIAL AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 12 de fevereiro de 2008. - *Eduardo Brum* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO BRUM - William Rezende Teixeira, Simone Pereira de Oliveira e Guilherme Gomes de

Alcântara, qualificados, foram denunciados perante o Juízo da única Vara da Comarca de Abre-Campo como incursos nas disposições do art. 157, § 2º, I, II e V, c/c o art. 157, § 2º, I e II (por duas vezes), na forma do art. 71, em concurso material com o art. 288, parágrafo único, do CP, e art. 1º da Lei nº 2.252/54.

Isso porquanto narra a exordial:

> No dia 3 de abril de 2006, por volta das 8h, os três acusados e a adolescente E.P.C. se dirigiram até a Rua Maria Amélia Melo, altura do nº 109, Bairro Santa Helena, região do Barreiro, Belo Horizonte/MG, ocasião em que, com unidade de desígnios e comunhão de esforços, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo e restrição de liberdade de Antônio César França de Souza, subtraíram para si o veículo GM/Corsa, cor prata, placa GXO 0979, e aproximadamente R$ 385,00 (trezentos e oitenta e cinco reais) em dinheiro, lesando o patrimônio da referida vítima.
>
> Ato contínuo, no dia 3 de abril de 2006, por volta das 13h55min, na 'Padaria Domag', situada na Rua Aristides Augusto da Fonseca, nº 82, Bairro Cocais, Barão de Cocais/MG, os três denunciados e a adolescente E.P.C., com unidade de desígnios e comunhão de esforços, mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo contra a balconista Amanda Aparecida de Lima, subtraíram para si aproximadamente R$ 118,00 (cento e dezoito reais) em moeda corrente, lesando o patrimônio do aludido estabelecimento comercial.
>
> Em seguida, ainda no dia 3 de abril de 2006, por volta das 15h50min, na 'Distribuidora Fraga', localizada na Avenida Resplendor, nº 5.017, Bairro Cruzeiro Celeste, João Monlevade/MG, os três acusados e a adolescente E.P.C., com unidade de desígnios e comunhão de esforços, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, subtraíram para si dois aparelhos de telefone celular, sendo um da marca Nokia, modelo 2100, número de série 351344/55/417697/1, e o outro da marca Siemens, modelo MC60, número de série 351953006256692, pertencentes, respectivamente, a Marcos Paulo da Silva e a Geraldo Carneiro Fraga.

Por fim, consta da denúncia ter restado patente no acervo investigatório que os três acusados e a adolescente E.P.C. se associaram em quadrilha armada para o fim de cometer crimes, bem como que os três primeiros corromperam a menor a praticar com eles as infrações penais descritas.

Finda a instrução criminal e vindo à luz a r. sentença de f. 495/507, viram-se condenados nos termos da denúncia, sendo aplicadas as idênticas reprimendas de 18 (dezoito) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 30 (trinta) dias-multa, pela prática dos 3 (três) roubos majorados; 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, pela prática do crime de quadrilha majorada; e 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, pela prática do delito de corrupção de menores, fixado o regime fechado.

Não se resignando, no entanto, todos apelaram (f. 289, 291 e 295).

Forte em suas razões (f. 303/309), requer o 1º apelante, preliminarmente, a anulação do processo *ab initio*, em virtude da incompetência do Juízo da Comarca de Abre-Campo em razão do lugar da infração (art. 70 do CPP), ou a partir da oitiva das testemunhas por carta precatória em outras comarcas, porque não intimado o defensor constituído, tampouco nomeado defensor dativo, para a realização de tais audiências. No mérito, requer apenas a absolvição pela prática do delito tipificado no art. 288, § 1º, do CP.

A 2ª recorrente, em seu arrazoado de f. 301/302, também suplica, preliminarmente, a anulação do processo *ab initio*, em virtude da incompetência do Juízo da Comarca de Abre-Campo em razão do lugar da infração (art. 70 do CPP). No mérito, pleiteia a redução das penas.

Por último, o 3º apelante aduz a mesma preliminar de incompetência *ratione loci* e, no mérito, requer a absolvição, por insuficiência probatória, ou, ao menos, a redução das reprimendas.

O Ministério Público de 1ª Instância manifestou-se pelo desprovimento dos recursos (f. 318/330).

O parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça é, também, pelo desprovimento de todos os apelos (f. 337/348).

Intimações regulares dos sentenciados (f. 290/291, 293/294 e 287/288), de seus defensores (f. 292, 298 e 295v) e do *Parquet* (f. 285).

Conheço do recurso, atendidos os pressupostos de admissibilidade.

Analiso, primeiramente, as preliminares aventadas nos recursos.

Em processo penal, como se sabe, eventuais nulidades serão declaradas somente se atraírem algum tipo de prejuízo para o suscitante (art. 566 do CPP), o que não se vislumbra, *in casu*.

Seguindo-se o raciocínio, não há que se falar em nulidade do processo por incompetência *ratione loci* do Juízo. A competência territorial possui caráter meramente relativo e, como tal, haveria de ser denunciada na primeira oportunidade que as partes tiveram para se manifestar nos autos. Não o fazendo, a questão torna-se preclusa e a jurisdição se prorroga, impondo-se que a manifestação serôdia do fenômeno esteja necessariamente acompanhada de prova do prejuízo dele decorrente.

Nessa esteira:

> Já se firmou entendimento na Corte (*HC* 69.599, *HC* 65.229 e RECr 106.641) no sentido de que, no processo penal, a incompetência acarreta apenas nulidade relativa e, não tendo sido argüida oportunamente, ficou sanada pela ocorrência da preclusão (STF - *JSTF* 200/351).

> Processual penal. *Habeas corpus*. Art. 180, *caput*, do CP e art. 10 da Lei nº 9.347/97. Competência *ratione loci*. Nulidade relativa. Ausência de prejuízo.
>
> A inobservância da competência *ratione loci* pode ocasionar nulidade relativa, que, não sofrendo impugnação no momento oportuno (art. 108 do CPP), com a demonstração do efetivo prejuízo, ficaria abrangida pela preclusão e conseqüente prorrogação do juízo. (Precedentes.) Ordem denegada (STJ - *HC* 53457/PR - Quinta Turma - Rel. Min. Felix Fischer - j. em 04.04.2006 - *DJU* de 02.05.2006, p. 365).

Também a prefacial de nulidade das audiências para oitiva das testemunhas por cartas precatórias, em virtude da ausência de requisição dos réus presos e de intimação de seus defensores da expedição das deprecatas para tal fim, não tem como prosperar, uma vez que: "É relativa a nulidade do processo criminal por falta de intimação da expedição de precatória para inquirição de testemunha" (Súmula nº 155 do STF).

In casu, não se observou qualquer prejuízo à defesa dos recorrentes, quando se sabe que: "No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu" (Súmula nº 523 do STF).

Assim, apesar de a defesa técnica não ter sido, de fato, intimada para tais audiências, vislumbra-se claramente a ausência de prejuízo à defesa, até porque, de mais a mais, foi nomeado defensor *ad hoc* aos acusados em todas as oportunidades, como se pode depreender dos termos de assentada de f. 159, 172, 177, 191, 203 e 232.

Sobre a ausência de intimação da defesa e/ou de requisição de réu preso para audiência realizada por carta precatória, na esteira do entendimento acima esposado, os colendos STJ e STF já decidiram:

> Processual penal. *Habeas corpus*. Art. 157, § 2º, incisos I e II, e art. 157, § 2º, incisos I e II, c/c art. 14, inciso II, c/c art. 71, *caput*, todos do Código Penal. Nulidade. Intimação para audiência realizada por carta precatória. Réu representado por defensor *ad hoc*. Ausência de prejuízo. Súmulas 155 e 523 do STF. Regime prisional. Gravidade em abstrato do delito. Circunstâncias judiciais totalmente favoráveis (STJ - *HC* 68335/SP - Quinta Turma - Rel. Min. Felix Fischer - j. 22.05.2007 - *DJU* 03/09/2007).

> Penal - Processual - Falta de requisição de réu preso para a audiência de inquirição de testemunhas - Nulidade relativa - Ausência de prejuízo. - A falta de requisição do réu para audiência de oitiva de testemunhas é causa de nulidade relativa, que só deve ser decretada ante a demonstração do prejuízo sofrido pela defesa. Recurso improvido (STJ - REsp 79.219/RS - Quinta Turma - Rel. Min. Edson Vidigal - j. em 08.04.2007 - *DJU* de 19.05.1997, p. 20654).

> A não-requisição do preso para a audiência de oitiva da vítima e das testemunhas, sem que haja demonstração de prejuízo, não é causa de nulidade, sobretudo porque consta a presença de defensor em todos os atos processuais (STF - *HC* 73826/SP - Rel. Min. Marco Aurélio - Rel. p/ o acórdão Min. Maurício Corrêa - *DJU* de 16.11.2001).

Dessarte, filiando-me à corrente que preconiza serem de caráter relativo as nulidades invocadas, e mais, considerando que não se demonstraram efetivamente os prejuízos eventualmente advindos, não decreto as eivas, em homenagem ao princípio *pas de nullité sans grief*.

Pelo exposto, rejeito ambas as preliminares.

Adentrando a análise meritória dos recursos, abordo, inicialmente, o pleito absolutório apresentado pelo 3º apelante.

A materialidade delitiva dos delitos está estampada no APFD de f. 07/17, BOPM de f. 18/23, BOPRF de f. 24/25 e auto de apreensão de f. 36.

Quanto à autoria dos crimes de roubo majorado, examino-a tão-somente no tocante a Guilherme, que a negou, em termos, em seu interrogatório judicial, e agora pleiteia sua absolvição, por insuficiência de provas, ao passo que os demais recorrentes nem sequer cogitaram tal tese em seus recursos, mesmo porque confessaram, em parte, a prática dos delitos.

De plano, contudo, verifico de suas declarações prestadas em juízo que, apesar de afirmar, inicialmente, não ser verdadeira a denúncia oferecida pelo *Parquet*, acabou por confirmar parte da dinâmica narrada na exordial e confirmada por seus comparsas.

Vejamo-las, então, de forma dissecada (f. 90/92):

> (...) que a denúncia que lhe pesa não é verdadeira; que não sabia que os demais iriam fazer o assalto no carro; que o depoente foi pedir uma informação ao dono do carro; que a vítima Antônio estava saindo da casa dele e ia entrando no carro; (...) que o depoente estava juntamente com os demais réus e a menor E.P.C.; (...) que William é quem apontou a arma para Antônio; que não sabia que os demais comparsas iriam fazer o assalto.

Até aí, Guilherme alegava total desconhecimento sobre a intenção criminosa dos demais. Contudo, na seqüência, começam as contradições:

> (...) que foi a primeira vez que participou de assalto junto com os réus e a menor; que não tinha como recusar a entrar no carro porque estava junto com eles; que William dirigiu o carro.

Nesse momento, Guilherme esclarece que, ainda que não tivesse, realmente, ciência do intento dos demais, aderiu à conduta deles, simplesmente pelo "espírito de turma", já que "estava junto com eles", nem sequer alegando ter sofrido alguma forma de coação.

Continuando:

> (...) que o depoente assaltou a padaria em Barão de Cocais; que conversou com E.P.C. preocupado em chegar a Vitória e ficar sem dinheiro; que o depoente e E.P.C. tiveram a idéia de assaltar a padaria; que os demais falaram que iriam para Vitória quando estavam dentro do carro; que, até o momento do assalto do carro, não sabia que a intenção deles era ir para Vitória; que a arma era de E.P.C.; que só viu a arma na hora que William assaltou o dono do carro; que Paola queria dinheiro também; que aí pararam em João Monlevade e o depoente ajudou Paola a assaltar a Distribuidora Fraga; que só conseguiu levar dois celulares; que, em Belo Horizonte, pegaram a senha e o cartão bancário de Antônio César e fizeram um saque de mais de R$ 300,00 na conta dele; que E.P.C. que fez o saque; (...) que os demais envolvidos não ameaçaram o depoente a fazer parte do grupo; (...) que o depoente é quem apontou a arma de fogo para a funcionária da padaria; que, na distribuidora, foi E.P.C. quem apontou a arma e depois o depoente pegou a arma dela; (...) que o depoente está arrependido (...).

Ora, a partir da parte final do relato de Guilherme, corrobora-se, evidentemente, a conclusão do digno Sentenciante no sentido de ele também ser um dos autores dos delitos de roubo majorado praticados em Belo Horizonte, Barão de Cocais e João Monlevade, não restando qualquer dúvida a esse respeito.

Sem margem para divagações doutrinárias ou construções hermenêuticas, entendo que a confissão judicial, por se presumir livre dos vícios de inteligência e vontade, constitui elemento seguríssimo de convicção, pois só perderá sua força se desmentida por veemente prova em contrário, o que não é o caso dos autos.

Friso que a jurisprudência tem entendido que:

> A confissão judicial, por presumir-se livre dos vícios de inteligência e vontade, tem valor absoluto e serve como base à condenação, ainda que se constitua no único elemento incriminador, pois só perderá sua força se desmentida por veemente prova em contrário, como na hipótese de auto-acusação falsa (*RT* 625/338).

No mesmo sentido, a lição do Professor, Vicente Greco Filho, in *Manual de Processo penal*, 1991, p. 203: "Na verdade a confissão não é um meio de prova. É a própria prova, consistente no reconhecimento da autoria por parte do acusado".

Não prospera, portanto, a alegação de fragilidade probatória para alicerçar o decreto condenatório em relação a Guilherme.

Assim, não há também que se cogitar de participação de somenos importância ou cooperação dolosamente distinta relativamente a ele, pois teve sua atuação diretamente voltada para o mesmo resultado objetivado por quem eventualmente maquinou as práticas criminosas e começou a colocá-las em prática, responsabilizando-se, cada um deles, por uma das fases de divisão de tarefas, nos 3 (três) delitos de roubo majorado cometidos, na medida em que sua atuação, aliada à dos demais recorrentes e da menor E.P.C., forma um todo incindível e decisivo para o êxito das empreitadas criminosas.

Conveniente assentar que o § 1º do art. 29 do CP somente encontra lugar nos casos em que efetivamente singela a participação no delito, aí compreendidas a instigação e cumplicidade, o que não se aplica às hipóteses de co-autoria. Afinal, à luz da teoria do domínio funcional do fato, observando-se o critério de distribuição de tarefas, toda atuação daquele que é considerado co-autor se descortina importante para a prática da infração penal.

Todavia, foram os 3 (três) delitos praticados em continuidade delitiva, como alerta o 1º recorrente, o que não foi levado em consideração pelo digno Magistrado quando da aplicação da pena, apesar de ele próprio ter reconhecido tal ficção criada por medida de política criminal, senão, vejamos:

> Creio que também restou cristalino nos autos a continuidade delitiva, prevista no art. 71 do CP, vez que os acusados, mediante mais de uma ação, praticaram três crimes da mesma espécie, e, pela maneira de execução, lugar das infrações, todas cometidas no mesmo dia, temos que considerar como crime continuado (f. 281).

Assim, os castigos estão a merecer reparos, que serão procedidos quando adentrarmos a análise da dosimetria da pena.

Também como alegado pelo 1º apelante, não vislumbro nítida a configuração do crime de quadrilha armada, pela narrativa judicial de Guilherme, já transcrita, e dos demais acusados em relação ao modo como se deu a associação para as práticas delitivas:

> (...) que dormiu no domingo na casa das meninas e, no dia seguinte, quando estava indo embora, E.P.C. teve a idéia de praticar o assalto porque tinha uma arma em casa; que E.P.C. deu a idéia para tentar ajudar o depoente a pagar o aluguel atrasado; (...) que a intenção no momento era só pegar o carro para tentar vendê-lo no ferro-velho; que resolveram ir para Vitória porque a menina deu a idéia; que a tia do depoente, de nome Marica, tem uma casa em Vitória; (...) que o depoente trabalha de estagiário na secretaria da escola da Prefeitura; que foi a primeira vez que o depoente entrou nisso; que está arrependido (...) (William Resende Teixeira - f. 93/94).

> (...) que E.P.C. morava com a mãe; que a depoente estava ficando na casa de E.P.C. até conseguir um emprego melhor; que conheceu E.P.C. num barzinho; que já estava na casa de E.P.C. há uns 2 ou 3 meses; que estava trabalhando na casa de E.P.C. como doméstica, para retribuir a alimentação e a estadia; (...) que, na noite anterior, dormiram todos na casa de E.P.C.; que, na noite anterior, a depoente disse que queria ver seu filho na cidade de São Mateus/ES, sendo que a depoente não poderia ir sozinha; (...) que não sabe onde arranjaram a arma e não sabe de quem era; (...) que, na segunda-feira, chamaram a depoente, quando então a depoente viu que a coisa era verdade (...) (Simone Pereira de Oliveira - f. 95/97).

Note-se, portanto, que o concurso de vontades decorreu de situação casuística específica, não havendo demonstração inequívoca de que o grupo de delinqüentes mantém organização estável e permanente para o cometimento de delitos.

Vale ressaltar que, após a união de vontades, saíram na manhã seguinte da residência de E.P.C., onde todos dormiram, vindo a praticar logo em seguida os 3 (três) crimes de roubo majorado, a caminho de Vitória/ES. Foram presos ainda no dia dos fatos, inexistindo provas de que, anteriormente, tenham-se envolvido em outros delitos.

Nessas circunstâncias, necessário reconhecer a ausência de provas da estabilidade do grupo, indispensável à caracterização do crime tipificado no art. 288, parágrafo único, do CP.

A propósito:

> Se a associação se deu para a prática de um crime ocasional, e não para a formação de um grupo permanente, não se concretiza formação de quadrilha (*JTJ* 178/305).

> O conluio transitório entre os réus para prática de roubo não passa de mero concurso de agentes, pois, para configuração do crime de quadrilha ou bando, é necessária uma duradoura atuação em comum para prática de crimes não precisamente individuais, dando origem a um ente autônomo, diferente e superior às vontades e interesses dos singulares membros, e não um mero acordo ocasional de vontades (*RT* 751/581).
>
> Para que se tenha por caracterizado o crime de quadrilha ou bando, é necessária a prova escorreita da indispensável subjetividade, da estabilidade e permanência da *societas sceleris*, não bastando uma eventual sucessão de ações penais (*RT* 575/414).

Com tais considerações, absolvo os apelantes da imputação relativa ao crime de quadrilha armada (art. 288, parágrafo único, do CP), com fincas no art. 386, VI, da Lei Adjetiva Penal.

No entendimento do ilustrado Órgão da Acusação, teriam os réus incorrido também nas cominações do art. 1º da Lei nº 2.252/54.

Não sobram dúvidas de que os acusados deliberadamente exerceram atos que certamente infringiram mencionado dispositivo legal, cuidando-se de crime formal, que prescinde da demonstração da efetiva corrupção, bastando que o agente pratique o delito na companhia do menor ou o induza a praticá-lo.

Todavia, justamente por tratar-se de delito que se consuma pelo simples descumprimento do preceito legal, ausentes maiores considerações, inafastável é a exigência de comprovação, estreme de dúvidas, da menoridade da suposta corrompida, a ser efetivada com a juntada de documento hábil, o que, infelizmente, se verifica dos autos.

Assim, não se podendo aferir com a necessária certeza a circunstância elementar prevista no tipo penal estampado no art. 1º da Lei nº 2.252/54, é o caso de se absolver os inculpados.

Nesse sentido, colaciono precedente desta colenda 1ª Câmara Criminal:

> Corrupção de menor - Crime não demonstrado - Ausência de prova da idade do menor coadjuvante. Absolvição mantida.
> - Inexistindo nos autos certidão de nascimento comprobatória da idade do menor coadjuvante, não se configura o crime de corrupção de menores previsto no art. 1º da Lei nº 2.252/54.
> Recurso ministerial desprovido (TJMG - Apelação nº 1.0024.05.693442-5/001 - 1ª Câmara Criminal - Rel. Des. Gudesteu Biber - j. em 07.03.2006 - p. em 14.03.2006).

Outra não é a posição do eg. STF:

> Se o Ministério Público oferece denúncia contra qualquer réu por crime de corrupção de menores, cumpre-lhe demonstrar, de modo consistente - e além de qualquer dúvida razoável -, a ocorrência do fato constitutivo do pedido, comprovando documentalmente, mediante certidão de nascimento, a condição etária (menor de dezoito anos) da vítima do delito tipificado no art. 1º da Lei nº 2.252/54 (STF. 1ª Turma. *HC* nº 73338/RJ. Rel. Min. Celso de Mello, j. em 13.08.1996, p. no *DJU* de 19.12.1996).

No tocante à dosimetria da pena, temos algumas anotações e correções a fazer, como já adiantado.

Quanto ao 1º apelante, William Rezende Teixeira, em relação aos crimes de roubo majorado cometidos em desfavor de Antônio César França de Souza, "Padaria Domag" e "Distribuidora Fraga", em continuidade delitiva:

Primeiramente, anoto que os ilícitos concorrentes foram praticados com identidade de circunstâncias, em um mesmo contexto fático, sem que haja peculiaridades dignas de nota relativamente a qualquer deles (a não ser as relativas às atenuantes e majorantes - específica e genérica -, que serão avaliadas no momento próprio).

Assim, a análise das circunstâncias judiciais individuais de cada um dos eventos resultaria não mais que uma desnecessária repetição de parágrafos inteiros, com idêntico conteúdo.

Então, por medida de economia, procederei a um único exame dos vetores do art. 59 do CP, que corresponderá, friso, a cada um dos três crimes, mas de forma simultânea e em obediência ao princípio constitucional da individualização das penas, conforme didática já empreendida pelo Juízo singular.

Dessarte, mantenho a sanção carcerária básica em 5 (cinco) anos de reclusão, como arbitrada pelo MM. Juiz, porque justa e bem dosada.

Na segunda fase, reduzo a sanção primária em 6 (seis) meses, em virtude das atenuantes da menoridade (f. 40) e confissão espontânea, em relação ao primeiro delito praticado, e em 3 (três) meses, no tocante aos demais delitos, aplicando apenas a atenuante da menoridade.

Por fim, na terceira fase, exaspero a reprimenda pelo delito praticado contra Antônio em 1/2 - em virtude da presença de três majorantes e a privação da liberdade da vítima ter-se dado por várias horas, sendo levado à força a mais de 200 km de sua cidade, somente conseguindo se livrar dos criminosos após o acidente automobilístico por eles sofrido, na Comarca de Abre-Campo -, concretizando a pena privativa de liberdade em 6 (seis) anos e 9 (nove) meses de reclusão.

Em relação aos demais delitos, aumento a reprimenda em 1/3, assim como o nobre Magistrado, encontrando as penas finais de 6 (seis) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

Configurada a continuidade delitiva (art. 71, *caput*, do CP), pelas razões já explicitadas, tomo a maior sanção aplicada, elevando-a em 1/5 (um quinto), para, com este raciocínio, chegar a 8 (oito) anos, 1 (um) mês e 6 (seis) dias de reclusão.

Atendendo à regra do art. 72 do CP, tendo sido aplicados apenas 10 (dez) dias-multa em relação a cada

um dos crimes - em desacordo com o princípio da proporcionalidade, mas em decisão mais favorável ao réu -, somo as penas de multa fixadas para cada um dos crimes, totalizando 30 (trinta) dias-multa, pelo mínimo legal.

Quanto à 2ª apelante, Simone Pereira de Oliveira, em relação aos crimes de roubo majorado cometidos em desfavor de Antônio César França de Souza, "Padaria Domag" e "Distribuidora Fraga", em continuidade delitiva:

Da mesma forma acima justificada, procederei a um único exame dos vetores do art. 59 do CP, que corresponderá, friso, a cada um dos três crimes, mas de forma simultânea e em obediência ao princípio constitucional da individualização das penas, conforme didática já empreendida pelo Juízo singular.

Prestigiando a análise das circunstâncias judiciais feita na singela instância, preservo a sanção primária em 5 (cinco) anos de reclusão, não merecendo a aplicação das reprimendas em seus mínimos legais, como pretendido pela 2ª recorrente, tendo em vista, primordialmente, sua culpabilidade, bem como as circunstâncias e conseqüências do crime.

Na segunda fase, reduzo a sanção primária em 6 (seis) meses, em virtude das atenuantes da menoridade (f. 41) e confissão espontânea, em relação ao primeiro delito praticado, e em 3 (três) meses, no tocante aos demais delitos, aplicando apenas a atenuante da menoridade.

Por fim, na terceira fase, exaspero a reprimenda pelo delito praticado contra Antônio em 1/2 - em virtude da presença de três majorantes e a privação da liberdade da vítima ter-se dado por várias horas, sendo levado à força a mais de 200 km de sua cidade, somente conseguindo se livrar dos criminosos após o acidente automobilístico por eles sofrido, na Comarca de Abre-Campo -, concretizando a pena privativa de liberdade em 6 (seis) anos e 9 (nove) meses de reclusão.

Em relação aos demais delitos, aumento a reprimenda em 1/3, assim como o nobre Magistrado, encontrando as penas finais de 6 (seis) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

Configurada a continuidade delitiva (art. 71, *caput*, do CP), pelas razões já explicitadas, tomo a maior sanção aplicada, elevando-a em 1/5 (um quinto), para, com este raciocínio, chegar a 8 (oito) anos, 1 (um) mês e 6 (seis) dias de reclusão.

Atendendo à regra do art. 72 do CP, tendo sido aplicados apenas 10 (dez) dias-multa em relação a cada um dos crimes - em desacordo com o princípio da proporcionalidade, mas em decisão mais favorável ao réu -, somo as penas de multa fixadas para cada um dos crimes, totalizando 30 (trinta) dias-multa, pelo mínimo legal.

Quanto ao 3º apelante, Guilherme Gomes de Alcântara, em relação aos crimes de roubo majorado cometidos em desfavor de Antônio César França de Souza, "Padaria Domag" e "Distribuidora Fraga", em continuidade delitiva:

Assim como já justificado, procederei a um único exame dos vetores do art. 59 do CP, que corresponderá, friso, a cada um dos três crimes, mas de forma simultânea e em obediência ao princípio constitucional da individualização das penas, conforme didática já empreendida pelo Juízo singular.

Dessarte, discordando de parte da análise das circunstâncias judiciais feita na inferior instância, entendendo que sua culpabilidade e conduta social lhe são mais favoráveis que aos demais, reduzo a sanção primária para 4 (quatro) anos e 9 (nove) meses de reclusão.

Na segunda fase, reduzo a sanção primária em 3 (três) meses, em virtude da atenuante da menoridade (f. 39), em relação ao primeiro delito praticado, e em 6 (seis) meses, no tocante aos demais delitos, aplicando as atenuantes da confissão espontânea e menoridade.

Por fim, na terceira fase, exaspero a reprimenda pelo delito praticado contra Antônio em 1/2 - em virtude da presença de três majorantes e a privação da liberdade da vítima ter-se dado por várias horas, sendo levado à força a mais de 200 km de sua cidade, somente conseguindo se livrar dos criminosos após o acidente automobilístico por eles sofrido, na Comarca de Abre-Campo -, concretizando a pena privativa de liberdade em 6 (seis) anos e 9 (nove) meses de reclusão.

Em relação aos demais delitos, aumento a reprimenda em 1/3, assim como o nobre Magistrado, encontrando as penas finais de 5 (cinco) anos, 10 (dez) meses e 3 (três) dias de reclusão.

Configurada a continuidade delitiva (art. 71, *caput*, do CP), pelas razões já explicitadas, tomo a maior sanção aplicada, elevando-a em 1/5 (um quinto), para, com este raciocínio, chegar a 8 (oito) anos, 1 (um) mês e 6 (seis) dias de reclusão.

Atendendo à regra do art. 72 do CP, tendo sido aplicados apenas 10 (dez) dias-multa em relação a cada um dos crimes - em desacordo com o princípio da proporcionalidade, mas em decisão mais favorável ao réu -, somo as penas de multa fixadas para cada um dos crimes, totalizando 30 (trinta) dias-multa, pelo mínimo legal.

Fica mantido o regime inicial fechado para todos eles, por imposição legal do art. 33, § 2º, *a*, do CP.

Impraticável a suspensão ou substituição da pena privativa de liberdade para qualquer um dos apelantes, tendo em vista vedação imposta pelos arts. 44, I, e 77, *caput*, ambos do CP.

À luz do exposto, dou parcial provimento aos recursos, para, em resumo, absolver os réus relativamente à prática dos delitos de quadrilha armada e corrupção de menores, bem como reduzir as penas no tocante aos crimes de roubo majorado.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores JUDIMAR BIBER e EDELBERTO SANTIAGO.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO PARCIAL AOS RECURSOS.

. . .

Homicídio qualificado - Motivo fútil - Meio cruel ou insidioso - Recurso que dificultou a defesa da vítima - Formação de quadrilha - Crime conexo - Absolvição - Trânsito em julgado - Tribunal do Júri - Quesito - Nulidade não caracterizada - Concurso formal próprio ou impróprio - Requisitos - Diminuição da pena - Aplicabilidade - Crime hediondo - Regime de cumprimento da pena - Lei mais gravosa - Irretroatividade - Regime de cumprimento da pena - Regime inicial fechado - Progressão de regime - Possibilidade

Ementa: Apelação criminal. Júri. Homicídios triplamente qualificados. Formação de quadrilha. Nulidade do julgamento. Inocorrência. Concurso formal próprio ou impróprio. Redução das penas. Afastamento da incidência da Lei 11.464/07. Possibilidade.

- Inocorre a nulidade do julgamento pela indevida quesitação do crime conexo, pois, tendo o agente sido absolvido no primeiro julgamento pelo Tribunal do Júri do delito de quadrilha, sendo o protesto por novo Júri exclusivo da defesa, transitou em julgado essa absolvição, pois o recurso da defesa tinha por objeto os delitos de homicídios e não o delito pelo qual já havia sido absolvido, impondo-se, portanto, a decotação dessa condenação e as penas a ela correspondentes.

- Ocorre o concurso formal próprio quando o agente mediante uma só ação efetua vários disparos de arma de fogo contra as vítimas, dando ensejo a diversos homicídios, pois estes são resultantes de uma só ação e de um único desígnio.

- Tendo o agente sido submetido a três julgamentos pelo Tribunal do Júri, deve a pena ser reduzida ao menor *quantum* fixado para cada um dos delitos nos julgamentos anteriores, já que o recurso ministerial não visava à majoração das penas de cada homicídio.

- Deve ser afastada a incidência da Lei 11.464/07 aos crimes praticados antes da sua entrada em vigor, ainda que hediondos, seja em relação ao cumprimento da pena ou à progressão de regime, por violar o princípio da irretroatividade inserto no art. 5°, inciso XL, da Carta Magna.

Recurso ministerial desprovido. Provido parcialmente o recurso da defesa.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.03.022911-6/002 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: 1º) Roberto Soares, 2º) Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelados: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Roberto Soares - Relator: DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINARES, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL E DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DA DEFESA.

Belo Horizonte, 26 de fevereiro de 2008. - *Antônio Armando dos Anjos* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo apelante, o Dr. Rubens de Oliveira Melo.

DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS - Sr. Presidente. Registro que ouvi, com muita atenção, a efusiva sustentação oral feita da tribuna pelo ilustre advogado.

Perante o Juízo Sumariante do II Tribunal do Júri da Comarca de Belo Horizonte, Marcos Antônio Lopes Júnior, Vagner Lopes, vulgo "Guim", Roberto Soares, vulgo "Betão", e Alexandre Peres de Jesus, vulgo "Du Pisca-Pisca", alhures qualificados, foram denunciados (f. 02/06) pela prática dos crimes previstos no art. 121, § 2º, incisos II, III e IV (por cinco vezes) c/c art. 29, c/c art. 69, c/c art. 288, parágrafo único, todos do Código Penal, porque, segundo a denúncia, no dia 23.07.2002, por volta das 20h30min, na Rua Quatro de Maio, defronte ao número 510, Bairro Vila Leonina, nesta cidade, os denunciados, acompanhados do menor S.F.A., utilizando-se de instrumento pérfuro-contundente, armas de fogo, efetuaram disparos contra as vítimas Claudinei de Jesus, Jefferson Damasceno, Cristian Silva de Farias, Januerme Conceição de Oliveira e Luciano Correia da Silva, causando-lhes as lesões descritas nos relatórios de necropsia de f. 68, 70, 64, 66 e 116, 62 e 161, respectivamente, que, por sua natureza e sede, foram causas eficientes de suas mortes.

Pela decisão de f. 353, com base no art. 366 do Código de Processo Penal, o processo e o prazo prescricional foram suspensos em relação aos réus Marcos Antônio Lopes Júnior, Vagner Lopes e Alexandre Peres de Jesus, uma vez que, regularmente citados por edital, não

compareceram para ser interrogados, nem constituíram advogados, oportunidade em que também se decretou a prisão preventiva dos mesmos.

Regularmente processado, ao final, foi o réu Roberto Soares regularmente pronunciado (f. 390/394), nos termos da denúncia - art. 121, § 2º, incisos II, III e IV, c/c art. 69 (por cinco vezes), e parágrafo único do art. 288, todos do Código Penal.

Oferecido o libelo acusatório (f. 420/423), foi o mesmo contrariado (f. 431/432). Preparado o processo, foi o apelante submetido ao julgamento pelo eg. Tribunal do Júri da Comarca de Belo Horizonte, tendo o colendo Conselho de Sentença o absolvido pelo crime de formação de quadrilha (art. 288 do CP), condenando-o pela prática do crime de homicídio qualificado em concurso formal, por cinco vezes, à pena de 24 (vinte e quatro) anos de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, com observância aos incisos I e II, § 1º, do art. 2º da Lei 8.072/90 (f. 531/533).

Inconformado com a decisão, protestou o réu por novo Júri.

Submetido a novo julgamento pelo Tribunal do Júri, foi o réu absolvido pelo crime de formação de quadrilha (art. 288 do CP) e dos homicídios praticados contra Jefferson Damasceno, Cristian Silva de Farias e Januerme Conceição de Oliveira, sendo, ainda, reconhecida a sua semi-imputabilidade, condenando-o pela prática dos crimes de homicídio qualificado, em concurso formal, por duas vezes, em relação às vítimas Claudinei de Jesus e Luciano Correia da Silva, às penas de 11 (onze) anos e 3 (três) meses de reclusão, como incurso no art. 121, § 2º, incisos II e IV, c/c art. 70, por duas vezes, c/c art. 26, parágrafo único, c/c art. 66, todos do Código Penal, em regime fechado, com rigorosa observância do previsto nos incisos I e II, § 1º, do art. 2º da Lei 8.072/90 (f. 589).

Inconformado com a decisão, interpôs o Ministério Público recurso de apelação (f. 592), buscando em suas razões recursais (f. 595/612) a anulação do julgamento, para que o réu seja submetido a novo julgamento e condenado pela prática de todos os crimes de homicídio qualificado descritos na denúncia.

O recurso foi contrariado (f. 613/617), pugnando a defesa pela manutenção da decisão do Conselho de Sentença.

Pelo v. acórdão de f. 648/653, da relatoria da em. Des.ª Jane Silva, a Turma Julgadora deu provimento ao recurso para cassar a decisão dos jurados por ser manifestamente contrária às provas dos autos, determinando que outro julgamento fosse realizado (f. 648/653).

Submetido ao terceiro julgamento, o Conselho de Sentença considerou o réu "culpado dos crimes de homicídio qualificado em concurso formal, por cinco vezes, aplicado o concurso material entre o homicídio e a formação de quadrilha, e, assim, incurso nas sanções penais dos arts. 121, § 2º, incisos II, III e IV, c/c art. 70 por cinco vezes e art. 288 com seu parágrafo único, combinadas as duas espécies de crime com o art. 69, todos do CPB, combinados, ainda, os homicídios com a Lei 8.072/90, com a nova redação de seu art. 2º, determinada pela Lei 11.464, de 28.03.2007", tendo suas penas sido fixadas em 26 (vinte e seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, na forma do previsto nos §§ 1º e 2º da Lei 11.464/07, sendo 24 (vinte e quatro) anos de reclusão pelos crimes de homicídio e 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, pelo delito de formação de quadrilha (f. 702/703).

Inconformados com a r. sentença condenatória, a tempo e modo, apelaram o réu e o Ministério Público (f. 707 e 709).

Em suas razões recursais (f. 711/719), em preliminar, pleiteia a defesa a anulação do julgamento, por erro na quesitação, já que o primeiro quesito de todas as cinco séries (referente à autoria) foi formulado de forma pessoal, trazendo prejuízo para o réu e a conseqüente nulidade do julgamento. De igual modo, alega nulidade do julgamento pela não-quesitação "se havia alguma atenuante genérica em favor do acusado, e qual, ou quais?". Sustenta ainda a defesa nulidade do julgamento pela indevida quesitação do delito de quadrilha, em face do trânsito em julgado da matéria, pois, além de ter sido absolvido desse delito no primeiro julgamento, com a concordância do órgão acusador, que também pleiteou pela absolvição do réu em relação a esse delito, conforme se afere da ata da sessão de f. 532/533, o protesto por novo Júri foi recurso exclusivo da defesa. Por fim, alegou a nulidade na fixação do regime prisional, pois a Lei 11.464/07 não pode retroagir para prejudicar o réu. No mérito, renova questão relativa ao delito de formação de quadrilha, alegando que a decisão que reconheceu o delito é contrária às provas dos autos. Alega, ainda, que as provas dos autos são insuficientes para alicerçar a condenação. Alternativamente, pede a redução da pena para o mínimo legal.

Por sua vez, o Ministério Público, em suas razões recursais (f. 723/726), pugna pela aplicação do concurso formal impróprio aos cinco crimes de homicídio praticados pelo réu, devendo, portanto, aplicar a regra do art. 69 (concurso material), com a soma das penas.

Os recursos foram contrariados pelo Ministério Público (f. 727/733) e pela defesa (f.736/740), que, em preliminar, argüiu a intempestividade do recurso ministerial. No mérito, pugnam as partes pelo provimento das respectivas apelações.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Luiz Alberto de Almeida Magalhães, il. Procurador de Justiça, opina pelo conhecimento dos recursos, negando-se provimento ao apelo da defesa e provimento ao recurso ministerial (f. 744/751).

No essencial, é o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento, conheço dos recursos interpostos.

Recurso do Ministério Público.

Em suas razões recursais, pugna o Órgão Ministerial pela aplicação do concurso formal impróprio, por se tratar de cinco crimes de homicídio praticados pelo réu, devendo, por isso, ser aplicada a regra do art. 69 (concurso material), somando as penas de cada um dos delitos.

De pronto, registro que não procede a preliminar de intempestividade do recurso ministerial, argüida pela defesa em contra-razões, pois, tendo o Júri sido realizado em 30 de maio de 2007, uma quarta-feira, o prazo recursal iniciou-se em 31 de maio, quinta-feira, para findar-se em 4 de junho, uma segunda-feira, dia em que o recurso foi apresentado na Secretaria do II Tribunal do Júri.

Ora, o simples fato de a petição recursal do Ministério Público ter sido apresentada diretamente na Secretaria do II Tribunal do Júri não tem o condão de torná-la intempestiva, pois, ao final da referida petição, consta recibo da Secretaria de que a mesma foi apresentada em 04.06.2007, tanto que o recurso foi regularmente recebido pelo Juiz *a quo*, sem que o réu se insurgisse naquela oportunidade quanto ao seu recebimento.

Rejeito, pois, a preliminar de não-conhecimento do recurso ministerial e passo ao exame da sua irresignação.

DES. SÉRGIO RESENDE - Acompanho V. Ex.ª.

DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - Sr. Presidente. Acompanho S. Exª. pelo conhecimento do recurso ministerial que sustentou ser a intempestividade que não existiu.

DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS - *Ab initio*, por serem prejudiciais ao exame do mérito, passo ao exame das preliminares argüidas pelo réu apelante.

Nulidade do julgamento por erro na formulação do primeiro quesito das cinco séries.

Como visto alhures, inicialmente, pugna o réu apelante pela anulação do julgamento por erro na quesitação, já que o primeiro quesito de todas as cinco séries (referente à autoria) foi formulado de forma pessoal, trazendo prejuízo para o réu e a conseqüente nulidade do julgamento.

Nenhuma razão assiste ao réu apelante, pois o primeiro quesito das cinco séries, relativo à autoria, foi corretamente formulado com a r. sentença de pronúncia e com o libelo acusatório, no qual a acusação se propunha provar que "Em 23 de julho de 2002, por volta das 20:30 horas, na Rua Quatro de Maio, defronte ao imóvel n° 510, Bairro Vila Leonina, nesta Capital, o réu Roberto Soares, juntamente com terceiras pessoas, efetuou disparos de arma de fogo contra Claudinei de Jesus, que sofreu os ferimentos descritos no Auto de Exame de Corpo de Delito de f. 261/262", o que se repetiu nas séries subseqüentes em relação a cada uma das vítimas.

Dessa forma, tendo o aludido quesito sido formalizado em conformidade com a r. sentença e com o libelo acusatório, longe de causar qualquer perplexidade aos Senhores Jurados quanto à autoria dos atos materiais praticados pelo apelante juntamente com terceiras pessoas, não há que se falar em nulidade do julgamento.

Ademais, tendo os crimes sido praticados em concurso de agentes, correta a formulação do quesito em exame, pois quem de qualquer forma concorre para o crime incide nas penas a ele cominadas.

Não bastasse isso, acrescente-se que a questão se encontra preclusa, pois a impugnação quanto à possível deficiência na formulação dos quesitos deve ser feita no momento oportuno. Na espécie, por ocasião da leitura dos quesitos, nenhum protesto foi feito quanto à sua redação, seja neste julgamento, seja nos julgamentos anteriores, estando, portanto, preclusa.

DES. SÉRGIO RESENDE - De acordo.

DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - Sr. Presidente. Esta preliminar refere-se à colocação do nome de Roberto quanto à autoria. Realmente, a orientação é no sentido de se formular o quesito de forma impessoal, mas, aqui, na espécie, melhor examinando a questão, não vejo prejuízo nenhum, porque o único que estava em julgamento era o Sr. Roberto.

Acompanho V. Ex.ª, rejeitando também a preliminar.

DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS - Nulidade do julgamento por não ter sido quesitado se havia alguma atenuante genérica em favor do réu.

Também aqui nenhuma razão assiste ao réu apelante, pois, do exame do Termo de Votação de Quesitos (f. 695/700), constata-se que o quesito obrigatório da atenuante genérica, previsto no art. 484, parágrafo único, III, do Código de Processo Penal, foi questionado em todas as séries, quando se indagou dos Senhores Jurados: "Existe circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não expressamente prevista em lei, em favor do réu?".

Assim, tendo o quesito sido formulado em todas as séries, não há falar em nulidade por falta de formulação de quesito obrigatório.

DES. SÉRGIO RESENDE - De acordo.

DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - Sr. Presidente. A atenuante genérica foi redigida de uma maneira não convencional, e não de acordo com o que se usa como nexo, mas foi redigida. No entanto, em se tratando de circunstância atenuante, redigida, volto a afirmar, e não tendo havido protesto na ata de julgamento, não vejo nenhuma nulidade a respeito.

Também rejeito esta preliminar.

DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS - Nulidade da quesitação quanto ao crime de quadrilha.

Quanto à nulidade da quesitação referente ao crime de quadrilha, a meu ver, assiste parcial razão ao réu apelante, pois, tendo o mesmo sido absolvido no primeiro julgamento, sendo o protesto por novo Júri recurso exclusivo da defesa, não poderia esse delito ter sido incluído nos julgamentos subseqüentes, em face do trânsito em julgado da matéria.

Entretanto, a sua indevida quesitação nos julgamentos subseqüentes não tem o condão de gerar a nulidade do Júri, mas tão-somente a decotação da pena correspondente.

Nulidade da sentença em razão da aplicação da Lei 11.464/07, quando da fixação do regime de cumprimento de pena. No que concerne à não-aplicabilidade da Lei 11.464/2007, mais uma vez, penso que parcial razão assiste à defesa, pois, tendo o Plenário do STF, em sede de controle difuso (*HC* 82959/SP), declarado a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, o lapso temporal para a progressão de regime, mesmo se tratando de crime hediondo, mas praticado antes da Lei 11.464/2007, regula-se pela norma genérica do art. 112 da LEP, o qual estabelece o cumprimento de 1/6 da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário. Entendimento contrário implica, *data venia*, exigência não prevista em lei.

Com efeito, tendo os delitos sido praticados antes da entrada em vigor da Lei 11.464/2007, sendo esta mais gravosa, não há como exigir que o réu apelante cumpra sua pena em regime fechado, com observância do previsto nos seus §§ 1º e 2º da referida Lei 11.464/07, pois estes reclamam cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena para o réu primário e 3/5 (três quintos) para o réu reincidente; impõe-se, nesta instância, manter o regime fixado, mas, diante do princípio da irretroatividade, sem a observância do previsto nos §§ citados.

Sendo assim, rejeito as preliminares de nulidade do julgamento, argüidas pela defesa por erro na quesitação, referentes ao primeiro quesito das cinco séries, bem como a relativa à ausência do quesito obrigatório da atenuante genérica, por ter sido regularmente formulado, acolhendo, parcialmente, as preliminares, referentes à aplicação da Lei 11.464/07, ao regime prisional, bem como a relativa ao delito de formação de quadrilha, apenas e tão-somente para adequar o regime prisional à regra geral prevista no art. 112 da LEP, bem como para decotar da condenação o delito de formação de quadrilha, sem que isso importe na nulidade do julgamento.

Mérito.

No mérito, a defesa renova a questão relativa ao delito de formação de quadrilha, alegando que a decisão que reconheceu o delito é contrária às provas dos autos.

A questão relativa ao delito de formação de quadrilha, a meu ver, restou prejudicada, pois a mesma foi examinada em sede preliminar, na qual a defesa procurava a nulidade do julgamento pela sua indevida quesitação, em face de ter sido absolvido desse delito no primeiro julgamento, a requerimento do próprio Órgão de Acusação, a qual transitou livremente em julgado, pois o protesto por novo Júri do primeiro julgamento foi exclusivo da defesa e tinha por objeto as penas impostas aos delitos de homicídios, e não em relação ao delito pelo qual havia sido absolvido.

Logo, tendo a referida questão sido parcialmente acolhida em sede preliminar, para decotar da condenação a pena relativa ao delito de formação de quadrilha, resta prejudicada a questão renovada no mérito.

No que diz respeito à insuficiência de provas para alicerçar a condenação, com a devida vênia, nenhuma razão lhe assiste, pois, além da confissão na fase extrajudicial, as provas amealhadas ao longo da instrução não deixam qualquer dúvida quanto à sua participação nos delitos descritos na denúncia.

Ademais, a alegação de que a confissão da fase extrajudicial foi obtida mediante violência e de que a arma não foi apreendida é insuficiente para ditar uma absolvição, pois os demais elementos constantes são unânimes em apontá-lo como um dos autores dos crimes que lhe foram imputados.

Todavia, no que diz respeito ao pleito de redução das penas, penso que parcial razão assiste à defesa, não para reduzi-las ao mínimo legal, como quer a defesa, mas para fixá-las no *quantum* do segundo julgamento, por ser a menor das penas fixadas para cada um dos homicídios nos três julgamentos ocorridos.

Na espécie, por ocasião do primeiro julgamento, pela decisão de f. 531, as penas de cada um dos delitos foram fixadas em 16 (dezesseis) anos de reclusão, aumentadas pela 1/2 (metade) pelo concurso formal. Entretanto, no segundo julgamento (f. 589), as penas de cada um dos homicídios foram fixadas em 14 (quatorze) anos de reclusão, voltando para os 16 (dezesseis) anos de reclusão, no terceiro e último julgamento (f. 702-703), aumentadas pela 1/2 (metade) pelo concurso formal.

Portanto, deve a pena ser reduzida ao *quantum* aplicado para cada um dos delitos de homicídio no segundo julgamento, ou seja, 14 (quatorze) anos de reclusão, aumentadas pela 1/2 (metade) pelo concurso formal, restando concretizadas em 21 (vinte e um) anos de reclusão, a serem cumpridas em regime inicialmente fechado, admitida a progressão de regime pela regra geral do art. 112 da LEP, já que o recurso aviado contra esse julgamento pelo Ministério Público não visava ao aumento da pena de cada delito.

Conforme se vê da r. sentença, o MM. Juiz, ao dosar as penas privativas de liberdade pela prática dos cinco delitos de homicídio, aplicou a regra do art. 70,

caput, 1ª parte, do CP - concurso formal perfeito -, ou seja, aplicou a pena mais grave aumentada da metade, em face do número de delitos.

Entretanto, entende o Órgão Ministerial que deveria ser observada a regra do concurso formal impróprio, descrito no art. 70, *caput*, 2ª parte, do CP, devendo as penas ser aplicadas cumulativamente.

Ao tratar sobre concurso formal, dispõe o art. 70 do CP:

> Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.

O concurso formal próprio vem descrito no art. 70, *caput*, 1ª parte, onde se adotou o sistema de exasperação da pena; já o concurso formal impróprio se encontra descrito na 2ª parte do citado dispositivo, aplicando-se nesse caso a cumulação das penas.

Em que pesem as bem-lançadas razões do órgão de acusação do Ministério Público, com a devida vênia, não há como acolher tal pretensão, pois a hipótese dos autos configura o concurso formal perfeito de crimes, porquanto restou provado nos autos que o réu num mesmo contexto fático, mediante uma só ação e um só desígnio, praticou cinco crimes de homicídio, restando, portanto, caracterizado o concurso formal próprio.

No concurso formal próprio, o agente, mediante uma só conduta, pratica dois ou mais crimes, havendo unidade de ação e pluralidade de crimes. Assim, para que haja concurso formal, é necessário que exista uma só conduta, embora possa desdobrar-se em vários atos, como no caso em exame, em que o apelante, mediante vários atos, atingiu várias vítimas. A propósito, sobre o assunto, assinala o sempre festejado Mirabete:

> Praticando o agente uma só conduta (ação ou omissão) que cause dois ou mais resultados típicos, ocorre o denominado concurso formal ou concurso ideal de crimes. Para se reconhecer a existência de unidade da ação, deve-se considerar o fato final, que é a vontade regendo uma pluralidade de atos físicos isolados, que compõem a conduta, dolosa ou culposa, e o fato normativo, que é a estrutura do tipo penal em cada caso particular. Assim, quando no mesmo comportamento se infringem várias vezes a mesma norma ou normas penais diversas, há concurso formal, aplicando-se o sistema de exasperação da pena (MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código Penal interpretado*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 584).

Nesse mesmo sentido, a orientação pretoriana:

> Se através de uma única ação, embora desdobrada em atos distintos, porém integrando a mesma conduta, ofenderam os acusados o direito de duas pessoas diferentes, impõe-se o reconhecimento de concurso formal (*RT* 490/326; *apud* MIRABETE, Júlio Fabbrini, ob. cit., p. 584).

> Se o agente, impulsionado por um só desígnio, desenvolve ação que se desdobra em diversos delitos, ocorre concurso formal de crimes ainda que sejam do mesmo tipo (*JTACrim* 70/459; *apud* MIRABETE, Júlio Fabbrini, ob. cit., p.584).

> Apelação criminal - Júri - Concurso formal - Homicídio triplamente qualificado e tentativas de homicídio dupla e triplamente qualificado - Nulidade do julgamento - Inocorrência - Quesitação - Erro material - Argüição preclusa - Preliminar rejeitada - Veredicto não manifestamente contrário à prova dos autos - Reconhecimento de motivação fútil em relação a apenas dois crimes - Prejuízo inexistente - Inteligência da Súmula 28 do TJMG - Decisão popular mantida - Reprimenda - Ajuste - Penas aplicadas cumulativamente - Impossibilidade - Prática de vários crimes mediante uma só ação - Ausência de desígnios autônomos - Aplicação da regra do concurso formal próprio (art. 70, *caput*, primeira parte, do CP) - Recurso parcialmente provido (TJMG, 2ª C. Crim., Ap. nº 1.0000.00.317686-4/000, Rel. Des. Sérgio Resende, v.u., j. em 22.05.2003; pub. no *DOMG* de 11.06.2003).

> Recurso em sentido estrito - Homicídio e tentativa de homicídio em concurso formal - Indícios de autoria.
> 1. Reforma-se a decisão de 1º grau e pronunciam-se os réus por homicídio e tentativa de homicídio por duas vezes, em concurso formal (CP 121, *caput* e 121 c/c 14, II, c/c 70), se restou provada a materialidade do crime e os depoimentos das vítimas sobreviventes e das testemunhas indicam que os mesmos possam ser os autores dos crimes a eles atribuídos na denúncia, atendidos os pressupostos para admissibilidade da acusação, exigidos pelo art. 408 do CPP.
> 2. Deu-se provimento ao recurso em sentido estrito (TJDFT, 1ª Turma Criminal, RSE nº 1999.09.1.004597-6, Rel. Des. Sérgio Rocha, v.u., j. em 10.05.2007; *DJU* de 11.07.2007, p. 96).

> *Habeas corpus*. Direito penal. Homicídios tentados. Autonomia de desígnios. Incaracterização. Ação única. Concurso formal próprio.
> 1. Em reconhecendo os jurados a unidade da motivação do agente na prática dos delitos contra a vida, não há como, sem mais, pretender a afirmação da autonomia dos desígnios.
> 2. Ordem concedida (STJ, 6ª Turma, *HC* 35937/RJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, v.u., j. em 30.06.2005, *DJU* de 06.02.2006, p. 336).

> Ocorre concurso formal quando o agente, mediante uma única ação desdobrada em vários atos, viola patrimônios distintos (pluralidade de eventos e resultados) pertencentes às vítimas diversas, ainda que da mesma família (STJ, 5ª Turma, REsp nº 152690/SP, Rel. Min. Jorge Scartezzini, v.u., j. em 04.11.1999, *DJU* de 06.12.1999, p. 108).

Dessarte, malgrado a irresignação, não há dúvida de que os crimes de homicídio em exame resultaram de apenas uma ação do réu - efetuar disparos de arma de fogo contra vítimas diversas - impulsionado por um só desígnio, resta configurado o concurso formal próprio.

Fiel a essas considerações e a tudo mais que dos autos consta, meu voto é no sentido de se rejeitarem as

preliminares de nulidade do julgamento por erro na quesitação do primeiro quesito; nulidade do julgamento por ausência de quesito obrigatório da atenuante genérica; argüidas pela defesa; acolher parcialmente as preliminares de nulidade quanto à quesitação do delito de quadrilha, bem como para afastar a incidência da Lei nº 11.464/2007 no cumprimento da pena privativa de liberdade; dar parcial provimento ao recurso defensivo para decotar da condenação as penas relativas ao delito de formação de quadrilha e as penas a ele correspondentes; reduzir as penas de cada um dos homicídios, com aplicação do concurso formal próprio; reduzindo as penas do réu apelante para 21 (vinte e um) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, sem a incidência da Lei nº 11.464/2007, seja no cumprimento da pena, seja na progressão de regime, por ferir o princípio da irretroatividade; conhecer do recurso ministerial e negar-lhe provimento.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

DES. SÉRGIO RESENDE - Também ouvi, atentamente, as palavras do ilustre advogado, da tribuna e acompanho o eminente Des. Relator, na inteireza de seu voto.

DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - Sr. Presidente. A primeira questão, quesitação sobre crime de formação de quadrilha, que já transitara em julgado, anteriormente, configura uma decisão *ultra petita*. Sabemos que só causam nulidade as decisões *citra* e *extra*; a *ultra*, quando ocorre, como *in casu*, deve ser decotada.

Acompanho o eminente Relator.

Com referência a essa aplicação da Lei 11.464/07, não sei, com todo respeito, no que concerne a nulidade da aplicação dessa lei, porque o que se fixou foi o regime fechado.

DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS - O juiz da sentença fixa os limites da nova lei, e o fato era anterior.

DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - Sim, mas, se não fosse dimensionar a nova lei, seria regime fechado, também, dado ao *quantum* da fixação das penas em concurso formal, então, não há que se falar em nulidade pela aplicação da Lei 11.464. Entendo que essa matéria é despicienda de qualquer análise e valor jurídico para a qual ela foi alegada. O regime teria que ser mesmo o fechado. Assim, não vejo o porquê dessa alegação.

Acompanho V. Exª.

DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS - Só para esclarecer, se me permitem, o Juiz, em sua sentença, fixa os limites para a progressão, por isso a razão do nosso acolhimento. Evidentemente, isso poderia ficar, também, para a execução, mas, para que não pairasse dúvida, resolvemos enfrentar.

DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - Sr. Presidente. Nesse particular, voto com S. Exª, porque o limite para benefício de progressão tem que ser o da lei antiga, e não o da lei nova.

Quanto ao mais, não vejo motivo para não acompanhar S. Exª no substancioso voto que proferiu.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL E DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DA DEFESA.

...

Receptação qualificada - Furto qualificado - Concurso de pessoas - Formação de quadrilha - Requisitos - Materialidade - Autoria - Confissão extrajudicial - Retratação - Valoração da prova - Condenação - Crime continuado - Fixação da pena - Restritiva de direitos - *Sursis* - Inadmissibilidade

Ementa: Crimes de roubo, receptação qualificada e formação de quadrilha. Pedidos de absolvição não acolhidos. Materialidade e autoria comprovadas. Confissões extrajudiciais aliadas às demais provas. Elementos de convicção que se sobrepõem à isolada retratação em juízo. Associação estável caracterizada. Condenações mantidas. Pedidos de redução de pena, substituição da pena por restritiva de direitos e *sursis*. Impossibilidade. Pena superior a quatro anos e emprego de violência. Recursos improvidos.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0016.05.044759-4/001 - Comarca de Alfenas - Apelantes: 1º) Fábio Anunciação dos Santos, 2º) Evaldo Epifânio de Souza - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. EDELBERTO SANTIAGO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 26 de fevereiro de 2008. - *Edelberto Santiago* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo apelante Fábio Anunciação do Santos, a Drª Iracema Simal.

DES. EDELBERTO SANTIAGO (convocado) - Fábio Anunciação dos Santos e Evaldo Epifânio de Souza,

qualificados nos autos, foram denunciados, como incursos nas sanções dos arts. 180, § 2º, e 288, ambos do CP, o primeiro, e dos arts. 155, § 4º, inciso IV, e 288, ambos do CP, o segundo, porque, nos meses de agosto a dezembro de 2004, no Município de Alfenas, participaram, junto com diversos outros, do roubo de tratores realizados na zona rural e da sua comercialização na região, especialmente na cidade de Botelhos.

O MM. Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Alfenas, julgando parcialmente procedente o pedido contido na denúncia, condenou Fábio Anunciação como incurso nas sanções dos arts. 180, § 1º, c/c o § 2º, por três vezes; 180, § 1º, c/c o § 2º, c/c o 14, II; e 288, parágrafo único, todos do CP, a cumprir a pena de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mais o pagamento de 37 dias-multa, em regime semiaberto. Condenou, também, Evaldo Epifânio como incurso nas sanções do art. 155, § 4º, IV, do CP, a cumprir a pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e 10 dias-multa, substituindo-lhe a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito.

Irresignados, recorreram. A defesa de Fábio bate-se pela condenação única no crime previsto no *caput* do art. 180 do CP, sendo, conseqüentemente, absolvido pelos delitos de tentativa de receptação e formação de quadrilha, e, ao final, substituição da pena privativa de liberdade ou *sursis*. A defesa de Evaldo pugna pela absolvição e, alternativamente, pela decotação da qualificadora do concurso de pessoas.

Contra-arrazoando, a representante ministerial bate-se pelo improvimento dos recursos. No mesmo sentido, é o entendimento da douta Procuradoria de Justiça, através do parecer simplesmente ratificador da lavra do Procurador Marcial Vieira de Souza.

É o relatório, em síntese.

No mérito, a meu sentir, merece subsistir o r. *decisum* hostilizado.

A leitura dos autos informa que, durante o segundo semestre de 2004, o acusado José Aparecido dos Santos, contando com o auxílio de uma pessoa conhecida apenas como "Ricardo", em três ocasiões, e, em outro momento, com a ajuda de Evaldo Epifânio de Souza (um dos ora apelantes) e de Carlos Henrique Lemes, subtraiu tratores agrícolas na região rural da cidade de Alfenas/MG. Apurou-se que, no cometimento de vários desses delitos, houve o emprego de violência contra as vítimas.

Após os roubos, os tratores foram repassados a Diego Figueiredo de Almeida e a Fábio Anunciação dos Santos (1º apelante), os quais eram encarregados de revendê-los.

A materialidade delitiva está demonstrada através dos autos de apreensão (f. 22, 44 e 91), dos boletins de ocorrência (f. 15/16, 51/53, 61/62 e 76/77), dos termos de restituição (f. 80, 114, 124 e 129) e do laudo pericial (f. 106/107).

A autoria restou evidenciada em face das confissões, ainda que parciais, dos acusados (f. 37/38, 42, 88, 224 e 233), bem como de seus comparsas, em especial as de José Aparecido dos Santos (f. 25/26, 48/50, 56/57 e 59/60) e de Diego de Figueiredo (f. 89/90), e mais as declarações das diversas vítimas e testemunhas.

A defesa do acusado Fábio sustenta que houve ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório em razão de os depoimentos dos co-réus, na fase inquisitorial, terem sido colhidos sem a presença do advogado do apelante. Tal tese não merece prosperar, já que os depoimentos acima referidos foram prestados às autoridades policiais, por ocasião do inquérito policial. Trata-se de procedimento meramente administrativo extrajudicial, no qual, como se sabe, não há que se falar em contraditório.

Os demais comparsas somente não puderam confirmar suas versões em juízo, em razão de o processo ter sido desmembrado em vários outros, em nome da celeridade processual. Ademais, os mencionados depoimentos foram apenas uma das várias provas aptas a condenar os acusados.

Perante a autoridade policial, o denunciado Evaldo (f. 37) confessou que, no dia 25 de dezembro de 2004, juntamente com José Aparecido e Carlos Henrique, roubou um trator da Fazenda Santa Helena, situada na zona rural de Alfenas/MG, e o conduziu até a garagem da viação Santa Cruz, localizada no mesmo Município. Segundo o réu, ele iria receber R$ 3.000,00 (três mil reais) pela empreitada.

Já em juízo (f. 224), apresentando versão inverossímil, o réu disse que não sabia tratar-se de um roubo. Ocorre que a retificação parcial em juízo, como se sabe, não invalida a confissão feita na fase inquisitiva, especialmente se as demais provas coligidas dão sustentação bastante ao inicialmente confessado.

A segunda versão do acusado não está a merecer crédito algum, visto que foi necessário arrombar uma porta da residência para que lograssem êxito no intento criminoso, e, principalmente, pelo fato de o réu ter acompanhado José Aparecido até a entrega do equipamento ao receptador, qual seja o outro apelante.

A pretendida decotação da qualificadora do concurso de pessoas, igualmente, desmerece acolhida, pois a subtração do trator, da qual Evaldo participou, foi feita com a colaboração de José Ricardo dos Santos, Carlos Henriques Lemes e um indivíduo conhecido como Ricardo.

Por sua vez, a defesa do réu Fábio pugna por apenas uma condenação pelo crime de receptação.

Ocorre que os depoimentos dos co-réus são claros em afirmar que o apelante era um receptador constante dos bens roubados pela quadrilha. José Aparecido foi seguro em afirmar que, após todos os quatro roubos apurados, repassava os tratores a Fábio.

O apelante confessa ter receptado alguns dos equipamentos roubados, alegando, porém, que desconhecia a

origem ilícita das mercadorias (f. 223, 88 e 42). Tal justificativa não procede, pois, além do baixo preço que pagava pelos tratores, os horários e os locais em que os bens lhe eram repassados, a ausência de documentação e, por derradeiro, o enorme lucro que auferia com a revenda dos mesmos são indicadores seguros de que o apelante sabia ou, pelo menos, deveria saber da origem ilícita dos referidos bens. Ademais,

> [...] na receptação, a apreensão da coisa subtraída em poder do agente gera a presunção de sua responsabilidade, invertendo-se o ônus da prova, impondo-se justificativa inequívoca; assim, se esta for dúbia e inverossímil, transmuda-se a presunção em certeza, autorizando, assim, a condenação (*RT* 746/629).

Configurado está, também, o delito de formação de quadrilha, visto que cada um dos diversos acusados possuía tarefas ordenadas, como a prática dos roubos e a revenda dos tratores.

Resta claro que o responsável pelo cometimento dos roubos era o co-réu José Aparecido, auxiliado por diversos comparsas. A receptação, por sua vez, ficava a cargo dos acusados Fábio e Diego, que pagavam certa quantia pelas máquinas e, posteriormente, as revendiam por um valor maior.

O acima exposto não deixa qualquer dúvida da existência de uma quadrilha, uma vez que estão presentes os requisitos indispensáveis para a configuração do crime previsto no art. 288 do Código Penal, quais sejam a participação de, pelo menos, quatro agentes, a divisão ordenada de tarefas e a associação estável e permanente entre os mesmos, conforme exige o tipo.

Não se pode alegar, como faz a defesa do réu Fábio, que ele era simples participante isolado, pois

> Aquele que, de qualquer forma, concorra para a trama ilícita, responde pelo crime de quadrilha ou bando, ainda que não tenha participado da execução material dos delitos perpetrados pela sociedade criminosa, pois o crime se consuma pela simples associação, e não pelos resultados (TJSP - 1ª Câmara - Ap. 225.457-3/7 - Rel. Jarbas Mazzoni - j. em 25.08.1997 - *RT* 747/652).

Acertadas, pois, as condenações monocráticas, não podendo prosperar os pedidos de absolvição.

A defesa do réu Fábio pleiteia, ainda, que, na aplicação do art. 71 do CP, a pena seja aumentada em um sexto, e não pela metade, como fez o ilustre Magistrado *a quo*. Sustenta a primariedade e os bons antecedentes do acusado.

Ocorre que a dosagem é feita com base no número de crimes cometidos, e não de acordo com os antecedentes do acusado, que já foram considerados quando da fixação da pena-base em seu mínimo legal. Tal entendimento é pacífico na jurisprudência:

> Continuidade delitiva. Majoração da pena. Percentagem. - A eleição do percentual de acréscimo - de um sexto a dois terços - há de fazer-se considerado o número de delitos (STF - *HC* 73446/SP - 2ª Turma - Rel. Min. Marco Aurélio - *DJU* de 03.05.96, p. 13.903).

Portanto, agiu com acerto o douto Sentenciante ao elevar pela metade a pena aplicada ao réu, em razão do cometimento de considerável número de crimes.

Registre-se que o réu foi beneficiado com o reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes de receptação e formação de quadrilha, a despeito de se tratar de espécies distintas, o que, a par da incongruência técnica, não pode ser corrigido em prejuízo do réu.

Tampouco merece acolhida o pedido formulado pela defesa de Fábio Anunciação de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em face do patamar de pena estabelecido (acima de quatro anos), o qual, como se sabe, não admite a medida. Ademais, a quadrilha agia com emprego de violência, o que constitui circunstância impeditiva do benefício (art. 44, inciso I, do CP). Consta dos autos, inclusive, que, durante o roubo ocorrido em 1º.09.2004, um dos integrantes da quadrilha tentou estuprar a vítima G.A.C.

Pelos mesmos motivos acima esposados e, em consonância com o art. 77 do CP, não merece provimento, também, o pleito pela concessão do *sursis*.

Mercê de tais considerações, nego provimento aos recursos, para manter, na íntegra, a r. sentença hostilizada.

Custas, na forma da lei.

DES.ª MÁRCIA MILANEZ - Sr. Presidente. Registro recebimento de substancioso memorial da lavra do Dr. Igor Pantuza e da Dr.ª Iracema Aparecida de Castro Simal.

Com vênia dos ilustrados advogados, acompanho o eminente Relator.

DES. EDUARDO BRUM - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

...

Tráfico de entorpecentes - Perícia - Contradição quantitativa - Nulidade não caracterizada - Tentativa - Denúncia - Possibilidade jurídica - Materialidade - Autoria - Testemunha - Declaração de policial - Valoração da prova - Condenação - Fixação da pena - Circunstâncias judiciais - Réu primário - Bons antecedentes - Causa de aumento - Pena restritiva de direitos - Impossibilidade - Perdimento de bens - Ausência de requisitos - Restituição

Ementa: Tráfico de drogas. Alegada nulidade do processo por divergências no peso do material periciado. Irrelevância. Certeza quanto à natureza entorpecente. Impossibilidade jurídica da denúncia pela inadmissibilidade da tentativa no crime de tráfico. Denúncia que

imputa o crime na sua forma consumada. Preliminares rejeitadas. Materialidade e autoria devidamente comprovadas. Depoimento de policiais. Validade. Conjunto probatório apto a denotar a traficância. Condenação mantida. Pena-base. Réu primário e de bons antecedentes. Redução ao mínimo legal. Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Não-cabimento. Vedação expressa constante da nova lei de drogas. Perdimento de bens. Ausência de comprovação da origem ilícita ou de que fossem estes costumeiramente utilizados para a prática do ilícito. Restituição imposta. Apelo defensivo parcialmente provido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0344.07.036874-3/001 - Comarca de Iturama - Apelante: Estevão Ribeiro Malta - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. SÉRGIO RESENDE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINARES E DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 19 de fevereiro de 2008. - *Sérgio Resende* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. SÉRGIO RESENDE - Pela sentença de f. 263/279, o digno Magistrado, julgando procedente a denúncia, condenou o acusado Estevão Ribeiro Malta, qualificado nos autos, como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, c/c o art. 40, VI, ambos da Lei 11.343/06, ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 3 (três) anos, 1 (um) mês e 1 (um) dia de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 234 (duzentos e trinta e quatro) dias-multa.

Não satisfeito com a decisão, o réu, tempestivamente, recorre pretendendo, preliminarmente, a nulidade do processo. No mérito, pugna pela absolvição ou, alternativamente, pela desclassificação para o delito do art. 28 da mesma lei ou, ainda, pela substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Por fim, requer a restituição dos bens apreendidos.

Contra-razões ministeriais pela manutenção do decisório recorrido. Em parecer lançado às f. 337/339, opina a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo desprovimento do apelo.

É o sucinto relatório.

Conhece-se do recurso, presentes os pressupostos próprios de sua admissibilidade.

As preliminares levantadas no apelo não merecem acolhida.

A uma, porque a contradição quantitativa entre o laudo de constatação e o laudo toxicológico definitivo não tem o condão de tornar imprestável a prova pericial, principalmente quando não existe dúvida quanto à natureza entorpecente da substância apreendida.

Nesse sentido, já se decidiu que:

> Inexistindo dúvida quanto à apreensão do material tóxico em poder do infrator, pequenas contradições quantitativas entre o que consigna o auto de apreensão e o laudo de exame químico toxicológico não tornam imprestável a prova pericial. Esta, como é sabido, conta com precisão, ao passo que na primeira se procede a simples avaliação, sem o mesmo rigor (TJRS - AC - Rel. Antônio Augusto Fernandes - *RT* 589/369).

A duas, porque não há que se falar em impossibilidade jurídica da denúncia pela inadmissibilidade da tentativa no crime de tráfico, visto que, como bem dito na decisão de primeiro grau, "pela própria natureza do delito, tem-se que o início de sua execução já o torna consumado".

Ademais, convém observar que, diferentemente do alegado pela defesa, a denúncia imputa ao apelante o crime de tráfico na forma consumada, senão veja-se:

> Consta dos autos que, na noite de 11.06.07, nas proximidades do clube AABB, na Av. Prefeito Juca Pádua, nesta cidade e comarca, o denunciado tinha em depósito, transportava ou trazia consigo, para fins de comércio, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, substância entorpecente [...] (f. 02).

Assim, ficam rejeitadas as preliminares.

No mérito, a materialidade do delito encontra-se sedimentada no auto de apreensão de f. 30, nos laudos de constatação de f. 32/33 e no laudo de exame toxicológico definitivo de f. 132; inexistindo, por outro lado, dúvida quanto à autoria.

Confessou o apelante a posse e a propriedade das drogas apreendidas, tentando fazer crer destinarem-se estas tão-somente ao seu consumo.

Todavia, não há, nos autos, nada que revele ser o acusado um mero usuário.

Em primeiro lugar, vale destacar que a apreensão da droga não se deu por obra do acaso, como se pode claramente constatar pelos depoimentos dos policiais Jorge Paula Vieira (f. 07 e 215/216) e Júlio César Ferreira dos Santos (f. 09 e 213/214), que afirmaram ter recebido denúncia anônima, momentos antes da abordagem do apelante, no sentido de que estaria ele fornecendo drogas próximo à sede da AABB.

Por oportuno, há de se dizer que, conforme orientação pacífica deste Pretório, a desconsideração dos testemunhos policiais só pode ser realizada quando reste cabalmente demonstrado algum interesse dos mesmos no deslinde da investigação. Não verificada tal hipótese no caso vertente, deve-se conferir o merecido valor probante aos depoimentos acima citados.

> Não há obstáculo em que se tome a palavra de policiais no suporte probatório de condenações. Não estão proibidos de depor, nem se pode previamente suspeitar da veracidade nos seus depoimentos. Sopesam-se como quaisquer outros; sujeitam-se aos obstáculos do impedimento e da suspeição, como quaisquer outros (*RT* 736/625).
>
> Os funcionários da Polícia merecem, nos seus relatos, a normal credibilidade dos testemunhos em geral, a não ser quando se apresente razão concreta de suspeição. Enquanto isso não ocorre e desde que não defendem interesse próprio, mas agem na defesa da coletividade, sua palavra serve a informar o convencimento do julgador (*RT* 616/286-287).

Ademais, não se podem desprezar as informações extrajudiciais prestadas pelo adolescente L.R.R.M., na presença da Conselheira Tutelar:

> [...] que pensou em comprar um pouco de maconha 'uma de cinco' para levar para fumar na roça; que na praça do santuário encontrou com várias pessoas as quais percebeu que entendiam de drogas e perguntando a uma destas pessoas esta lhe informou que o informante poderia adquirir a mesma através do telefone xxx e era para falar com o Estevão; [...] que ligou por volta de 13h e rapidamente recebeu a encomenda [...]; que quem fez a entrega foi a pessoa que se encontra presa nesta unidade policial e que estava numa motocicleta YBR de cor vermelha [...] (f. 46).

No caso, não resta dúvida de que o acusado trazia consigo a droga com destinação mercantil; pelo que deve ser mantida a condenação.

Todavia, há que se fazer um ajuste na pena aplicada.

Tratando-se o réu de indivíduo primário e de bons antecedentes, não há razão para fixar a pena-base em *quantum* superior ao mínimo legal, principalmente porque o legislador já considerou as circunstâncias, os motivos e as conseqüências do crime, para fixação de tão altas penas, que em nada beneficiam a sociedade.

Fixa-se, assim, a pena-base no mínimo legal (5 anos de reclusão e 500 dias-multa), a qual se acresce de um sexto pela causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei 11.343/06, reduzindo-a, ainda, de dois terços pela incidência da causa de diminuição contida no § 4° do art. 33 da mesma lei - pena final concretizada em 01 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 194 dias-multa.

Por outro lado, não há como se acolher o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo em vista a vedação expressa constante da nova Lei de Drogas.

Por fim, no que concerne ao pedido de restituição dos bens apreendidos (motocicleta e aparelho celular), crê-se que razão assiste ao recorrente.

Não restando demonstrado que os bens foram adquiridos com os frutos do tráfico ou de que o réu, costumeiramente, os usava para realizar o transporte ou a venda de drogas, devem os mesmos ser devolvidos, visto que, para evitarem-se abusos, a lei, nessa parte, deve ser interpretada restritivamente.

> O art. 34 da Lei 6.368/76 deu excessiva amplitude ao texto legal - art. 74 do CP (atual art. 91) - e exige interpretação restritiva. Para que ocorra o confisco, é necessário que fique provado que os veículos eram 'especialmente' utilizados para o transporte de tóxico (TJRJ - AC 8.664 - Rel. Barros Franco).
>
> Confisco de veículo. - Só é cabível quando o veículo for direta ou indiretamente colocado como instrumento do crime, e não quando ocasionalmente esteja ligado à conduta incriminada (TJRS - AC 27.292 - Rel. João Ricardo Vinhas).

Pelo exposto, dá-se parcial provimento ao apelo para reduzir a reprimenda para 01 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, e 194 dias-multa e determinar a restituição da motocicleta e celular apreendidos.

Custas, como de lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL e PAULO CÉZAR DIAS.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...

Tráfico de entorpecentes - Crime organizado - Interceptação telefônica - Legalidade - Prisão em flagrante - Policial - Testemunha - Valoração da prova - Condenação - Associação (Lei de Tóxicos) - Co-réu - *In dubio pro reo* - Aplicabilidade

Ementa: Tráfico. Interceptação telefônica. Não deferida por decisão fundamentada de autoridade competente. Nulidade. Não-ocorrência. Apreensão de grande quantidade de droga. Associação para o tráfico. Prova insuficiente acerca da autoria. Aplicação do princípio *in dubio pro reo*. Recurso do Ministério Público não provido.

- A interceptação telefônica é, atualmente, um dos principais instrumentos de colheita de provas contra o crime organizado, principalmente em se tratando de tráfico de drogas. No presente caso, a interceptação das comunicações telefônicas que embasaram a presente ação não contém qualquer vício capaz de maculá-la, pois foi realizada com a mais estrita observância das normas legais pertinentes.

- Sabe-se que, em se tratando de tráfico de drogas, os depoimentos de policiais que realizaram as diligências para a prisão em flagrante do réu merecem credibilidade como qualquer outro, notadamente se corroborados pelas demais provas dos autos. A prova da traficância não se faz apenas de maneira direta, mas também por

indícios e presunções, que devem ser analisados sem nenhum preconceito, como todo e qualquer elemento de convicção.

- Apenas deverá ocorrer um decreto condenatório diante de um juízo de certeza. Assim, se a prova dos autos não gera a convicção de que a um dos acusados realmente fazia parte da organização criminosa, impõe-se a manutenção de sua absolvição pelo princípio *in dubio pro reo*.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0470.06.032948-4/001 - Comarca de Paracatu - Apelantes: 1º) Maria do Carmo Ribeiro da Silva, 2º) Ronie Jesus da Silva, 3º) Ministério Público do Estado Minas de Gerais, 4º) Íris Ribeiro da Silva, 5º) Kátia Ribeiro da Silva - Apelados: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Thiago Rodrigues Borges - Relator: Des. PAULO CÉZAR DIAS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR. DAR PROVIMENTO PARCIAL AOS RECURSOS DE MARIA DO CARMO RIBEIRO DA SILVA E ÍRIS RIBEIRO DA SILVA E NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS DE RONIE JESUS DA SILVA, KÁTIA RIBEIRO DA SILVA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Belo Horizonte, 12 de fevereiro de 2008. - *Paulo Cézar Dias* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pela apelante Kátia Ribeiro da Silva, o Dr. Nicolau Achcar S. Júnior.

DES. PAULO CÉZAR DIAS - O Ministério Público ofereceu denúncia contra Gilson Ribeiro da Silva, Kátia Ribeiro da Silva, Maria do Carmo Ribeiro da Silva, Íris Ribeiro da Silva, Thiago Rodrigues Borges, Ronie Jesus da Silva, Edson Aquino de Oliveira, Paulo Alexandre Silva e Ramão Bernardo Maciel como incursos nas sanções dos arts. 12 e 14 c/c art. 18, inciso IV, todos da Lei 6.368/76, e contra Carlos Alves do Espírito Santo como incursos nas sanções dos arts. 12 e 14 c/c art. 18, inciso IV, todos da Lei 6.368/76 e art. 14 da Lei 10.826/03.

O processo foi desmembrado em relação aos co-réus Gilson Ribeiro da Silva e Ramão Bernardo Maciel.

Após o devido processo legal, o Magistrado *a quo*, julgando parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal:

* absolveu o co-réu Thiago Rodrigues Borges nos termos do art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal;

* considerou o réu Carlos Alves do Espírito Santo incurso nos arts. 12 e 14 da Lei 6.368/76 e art. 14 da Lei 10.826/03, condenando-o, em concurso material, a 8 (oito) anos de reclusão, mais 120 (cento e vinte) dias-multa. Fixou o regime integralmente fechado para o crime de tráfico e semi-aberto para os crimes de associação para o tráfico e porte ilegal de arma de fogo de uso permitido;

* considerou a ré Kátia Ribeiro da Silva incursa nos arts. 12 e 14 da Lei 6.368/76, condenando-a, em concurso material, a 6 (seis) anos de reclusão, mais 100 (cem) dias-multa. Fixou o regime integralmente fechado para o crime de tráfico e semi-aberto para o crime de associação para o tráfico;

* considerou a ré Maria do Carmo Ribeiro da Silva incursa nos arts. 12 e 14 da Lei 6.368/76, condenando-a, em concurso material, a 6 (seis) anos de reclusão, mais 100 (cem) dias-multa. Fixou o regime integralmente fechado para o crime de tráfico e aberto para o crime de associação para o tráfico;

* considerou a ré Íris Ribeiro da Silva incursa nos arts. 12 e 14 da Lei 6.368/76, condenando-a, em concurso material, a 6 (seis) anos de reclusão, mais 100 (cem) dias-multa. Fixou o regime integralmente fechado para o crime de tráfico e aberto para o crime de associação para o tráfico;

* considerou o réu Edson Aquino de Oliveira incurso nos arts. 12 e 14 da Lei 6.368/76, condenando-o, em concurso material, a 6 (seis) anos de reclusão, mais 100 (cem) dias-multa. Fixou o regime integralmente fechado para o crime de tráfico e aberto para o crime de associação para o tráfico;

* considerou o réu Ronie Jesus da Silva incurso nos arts. 12 e 14 da Lei 6.368/76, condenando-o, em concurso material, a 6 (seis) anos de reclusão, mais 100 (cem) dias-multa. Fixou o regime integralmente fechado para o crime de tráfico e aberto para o crime de associação para o tráfico;

* considerou o réu Paulo Alexandre Silva incurso nos arts. 12 e 14 da Lei 6.368/76, condenando-o, em concurso material, a 6 (seis) anos de reclusão, mais 100 (cem) dias-multa. Fixou o regime integralmente fechado para o crime de tráfico e aberto para o crime de associação para o tráfico.

Inconformado, o co-réu Ronie Jesus da Silva apresentou recurso de apelação às f. 937/942, requerendo sua absolvição pelo crime de tráfico e, alternativamente, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A co-ré Kátia Ribeiro da Silva, em suas razões de f. 951/954, pugna por sua absolvição e pela restituição da fazenda que era utilizada para o preparo da droga.

Às f. 961/1006, a co-ré Maria do Carmo Ribeiro da Silva requer sua absolvição pelos crimes de tráfico e associação para o tráfico, comentando, parágrafo por

parágrafo, a decisão guerreada. Alternativamente, requer a progressão de regime de cumprimento de pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A condenada Íris Ribeiro da Silva apresentou recurso de apelação pugnando, preliminarmente, pela nulidade do processo a partir da interceptação telefônica, uma vez que essa não foi deferida por decisão fundamentada de autoridade competente. No mérito, requer sua absolvição, sustenta a impossibilidade de se aplicar o concurso material ao caso, pugna pela concessão da progressão de regime de cumprimento de pena e pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Os co-réus Carlos Alves do Espírito Santo (f. 925), Edson Aquino de Oliveira (f. 927) e Paulo Alexandre Silva (f. 929), apesar de pessoalmente intimados da sentença penal condenatória, não apresentaram recurso.

O Ministério Público apresentou recurso de apelação às f. 1.009/1.020, requerendo a condenação do co-réu Thiago Rodrigues Borges nos termos da denúncia. Pugna, ainda, pelo aumento da pena-base aplicada aos condenados.

O representante do *Parquet* apresentou contra-razões aos recursos interpostos pelos denunciados às f. 1.023/1.044.

Contra-razões do acusado Thiago Rodrigues Borges às f. 1.059/1.060.

Os demais denunciados não apresentaram contra-razões em face do recurso apresentado pelo Ministério Público.

A Procuradoria de Justiça, às f. 1.163/1.180 e 1.182/1.186, opinou pelo não-provimento do recurso interposto pelo Ministério Público e pelo parcial provimento do recurso dos condenados, unicamente para permitir a progressão de regime de cumprimento de pena.

Conheço dos recursos, visto que presentes os requisitos legais de sua admissibilidade.

Inicialmente, analiso a preliminar suscitada pela quarta apelante.

Alega a co-ré Íris Ribeiro da Silva que a interceptação telefônica, prova essencial no processo e que teve grande influência no convencimento do Magistrado sentenciante, não foi deferida por decisão fundamentada de autoridade competente, o que infringe, frontalmente, as disposições constantes da Lei 9.296/96.

Em que pesem as afirmações feitas pela quarta apelante, verifica-se que toda a operação realizada pela Polícia Federal, inclusive o procedimento de colheita de provas através da interceptação telefônica, foi pautada por extrema lisura, competência e respeito aos preceitos legais norteadores do processo penal.

Os crimes praticados por associações criminosas geram um grau de perturbação acentuado e diferenciado da criminalidade comum. Essa estrutura complexa e articulada traz dificuldades na obtenção da prova, o que leva os órgãos de investigação a necessitarem de determinados instrumentos mais ágeis, embora muitas vezes limitadores de direitos, em detrimento de outros mais convencionais, cuja eficiência fica muito aquém do exigido.

Diante desse contexto é que o legislador brasileiro, apesar das inúmeras contradições e eventuais incoerências técnicas, mas sensível à situação anunciada, criou o instituto da interceptação telefônica, que, atualmente, é um dos principais instrumentos de colheita de provas contra o crime organizado, principalmente em relação ao tráfico de drogas.

É claro que a interceptação telefônica se configura numa maior restrição às liberdades individuais, mas é plenamente justificada pela imperatividade de se tutelar o interesse coletivo e pela necessidade de uma resposta estatal mais enérgica e proporcional à gravidade da situação apresentada.

O que se vê no presente caso é que, sob todos os ângulos que se analisa o procedimento adotado para a interceptação das comunicações telefônicas que embasaram a presente ação e a decisão condenatória, não se vislumbra qualquer vício que tenha o condão de maculá-la, pois ela foi realizada com a mais estrita observância das normas legais pertinentes.

Seguindo rigorosamente as normas dos arts. 2º, parágrafo único, 3º, inciso I, e 4º, todos da Lei 9.296/96, a autoridade policial requereu, de forma fundamentada, clara e precisa, a quebra do sigilo telefônico dos números mencionados no requerimento.

Da mesma forma, ao contrário do que entende a quarta apelante, a autoridade competente para o ato em questão, o Dr. Rodrigo Antunes Lage, deferiu a interceptação às f. 213/215, 224/227, 239 e 250/254. Verifica-se que os mandados não possuem qualquer ilegalidade, pelo contrário, são extremamente específicos quanto aos números dos telefones objetos da escuta, tempo para sua realização, limites e deveres inerentes à operação.

Ao contrário do alegado, os despachos demonstram, *quantum satis*, a necessidade da concessão da medida, informando o Magistrado a existência de razoáveis indícios da autoria delitiva e a imprescindibilidade da realização da diligência para o esclarecimento dos fatos, pois, até aquele momento, não havia outros meios para obter provas mais concludentes acerca do delito.

Também não há que se falar em excesso de prazo na quebra do sigilo telefônico, uma vez que essa foi prorrogada pela autoridade judiciária competente de forma fundamentada, todas as vezes que a autoridade policial requereu e demonstrou a indispensabilidade do meio de prova em questão.

Além de a lei não restringir a quantidade de renovações da medida, segundo a jurisprudência dominante, a prorrogação do prazo para a escuta telefônica é possível sempre que comprovada a sua necessidade.

Assim, entendo que legítimo foi o motivo que justificou a produção da prova e livre de qualquer vício foi o procedimento realizado, uma vez que seguiu, rigorosamente, os ditames da Lei 9.296/96.

Dessa forma, não havendo nenhum constrangimento ilegal ou qualquer irregularidade na prova produzida, rejeito a preliminar e passo, agora, ao exame do mérito.

Narram os autos que os denunciados, em associação e sob o comando dos co-réus Gilson Ribeiro da Silva e Ramão Bernardo Maciel, já presos na penitenciária Odeni Barbosa Guimarães - Cepaigo - Goiânia/GO, realizavam o crime de tráfico de drogas na região noroeste de Minas.

De acordo com as provas produzidas nos autos, a estrutura criminosa era comandada, de dentro da penitenciária, pelos denunciados Gilson e Ramão, sendo que as co-rés Maria do Carmo, Kátia e Íris (irmãs do co-réu Gilson) e o co-réu Thiago (sobrinho do co-réu Gilson), na cidade da Paracatu, recebiam, separavam, pesavam e distribuíam a droga.

Para tanto, os mencionados co-réus utilizavam, como "quartel general", uma chácara de propriedade do acusado Gilson, denominada Fazenda Ponte Queimada, e da residência da denunciada Maria do Carmo e do denunciado Thiago. De acordo com os autos, a co-ré Maria do Carmo ainda estendia o comércio ilícito de drogas para dentro da cadeia pública local, com o auxílio de internos que lá distribuíam a substância entorpecente.

O denunciado Ronie Jesus da Silva aparece como o principal parceiro dos co-réus Gilson e Ramão, atuando como forte distribuidor de drogas na cidade de Unaí/MG.

Já os acusados Carlos Alves do Espírito Santo, Edson Aquino de Oliveira e Paulo Alexandre Silva eram os responsáveis pelo transporte da droga do Estado de Mato Grosso do Sul para a cidade mineira da Paracatu, onde era entregue às irmãs do co-réu Gilson e ao comparsa Ronie, para distribuição.

Narra a denúncia que, no dia 3 de outubro de 2006, foram presos em flagrante os co-réus Carlos Alves do Espírito Santo, Edson Aquino de Oliveira e Paulo Alexandre Silva, quando realizavam a entrega de 115,250 kg (cento e quinze quilos e duzentos e cinqüenta gramas) de maconha na residência da acusada Maria do Carmo Ribeiro da Silva, irmã do co-réu Gilson. Foram presos, também, na mesma ocasião, os acusados Ronie Jesus da Silva e Kátia Ribeiro da Silva.

Analiso os recursos de cada apelante separadamente, na ordem em que foram apresentados.

A materialidade delitiva restou absolutamente comprovada pelo auto de prisão em flagrante de f. 08/22, pelo de constatação preliminar de f. 23 e pelo laudo de constatação definitivo de f. 139, que comprovou que a substância entorpecente apreendida se tratava de 115,250 kg (cento e quinze quilos e duzentos e cinqüenta gramas) de maconha, distribuídos em 112 tabletes.

Pugna o apelante Ronie Jesus da Silva por sua absolvição, sob o argumento de que não há provas seguras de seu envolvimento com o tráfico de drogas. Alega que, na verdade, apenas estava no lugar errado na hora errada.

Ora, de acordo com os diálogos transcritos às f. 286, 290, 302, 310, 329, 370 e 389, fica evidente o envolvimento do denunciado Ronie com a organização criminosa de que tratam esses autos.

Apesar de em seu interrogatório (f. 639/641) o co-réu Ronie negar o envolvimento criminoso com o acusado Gilson, das transcrições de f. 290, verifica-se que ele mantinha contato direto com o líder da organização, acertando a compra de drogas e seu pagamento.

O co-réu Ronie era o principal comprador da droga negociada pelo denunciado Gilson e sua organização, vindo aquele a distribuir a droga na cidade de Unaí/MG. Há nos autos inúmeros comprovantes de depósito, de altíssimo valor, diga-se de passagem, feitos pelo co-réu Ronie na conta da co-ré Kátia, o que sustenta, ainda mais, a tese de que ele era um forte parceiro na compra e distribuição da droga.

Ressalta-se, ainda, que, na tentativa de justificar os altos depósitos realizados, os acusados Ronie e Kátia apresentaram versões completamente contraditórias, alegando ele que comprou vacas que foram buscadas por açougueiros (f. 639/640) e ela que vendeu bezerros que foram buscados pelo próprio Ronie em um caminhão (f. 646).

Ainda às f. 389 e 401, Ronie combina a forma e o horário de envio da droga.

Os depoimentos dos policiais Antônio Nunes Dourado Neto (f. 658/660) e Gustavo Fonseca da Cunha (f. 661/663) são firmes e coerentes ao afirmar que as co-rés Maria do Carmo, Kátia e Íris iriam intermediar a partilha da droga para o denunciado Ronie. Afirmam que, no dia da apreensão da droga, eles esperaram a chegada de Ronie e, quando este chegou na companhia da co-ré Maria do Carmo, realizaram a abordagem.

Sabe-se que os depoimentos dos policiais que realizaram as diligências para a prisão em flagrante dos réus, se corroborados por outros elementos de prova contidos nos autos, merecem credibilidade como qualquer outro.

Diante do vasto contexto probatório existente nos autos, não é possível acatar a tese defendida pelo acusado Ronie de que apenas estava no lugar errado, na hora errada. Entendo que sua autoria pelos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico restaram absolutamente comprovadas, não importando que nenhuma droga tenha sido encontrada diretamente em seu poder.

Sendo o tráfico de entorpecente uma atividade essencialmente clandestina, não se torna indispensável a prova flagrancial do comércio ilícito para a caracterização

do delito. Bastam a materialidade delitiva e os elementos indiciários que demonstrem a conduta delituosa do acusado.

A apelante Kátia Ribeiro da Silva, em seu recurso de apelação, pugna por sua absolvição sob o fundamento que apenas realizava as cobranças para seu irmão, porque se sentia coagida por suas ligações. Alega, ainda, que não foi presa em flagrante e que nada incriminador foi encontrado em seu poder.

Conforme já dito, os comprovantes de depósito feitos pelo denunciado Ronie na conta da co-ré Kátia demonstram sua participação fundamental na organização criminosa. Seus depoimentos, contraditórios aos prestados pelo acusado Ronie, confirmam ainda mais o seu envolvimento com o comércio ilícito de drogas.

Às f. 286, 302, 420 e 421, os diálogos transcritos comprovam o envolvimento de Kátia com o denunciado Ronie, demonstrando que ela, além de ser a responsável pela intermediação da droga, servia de contato entre aquele e seu irmão Gilson.

As transcrições das conversas telefônicas de f. 272/275 e 277 não deixam dúvidas do forte envolvimento de Kátia com seus irmãos Gilson e Maria do Carmo, na negociação, compra e venda da droga e seu pagamento.

A própria irmã da denunciada Kátia, a co-ré Íris, afirma, à f. 653, que seu irmão Gilson ligou para ela pedindo para que pesasse uma mercadoria, porque ele não confiava mais em Kátia.

Os policiais Antônio Nunes Dourado Neto (f. 658/660), Gustavo Fonseca da Cunha (f. 661/663) e Antônio Marques Gonçalves de Oliveira (f. 669/671) confirmam a participação da co-ré Kátia, afirmando que ela era uma das pessoas que iria intermediar a droga para o co-réu Ronie. Afirmam que, no dia da prisão dos acusados, a denunciada Kátia chegou na companhia do co-réu Ronie em um veículo Marajó.

Assim, verifica-se que participação de Kátia Ribeiro da Silva na organização criminosa que comercializava droga por todo o Noroeste do Estado de Minas é inegável, não havendo que se falar em coação moral irresistível realizada por parte de seu irmão, uma vez que não há nos autos uma prova sequer capaz de comprovar essas alegações.

Não pode prosperar, ainda, o pedido de restituição, feito pela denunciada Kátia, da Fazenda Ponte Queimada, localizada na BR-040, a 7 km da cidade de Paracatu, sentido Belo Horizonte, que era utilizada pela organização criminosa para a pesagem, separação, acondicionamento e distribuição da droga.

Alega a apelante que a referida fazenda foi adquirida por sua mãe e a ela pertence. Entretanto, apesar de as terras realmente estarem em nome da Sr.ª Maria Aparecida Araújo Silva, ficou comprovado que na sede das citadas terras foram apreendidos 5 (cinco) cadernos de contabilidade, contendo valores, datas e nomes e, ainda, uma balança, reforçando, assim, a suspeita de que o local realmente era utilizado para a preparação e distribuição da droga.

Conforme dispõe o art. 118 do CPP, antes de transitar em julgado a sentença final, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo.

É o que ocorre na espécie, já que o processo criminal que apura a prática do crime de tráfico e associação para o tráfico praticado pelos denunciados se encontra em tramitação perante este eg. Tribunal, e, *in casu*, verifica-se que a fazenda declarada perdida pelo Magistrado de 1ª instância é de extremo interesse para as investigações.

Ao comentar o art. 118 do Código de Processo Penal, doutrina Júlio Fabbrini Mirabete que

> (...) Com a apreensão se procura, inclusive, permitir ao juiz que conheça todos os elementos materiais para a elucidação do crime, razão por que devem acompanhar os autos do inquérito (art. 11), e, enquanto interessarem ao processo, permanecer em juízo. Ao juiz cabe dizer se elas interessam ou não ao processo. Após o trânsito em julgado da sentença devem ser devolvidas ao interessado, se não forem objeto de confisco, por não serem mais úteis ao processo (*Código de Processo Penal interpretado*. 11. ed. Editora Atlas, 2003).

No mesmo sentido:

> Incumbe ao juiz, como é sabido, conduzir o processo, provendo a sua regularidade, conforme dispõe o art. 251 do CPP, competindo-lhe, portanto, decidir sobre a oportunidade e conveniência da restituição das coisas apreendidas, antes do trânsito em julgado da decisão terminativa do feito, a que se refere o art.118 do referido diploma (*RT* 683/320).

Portanto, como até então a fazenda apreendida ainda interessa ao processo, inviável se torna, por ora, a pretendida restituição, devendo o seu perdimento em favor da União ser mantido.

A co-ré Maria do Carmo Ribeiro da Silva requer sua absolvição por falta de provas, a possibilidade de progressão de regime de cumprimento de pena, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e o direito de recorrer em liberdade. Em suas razões de apelação, contesta, parágrafo por parágrafo, a sentença guerreada.

No entanto, ao contrário do que diz a primeira apelante, há nos autos vasto contexto probatório capaz de sustentar sua condenação pelos crimes de tráfico e associação para o tráfico.

Mais uma vez, das transcrições das conversas telefônicas, fica evidente a participação essencial da co-ré Maria do Carmo no funcionamento da organização criminosa. Às f. 272 e 300, pode-se verificar que ela intermediava os negócios ilícitos do grupo e, inclusive, fazia a cobrança do pagamento pela venda da droga.

Às f. 406, o co-réu Gilson orienta o co-réu Carlos Alves para se dirigir à residência da co-ré Maria

do Carmo, a qual já estava ciente e esperava a entrega da droga.

Como se não bastasse, os depoimentos dos policiais responsáveis pela operação são todos no sentido de que seria a co-ré Maria do Carmo, juntamente com as co-rés Kátia e Íris, as responsáveis pelo recebimento da droga e repasse ao acusado Ronie.

Assim, em que pese o inconformismo da primeira apelante, entendo que andou bem o Magistrado de 1ª instância em condená-la pelos crimes de tráfico e associação para o tráfico, uma vez que provas não faltam a embasar um decreto condenatório contra sua pessoa.

Quanto ao seu pedido de recorrer em liberdade, entendo que esse não merece ser acolhido, pois a Súmula Criminal nº 7 desse egrégio Tribunal de Justiça determina que o réu que se encontrava preso ao tempo da sentença condenatória deve, de regra, permanecer preso, salvo se a liberdade provisória (art. 594 do CPP) for devidamente justificada.

No caso ora examinado, verifica-se que a primeira recorrente foi presa em flagrante e assim permaneceu até a data da prolação da sentença, sendo-lhe negado o direito de recorrer em liberdade, motivo pelo qual, agora, deve permanecer recolhida até o julgamento desse recurso.

A apelante Íris Ribeiro da Silva requer sua absolvição sob o fundamento de que nenhuma das condutas perpetradas por ela se subsume aos verbos núcleos do tipo previstos no art. 12 da Lei 6.368/76. Afirma que as ações de contratar advogado, depositar dinheiro em conta corrente e planejar entrega ou recebimento de substâncias entorpecentes não estão previstas no referido dispositivo legal e que, por isso, são atípicas.

Ora, ao fazer tal afirmação, a apelante equivoca-se por duas razões: primeiro, porque, ao dizer que a conduta planejar a entrega ou o recebimento da substância entorpecente não é crime, de certa forma, confessa seu envolvimento na organização. Segundo, porque, apesar de o tipo legal previsto no art. 12, *caput,* da Lei 6.368/76 não prever, de fato, as condutas narradas por ela, o mesmo art. 12, § 2º, inciso III prevê a conduta contribuir de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso indevido ou o tráfico ilícito de substâncias entorpecente, cominando a mesma pena do *caput*.

Pois bem, no presente caso, ocorreu a *emendatio libelli*, podendo ser reconhecida em qualquer grau de jurisdição, não causando prejuízo à parte, uma vez que esta se defende do fato narrado, e não da capitulação feita na peça inicial.

Uma vez narrado o fato na denúncia ou queixa, a conseqüência jurídica que dele extrai o seu autor, Ministério Público ou querelante, não vincula, nem poderia vincular, o juiz da causa. Narra-me o fato que te darei o direito, como dizia o antigo brocardo latino. Obviamente, a pena a ser aplicada não resulta da escolha do autor da ação, mas de imposição legal (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 3. ed. Editora Del-Rey, p. 610).

A participação da recorrente Íris nos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico ainda é confirmada pelos depoimentos dos policiais que realizaram a operação, ao confirmarem que ela era uma das pessoas que iria intermediar a partilha da droga para o coréu Ronie.

As conversas interceptadas e transcritas também deixam claro o envolvimento da quarta apelante com a organização criminosa, principalmente os diálogos de nº 120 e 153, não havendo que se falar em ausência de provas de sua autoria.

Da mesma forma, não pode ser acatada a tese de falta de materialidade sustentada pela quarta recorrente, pois, conforme já citado neste voto, sendo o tráfico de drogas uma atividade clandestina, não se torna indispensável a prova flagrancial do comércio ilícito para a caracterização do delito. O fato de a apelante não estar portando droga no momento de sua prisão não descaracteriza o crime.

Sustenta, ainda, a apelante, a impossibilidade de se aplicar o concurso material entre os crimes de tráfico e associação para o tráfico. Defende que o mais adequado seria a aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 18, inciso III, da Lei 6.368/76.

Ora, razão não assiste à quarta apelante, pois é cediço que a incursão nos arts. 12 e 14 da Lei 6.368/76, por se tratar de delitos autônomos, deve ser imposta na forma de concurso material, nos termos do art. 69 do Código Penal.

Nesse sentido, é a jurisprudência:

> Processual penal. *Habeas corpus*. Desclassificação de conduta. Incursão fático-probatória não condizente com a angusta via. Tráfico de entorpecente e associação. Concurso material. Possibilidade. Pena. Dosimetria. Nulidade. Inexistência. - 1 - Realizar desclassificação de condutas, especialmente daquela prevista no art. 14 da Lei 6.368/76 para a do art. 18, III, do mesmo diploma legal, é intento não condizente com o angusto veio de conhecimento do *writ*, porque demanda incursão fático-probatória. - 2 - Como se não bastasse, nos termos da jurisprudência desta Corte, os delitos de tráfico ilícito de entorpecentes (art. 12 da Lei 6.368/76) e de associação (art. 14 da referida lei) são considerados autônomos, puníveis, portanto, na forma de concurso material. - 3 - Obedecidos os ditames dos arts. 59 e 68, ambos do CP, não há falar em nulidade pelo fato de a sentença ter englobado, em uma mesma fundamentação, dois delitos, com vistas à soma decorrente de concurso material. - 4 - Ordem denegada (*HC* 23027/RJ - Relator: Min. Fernando Gonçalves - Órgão Julgador: Sexta Turma - pub. no *DJU* de 04.11.2002, p. 269.)

Diante de tudo o que foi exposto, a meu ver, os crimes de tráfico de drogas e organização para o tráfico restaram absolutamente comprovados nos autos em relação aos acusados Maria do Carmo Ribeiro da Silva,

Ronie Jesus da Silva, Íris Ribeiro da Silva e Kátia Ribeiro da Silva, devendo suas condenações por esses crimes ser mantidas.

Já o representante do Ministério Público requer, em suas razões de apelação, a condenação do acusado Thiago Rodrigues Borges nos termos da denúncia e o aumento da pena-base fixada para os condenados.

Apesar do inconformismo do representante do *Parquet*, ambas as suas pretensões não merecem ser acolhidas.

Em relação ao denunciado Thiago, após uma análise cuidadosa dos autos, verifico que, de fato, não há nos autos um contexto probatório forte o suficiente para comprovar o seu envolvimento com a organização criminosa chefiada por seu tio, o co-réu Gilson Ribeiro da Silva.

Inicialmente, verifica-se que Thiago, em seu interrogatório de f. 655/657, nega, veementemente, o envolvimento com a organização criminosa. Nega que tenha realizado cobranças para Gilson e que conheça o co-réu Ronie. Confessa que até atendeu a um indivíduo de nome Marcin, mas que sua genitora, a co-ré Maria do Carmo, logo tomou o telefone e assumiu a conversa.

Nenhum dos policiais responsáveis pela operação cita o acusado Thiago como sendo uma das pessoas que iriam receber e intermediar a droga para o co-réu Ronie.

No entanto, o mais importante é que nenhuma das conversas telefônicas interceptadas e transcritas faz prova contra o acusado Thiago. Nenhuma delas apresenta conteúdo que possa, com certeza, incriminá-lo.

Sabe-se que no processo criminal vigora o princípio segundo o qual, para alicerçar um decreto condenatório, a prova deve ser clara, positiva e indiscutível, não bastando a alta probabilidade acerca do delito e de sua autoria. Persistindo a dúvida, mínima que seja, impõe-se a absolvição pelo princípio do *in dubio pro reo*, pois a inocência é presumida até que se demonstre o contrário.

Portanto, por entender que as provas acerca da autoria do denunciado Thiago Rodrigues Borges são frágeis para embasar um decreto condenatório, a pretensão recursal do Ministério Público não deve ser acolhida.

Da mesma forma, entendo que a pena-base fixada aos condenados pelo Magistrado sentenciante não merece qualquer reparo, uma vez que ele, quando de sua aplicação, analisou, uma a uma e de forma cuidadosa, todas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. Entendo que a fixação das penas-base aos condenados se deu de forma adequada, permitindo-se, assim, a reprovação e a prevenção do delito, além de garantir a ressocialização dos apenados.

Quanto à substituição de pena prevista no art. 44 do Código Penal requerida pelos apelantes, deixo de aplicá-la, pois, apesar de entender ser possível a substituição em crime de tráfico de drogas, uma vez que cometido sem violência física ou grave ameaça, observo que, no presente caso, ela não é indicada aos réus, devido a suas altas culpabilidades e por entender não ser ela suficiente para a reprovação e prevenção do delito nem para a recuperação dos acusados.

Já em relação ao regime integralmente fechado aplicado pelo Juiz de 1ª instância aos condenados pelo crime de tráfico, entendo que esse não pode prevalecer.

É que tenho manifestado, em todos os julgamentos, a impossibilidade de aplicação do regime integralmente fechado de cumprimento de pena, não obstante a hediondez do crime praticado.

O cumprimento da pena em regime fechado, sem possibilidade de progressão, conduz à antiga concepção da sanção como finalidade unicamente repressiva, com caráter exclusivamente expiatório e retributivo, castigo típico dos sistemas ditatoriais, inadmissível a qualquer Estado de Direito.

A moderna concepção de função socializadora da pena consiste em oferecer ao delinqüente o máximo de condições favoráveis ao prosseguimento de uma vida sem praticar crimes, sendo certo que a progressão constitui importante estímulo à ressocialização, o que não ocorrerá se a pena tiver de ser cumprida em regime integralmente fechado.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, no julgamento do *Habeas Corpus* 82.959, declarou a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90 e decidiu pela possibilidade da progressão de regime para os crimes hediondos e equiparados.

O Pretório Excelso limitou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, deixando claro que a decisão somente não produz efeito jurídico em relação às penas já extintas naquela data, representando, quanto aos demais casos, o afastamento do óbice apresentado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão.

Esta eg. Câmara, no exercício do controle difuso de constitucionalidade, há muito entende que a progressividade no regime de cumprimento de pena, ainda que se trate dos denominados crimes hediondos, não conflita com a Constituição Federal.

Embora a decisão do Supremo não tenha efeito vinculante, no entanto, não há razão para dela divergir.

Ademais, com o advento da Lei 11.464/07, a expressão "integralmente", contida no § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, foi substituída pela expressão "inicialmente", permitindo-se, assim, a progressão de regime de cumprimento de pena para os crimes hediondos.

De fato, por se tratar de *novatio legis in melius*, a regra disposta no § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, com redação dada pela Lei 11.464/07, possui aplicação imediata, abrangendo, inclusive, os fatos ocorridos antes de sua vigência, em respeito às normas contidas nos arts. 5º, XL, da Constituição da República e 2º do Código Penal.

Isso posto, rejeito a preliminar, nego provimento aos recursos do segundo, terceiro e quinto apelantes e dou parcial provimento aos recursos da primeira e quarta apelantes para, unicamente, permitir a progressão de regime de cumprimento de pena. Estendo a força do julgado aos demais condenados para permitir que o regime inicial de cumprimento de pena para o crime de tráfico de drogas seja o fechado. Mantenho, no mais, a sentença recorrida.

Custas, na forma da lei.

DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS - De acordo.

DES. SÉRGIO RESENDE - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR. DERAM PROVIMENTO PARCIAL AOS RECURSOS DE MARIA DO CARMO RIBEIRO DA SILVA E ÍRIS RIBEIRO DA SILVA E NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS DE RONIE JESUS DA SILVA, KÁTIA RIBEIRO DA SILVA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

...

Tráfico de entorpecentes - Concurso de pessoas - União estável - Companheiro - Inexigibilidade de conduta diversa - Excludente de culpabilidade - Co-autoria inexistente - Art. 206 do Código de Processo Penal - Aplicação analógica - Associação para o tráfico de entorpecentes - Absolvição de co-réu - Ausência de elemento constitutivo - Crime não caracterizado - Materialidade - Autoria - Valoração da prova - Condenação - Circunstâncias judiciais - Culpabilidade - Fixação da pena - Critério - Crime hediondo - Pena restritiva de direitos - Prestação de serviços à comunidade - Prestação pecuniária - Possibilidade

Ementa: Penal. Tráfico de entorpecentes. Consentir na utilização de local de que tem posse para o tráfico. Art. 12, § 2°, II, da Lei n° 6.368/76. União estável. Ausência de prova do envolvimento do réu, amásio do agente acusado, com o tráfico de drogas. Inexigibilidade de conduta diversa. Absolvição. Recurso provido. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida. Delito de associação para o tráfico. Absolvição. Necessidade. Dosimetria da pena. Redução da pena. Substituição. Possibilidade. Recurso a que se dá parcial provimento.

- A interpretação analógica do disposto no art. 206 do CPP, que dispensa um cônjuge do dever de testemunhar contra o outro, ainda que estejam separados, permite concluir que o réu amásio da co-ré não tinha o dever de denunciar ou de impedir a realização da conduta ilícita desta, uma vez que a finalidade encerrada no dispositivo é a da preservação da paz e da harmonia da família, levando-se em consideração os laços afetivos ou de consangüinidade que prendem a testemunha ao acusado, hipótese em que a inexigibilidade de conduta diversa exsurge como causa supralegal de exculpação - excludente de culpabilidade - e constitui verdadeiro princípio de direito penal, razão da absolvição, na forma do art. 386, V, do CPP.

- A confissão do réu, aliada à quantidade da droga, sua forma de acondicionamento e à quantia em dinheiro apreendidas em sua residência constitui um conjunto probatório coeso, capaz de fundamentar o édito condenatório por delito de tráfico de drogas.

- Se o réu denunciado como associado de co-réu foi absolvido, desaparece o delito de associação para o tráfico, devendo este ser absolvido dessa imputação na forma do art. 386, VI, do CPP.

- Quando uma das circunstâncias do art. 59 do CP se revela desfavorável ao réu (culpabilidade), mas não de forma grave, a pena-base deve ser fixada apenas um pouco acima do mínimo.

- O benefício previsto no art. 44 do CP não é vedado aos apenados por crimes hediondos ou a eles equiparados, seja por não existir tal vedação nas disposições do referido artigo e seus incisos e parágrafos; seja por não existir na Lei 8.072/1990, mormente após a alteração do art. 2° desta lei pela Lei n° 11.464/07, de modo que, preenchendo o condenado por tráfico os requisitos do art. 44 do CP, impõe-se a substituição da pena corporal por duas restritivas de direitos.

Recurso parcialmente provido.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0525.06.093339-3/001 - Comarca de Pouso Alegre - Apelantes: Ilza Cardoso, Adilson Pereira de Oliveira - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. HÉLCIO VALENTIM

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 29 de janeiro de 2008. - *Hélcio Valentim* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. HÉLCIO VALENTIM - Cuida-se de ação penal pública, promovida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, perante o Juízo da 3ª Vara Criminal e de Precatórias Cíveis e Criminais da Comarca de Pouso Alegre, contra Ilza Cardoso, André Luiz Cardoso, vulgo "Guinho", Adilson Pereira de Oliveira e Flávia Cardoso de Oliveira, imputando-lhes a prática de fato tipificado como tráfico de entorpecentes, nos termos do art. 12 da Lei nº 6.368/76, na forma do art. 29 do CP, e com associação para o tráfico, nos termos do art. 14 da mesma lei, na forma do art. 69 do CP.

Narra a denúncia que, no dia 14 de junho de 2006, por volta das 16h30min, na Rua Sapucaí, 639-f, local conhecido por "cortiço" ou "biqueira", os policiais, munidos de um mandado de busca, compareceram ao local e encontraram, na residência de Ilza Cardoso, o total de 40 pedras de crack, a quantia de R$ 200,00, em dinheiro, e um celular Sansung, modelo SGH-A800.

Consta da denúncia, ainda, que, na residência do acusado André, foi encontrada a quantia de R$ 78,00, em dinheiro, e um aparelho de DVD-980, marca Braviem. A denunciada Flávia foi surpreendida dois dias depois da apreensão da droga, mantendo sob a sua guarda 31 pedras de crack, acondicionadas em caixas de fósforos, assim como as demais já apreendidas, destinadas à venda. Infere-se da denúncia, também, que os acusados agiam com unidade de desígnios, em verdadeira associação, para o fim de mercancia da referida substância entorpecente.

A inicial acusatória veio acompanhada de inquérito policial (f. 7/69).

Os acusados foram citados (f. 91/94) e apresentaram, em conjunto, defesa preliminar, por meio de defensor constituído (f. 95/99). Manifestação do Ministério Público à f. 100. Recebida a denúncia (f. 104), os acusados foram interrogados, ocasião em que o acusado Adilson negou participação no tráfico de entorpecentes e alegou que não tinha ciência do comércio ilícito exercido em sua residência (f. 151/153). A acusada Flávia confessou a propriedade da droga com ela apreendida e confirmou que a droga apreendida dois dias antes de sua prisão pertencia, de fato, à acusada Ilza (f. 154/156). O denunciado André negou a prática dos delitos descritos na denúncia (f. 157/159), e a acusada Ilza confessou a propriedade da droga apreendida em sua residência, bem como a sua destinação mercantil, mas negou associação com os demais acusados (f. 160/161).

Foram ouvidas treze testemunhas (f. 162/170 e 178/183).

Em alegações finais, o Ministério Público pugnou pela absolvição dos réus Flávia e André e pela condenação dos réus Adilson e Ilza somente quanto ao delito de tráfico, nos termos do art. 12, *caput*, da Lei nº 6.368/76, na forma do art. 29 do CP, absolvendo-se eles da imputação relativa ao crime de associação para o tráfico, previsto no art. 14 da mesma lei (f. 187/192).

O réu André apresentou alegações finais, requerendo a absolvição na forma do art. 386, VI, do CPP (f. 197/198).

A defesa conjunta dos réus Adilson, Ilza e Flávia, em alegações finais, requereu a absolvição dos três réus diante da insuficiência probatória para a condenação. Caso não fosse esse o entendimento, que se considerasse a primariedade dos acusados e a atenuante da menoridade em relação à ré Flávia. Quanto à ré Ilza, se condenada, requereu a redução pela incidência da atenuante da confissão espontânea, a fixação da pena no mínimo legal e do regime inicialmente fechado para o cumprimento da pena (f. 199/204).

Sentença às f. 207/222, restando os réus André Luiz Cardoso e Flávia Cardoso de Oliveira absolvidos nos termos do art. 386, VI, do CPP. Já os réus Ilza Cardoso e Adilson Pereira de Oliveira restaram condenados, a primeira como incursa nas sanções do art. 12, *caput*, e do art. 14, ambos da Lei nº 6.368/76, na forma do art. 69 do CP; e o segundo, nas iras do art. 12, § 2º, II, e do art. 14 da Lei nº 6.368/76 na forma do art. 69 do CP. À ré Ilza foi imposta a pena final de seis anos e quatro meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 125 dias-multa. Ao réu Adilson a pena final de seis anos e onze meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 135 dias-multa. O valor unitário da pena de multa é de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo.

Intimadas as partes e sua defensora, apelou a defesa (f. 230), em cujas razões recursais requer a absolvição do réu Adilson em relação aos delitos a ele imputados ou a absolvição de ambos em relação ao delito de associação para o tráfico (art. 14 da Lei nº 6.368/76), revendo-se e reduzindo-se a pena aplicada (f. 249/258).

Contra-razões recursais às f. 261/267, requerendo-se o provimento parcial do recurso, a fim de que seja decotado da condenação o delito de associação para o tráfico, previsto no art. 14 da Lei nº 6.368/76.

O parecer da douta Procuradoria de Justiça é pelo desprovimento do recurso (f. 278/283).

Eis, do que importa, o relatório.

Juízo de admissibilidade.

Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos para a sua admissão.

Preliminares.

Não há preliminares a serem analisadas, nem nulidades a serem reconhecidas de ofício.

Mérito.

Comprovada está, nos autos, a materialidade, mediante o APFD de f. 8/16; do auto de apreensão de f. 34; e do laudo toxicológico definitivo de f. 103.

Quanto à autoria atribuída à ré Ilza, essa resta inequivocamente evidenciada, seja por meio da confissão

judicial da ré, seja mediante a prova testemunhal, a saber:

> [...] que a acusação é verdadeira quanto a ser sua a droga apreendida, mais os co-réus não tem ligação com a interroganda quanto à droga apreendida; nenhum deles tinha conhecimento da existência da droga, fazia um mês que traficava entorpecentes; [...]; o dinheiro encontrado na bolsa foi obtido com a venda de crack, sendo que estava sobre a mesa da cozinha; os outros valores apreendidos foram obtidos pelo trabalho do companheiro da interroganda; [...]; que a droga era comercializada em sua casa (*sic*, interrogatório de Ilza - f. 161).

> [...] na casa de Ilza foi encontrada a droga; no momento da busca e apreensão Ilza se encontrava dentro da casa e no quintal Adilson e um parente da ré (Ricardo Teobaldo - f. 162).

> [...] participou da diligência que resultou na apreensão dos três primeiros réus, visto que Flávia foi presa posteriormente pela Polícia Militar; chegou aos policiais que o tráfico no local eram Ilza e André Luiz; a droga foi encontrada na casa da Ilza (Fábio Balca Costa Neves - f. 164).

> [...] entrou na casa junto com os policiais e viu o encontro das drogas; na casa onde foram encontradas as drogas residem Adilson e a mulher dele (Benedito Antônio Luiz Ramos - f. 167).

A confissão da ré Ilza, corroborada pela prova dos autos, somada à quantidade da droga apreendida, à sua forma de acondicionamento e à quantia em dinheiro encontrada em sua residência, não deixa dúvidas, lado outro, da finalidade mercantil detida pela acusada quanto à referida substância entorpecente.

O acervo probatório é claro quanto à autoria da ré Ilza. Tanto é assim que ela resume o seu inconformismo tão-só à condenação pelo delito de associação para o tráfico e, no que respeita ao delito de tráfico, apenas ao *quantum* da pena aplicada. Portanto, mantenho a condenação da ré Ilza como incursa nas sanções do art. 12, *caput*, da Lei nº 6.368/76.

Antes de passar à análise da condenação pela prática do crime de associação para o tráfico (art. 14 da Lei nº 6.368/76), manifesto-me acerca do pleito absolutório formulado pelo co-réu Adilson quanto ao delito previsto no art. 12, § 2º, II, da Lei 6.368/76.

A autoria desse delito em relação ao réu Adilson, por sua vez, não está configurada nos autos.

Dispõe o art. 12 da Lei nº 6.368/76:

> Art. 12. [...]
> § 2º nas mesmas penas incorre, ainda, quem:
> I – [...]
> II - utiliza local de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, para uso indevido ou tráfico ilícito de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

No caso dos autos, cumpre verificar dois requisitos para que se configure a conduta descrita na segunda parte do art. 12, § 2º, II, da antiga Lei de Tóxicos, quais sejam: o agente deve ser proprietário, possuidor, administrador ou vigilante do local utilizado por outrem para o tráfico e deve consentir, por ação ou omissão, que outrem se utilize do referido local para o exercício do tráfico de drogas.

Em primeiro lugar, destaco que o réu Adilson é amásio da ré Ilza, morando com ela há aproximadamente 16 anos, conforme relata ele próprio em seu interrogatório de f. 151. Todavia, ao contrário do entendimento esposado na sentença, não restou inequivocamente demonstrado que o réu tinha ciência da existência da prática do tráfico de droga em sua residência, nem do envolvimento de sua amásia com aquela atividade ilícita, já que, à época dos fatos, trabalhava o dia inteiro em uma olaria e pouco permanecia em casa, conforme confirma a prova testemunhal, a saber:

> Adilson trabalhava como servente e depois passou a trabalhar na olaria; já fazia bastante tempo que Adilson trabalhava na olaria; trabalhava diariamente e depois do serviço saía para beber e às vezes não dormia em casa (Ilza - f. 161).

> Que Adilson trabalha na fabricação de tijolos e Ilza cuida da casa (Júlio de Oliveira - f. 178).

> Ilza é doméstica e Adilson trabalha com olaria (Cleide de Fátima Ferreira dos Santos - f. 179).

> Ilza é dona de casa, André Luiz trabalha com compra e venda de carros e Adilson trabalha no ramo de olaria (Adriane Aparecida da Silva Mendes - f. 183).

Por outro lado, o fato de o réu Adilson ser amásio da ré Ilza, com ela co-habitando, já o descaracteriza como sujeito ativo do delito, uma vez que não há como exigir do amásio (Adilson) que tome atitudes efetivas para impedir a conduta da amásia (Ilza), expulsando-a do imóvel ou se retirando deste.

Primeiro, porque, embora os autos não tragam detalhes acerca da união havida entre os réus, o fato é que, morando junto, ambos detêm a composse do imóvel em discussão, não havendo que se falar em permissão ou consentimento do réu para o uso indevido do imóvel, uma vez que, na composse, cada um exerce o domínio da coisa por inteiro, ou seja, *pro indiviso*.

Segundo, porque, em caso de marido e mulher, ou de companheiros, não há como exigir conduta diversa, quando um deles utiliza, para fins de tráfico, a residência do casal e o outro não está envolvido com a mercancia ilícita.

A interpretação analógica do disposto no art. 206 do CPP, que dispensa um cônjuge do dever de testemunhar contra o outro, ainda que estejam separados, permite concluir que o réu Adilson, como amásio da ré Ilza, não tinha o dever de denunciar ou de impedir a realização da conduta ilícita por ela exercida.

Ora, a finalidade do legislador nesse artigo é a preservação da paz e da harmonia da família, levando-

se em consideração os laços afetivos ou de consangüinidade que prendem a testemunha ao acusado.

Em conformidade com a concepção tripartida de delito (fato típico - ilicitude - culpabilidade), a culpabilidade se aperfeiçoa quando restam comprovados a imputabilidade do agente, o potencial conhecimento da ilicitude do fato e, por fim, a exigibilidade de conduta diversa.

Nesse diapasão, a inexigibilidade de conduta diversa exsurge como causa supralegal de exculpação - excludente de culpabilidade - e constitui verdadeiro princípio de direito penal.

A simples verificação da existência de situações de exculpação de um autor culpável indica a insuficiência do conceito de culpabilidade para dar conta das condições de anormalidade que fundamentam o juízo de inexigibilidade concretizado em determinadas situações.

Entendo que a nossa legislação penal não proíbe a utilização da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exculpação, pois, a despeito do formalismo, o julgador deve nortear-se pelos princípios informadores do Estado Democrático de Direito.

Portanto, o fato de não existir a previsão pertinente expressa na lei adjetiva penal não implica que tal princípio não possa ser aplicado.

Em decisões recentes, o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que:

> [...] a exigibilidade de conduta diversa, apesar de apresentar muita polêmica, é, no entendimento predominante, elemento da culpabilidade. Por via de conseqüência, sem adentrar na questão dos seus limites, a tese da inexigibilidade de conduta diversa pode ser apresentada como causa de exclusão da culpabilidade. Especificada e admitida a forma de inexigibilidade, aos jurados devem ser indagados os fatos ou as circunstâncias fáticas pertinentes à tese (STJ - *HC* 16.865/PE - Rel. Min. Félix Fischer - *DJ* de 04.02.2002, p. 435).

Diante disso, entendo que, ainda que o réu Adilson tivesse ciência da conduta ilícita da ré Ilza, não lhe seria exigível conduta diversa, de modo que deve ele ser absolvido da imputação que lhe é feita na denúncia, na forma do art. 386, V, do CPP.

Diante disso, não há falar em associação para o tráfico (art. 14 da Lei nº 6.368/76), sequer em relação à ré, devendo ambos os réus ser absolvidos da imputação relativa a esse delito, na forma do art. 386, IV, do CPP.

No que se refere à dosimetria da pena, verifico que a pena-base para o delito de tráfico, em relação à ré Ilza, foi fixada acima do mínimo, em três anos e 9 meses de reclusão e 70 dias-multa, sob o fundamento de que a culpabilidade da ré é elevada, uma vez que a sua conduta fomenta outros delitos na sociedade, o que lhe confere maior grau de censurabilidade. O que fez o douto Sentenciante, finalmente, foi valer-se da gravidade abstrata do crime para agravar a situação da sentenciada, quando o próprio legislador já o fez ao definir como crime a conduta em questão. Portanto, fixo a pena-base no mínimo legal, em três anos de reclusão e 50 dias-multa.

Mesmo reconhecendo a incidência da atenuante da confissão espontânea, mantenho a pena como fixada, porque não é permitido reduzi-la para aquém do mínimo legal. Torno, portanto, definitiva a pena como fixada na primeira fase, na ausência de circunstâncias outras a considerar.

Estabeleço, para cada dia-multa, o valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo.

Mantenho o regime fechado para o início do cumprimento da pena.

Quanto à possibilidade de substituição da pena corporal por pena restritiva de direitos, entendo que o benefício previsto no art. 44 do CP não é vedado aos apenados por crimes hediondos ou a eles equiparados, seja por não existir tal vedação nas disposições do referido artigo e seus incisos e parágrafos; seja por não existir na Lei 8.072/1990, mormente após a alteração do art. 2º desta lei pela Lei nº 11.464/07. No caso dos autos, a ré preenche os requisitos previstos no art. 44 do CP, razão pela qual substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, em instituição a ser definida no Juízo da Execução, e em prestação pecuniária, que imponho no valor de um salário mínimo, a ser revertido em benefício de entidade a ser determinada nesse mesmo Juízo.

Tudo considerado, dou provimento parcial ao recurso para absolver o réu Adilson das imputações contidas na denúncia, na forma do art. 386, III, do CPP, e absolver a ré Ilza da imputação relativa ao delito de associação para o tráfico (art. 14 da Lei nº 6.368/76), na forma do art. 386, IV, do CPP, e para reduzir a pena relativa ao delito de tráfico (art. 12 da Lei nº 6.368/76), para três anos de reclusão, em regime fechado, e 50 dias-multa, estes no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, substituindo a pena corporal por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, em instituição a ser definida no Juízo da Execução, e em prestação pecuniária, que fixo no valor de um salário mínimo, a ser pago a entidade a ser indicada no mesmo juízo.

Expeçam-se alvarás para a soltura dos réus, se por al não estiverem presos.

Custas, *ex lege*.

É como voto!

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PEDRO VERGARA e MARIA CELESTE PORTO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...

Extorsão mediante seqüestro - Requisitos - Crime consumado - Desclassificação do crime para o de tentativa de roubo qualificado - Inadmissibilidade - Delação - Testemunha - Declaração de policial - Valoração da prova - Condenação

Ementa: Apelações criminais. Crime de extorsão mediante seqüestro. Prova certeira para inculcar a prática do delito. Absolvição de um dos acusados. Impossibilidade. Delação de um dos acusados. Palavra dos policiais que está em consonância com o contexto probatório. Condenação mantida. Desclassificação para o crime de roubo triplamente qualificado, em sua forma tentada. Impertinência. Período relevante em que houve restrição da liberdade. Objetivo de garantir aferição de vantagem. Pena fixada no mínimo legal. Recursos desprovidos.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0672.06.212351-4/001 - Comarca de Sete Lagoas - Apelantes: 1º) Ezequiel dos Santos, 2º) Gleison Ávila Drumond Lacerda, 3º) Daniel Rocha Neves – Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. REYNALDO XIMENES CARNEIRO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 21 de fevereiro de 2008. - *Reynaldo Ximenes Carneiro* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento pelos apelantes o Dr. Agenor N. Drumond Cossolosso.

DES. REYNALDO XIMENES CARNEIRO - Apelações criminais interpostas pelos acusados Ezequiel dos Santos, Gleisson Ávila Drumond e Daniel Rocha Neves, em face da sentença que os condenou pela prática do crime de extorsão mediante seqüestro.

Recurso da defesa de Ezequiel dos Santos. Alega que o apelante, em todo o curso processual, negou a prática delitiva; que se considerou que o apelante, no momento do flagrante, estaria do lado de fora da agência passando informações; que, contudo, não se constatou nenhuma ligação do seu telefone celular; que a acusação não restou provada; que o co-réu não confirmou suas declarações na fase judicial; que o apelante não teve qualquer participação no delito. Requer absolvição.

Alternativamente, aduz que houve, na verdade, tentativa de roubo qualificado; que a privação da liberdade das vítimas teve como finalidade apenas facilitar a subtração de certa quantia em dinheiro da agência bancária; que a prova testemunhal é clara. Requer a desclassificação para o crime do art. 157, § 2º, incisos I, II e V, na sua forma tentada.

Contra-razões ministeriais às f. 497/502.

Recurso da defesa de Gleisson Ávila Drumond. Argumenta que o apelante é réu confesso; que não ocorreu a correta capitulação, pois o tipo penal do delito de extorsão mediante seqüestro não se configurou; que o apelante desejava apenas subtrair determinada quantia em dinheiro; que a restrição da liberdade foi tão-somente um meio para a consecução do fim planejado; que, na verdade, essa restrição, *in casu*, qualifica o crime de roubo; que o crime de roubo não se consumou, uma vez que os acusados não tiveram a posse mansa e pacífica da coisa roubada; que a ação da Polícia flagrou o exercício da violência e grave ameaça; que o crime ocorreu em sua forma tentada; que o crime de porte de arma de fogo é absorvido pelo delito de roubo; que, por outro lado, a pena deve ser recuada; que o apelante é primário e de bons antecedentes, por isso a pena deve ser fixada no mínimo legal; que deve incidir a atenuante da confissão e da tentativa; que o regime prisional deve ser o inicialmente fechado.

Requer seja provido o recurso.

Contra-razões ministeriais às f. 491/496.

Recurso da defesa de Daniel Rocha Neves. Assevera que o apelante é réu confesso; que não ocorreu a correta capitulação, pois o tipo penal do delito de extorsão mediante seqüestro não se configurou; que o apelante desejava apenas subtrair determinada quantia em dinheiro; que a restrição da liberdade foi tão-somente um meio para a consecução do fim planejado; que, na verdade, essa restrição, *in casu*, qualifica o crime de roubo; que o crime de roubo não se consumou, uma vez que os acusados não tiveram a posse mansa e pacífica da coisa roubada; que a ação da Polícia flagrou o exercício da violência e grave ameaça; que o crime ocorreu em sua forma tentada; que o crime de porte de arma de fogo é absorvido pelo delito de roubo.

Requer seja provido o recurso.

Contra-razões ministeriais às f. 491/496.

Parecer da d. Procuradoria de Justiça às f. 503/504, pelo desprovimento dos recursos aviados.

Conheço dos recursos, porque satisfeitos os pressupostos de admissibilidade.

Recurso da defesa de Ezequiel dos Santos

A condenação deve ser mantida, uma vez que a prova é suficiente para amparar a condenação do ora apelante.

Na fase inquisitorial, em consonância com os testemunhos dos policiais, o acusado Gleisson, com riqueza de detalhes, sem eximir sua culpa, revelou que o ora apelante tinha a incumbência de dar fuga aos acusados:

> [...] que passado algum tempo 'Paulistinha' ligou para seu celular determinando-o que descesse a pé até a esquina, onde foi pego em um Vectra de cor verde claro, quase azul, e disse para o declarante que iria buscar um terceiro indivíduo, sendo informado se tratar da pessoa do conduzido Ezequiel, o qual o conhece do Bairro Nazaré, o qual recebeu a incumbência de somente ficar próximo ao Banco a espera do declarante e os demais autores após deixarem o Banco com os valores [...] que Ezequiel, se caso o roubo tivesse dado certo, iria conduzir o carro da Gerente até a BR-040, onde encontrariam com o 'Paulistinha' [...] (f. 15/16 do apenso 02, auto de prisão em flagrante delito).

Em juízo, os policiais sublinharam que, realmente, o apelante estava do lado de fora da agência, de maneira a dar cobertura para os demais acusados:

> [...] que o tenente PM Nascimento me relatou que o celular de Ezequiel tocado por quatro vezes e quando o tenente atendeu o interlocutor não identificado, tentou estabelecer negociações para a liberação de Ezequiel chegando a oferecer um carro e vinte mil reais [...] - f. 129.

Os demais acusados, por sua vez, réus confessos, tentam livrar a responsabilidade do apelante, sem, contudo, apontar motivo relevante para a exculpação.

Fato é que a delação e a palavra dos policiais, diante o contexto probatório, é prova bastante para ensejar a condenação, não sendo suficiente a mera negativa de autoria e a retratação, desmotivada, de um dos acusados em juízo.

Nesse sentido, o seguinte e ilustrativo julgado desta Câmara Criminal:

> - A delação do co-réu tem induvidoso valor probatório quando se oferece como um dos elementos do conjunto da prova em que se funda o decreto condenatório (STJ).
> - Como o inquérito policial integra os autos do processo, pode o juiz apoiar-se em elementos coligidos na fase extrajudicial (Mirabete). Aliás, seu valor probante é incontestável no que diz respeito à demonstração da realidade do fato apontado como criminoso, (e, assim) há de ser utilizado pelo juiz na apreciação da prova, como um dos seus elementos, mormente porque é (nele) que muitos destes se encontram (TJMG - Apelação nº 1.0223.00.055492-1/001 - Des.ª Beatriz Pinheiro Caires).

Mantenho a condenação.

Por outro lado, entendo que está satisfatoriamente demonstrada a prática do crime de extorsão mediante seqüestro, e não do crime de roubo triplamente qualificado em sua forma tentada.

Ora, as vítimas tiveram sua liberdade restringida por tempo deveras significativo, para que os acusados pudessem obter vantagem ilícita - tanto que se dirigiram à agência bancária, exigindo a entrega de dinheiro. Sem dúvidas, essa restrição da liberdade visava à obtenção de vantagem, enquanto condição para que as vítimas fossem libertadas.

Dessarte, trata-se do crime de extorsão mediante seqüestro. Nesse sentido:

> O crime de extorsão mediante seqüestro consuma-se com a privação da liberdade da vítima, por tempo juridicamente relevante, aliada ao objetivo de auferir vantagem econômica, independentemente da obtenção da vantagem ilícita (TJMG - Apelação 1.0024.05.708688-6/002 - Desembargador Paulo Cezar Dias).

> A extorsão mediante seqüestro, como crime formal ou de consumação antecipada, opera-se com a simples privação da liberdade de locomoção da vítima, desde que o tempo de encarceramento seja juridicamente relevante (TJMG - Apelação nº 1.0000.00.228670-6/000 – Des. Herculano Rodrigues).

Atento a essa orientação, a pleiteada desclassificação para o crime de roubo triplamente qualificado na sua forma tentada é impertinente.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso da defesa de Ezequiel dos Santos.

Recurso da defesa de Gleisson Ávila Drumond.

O pedido de desclassificação, como já visto, é impertinente, pois tenho que está caracterizada a prática do crime de extorsão mediante seqüestro, e não roubo triplamente qualificado em sua forma tentada.

A quantidade da pena foi estipulada em 12 anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, portanto no mínimo legal, pelo que não deve ser recuada.

Não houve condenação por porte de arma de fogo.

Nego provimento ao recurso da defesa de Gleisson Ávila Drumond.

Recurso da defesa de Daniel Rocha Neves.

O mesmo se diga relativamente ao apelante Daniel Rocha Neves. Mantenho a condenação pelo crime de extorsão mediante seqüestro (art. 159, § 1º, do Código Penal).

A pena está no patamar mínimo, e, por outro lado, não houve condenação pelo crime de porte ilegal de arma de fogo.

Nego provimento ao recurso da defesa de Daniel Rocha Neves.

Custas, as decorrentes da lei.

DES. HERCULANO RODRIGUES - Tive a oportunidade de rever os autos como Revisor.

Trata-se de extorsão mediante seqüestro. A prova da culpabilidade está inconcussa nos autos.

Entendo que o eminente Relator examinou, com profundidade, a matéria recursal e deu correto desate ao

recurso. Acompanho S. Ex.ª para, também, negar provimento aos recursos.

DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

...

Associação para o tráfico de entorpecentes - Elemento subjetivo do tipo - Requisitos - Habitualidade - Valoração da prova - Condenação

Ementa: Apelação criminal. Associação para o tráfico. Elementos de convicção satisfatórios. Provas acerca da ligação permanente e habitual do réu com o tráfico local. Perpetuação da atividade ilícita exercida anteriormente. Apelo provido. Condenação lançada.

- Responde pelo crime de associação para o tráfico aquele que continua atividade criminosa voltada para a venda de drogas exercida anteriormente por seu fraterno, aliando-se a menor para dar seguimento à alienação dos tóxicos, estando envolvido em atividades criminosas organizadas, como possíveis tentativas de homicídios e ameaças a moradores, tudo com liame subjetivo voltado para a permanência das infrações ligadas aos entorpecentes.

Apelo provido e condenação lançada.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0105.07.222198-6/001 - Comarca de Governador Valadares - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: W.C.S. - Relator: DES. EDIWAL JOSÉ DE MORAIS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 9 de janeiro de 2008. - *Ediwal José de Morais* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDIWAL JOSÉ DE MORAIS - A presente ação penal foi ajuizada em desfavor de W.C.S., réu que se viu acusado dos crimes de tráfico ilícito de drogas e associação para o tráfico, infrações penais previstas na Lei 11.343, de 2006, e que teriam ocorrido na Comarca de Governador Valadares, neste Estado.

Segundo a denúncia, recebida em 30.05.2007 (f. 105), autoridades policiais, cumprindo mandado de busca e apreensão, localizaram na residência do réu quinze "buchas" da substância entorpecente conhecida como "maconha", acondicionadas para venda, apurando-se ainda que o acusado se associou ao adolescente J.L.P. para manter o tráfico na região, distribuindo drogas provenientes desta Capital.

Decorrida a instrução criminal, foi a peça de ingresso parcialmente acolhida, restando o réu condenado nas iras do art. 33 da Lei 11.343/06, fixadas as penas em quatro anos e dois meses de reclusão, regime inicial fechado, e quatrocentos e dezesseis dias-multa, conforme sentença de f. 150/160.

W. se viu absolvido da imputação do art. 35 do mencionado diploma legal, sendo devidamente intimado da sentença proferida, de acordo com o documento de f. 162/163.

Recorre o Ministério Público (razões às f. 165/175), sustentando que existem vários elementos que apontam para a associação perene entre o acusado e o menor infrator mencionado, protestando pelo acolhimento da denúncia no que é pertinente à associação para o tráfico.

O recurso deve ser conhecido, pois atende a seus pressupostos de admissão, cumprindo-nos destacar que inexistem nulidades a serem argüidas, enquanto a materialidade do crime de tráfico está atestada pelos documentos de f. 19/20 e 40, sem prejuízo da prova oral.

Aliás, tendo-se em conta a ausência de recurso da defesa quanto àquela condenação, o que alcança também o *Parquet*, que apela para ver o réu condenado no crime de associação, nada mencionando acerca da imputação reconhecida na sentença, limita-se nossa análise ao apontado crime do art. 35 da Lei 11.343, de 2006 (Lei Antidrogas).

E, nesse ponto, entendemos que assiste razão ao Órgão Acusador.

Para que delitos dessa natureza restem comprovados, mister que seja realizada exegese de todos os elementos de convicção, pois o liame subjetivo exigido na norma incriminadora é de difícil apuração.

De fato, para que tipos penais desta natureza não se esvaziem, limitando-se o julgador a reconhecer em determinados casos o simples concurso de agentes, necessária análise cuidadosa das evidências que apontem para o ânimo de associar-se, com caráter duradouro e estável.

No caso presente, quando temos em consideração todo o ocorrido, constatamos ligação certa entre W., presente apelado, e o menor mencionado na denúncia, pessoas que se associaram para comandar o tráfico no bairro, seguindo legado deixado por seus fraternos.

Com efeito, as autoridades policiais que investigaram os crimes afirmam, com extrema segurança, liderarem os envolvidos o tráfico de drogas naquela região, posição de comando que foi iniciada pelos irmãos do apelado e do menor.

Assim são as comunicações das autoridades, em especial aquelas de f. 22/24, 26/27, 70 e 83, sendo algumas emprestadas de outros feitos ligados à criminalidade local provavelmente comandada também pelo réu.

É que, em razão de possíveis delações, teriam os associados decidido pela morte de alguns apontados delatores, como de taxista que transitava pela região, entendimento que encontra amparo no documento de f. 34/35.

Ali é reconhecido o menor por uma das vítimas como aquele que disparou contra o ofendido.

As investigações realizadas foram devidamente esclarecidas em juízo, comprovando-se a ligação permanente entre W. e o menor J. para que o tráfico da região não cessasse, mesmo após a mudança dos fraternos que exerciam a mesma atividade.

Repare-se como os depoimentos dos policiais são extremamente convincentes:

> [...] J. é subordinado do acusado na organização que trafica drogas no Bairro Fraternidade, sendo que havia uma boca-de-fumo na casa do acusado e outra na casa de J., que fica próxima; que na mesma data e hora foram cumpridos mandados de busca na casa do acusado e de J. [...] o acusado e J. são sucessores de seus parentes que já vinham atuando há uns 10 anos na venda de drogas no Bairro Fraternidade; que o acusado assumiu o comando local da organização após a saída do seu irmão W. da cadeia, sendo que seu irmão W. comanda a organização em Belo Horizonte, juntamente com um parente de J., de nome Jairo... já ouviu de usuários, informantes e vizinhos do acusado que o mesmo pratica a venda de drogas, sendo que os vizinhos informam que o acusado é pessoa extremamente violenta no bairro (Eliezer - f. 131).

> [...] a Polícia sempre teve informações traves (*sic*) de vizinhos, informantes e usuários que o acusado faz tráfico de drogas, todavia as pessoas pedem para não ser identificadas com medo de represálias; que tem conhecimento que W. e J. traficam juntos há cerca de dois anos; que os chefes da organização são J. e W., irmãos de J. e W., que se encontra (*sic*) foragidos na cidade de Belo Horizonte; que a droga é enviada de Belo Horizonte para W. e J., que as distribuem para as bocas locais; que em campanas feitas no local sempre se vê a movimentação de entra e sai, típica de comercialização de drogas na casa de W.; que já foi realizada a apreensão de 20 quilos de drogas na rodoviária de Governador Valadares e que era direcionadas (*sic*) para o acusado e J. (Valmir - f. 132).

A quantidade de droga comercializada, bem como a remessa usual da Capital para o interior por parentes próximos dos envolvidos corroboram a estabilidade da associação apontada pelo *Parquet*, sendo natural que pessoas do lugar se neguem a prestar maiores declarações sobre a ligação dos mencionados líderes, quanto mais diante das tentativas de homicídios noticiadas nos autos.

Além disso, há detalhe que merece remissão expressa e que também aponta para a existência de associação criminosa voltada para a manutenção do tráfico na região.

Com o réu foram apreendidos livros editados acerca da atuação de organizações criminosas existentes nas grandes cidades, como o PCC, por exemplo, além de mencionar-se obra famosa a respeito do tráfico de drogas e outras literaturas semelhantes.

Referidos livros, aceitos pelo réu como de sua propriedade, estão ilustrados à f. 42 e recrudescem nossa certeza acerca do envolvimento do agente no tráfico de drogas, tratando-se de comportamento que não se limita a ligação eventual com o destacado J., mas que retrata associação permanente para a realização da venda de tóxicos na região, atividade que seria ainda exercida por pessoas ligadas à organização instituída sob o comando do fraterno do ora apelado e que teve seguimento com W.

E atestada atividade estável e permanente voltada para o exercício da mercancia ilícita de drogas impende acolher a irresignação do Ministério Público:

> Entorpecente. Associação para o tráfico. Caracterização. Concurso de duas ou mais pessoas, com o *animus* associativo, organização em bando, com caráter de habitualidade para o fim único da prática reiterada, ou não, do comércio ilícito de drogas (TJMG - *RT* 833:609).

Fica o acusado W.C.S. condenado, então, nas penas do art. 35 da Lei 11.343, de 2006, assim fixadas:

Culpabilidade inerente ao crime, sem antecedentes a serem destacados ou mesmo dados certos sobre a conduta social e personalidade do agente, salvo as informações já utilizadas para a caracterização do crime.

Os motivos se ligam ao ganho fácil, não apresentando o agente valores morais sólidos, continuando a exercer atividade ilícita anteriormente imputada a seu fraterno.

As circunstâncias são as normalmente constatadas em delitos dessa natureza, já avaliada a quantidade de droga apreendida e a sua natureza no crime de tráfico em que restou o réu condenado.

Não há falar em comportamento da vítima.

Existindo circunstância judicial negativa, fixo as penas iniciais em três anos e quatro meses de reclusão e oitocentos dias-multa.

Sendo o agente menor de vinte e um anos à época do delito (f. 99), recuo as sanções para o menor patamar previsto em lei, arbitrando-as em três anos de reclusão e setecentos dias-multa.

Inexistindo outros fatores de modificação, tornam-se aquelas penas definitivas, instando o caso, em face da avaliação procedida em relação às circunstâncias judiciais, o regime inicial fechado.

A condenação também pelo tráfico, não impugnada, reitere-se, nos leva a afirmar a impossibilidade de substituição da pena, sem prejuízo do entendimento quanto ao óbice legal previsto no art. 44 da Lei Antidrogas.

O dia-multa fica arbitrado em um trinta avos do salário mínimo vigente à época crime (art. 43 da Lei Antidrogas).

Com esses fundamentos, dou provimento ao recurso para condenar o apelado, como acima fundamentado.

Proceder, com o trânsito em julgado, à comunicação para fins do art. 15, III, da CR/88.

Custas, pelo réu.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES WALTER PINTO DA ROCHA e ELI LUCAS DE MENDONÇA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Furto - Tentativa - Fixação da pena - Circunstância agravante - Reincidência - Atenuante - Confissão espontânea - Compensação - Falsa identidade - Elemento subjetivo do tipo - Crime não caracterizado - Disparo de arma de fogo - Valoração da prova - *In dubio pro reo* - Absolvição

Ementa: Crime contra o patrimônio. Furto simples, na forma tentada. Prova suficiente da autoria. Condenação mantida. Concurso da atenuante da confissão espontânea e da agravante da reincidência. Compensação. Imperatividade. Art. 307 do CP. Acusado que, perante a autoridade policial, atribui a si mesmo identidade falsa. Atipicidade. Disparo de arma de fogo em via pública. Existência de dúvida razoável quanto à autoria, bem como quanto ao elemento subjetivo do tipo. Absolvição. Recurso parcialmente provido. Decisão reformada.

- Padece de atipicidade a conduta daquele que, perante a autoridade policial, se apresenta com outro nome, para ocultar seu passado criminoso, consistindo em uma das formas de autodefesa, além de não se fazer presente o fim especial de agir, consistente na obtenção de vantagem para si ou para outrem, exigido para a configuração do delito previsto no art. 307 do CP.

- A agravante da reincidência deve ser compensada com a atenuante da confissão espontânea, sem prevalência de uma sobre a outra, sob pena de se prejudicar enormemente o condenado. Precedentes jurisprudenciais.

- Persistindo nos autos dúvida quanto à autoria dos disparos de arma de fogo, impõe-se a absolvição do acusado quanto a esse delito, em observância ao princípio *in dubio pro reo*.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0079.06.311910-5/001 - Comarca de Contagem - Apelante: Max Amorim Santos - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. FERNANDO STARLING

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL, À UNANIMIDADE, COM RESSALVA DA VOGAL.

Belo Horizonte, 15 de janeiro de 2008. - *Fernando Starling* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FERNANDO STARLING - Trata-se de recurso de apelação interposto por Max Amorim Santos contra a decisão de f. 142/150, proferida pela MM. Juíza de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Contagem, que, nos autos da ação penal que lhe é movida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, pela prática da conduta tipificada no art. 155, caput, c/c art. 14, II e art. 307, todos do Código Penal e art. 15 da Lei nº 10.826/03, concluiu por julgar procedente a denúncia, para condenar o acusado, em virtude do concurso material de crimes, a uma reprimenda de 3 (três) anos e 5 (cinco) dias de reclusão, em regime fechado, bem como ao pagamento de 14 (quatorze) dias multa, fixada esta no mínimo legal. Afastou, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade, assim como a concessão do *sursis*, em virtude da ausência dos requisitos.

Inconformado, recorre o sentenciado da decisão, conforme petição e razões de f. 158/161, pleiteando a absolvição dos crimes previstos no art. 307 do CP e no art. 15 da Lei nº 10.826/03, bem como a substituição da pena privativa de liberdade imposta pela prática do delito de furto na modalidade tentada, pela aplicação da pena de multa prevista no § 2º do art. 155. Alega que é atípica a conduta na qual o acusado atribui falsa identidade a si mesmo, além do fato de que o crime previsto no art. 15 da Lei nº 10.826/03 deve ser desclassificado para o crime previsto no art. 132 do CP e posteriormente absolvido, sendo que o disparo não chegou a constituir risco a quem quer que seja, podendo-se aplicar a multa prevista no § 2º do art. 155, não tendo o crime se consumado.

Contra-razões às f. 162/164, pelo improvimento do recurso.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 169/171, opinando pela confirmação da sentença.

Conheço do recurso, uma vez que presentes os requisitos indispensáveis ao seu processamento.

Alega o recorrente que a sentença deve ser reformada, tendo em vista o excesso da reprimenda, além de não terem sido observados pontos importantes verificados no decorrer do sumário de culpa, com as provas reunidas.

Pugna pela absolvição quanto ao delito previsto no art. 307 do Código Penal, uma vez que o fato de atribuir-se identidade falsa perante a autoridade policial com o intuito de defender-se desconstitui a tipicidade do delito, conforme jurisprudência que cita em socorro de sua tese.

Afirma que a condenação por mera tentativa, em que a vítima nem sequer ficara no prejuízo, afigura-se injusta nos moldes em que fora imposta, devendo ainda ser desclassificado o delito do art. 15 da Lei 10.826/03 para o previsto no art.132 do CP e, diante do fato de que os disparos não foram direcionados a quem quer que seja, a absolvição do recorrente é medida que se impõe. Insiste no argumento de que não houve dolo na conduta de efetuar os disparos, tendo sido eles ocasionais e motivados pelas circunstâncias das vias de fato em que se viu no momento de sua prisão.

Pretende, por fim, a substituição da condenação pela tentativa, na forma do § 2º do art. 155 do CP, pela imposição de pena de multa.

Razão assiste, em parte, ao recorrente.

De fato, considero que a identificação falsa do réu perante a autoridade policial, procurando ocultar seus antecedentes, constitui uma das formas de exercício do seu direito de autodefesa, e não pode ser considerada para fins de punição do agente.

Ora, em matéria criminal, nem sequer perante o juízo possui o acusado o compromisso com a verdade, estando desobrigado de apresentar e comprovar sua real identidade, não se podendo pretender que na fase inquisitorial fosse ele obrigado a identificar-se, o que implicaria colisão frontal com as garantias que o ordenamento jurídico-constitucional lhe reserva.

Aliás, este é o entendimento que se encontra pacificado no egrégio STJ:

> *Habeas corpus*. Porte ilegal de arma de fogo. Falsa identidade. Autodefesa. Atipicidade da conduta. Pena-base fixada acima do mínimo legal sem qualquer fundamentação. Redução que se impõe. Regime inicial de cumprimento da pena mais grave do que o legalmente previsto. Impossibilidade. Arts. 33, §§ 2º e 3º, e 59 do Código Penal. Réu reincidente. Condenação igual ou inferior a 4 anos. Regime semi-aberto. Incidência do Enunciado nº 269 da súmula desta Corte. Ordem concedida.
> 1. É pacífico nesta Corte o entendimento de que não comete o crime de falsa identidade aquele que, perante autoridade policial, se apresenta com outro nome, procurando ocultar antecedentes criminais negativos.
> 2. Não havendo qualquer motivação para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, é de se proceder à sua redução.
> 3. Fixada a pena no mínimo legal, perde sentido a discussão acerca da ocorrência ou não da atenuante da confissão espontânea, pois, a teor da Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça, 'a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal'.
> 4. É de rigor a adoção do regime semi-aberto a réu reincidente condenado a pena igual ou inferior a 4 anos, se favoráveis as circunstâncias judiciais, com incidência do Enunciado de nº 269 da Súmula do STJ.
> 5. Ordem concedida (STJ, HC nº 30.552/MS, Rel. Min. Paulo Galloti, 6ª Turma, *DJ* de 03.03.06, p. 445).
>
> Embargos de declaração. *Habeas corpus*. Omissão e contradição. Inocorrência. Art. 307 do Código Penal. Atipicidade. Ordem concedida de ofício.
> 1. 'A contradição que rende ensejo à oposição de embargos de declaração é a interna ao julgado, caracterizada por proposições inconciliáveis entre si, que dificultam ou impedem a sua compreensão' (EDclAgRgREsp nº 571.895/SP, da minha relatoria, in *DJ* de 25.10.2004) e não a existente entre o *decisum* e a interpretação dada à norma por esta Corte Superior de Justiça.
> 2. A pretensão de obter o reexame da matéria versada nos autos, na busca de decisão que lhe seja favorável, não enseja a oposição de embargos declaratórios.
> 3. A atribuição de falsa identidade perante a autoridade policial, pelo preso em flagrante, com o objetivo de ocultar-lhe seus antecedentes penais, não configura o crime tipificado no art. 307 do Código Penal, por constituir hipótese de autodefesa, amparada pelo art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal. Precedentes do STJ.
> 4. Embargos de declaração rejeitados. *Habeas corpus* de ofício (STJ, EDcl no *HC* 21202/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª Turma, *DJ* de 13.03.06, p. 374).

Registro ainda que o tipo previsto no art. 307 do CP exige a presença do fim especial de agir, consistente, no caso deste delito, na obtenção de vantagem para si ou para outrem, não havendo nos autos notícias de que o réu teria auferido ou buscado auferir qualquer tipo de vantagem própria ou em favor de terceiro através da ocultação de sua real identidade.

Assim, não tendo sido comprovado o dolo específico, a figura é atípica, impondo-se a absolvição.

Passo à análise da pretensão recursal no tocante ao delito descrito no art. 155, *caput*, c/c 14, II, do CP.

Conforme registrado pela douta Magistrada em sua sentença: "A autoria e materialidade restaram comprovadas por meio da confissão do réu, bem como da oitiva da vítima e testemunha durante a instrução".

Em seguida, considerou que, uma vez comprovadas a autoria e a materialidade e inexistindo causas que possam excluir a ilicitude do crime e a culpabilidade do acusado, sua condenação é conclusão que se impõe.

Por ocasião da fixação da pena, iniciou por considerar a culpabilidade clara, sendo reprovável a conduta do agente, aquilatando devidamente as demais circunstâncias do art. 59, após o que fixou a pena-base em 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa. Na segunda fase, por considerar a reincidência circunstância preponderante sobre a atenuante da confissão espontânea, aumentou a pena-base em 1/6 (um sexto), resultando em uma pena de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, sendo que por fim, em virtude da tentativa, reduziu a pena em 2/3 (dois terços), resultando numa pena de 4 (quatro) meses e 20 (vinte) dias-multa.

Contudo, tenho-me posicionado no sentido de que, havendo duas circunstâncias preponderantes (a reincidência e a atenuante da confissão espontânea), deve-se proceder à compensação das mesmas.

Ora, a despeito de trazer o Código Penal como preponderante a reincidência, tenho que a atenuante da confissão também o é, por ser elemento inerente à personalidade, sendo esta também circunstância preponderante, nos moldes do art. 67 do CP.

Conforme leciona Paganella Boschi:

> Os tribunais, por isso, em seu laborioso trabalho de interpretação, passaram a considerar como dados inerentes à personalidade, para conferir conteúdo preponderante, circunstâncias da menoridade do agente (inciso I do art. 65) e da confissão espontânea à autoridade (inciso III, letra d, do art. 65), porque elas indicam a necessidade de maior consideração ao agente que ainda não desenvolveu plenamente sua maturidade e ao que confessou a autoria do crime por evidenciar maior personalidade moral (Das penas e de seus critérios de aplicação).

Guilherme de Souza Nucci esclarece:

> [...] é cabível a compensação entre agravantes e atenuantes, pois estão as causas legais previstas na mesma fase - o que é vedada é a compensação inter-fases - motivo pelo qual, se há um aumento de um sexto (presença de uma agravante), bem como a diminuição de um sexto (constatação de uma atenuante), o melhor a fazer é manter a pena-base tal como foi extraída da primeira (*Código Penal comentado*. 7. edição revista, atualizada e ampliada. 2. tir., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 402).

A propósito, a recente jurisprudência deste eg. Tribunal:

> Apelação. Furto. Tentativa. Inocorrência. *Res* que foi retirada da esfera de disponibilidade da vítima. Compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência. Imperatividade. Concessão do benefício da substituição de pena. Inadmissibilidade. Agente reincidente e necessidade de consecução da tríplice finalidade da pena. - O crime de furto resta consumado com a retirada da *res* da esfera de disponibilidade da vítima, sendo irrelevante que a posse exercida pelo agente seja por breve lapso temporal e que seja ou não tranqüila. Segundo reiterado entendimento jurisprudencial, verificando-se a presença concomitante da atenuante da confissão espontânea e da agravante da reincidência, devem as mesmas ser compensadas, sob pena de injusto agravamento da pena do acusado. - Não há como se acolher o pedido de substituição de pena, se verificado que o réu ostenta a condição de reincidente (art. 44, II, do CPB), não sendo a medida descarcerizadora suficiente e adequada para fins de se alcançar a tríplice finalidade da sanção penal (TJMG, Apelação Criminal nº 1.0620.06.019350-0/001, Relator Des. Vieira de Brito, j. em 14.08.2007, data da publicação: 15.09.2007).

> Apelação criminal. Roubo. Autoria e materialidade. Comprovação. *Iter criminis* não esgotado. Tentativa. Reconhecimento. Falsa identidade. Atipicidade da conduta. Absolvição. Pena-base. Circunstâncias judiciais. Redução não cabível. Concurso de agravante e atenuante. Confissão espontânea. Reincidência. Compensação. Possibilidade. Recurso parcialmente provido. - A palavra da vítima, sobretudo em crimes de repercussão patrimonial, é de extrema valia, notadamente quando esta descreve, com firmeza, o *modus operandi*. - Entende-se consumado o roubo quando o agente tem a posse tranqüila da coisa, ainda que por pouco tempo, ou que esteja a coisa fora da esfera de vigilância da vítima, ainda que próxima desta, mas sem seu conhecimento. - Não configura o dolo específico exigido no delito de falsa identidade previsto no art. 307 do CP a conduta de quem, visando a evitar gravame da própria situação, enuncia aos policiais nome incorreto, porquanto o comportamento objetiva tão-somente promover a autoproteção, uma das formas de exercício do direito de defesa, que, por princípio constitucional, deve ser amplo e não pode sofrer restrição. - A pena-base fixada pouco acima do mínimo legal, devidamente fundamentada, não merece reparos. - Estando presentes a atenuante da confissão espontânea e agravante da reincidência, ambas de natureza subjetiva, sem prevalência de uma sobre a outra, impõe-se a sua compensação. Recurso parcialmente provido (TJMG, Apelação Criminal nº 1.0702.06.308007-2/001, Relator Des. José Antonino Baía Borges, j. em 18.10.2007, data da publicação: 30.11.2007).

Assim, entendo que a decisão recorrida merece reparo neste aspecto, para o fim de decotar o aumento de 1/6 (um sexto) procedido na segunda fase, restando, dessarte, a pena nesta fase estabelecida em 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na terceira fase, mantenho a redução operada na sentença, qual seja: a de 2/3 (dois terços) em virtude da tentativa, o que resulta em uma reprimenda final de 4 (quatro) meses de reclusão e 3 (três) dias-multa.

Quanto ao delito tipificado no art. 15 da Lei 10.826/03, verifico que razão assiste ao recorrente, uma vez que, conforme salientado pela representante do Ministério Público na instância de origem, do arcabouço probatório dos autos não se extrai a certeza necessária a embasar um decreto condenatório, senão vejamos:

> Em seu depoimento em juízo assevera o agente de polícia Darwin que '(...) ao deparar-se com o pessoal do posto, o réu voltou, dando de encontro com o depoente no beco, quando ele sacou a arma e efetuou dois disparos na direção do declarante, que não o atingiram (...)'.
> Por outro lado, em seu interrogatório judicial, Max Amorim declara que Darwin é quem teria efetuado os disparos de arma de fogo, esclarecendo o réu que sequer armado estava na ocasião dos fatos em testilha.
> Salienta-se para o fato de que, mesmo que se valorize o depoimento prestado pelo acusado em sede policial, no qual declara que os disparos efetivamente ocorreram, mas de maneira acidental, quando do calor dos acontecimentos, não há evidências de que tenha tido o denunciado o dolo exigido para a configuração da presente figura típica, a qual, em contrapartida, não é punida na modalidade culposa.
> Ademais, não obstante o término da instrução do feito, não fora realizado o necessário exame pericial de resíduo de pólvora, razão pela qual dúvida razoável quanto à autoria da conduta criminosa perpetrada, incompatível com o

decreto condenatório perquirido pelo Ministério Público, ainda persiste nos autos.

Assim, restando dúvidas razoáveis quanto à autoria, e mesmo quanto ao elemento subjetivo do tipo, impõe-se a aplicação do princípio do princípio *in dubio pro reo*, com a conseqüente absolvição do recorrente quanto à prática da figura tipificada no art. 15 da Lei 10.826/03.

Ante tais considerações, estou que deve ser reformada a sentença, decotando-se as condenações relativas aos delitos do art. 307 do CP e art. 15 da Lei 10.826/03, além da compensação que deve ser feita quanto à reincidência e à confissão espontânea, no que tange à dosimetria da pena do crime do art. 155, *caput*, c/c 14, II, ambos do CP.

No que concerne ao regime inicial de cumprimento da pena, reformo o entendimento esposado na sentença, para estabelecer o semi-aberto, nos termos do disposto no art. 33, § 1º, b, e § 3º, do CP.

Deixo de substituir a pena imposta, nos termos do art. 44, c/c art. 46 do CP, uma vez que o sentenciado não preenche os requisitos legais, o mesmo ocorrendo quanto ao *sursis* (art. 77 do CP).

Diante de todo o exposto e de tudo mais que dos autos consta, dou parcial provimento ao recurso, nos termos acima expostos.

Custas, na forma da lei.

DES. EDELBERTO SANTIAGO - De acordo.

DES.ª MÁRCIA MILANEZ - Sr. Presidente. Estou de acordo, apenas fazendo uma ressalva com relação ao art. 307 do Código Penal, que, no meu entender, se caracteriza como ilícito, como crime.

Súmula - À UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO PARCIAL, COM RESSALVA DA VOGAL.

...

Tráfico de entorpecentes - Testemunha - Declaração de policial - Valoração da prova - Condenação - Fixação da pena - Circunstâncias judiciais - Agravante - Reincidência - Associação eventual para o tráfico - Causa de aumento - Inaplicabilidade - Crime hediondo - Cumprimento da pena - Regime inicial fechado

Ementa: Apelação criminal. Tóxicos. Tráfico. Insuficiência de provas. Não-ocorrência. Depoimento harmônico dos policiais. Validade. Condenação mantida. Pedido de redução da pena-base. Não-cabimento. Reincidência. Reconhecimento. Lei 11.343/06. Nova Lei de Tóxicos. Ausência de previsão da causa de aumento de pena referente à associação eventual. Decotação. Recurso da defesa parcialmente provido. Regime de cumprimento de pena integralmente fechado. Impossibilidade. Regime declarado inconstitucional pelo STF. Recurso da acusação não provido.

- Se as provas constantes dos autos são suficientes para comprovar o tráfico ilícito, não há que se falar em absolvição dos acusados.

- Válidos são os depoimentos dos policiais quando, prestados sob compromisso, apresentam-se harmônicos e coerentes com outros elementos e circunstâncias colhidos dos autos.

- Se as circunstâncias judiciais não são de todo desfavoráveis aos acusados, a pena-base deve tender para o mínimo legal, nos termos da Súmula nº 43 do Grupo de Câmaras Criminais do TJMG.

- Se demonstrado na certidão de antecedentes criminais que o acusado fora condenado com decisão transitada em julgado, imperativa a incidência da agravante prevista no art. 61, inciso I, do CP.

- A pena prevista no art.18, III, da Lei nº 6.368/76 deverá ser decotada da condenação, já que entrou em vigor, no dia 8 de outubro de 2006, a nova Lei de Tóxicos (Lei nº 11.343/06), que, expressamente, revogou as Leis nº 6.368/76 e nº 10.409/02, não prevendo tal figura delitiva.

- Declarada inconstitucional a norma que veda a progressão de regime nos casos de crimes hediondos e equiparados, deve-se fixar o regime em inicialmente fechado.

Recursos parcialmente providos.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0145.06.334742-4/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelantes: 1º) Tiago Augusto da Silva, Marcus Vinícius da Silva, 2º) Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelados: Tiago Augusto da Silva, Marcus Vinícius da Silva, Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR AS PRELIMINARES, DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DA

DEFESA E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Belo Horizonte, 10 de janeiro de 2008. - *José Antonino Baía Borges* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES - Pela r. sentença de f. 108/113, Tiago Augusto da Silva e Marcus Vinícius da Silva foram condenados como incursos nas sanções do art. 12, *caput*, c/c 18, III, todos da Lei nº 6.368/76, com penas corporais fixadas, respectivamente, em 7 anos e 8 meses de reclusão, e 6 anos e 8 meses de reclusão, com cumprimento no regime inicial aberto. Tiago e Marcus viram-se, ainda, condenados, respectivamente, ao pagamento de 132 (cento e trinta e dois) e 92 (noventa e dois) dias-multa, com valor unitário de 1/30 do salário mínimo.

Inconformados, tanto os recorrentes quanto o Ministério Público interpuseram recurso de apelação.

A defesa dos acusados requer, preliminarmente, que seja anulado o processo por não ter sido nomeado curador no interrogatório dos acusados, haja vista que possuíam, à época, menos de 21 anos. Outrossim, pleiteia a nulidade da sentença por falta de fundamentação na fase de fixação das penas. No mérito, pugna pela absolvição dos acusados por insuficiência de provas, especificamente, pela ausência da materialidade. Eventualmente, caso sejam as condenações mantidas, pugna pela redução da pena imposta (f. 124/134).

Por sua vez, o Ministério Público pugna pela reforma da sentença apenas para que seja fixado o regime integralmente fechado de cumprimento de penas impostas aos acusados (f. 136/143).

Contra-razões foram devidamente apresentadas pelo Ministério Público (f. 144/156) e pela defesa dos acusados (f. 158/160).

A d. Procuradoria manifestou-se pelo conhecimento dos recursos, pelo não-provimento do da acusação e pelo parcial provimento do da defesa, apenas, para decotar das penas impostas aos recorrentes, a causa de aumento descrita no inciso III do art. 18 da Lei 6.368/76 (f. 165/171).

Conheço dos recursos, presentes os requisitos de admissibilidade.

Decido.

Examino, primeiramente, o recurso da defesa, por ser ele prejudicial quanto ao do Ministério Público.

A meu aviso, a primeira preliminar argüida pela defesa, no sentido de que o processo deva ser anulado por não ter sido nomeado curador aos acusados na instrução, tendo em vista a idade de ambos, não merece guarida.

Com o advento do novo Código Civil de 2002, a maioridade passou a ser atingida aos 18 anos, não mais aos 21 anos previstos no antigo Diploma Civil de 1916, tendo essa alteração alcançado a esfera penal.

Não bastasse o teor da Súmula 352 do STF, preconizando que "não é nulo o processo penal por falta de nomeação de curador ao réu menor que teve a assistência de defensor dativo", os acusados já estavam assistidos por advogado constituído, nos termos do APFD de f. 09/13.

Assim, tem-se que nenhum prejuízo fora causado aos acusados, os quais tiveram defesa devidamente elaborada, com atuação combativa do douto advogado nomeado desde a fase de inquérito policial.

Nesse sentido, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> Tratando-se de nulidade relativa, a ausência de curador exige a demonstração de prejuízo, o que não restou evidenciado (RESp 163.912-MG, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, *DJ* de 14.2.2000).

No mesmo sentido: REsp 123.768-BA; *HC* 8916-SP; REsp 139.266-DF e *HC* 74.176-SP; *HC* 74.721-SP (STF).

De mais a mais, a nomeação de curador ao réu menor de 21 anos tinha por justificativa a necessidade de suprimento da vontade do então menor, que, por ser relativamente incapaz, não podia responder sozinho a processo, conforme pontuado pela jurisprudência que se segue:

> A função do curador é complementar à vontade do réu, relativamente incapaz para decidir sozinho sobre seus próprios atos (STF - *RTJ* 103/993).

O novo Código Civil passou a vigorar em janeiro do ano de 2003. O fato ocorrido se deu em setembro de 2006, sendo que os interrogatórios aconteceram em 6 de dezembro de 2006. Portanto, não há como afastar a plena capacidade dos acusados, então com vinte anos, para serem interrogados judicialmente, sem a presença de curador nomeado.

No que concerne à anulação da sentença, por falta de fundamentação na fase de fixação de penas, melhor sorte não assiste à defesa.

De uma breve leitura da sentença, especificamente das f. 111/113, observa-se que o MM. Juiz analisou todas as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, tendo demonstrado, de forma clara, a necessidade das reprimendas.

Com tais considerações, rejeito as preliminares argüidas.

Passo à análise do mérito.

Verifica-se que, no dia 16 de setembro de 2006, por volta de 16h, policiais militares, em patrulhamento de rotina pelas ruas do Bairro São Sebastião, no Município de Juiz de Fora, lograram êxito em apreender com os acusados R$ 155,00 em dinheiro, 10 gramas de cocaína acondicionadas em pequenos invólucros plásticos e 155,60 gramas de maconha, sob a forma de tablete prensado.

A materialidade do delito restou devidamente demonstrada pelo auto de prisão em flagrante de delito

(f. 09/13), boletim de ocorrência (f. 06/11), auto de apreensão (f. 22), pelos laudos de constatação (f. 25) e toxicológico definitivo (f. 30/31).

A autoria também se encontra provada, tendo em vista o conjunto probatório produzido quer na fase administrativa, quer na fase judicial.

O policial condutor Terceiro Sargento Marcos Aurélio de Almeida detalha, sob compromisso, como fez, juntamente com outros policiais militares, a abordagem dos acusados, ou seja,

> [...] que no período de meia hora que ficaram observando, que os acusados atenderam 4 ou 5 pessoas que passaram pelo local; que quando chegaram ao local os acusados estavam assentados no escadão, que a droga foi encontrada a cerca de 15 metros (f. 81).

No mesmo sentido são as declarações do soldado militar Fábio William Braga Pereira:

> [...] que de onde os acusados estavam não tinha como ver a viatura, nem mesmo os policiais que estavam escondidos e com binóculo; que a abordagem foi feita por um lado, e os policiais por outro; que os acusados estavam assentados no escadão, que a droga foi encontrada a cerca de 12 metros (f. 82).

Por outro lado, os acusados, em momento algum, conseguem dar versão coerente e harmônica no sentido de não serem os proprietários da droga apreendida, nem acerca da origem do dinheiro encontrado em seu poder.

Na fase administrativa, no exercício da autodefesa, decidiram os acusados permanecer silentes, não esboçando qualquer tentativa de contestar as alegações da acusação. Igualmente em juízo, quando apenas negaram os fatos narrados na denúncia, sem, também, esboçar versão que desconstituísse as provas em que se funda o Ministério Público.

Ademais, a grande quantidade da droga apreendida estava acondicionada em papelotes individualizados, evidenciando a destinação mercantil da substância ilícita dos entorpecentes.

Portanto, diante de todas as provas carreadas aos autos e dos depoimentos harmônicos e coerentes dos policiais militares, a negativa isolada dos acusados em relação aos fatos não passa de frágil e inútil tentativa de enganar a Justiça, tudo com o intuito de se esquivarem da responsabilidade penal.

A propósito, sobre a validade do depoimento dos policiais, trago a lume lavra do voto em que fui Relator, acolhido à unanimidade por esta 2ª Câmara Criminal, *verbis*:

> Merece crédito a palavra do policial que efetuou o flagrante e que, depondo sob compromisso, relatou, de forma coerente e firme, a forma como surpreendeu os acusados traficando significativa quantidade de entorpecente (TJMG. Apelação Criminal nº 000.258.531-3/00, j. em 09.05.2002).

Portanto, correta a condenação dos recorrentes quanto ao tráfico, não havendo que se falar em ausência ou insuficiência de provas.

Por outro lado, tenho que as penas impostas aos acusados devam ser reduzidas.

Todavia, não é em relação à fixação da pena-base, como tanto aduziu a defesa.

Como já antes analisado em sede preliminar, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP foram bem consideradas pelo MM. Juiz sentenciante ao definir a pena-base para os acusados, tendo o douto Magistrado observado a Súmula nº 43 do Grupo de Câmaras Criminais deste Tribunal, que diz: "se o réu é primário e de bons antecedentes, a pena deve tender para o mínimo legal".

Já em relação à causa de aumento prevista na Lei 6.368/76, relativa à associação eventual, entendo que não deva incidir sobre as penas de ambos os acusados.

Isso porque, com o advento da Lei nº 11.343/06, nova legislação de tóxico, não foi acolhida a conduta antes indicada pelo art. 18, III, da Lei nº 6.368/76, devendo-se, como dito, ser decotada a referida causa de aumento das penas impostas às recorrentes.

Considerando-se que a nova lei penal sempre retroage quando opera em benefício de um condenado; considerando que a nova lei que trata da questão dos tóxicos deu abrigo aos termos do antigo art. 14 da Lei 6.368/76, mas não fez o mesmo com a figura da "associação eventual" (art. 18, III), não tendo sido retratada ou tipificada na nova legislação, entendo que incabível é sua incidência sobre a reprimenda dos recorrentes, visto que não recepcionada pela nova legislação que combate a disseminação das drogas em nossa sociedade.

Portanto, decotada a referida causa de aumento de pena e mantida a reprimenda quanto ao mais nos termos da sentença, torno, em definitivo, as penas em 5 anos e 9 meses de reclusão para o acusado Tiago Augusto da Silva e 5 anos de reclusão para Marcus Vinícius da Silva.

Por fim, não procede a alegação defensiva no sentido de que o MM. Juiz reconhecera a agravante da reincidência mesmo sem ter prova idônea de tal circunstância em relação ao acusado Tiago Augusto da Silva.

De se ver, há na certidão de antecedentes criminais do acusado prova de que ele foi condenado, com trânsito em julgado no dia 14 de junho de 2005, pela prática de crime contra o patrimônio (f. 103/104).

Examinadas as teses da defesa, passo ao recurso do Ministério Público.

Insurge-se a acusação, apenas, para que seja imposto aos acusados o regime integralmente fechado de cumprimento de pena.

Tal pretensão não merece acolhida.

O MM. Juiz muito bem fixou o regime inicialmente fechado, pois, ao tempo em que proferida a condenação, o Supremo Tribunal Federal já houvera declarado

a inconstitucionalidade do regime fixado na r. sentença, em decisão cuja aplicação deve ser imediata, conforme entendimento adotado em inúmeras decisões proferidas por nossos Tribunais.

Conquanto essa decisão tenha sido proferida no exercício do controle de constitucionalidade em concreto, o que imporia o efeito *inter partes* da decisão, há que se emprestar pronta aplicação a esse novo entendimento adotado pelo guardião maior da Constituição no País, até mesmo porque, segundo sustenta o eminente Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em abalizada lição, não se deve emprestar à publicação de ato pelo Senado Federal, suspendendo a eficácia da norma declarada inconstitucional pelo Supremo, um caráter substantivo, mas apenas de publicidade (cf. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 256/280).

Pelo exposto, julgo improcedente o recurso ministerial e parcialmente procedente o recurso da defesa, apenas, para decotar a causa especial de aumento de pena do art. 18, inciso III, da Lei 6.368/76, nos termos deste voto.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES HYPARCO IMMESI e REYNALDO XIMENES CARNEIRO.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES, DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DA DEFESA E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

...

Roubo qualificado - Emprego de arma de fogo - Concurso de pessoas - Reconhecimento pessoal - Confissão parcial - Posse da *res furtiva* - Valoração da prova - Condenação - Posse irregular de arma de fogo - Princípio da consunção - Inaplicabilidade - Concurso material - Fixação da pena - Circunstâncias judiciais

Ementa: Roubo praticado em concurso de agentes com emprego de arma de fogo. Reconhecimento dos réus pelas vítimas. Confissão parcial. Apreensão de parte da *res furtiva*. Autoria comprovada em relação ao crime contra o patrimônio. Porte de arma. Desígino autônomo em relação ao porte para a prática do roubo. Revólver que estava guardado na casa do réu. Conduta que se subsume na posse. Dosimetria da pena. Exagero. Adequação.

- O reconhecimento dos réus pelas vítimas, aliado à confissão parcial por parte de um deles, e a apreensão de parte da *res furtiva* em poder dos recorrentes são suficientes para comprovação da autoria do crime de roubo armado, merecendo ser confirmada a sentença neste ponto.

- Tendo o réu, após consumado o roubo, ocultado a arma em residência, praticou o crime de posse de arma de fogo, mediante desígnio diverso do porte para o cometimento do roubo, inviabilizando a absolvição pelo princípio da consunção.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0702.07.353844-0/001 - Comarca de Uberlândia - Apelantes: 1º) Jouberth Oliveira Fernandes, 2º) Vilmar Gonçalves Cafelista - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. HERCULANO RODRIGUES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

Belo Horizonte, 17 de janeiro de 2008. - *Herculano Rodrigues* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento pelo primeiro apelante o Dr. Rodrigo Pereira da Silva.

DES. HERCULANO RODRIGUES - Na 2ª Vara Criminal da Comarca de Uberlândia, Jouberth Oliveira Fernandes e Vilmar Gonçalves Cafelista, já qualificados, foram condenados da seguinte forma:

- o primeiro, incurso nas sanções do art. 157, § 2º, I e II, por cinco vezes, na forma do art. 70, todos do Código Penal, e no art. 12 da Lei nº 10.826/03, em concurso material, apenado com 9 (nove) anos e 2 (dois) meses de reclusão, no regime fechado, e 21 (vinte e um) dias-multa, no valor unitário mínimo, quanto ao roubo qualificado em concurso, e 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de detenção, no regime aberto, e 12 (doze) dias-multa, também no mínimo, para a posse de arma de fogo, e;

- o segundo, nas sanções do art. 157, § 2º, I e II, por cinco vezes, na forma do art. 70, todos do Código Penal, apenado com 9 (nove) anos e 2 (dois) meses de reclusão, no regime fechado, e 21 (vinte e um) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Tudo isso porque, segundo a denúncia, em 2 de fevereiro de 2007, na Rua Conde, nº 810, Bairro Pacaembu, em unidade de desígnios e previamente ajustados, invadiram o estabelecimento denominado Bar e Mercearia Lorivas e, mediante grave ameaça com emprego de arma de fogo, subtraíram os bens relacionados na inicial de propriedade das vítimas: Bar e Mercearia Lorivas, Lourival Carlos de Paula, Cláudio Machado da Silva, Francisco Carlos Oliveira e Elmo do Espírito Santo Silva.

E ainda, após as subtrações, o réu Jouberth Oliveira Fernandes ocultou a arma de fogo tipo revólver, calibre 32, na residência situada na Rua Delfina Almeida, nº 107, Bairro Jardim Brasília, que ele possuía sem autorização legal ou regulamentar.

Irresignados, apelaram, apresentando razões em separado.

Jouberth Oliveira Fernandes pede sua absolvição quanto a todos os crimes, forte na tese de insuficiência probatória e, alternativamente, a desclassificação para a modalidade tentada em relação aos crimes de roubo, a aplicação do princípio da consunção para o crime de posse de arma de fogo e a revisão da dosimetria da pena.

Vilmar Gonçalves Cafelista articula preliminar para aguardar o julgamento do recurso em liberdade e, no mérito, também quer ser absolvido, com base no teor da prova coligida e, caso contrário, pede o reconhecimento de sua participação em apenas um dos crimes de roubo, a desclassificação da conduta para a modalidade tentada do crime, bem como a revisão da pena, inclusive do regime prisional.

As contra-razões e o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça abraçam as conclusões da sentença.

No essencial, é o relatório.

A preliminar invocada no recurso do réu Vilmar Gonçalves não merece prosperar.

Conforme se verifica nos autos, o apelante permaneceu preso durante todo o desenrolar da instrução, cuidando a sentença de justificar sua manutenção no cárcere, visto que ausente qualquer motivo capaz de justificar sua liberação.

A presunção de inocência prevista na Constituição, neste caso, não restou afrontada, diante do teor da Súmula nº 9 do colendo STJ, que diz: "A exigência da prisão provisória para apelar não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência".

Por outro lado, deve-se atentar que pesa contra o apelante a condenação na prática de cinco crimes de roubo armado praticado em concurso, circunstância esta que, sem qualquer dúvida, agride a ordem pública, justificando, assim, seu acautelamento provisório.

Rejeito a preliminar.

No mérito, examino os recursos conjuntamente, em face da identidade da matéria.

Os autos do inquérito revelam que, por ocasião dos fatos, dois indivíduos armados invadiram o estabelecimento tipo bar onde se encontravam as vítimas, subtraindo bens de todas elas e danificando duas máquinas "caça-níqueis", de onde extraíram quantia em dinheiro, evadindo em um veículo modelo Fiat/Uno de cor cinza.

Após, foi informado aos policiais que o réu Vilmar comparecera dias antes no local fazendo perguntas sobre as máquinas "caça-níqueis", tendo a Polícia feito rastreamento e encontrado os réus juntos, no interior de um veículo Fiat/Uno de cor cinza, e, ainda, apreendido em poder de ambos documentos pessoais de duas vítimas e quantia em dinheiro que correspondia aos valores subtraídos dos populares e dos caça-níqueis.

E, ainda, dirigiram-se à casa da namorada de Jouberth, onde conseguiram encontrar uma arma de fogo municiada, que correspondia à descrição de uma daquelas utilizadas pelos assaltantes.

Ouvido em juízo, às f. 73/76, o réu Jouberth informou que emprestou seu automóvel a Vilmar, pessoa que conhece há muito tempo, e este lhe informou, após os fatos, que havia praticado o assalto em companhia de um elemento chamado Welington e, ainda, que, no momento em que o co-réu lhe devolvia o carro, foram abordados pelos policiais.

Disse, ainda, que aceitou guardar a arma utilizada no crime, o que fez a pedido de Vilmar.

O recorrente Vilmar Gonçalves Cafelista, às f. 77/79, confirmou parcialmente os fatos, esclarecendo que, de fato, pediu o carro de Jouberth emprestado e foi junto com Welington ao local do crime, de onde apenas abriu duas máquinas "caça-níqueis" para recuperar a importância perdida, tendo Welington mandado "o povo ir para o fundo" (*sic*), negando as outras subtrações noticiadas.

Informou também que pediu a Jouberth para que guardasse o revólver de Welington, o que ele fez.

O policial Antônio Donizete de Paula, à f. 109, relatou que as vítimas reconheceram ambos os réus, o que foi feito no bar após terem sido os mesmos presos.

Waldemir Ferreira Gorito, às f. 110/111, esclareceu que estava presente no local dos fatos e não teve nenhuma dúvida em reconhecer ambos os recorrentes como os assaltantes.

Lourival Carlos de Paula, às f. 133/134, proprietário do estabelecimento, reconheceu com certeza apenas o réu Vilmar.

Já Elmo do Espírito Santo Silva, às f. 137/138, uma das vítimas, reconheceu apenas Jouberth como um dos assaltantes.

Balizada a prova, tenho que restou comprovada a autoria dos delitos em relação a ambos os réus, bem como a materialidade delitiva, que se extrai da prova documental.

A alegação de Vilmar de que não estava no local por ocasião dos fatos, a par de não demonstrada, esbarra em

sua própria confissão parcial, na delação do co-réu Jouberth e no reconhecimento feito por várias das vítimas, bem como no fato que, em seu poder, foi encontrada parte da *res furtiva*.

Em relação a Jouberth, além de ter sido reconhecido por várias vítimas, restou incontroverso que seu veículo foi utilizado no assalto e que os bens subtraídos foram encontrados em seu poder, sendo certo, ademais, que admitiu a posse da arma de fogo utilizada no roubo.

E, ainda, a alegação de que o roubo foi praticado também por um terceiro de nome "Welington" não restou comprovada, subsistindo a conclusão de que o crime foi mesmo praticado pelos denunciados.

As discrepâncias entre os depoimentos coligidos nas fases inquisitorial e judicial e a dúvida apresentada sobre se os réus usavam capacete ou não decorrem do nervosismo das vítimas e das condições de registro de seus depoimentos, não servindo para infirmar o fato principal, qual seja que ambos os réus estiveram presentes no local e praticaram o assalto.

E, ainda, o fato de algumas das vítimas não serem capazes de reconhecer os autores do ilícito como sendo os apelantes não enfraquece as declarações daqueles que lograram o reconhecimento.

Soa graciosa a alegação de Vilmar de que teria incorrido em apenas um delito, qual seja o de roubo do dinheiro das máquinas "caça-níqueis", sendo certo que, ao participar do assalto, concorreu também para as demais subtrações, praticadas pelo outro réu, não sendo caso também de reconhecer a participação de menor importância, não restando a mesma evidenciada no contexto da prova.

Da mesma forma, não há falar em tentativa de roubo, visto que os bens subtraídos, efetivamente, foram retirados da esfera de disponibilidade de seus proprietários e, somente após decorrido bastante tempo e graças à ação policial, parte deles foi restituída, inviabilizando a tese desclassificatória.

As qualificadoras incidentes no crime de roubo são incontroversas, visto que todas as testemunhas afirmaram o concurso de vários agentes no delito e o uso de arma de fogo, merecendo subsistir.

Todas as cinco subtrações foram praticadas mediante uma só ação dos assaltantes, nas mesmas circunstâncias de tempo e modo, sendo correta a adoção do concurso formal próprio ao caso.

Em relação ao crime de posse de arma de fogo, sua autoria restou confessada pelo réu Jouberth, enquanto a materialidade restou positivada pelo laudo de f. 50, que comprovou a eficiência do armamento.

A tese absolutória consubstanciada no princípio da consunção não merece prosperar.

É que a alegada absorção do crime-meio pelo crime-fim ocorre apenas entre os crimes de porte de arma de fogo e roubo qualificado pelo emprego de arma.

No entanto, aqui se está a cuidar da posse, que difere do porte.

Ao final da empreitada, consumada a execução do crime contra o patrimônio, que se constituiu na finalidade do uso da arma e exaurido o *iter criminis*, cuidou o réu de ocultá-la em sua casa, conforme por ele confessado, atitude esta que decorreu de um desígnio autônomo em relação ao porte da arma para cometimento do roubo, não havendo falar em princípio da consunção, merecendo subsistir a condenação também em relação a este ponto.

Na dosimetria da pena, obrou o Juiz em exagero, impondo-se a adequação das reprimendas.

É que, da análise das certidões de f. 146 e 147/148, verifica-se que os réus não possuem antecedentes, inexistindo elementos que permitam concluir sejam suas personalidades voltadas ao crime ou desfavoráveis as condutas sociais.

Assim, considerando o restante das circunstâncias judiciais, especialmente a culpabilidade, que não discrepa daquela ínsita ao crime, fixo a pena-base para ambos os réus em relação aos crimes de roubo no mínimo, em 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

O aumento em 3/8 (três oitavos) em relação às qualificadoras do crime está correto, sendo posicionamento crescente na jurisprudência o aumento em patamar inferior ao mínimo no caso de duas qualificadoras. Confira-se em Guilherme de Souza Nucci, *Código Penal comentado*, 4. ed., RT, p. 534/535.

Assim, majoro a pena para 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 12 (doze) dias-multa.

Quanto ao concurso de crimes, também se mostra acertado o aumento em 1/3 (um terço), tendo em vista terem sido cinco as ocorrências delituosas, concretizando-se a pena em 7 (sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 16 (dezesseis) dias-multa.

Fica mantido o regime prisional fechado e o valor do dia-multa circunscrito ao mínimo.

Para o crime de posse de arma de fogo, cometido por Jouberth Oliveira Fernandes, considero favoráveis as circunstâncias judiciais, nos termos da fundamentação expendida supra, fixando a pena-base em 1 (um) ano de detenção, e 10 (dez) dias-multa, que fica definitiva à míngua de circunstâncias outras a considerar.

Mantenho o regime prisional aberto e o valor da unidade.

Assente o exposto, dou parcial provimento a ambos os recursos, permanecendo os réus condenados da seguinte forma:

- Jouberth de Oliveira Fernandes, incurso nas sanções do art. 157, § 2º, I e II, por cinco vezes, na forma do art. 70, todos do Código Penal, e no art. 12 da Lei nº 10.826/03, em concurso material, apenado com 7 (sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, no regime fechado, e 16 (dezesseis) dias-multa, no valor unitário

mínimo, quanto ao roubo qualificado em concurso, e 1 (um) ano de detenção, no regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, também no mínimo, para a posse de arma de fogo, e;

- o segundo, nas sanções do art. 157, § 2º, I e II, por cinco vezes, na forma do art. 70, todos do Código Penal, apenado com 7 (sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, no regime fechado, e 16 (dezesseis) dias-multa, no valor unitário mínimo, mantida a sentença quanto ao restante.

Na origem, façam-se as anotações devidas.

Custas, de lei.

DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES - Sr. Presidente. Também me ponho inteiramente de acordo com o voto do eminente Relator, inclusive, quando S. Ex.ª afasta o pedido em relação ao delito de posse de arma. S. Ex.ª esclareceu muito bem que após o delito continuou o réu a guardar o revólver.

Quanto ao mais, nada tenho a acrescentar, de modo que estou acompanhando na íntegra o eminente Relator.

DES. HYPARCO IMMESI - De acordo.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

...

Tráfico de entorpecentes - Concurso de pessoas - Delação - Valoração da prova - Condenação - Fixação da pena - Réu primário - Bons antecedentes - Causa de diminuição - Aplicabilidade - Associação (Lei de Tóxicos) - Ausência de requisitos - Absolvição

Ementa: Apelações criminais. Tráfico de drogas. Delação de co-réu. Provas testemunhais. Investigação profunda realizada pela Polícia Civil. Provas concretas da autoria e da materialidade. Absolvição. Impossibilidade. Associação para o tráfico. Inexistência de elementos para sua configuração. Absolvição. Possibilidade. Causa especial de diminuição das penas. Requisitos presentes. Modificação do regime prisional e incidência da agravante da reincidência. Pedidos prejudicados.

- Tratando-se de delação de co-réu, precisa e minuciosa no sentido de imputar ao primeiro e ao segundo apelantes a prática do tráfico de drogas, corroborada pelas bem sucedidas comunicações de serviços realizadas pela Polícia Civil, comprovada está a prática do tráfico de drogas, sendo impossível a absolvição.

- Inexistem nos autos elementos suficientes que comprovem a ocorrência do delito de associação para o tráfico, porquanto ausente o acordo prévio de vontades entre os dois primeiros apelantes, com vínculo duradouro e finalidade de traficar substância entorpecente. Assim, a absolvição é medida que se impõe.

- Tendo em vista a primariedade e os bons antecedentes do apelante Matheus e do apelado Edgardo, inexistindo provas de que estes se dediquem a atividades criminosas e muito menos integrem organização criminosa, presentes os requisitos para a concessão da causa especial de diminuição das penas constante do art. 33, § 4º, da nova Lei de Tóxicos.

- Prejudicado o pedido do Ministério Público no que tange à modificação das reprimendas impostas ao primeiro apelante (agravante da reincidência) e à modificação do regime de cumprimento de pena referente ao delito de associação para o tráfico, em face da absolvição dos apelantes.

Provimento parcial do recurso defensivo e desprovimento do recurso ministerial que se impõe.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.07.460265-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: 1º) Philippe Magno Soares de Magalhães, 2º) Mateus Soares Magalhães, 3º) Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelados: 1º) Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2º) Philippe Magno Soares de Magalhães, 3º) Mateus Soares Magalhães, 4º) Edgardo Amarante Coelho Júnior de Bravo - Relator: Des. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL AOS RECURSOS DA DEFESA E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL.

Belo Horizonte, 19 de fevereiro de 2008. - *Antônio Carlos Cruvinel* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral pelos apelantes, Philippe Magno Soares de Magalhães e Mateus Soares Magalhães, o Dr. João Paulo Machado R. Cardoso.

DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - Sr. Presidente. Ouvi, com atenção, as palavras proferidas da tribuna pelo ilustre orador.

Presentes os pressupostos de sua admissibilidade, conhece-se dos recursos.

Trata-se de apelações contra a sentença de f. 316/335, que condenou o primeiro e o segundo apelantes nas sanções dos arts. 33 e 35, ambos da Lei

11.343/06, às penas de 9 (nove) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, além do pagamento de 1.300 (mil e trezentos) dias-multa, e de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, além do pagamento de 866 (oitocentos e sessenta e seis) dias-multa; respectivamente condenou o apelado Edgardo nas sanções do art. 33 da Lei 11.343/06, às penas de 2 (dois) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, além do pagamento de 200 (duzentos) dias-multa.

O dia-multa fora fixado no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato e corrigido até o efetivo pagamento.

Nas razões de f. 369/373, o Órgão Ministerial requer o decote da causa especial de diminuição das penas constante do art. 33, § 4°, da Lei 11.343/06, concedida ao apelado Edgardo e ao apelante Matheus, por inexistirem os requisitos para sua concessão. Roga, ainda, pela exasperação das reprimendas referentes ao apelante Philippe, porquanto o Magistrado *a quo* não fez incidir a agravante da reincidência no que tange ao delito de associação para o tráfico. Por fim, requer a modificação do regime de cumprimento de pena estabelecido para os dois primeiros apelantes, tão-somente, quanto ao delito de associação para o tráfico.

Nas razões de f. 385/420, a defesa requer a absolvição do primeiro e do segundo apelantes em ambos os delitos, pelo fato de que as provas se basearam apenas na delação do apelado Edgardo, bem como nas comunicações de serviços realizadas pelos policiais civis, ausentes o contraditório e a ampla defesa.

Os recursos serão analisados separadamente.

Do recurso defensivo.

Quanto ao delito de tráfico, a defesa alega inexistirem elementos suficientes que comprovem a autoria. Porém, sem razão.

A autoria restou indubitável através da delação do apelado Edgardo, aliada às várias comunicações de serviços realizadas pela Polícia Civil, bem como pelos depoimentos das testemunhas.

Eis a delação do apelado Edgardo:

> (...) que adquiriu dos irmãos Phillipe e Mateus R$ 900,00 em drogas, sendo que esse valor pagou por 200g de haxixe; que já havia comprado maconha também nas mãos de Phillipe Magno Soares de Magalhães e Mateus Soares Magalhães; que Philippe Magno Soares de Magalhães e Mateus Soares Magalhães são seus conhecidos no bairro e foram eles que ofereceram droga para o interrogando (...) que os conheceu apenas quando começou a comprar droga deles (...) que eles haviam deixado a droga e a balança de precisão na casa do interrogando um dia antes (...) que no dia da prisão estava com um aparelho celular e no momento em que estava sendo abordado pelos policiais Philippe Magnos Soares de Magalhães ligou para o aparelho celular do interrogando cobrando a droga que eles haviam entregue na residência do interrogando., f. 340.

Nesse mesmo sentido, são os depoimentos dos milicianos e das testemunhas:

> (...) que Edgardo disse ainda que pegava as drogas com dois irmãos no Bairro Santo Antônio de nome Philippe e Mateus (...) que antes de ligarem Edgardo disse aos policiais que para provar que eles, Philippe e Mateus é que forneciam droga para ele, ele então poderia ligar para eles e os policiais disseram, então liga; que inclusive ele fez a ligação e colocou no viva-voz e os policiais ouviram toda a conversa (...) Depoimento de Vander Gonçalves da Silva - policial - f. 342/343.

> (...) que no prédio onde residem sob a proteção do anonimato, moradores informaram que os irmãos Mateus e Philippe são dados ao ócio, fazem uso de drogas e vendem cocaína, maconha e haxixe; que disseram ainda que os irmãos mudaram para o prédio há mais ou menos dois anos e que desde então começou a incidência de pequenos furtos no interior do edifício e o consumo de drogas no interior do prédio aumentou; (...) que descobriram que Mateus mentiu em seu depoimento quando disse que exercia atividade laboral; que em conversa com o chefe de segurança da loja cuja razão social é Herbs, tomaram conhecimento que Mateus nunca trabalhou ali. (...) Depoimento de Valter Eleutério Leal - policial - f. 344.

> (...) que tem conhecimento que os policiais civis estiveram no prédio perguntando se ali residiam os irmãos Philippe e Mateus, mas não sabe se eles conversaram com moradores; que tem conhecimento de pequenos furtos no prédio (...) que atualmente Philippe e Mateus não trabalham (...) que não pode afirmar que todos os moradores do prédio gostam de Philippe e Mateus (...) Depoimento de Vander Gonçalves da Silva - policial - f. 342/343.

Inúmeros outros depoimentos constam dos autos e corroboram as provas apresentadas.

Noutro giro, as comunicações de serviços, f. 71E/74E e 88E/92E, comprovam que os ora apelantes nunca exerceram atividade laboral fixa, bem como mentiram em vários pontos de suas declarações.

O apelante Mateus declarou que trabalhava na loja Herbs, localizada no Shopping Pátio Savassi. Porém, os milicianos se dirigiram até aquele local e confirmaram que este não exerce qualquer atividade laboral, tendo em vista que a citada loja nem sequer existe, f. 73E.

Não satisfeito, declarou que teria trabalhado em uma loja denominada Ospício, localizada também na região da Savassi. Não surpresos, os policiais mais uma vez confirmaram que Mateus nunca foi empregado daquele estabelecimento comercial, f. 89E/90E.

Quanto ao apelante Philippe, declarou que trabalhava na loja de propriedade de sua mãe, juntamente com ela. Novamente, a genitora do apelante negou que este lá trabalhasse e ainda ressaltou que não era proprietária daquele estabelecimento, mas tão-somente funcionária, f. 91E.

Por fim, o genitor de Phillippe nega que ele ou Mateus tenham trabalhado com ele na Federação Mineira de Futebol, como alegado por Philippe, f. 91E:

> (...) que o depoente já prestou serviços na Federação Mineira de Futebol, afirmando que jamais seus filhos Philippe e Mateus ajudaram o depoente quando este trabalhou para a FMF e nem tão pouco o depoente tem conhecimento de que seus aludidos filhos algum dia trabalharam e ou prestaram serviços na FMF (...), f. 102E.

Vale frisar, por final, que não é preciso que os agentes sejam colhidos no momento da mercancia, bastando que existam elementos suficientes que indiquem a prática ilícita do tráfico de drogas, como ocorre *in casu*.

Assim, impossível a absolvição dos ora apelantes quanto ao delito do tráfico de drogas.

No entanto, quanto ao delito de associação para o tráfico, razão assiste à defesa.

Para a configuração do delito tipificado no art. 35 da Lei 11.343/06, é necessário o *animus* associativo, duradouro, com um acordo prévio de vontades entre duas ou mais pessoas, que agem de modo coeso, com a finalidade de praticar tráfico ilícito de drogas.

Eis a jurisprudência:

> O crime previsto no art. 14 da Lei 6.368/76 exige a existência de acordo prévio para estabelecimento de um núcleo associativo, que implica a idéia de estabilidade e fixação, de duradoura atuação entre associados, nunca ocasional e efêmero (TFR - 3ª Região - Ap. Cr. 89.03.07354-4-SP).

Não restou comprovada a existência de uma real associação entre os denunciados, podendo admitir-se uma associação efêmera, não mais existente no nosso ordenamento jurídico.

Nestes autos, inexiste prova da efetiva associação entre os apelantes para propagar e disseminar o tráfico de drogas.

Portanto, não se pode condenar uma pessoa com base em indícios, possibilidades e probabilidades, sendo a absolvição dos apelantes medida de rigor.

Assim, é de se absolver os dois primeiros apelantes da prática do delito de associação para o tráfico de drogas.

Do recurso ministerial.

No que diz respeito ao pedido do Órgão Ministerial, razão não lhe assiste.

Quanto ao segundo apelante e ao apelado Edgardo, são primários, possuidores de bons antecedentes, inexistindo elementos suficientes que indiquem a dedicação a atividade criminosa ou que façam parte de organização criminosa.

Assim, presentes os requisitos para a incidência da causa especial de diminuição das penas (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06).

Quanto aos pleitos de modificação do regime de cumprimento de pena para os dois primeiros apelantes e a incidência da agravante da reincidência (apelante Philippe), restaram prejudicados, já que estes diziam respeito, tão-somente, ao delito de associação para o tráfico, por estarem sendo absolvidos da prática deste delito.

Assim, impossível acolher o pleito ministerial.

Por todo o exposto, dá-se provimento parcial ao recurso defensivo para absolver os dois primeiros apelantes da prática do delito de associação para o tráfico de drogas, negando-se provimento ao recurso ministerial, nos termos deste voto.

Custas, na forma da lei.

DES. PAULO CÉZAR DIAS - Sr. Presidente. Acompanho o voto do douto Relator, evidenciando apenas, porque o voto de S. Ex.ª não menciona as penas que restaram da exclusão feita, que o apelante Mateus S. Magalhães ficou condenado a um ano e oito meses de reclusão e 166 dias-multa e o apelante Philippe, a seis anos de reclusão e 600 dias-multa pelo tráfico, excluída a associação.

DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS - Sr. Presidente. Registro que ouvi, com muita atenção, a sustentação oral feita da tribuna pelo ilustre advogado e registro, ainda, que recebi substancioso memorial, ao qual dei a devida atenção.

Quanto à questão em julgamento, ponho-me inteiramente de acordo com o Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL AOS RECURSOS DA DEFESA E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL.

...

Habeas corpus - Roubo qualificado - Prisão preventiva - Garantia da ordem pública - Repercussão social - Ausência de fundamentação jurídica - Constrangimento ilegal - Réu primário - Residência fixa - Ocupação lícita - Regime inicial semi-aberto - Apelação em liberdade - Concessão da ordem

Ementa: *Habeas corpus*. Roubo qualificado. Prisão preventiva. Abstrata fundamentação. Comoção social e gravidade delitiva. Inidoneidade. Paciente primário, com residência fixa e ocupação lícita. Relevância. Desproporcionalidade entre a prisão preventiva e o regime inicial semi-aberto fixado na sentença condenatória. Precedentes do STF e do STJ. Ordem parcialmente concedida.

- A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem sedimentando entendimento no sentido de que a abstrata alusão à comoção social e à gravidade delitiva, sem respaldo em circunstância concreta dos autos, não é suficiente para a decretação da prisão preventiva com

fundamento na garantia da ordem pública, mormente quando se trata de paciente primário, com residência fixa e ocupação lícita.

- A manutenção da prisão preventiva, quando fixado o regime inicial semi-aberto para o início do cumprimento da pena aplicada, negando ao réu o direito de recorrer em liberdade, constitui constrangimento ilegal, porque agrava indevidamente a sua situação no caso de optar pela interposição do recurso de apelação.

HABEAS CORPUS Nº 1.0000.07.465598-6/000 - Comarca de Passos - Paciente: Thiago Victor da Silva - Autoridade coatora: Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Infância e Juventude da Comarca de Passos - Relatora: Des.ª MÁRCIA MILANEZ

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM CONCEDER A ORDEM, EM PARTE, À UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 8 de janeiro de 2008. - *Márcia Milanez* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª MÁRCIA MILANEZ - O ilustre advogado Dr. Thiago Machado Honório, inscrito na OAB/MG sob o nº 104.820, impetra ordem de *habeas corpus* com pedido de liminar em favor de Thiago Victor da Silva, condenado pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, inciso II, do Código Penal, para cumprir a pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão em regime inicial semi-aberto, e 10 (dez) dias-multa, fixado o dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo.

Alega o direito do paciente de recorrer da sentença em liberdade, pois não se pode mantê-lo preso preventivamente quando condenado à pena privativa de liberdade a ser cumprida em regime semi-aberto, sob pena de agravamento indevido de sua situação apenas em razão de sua opção pela interposição do recurso de apelação, já que a própria execução da pena seria mais branda. Acrescenta que o paciente é primário, com bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita. Elucida a ausência de requisitos autorizadores da prisão preventiva.

Nesses termos, requer, liminarmente, a concessão da ordem com a imediata expedição de alvará de soltura e, ao final, o direito de apelar em liberdade, o decote da majorante prevista no art. 157, § 2º, II, do CP e a modificação do regime inicial semi-aberto para o aberto (f. 02/07).

Instruiu a impetração com as cópias de f. 08/21.

O pedido liminar foi parcialmente deferido às f. 26/28.

Requisitadas as informações da autoridade apontada como coatora, foram elas prestadas através do ofício de f. 34, acompanhadas com as cópias processuais de f. 35/48.

O parecer da d. Procuradoria-Geral de Justiça é pela concessão parcial da ordem (f. 76/77).

É, em síntese, o relatório.

Após detida análise dos autos, constato que razão em parte assiste ao ilustre impetrante.

Isso porque a decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória de f. 12, bem como a manutenção da prisão preventiva na sentença condenatória (f. 17) estão lastreadas apenas na gravidade delitiva e na comoção social.

Entretanto, para garantia da ordem pública, entendo que tais argumentos, por si sós, não têm o condão de lastrear uma medida tão drástica como o enclausuramento cautelar.

Nesse sentido, reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça estão sendo proferidas, *in litteris*:

> Ementa: *Habeas corpus*. Processual penal. Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Gravidade do crime. Comoção social. Fundamentos inidôneos. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal está sedimentada no sentido de que a alusão à gravidade em abstrato do crime e à comoção social não é suficiente para a decretação da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública. Ordem concedida (STF, *HC* 90146/GO - Goiás, Relator: Min. Eros Grau, julgamento: 06.02.2007, Órgão Julgador: Segunda Turma, publicação no *DJ* de 09.03.2007, p.00052; v. 02267-03 p.00459).

> Criminal. *HC*. Tráfico de entorpecentes. Prisão preventiva. Prova da materialidade e indícios de autoria. Gravidade do crime. Clamor público. Hediondez do delito. Motivação inidônea a respaldar a custódia. Possibilidade de fuga. Simples suposição. Ausência de concreta fundamentação. Necessidade da custódia não demonstrada. Ordem concedida. Excesso de prazo. Alegação prejudicada. - A prisão preventiva é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não-culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação. O fato de se tratar de crime hediondo não basta, por si só, para justificar a custódia cautelar, sendo necessária a devida fundamentação. Precedente. Aspectos relacionados à existência de indícios de autoria e prova da materialidade devem permanecer alheios à avaliação dos pressupostos da prisão preventiva, não sendo suficientes para respaldá-la. O juízo valorativo sobre a gravidade genérica do delito imputado ao paciente, bem como o abalo social decorrente da prática supostamente criminosa não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão para garantia da ordem pública, se desvinculados de qualquer fator concreto.

> Conclusões vagas e abstratas, como a possibilidade de fuga, sem vínculo com situação fática concreta, efetivamente existente, constituem simples suposição a respeito do que o acusado poderá vir a fazer, caso permaneça solto, motivo pelo qual não podem fundamentar a medida constritiva. Precedentes do STF e do STJ. (STJ, *HC* 63065/SP, Relator: Ministro Gilson Dipp (1111), Órgão Julgador: T5 - Quinta Turma, data do julgamento: 07.11.2006, data da publicação/fonte: *DJ* de 18.12.2006, p. 441).

> Como se não bastasse, a manutenção da prisão preventiva, quando fixado o regime inicial semi-aberto para o início do cumprimento da pena aplicada, negando ao réu o direito de recorrer em liberdade, constitui constrangimento ilegal, porque agrava indevidamente a sua situação, no caso de optar pela interposição do recurso de apelação, além de revelar, inclusive, um contra-senso, dada a natureza da pena aplicada, sua quantidade e o tempo de duração do encarceramento absoluto durante a instrução processual (STJ, *HC* 63605/SP, Relator Arnaldo Esteves Lima, *DJ* de 12.03.2007, p. 282).

Ademais, as condições pessoais favoráveis ao paciente - primariedade, bons antecedentes e ocupação lícita - foram reconhecidas pelo próprio Juiz singular ao proferir a sentença condenatória (f. 13/17).

Por fim, não merecem guarida os pedidos de decote da majorante prevista no art. 157, § 2º, II, do CP e de modificação do regime inicial semi-aberto para o aberto, pois, além de se confundirem com o próprio mérito da ação penal, necessitam de análise crítica, profunda e valorada de provas, incompatível de ser realizada nos estreitos limites de cognição do *writ*. Ademais, tais pedidos serão devidamente apreciados no recurso de apelação já interposto.

Ante o exposto, acolho o lúcido parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça para conceder parcialmente a ordem impetrada, a fim de permitir ao paciente que aguarde o julgamento do recurso de apelação em liberdade, ratificando a liminar.

Registro, novamente, que o paciente assumirá, desde logo, o compromisso de comparecer a todos os atos processuais para os quais for intimado, bem como o de não mudar de residência sem prévia permissão do douto Juiz singular ou ausentar-se por mais de 8 (oito) dias de sua residência sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado, sob pena de novo decreto preventivo.

Sem custas.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Fernando Starling* e *Edelberto Santiago*.

Súmula - À UNANIMIDADE, CONCEDERAM A ORDEM, EM PARTE.

...

Crime contra a administração da justiça - Sonegação de objeto de valor probatório - Retenção de autos - *Habeas corpus* - Trancamento de ação penal - Ausência de intimação prévia - Devolução espontânea - Elemento subjetivo do tipo - Dolo - Atipicidade - Concessão da ordem

Ementa: *Habeas corpus*. Retenção de autos por advogado (CP, art. 356). Pretensão de trancamento de ação penal. Dolo não caracterizado. Falta de prévia intimação. Mera conduta negligente. Atipicidade. Ordem concedida.

- O tipo inscrito no art. 356 do Código Penal consuma-se com a recusa do agente em restituir os autos, depois de intimado a devolvê-los na forma prevista na legislação processual. Patente, assim, a necessidade de que haja a vontade consciente de deixar de restituir os autos, e que o elemento subjetivo do tipo é o dolo e que não se pune a forma culposa.

- Colhendo-se das informações que a devolução dos autos se deu espontaneamente, independentemente de qualquer providência judicial, houve, no máximo, conduta negligente, consubstanciada em atraso ou retardamento na devolução do feito em cartório, o que, porém, não constitui crime.

HABEAS CORPUS Nº 1.0000.08.468665-8/000 - Comarca de Pará de Minas - Paciente: V.B.F. - Autoridade coatora: Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal e da Infância e Juventude da Comarca de Pará de Minas - Relatora: Des.ª MARIA CELESTE PORTO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONCEDER A ORDEM.

Belo Horizonte, 25 de março de 2008. - *Maria Celeste Porto* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª MARIA CELESTE PORTO - Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela advogada V.B.F., em seu favor, objetivando o trancamento de ação penal em que se acha denunciada de suposta prática de infração ao art. 356 do Código Penal.

Aduz atipicidade do fato que lhe está sendo imputado, consistente na falta de devolução de autos de

ação penal que se achavam em seu poder, na qualidade de advogada.

Aduz haver devolvido espontaneamente o processo.

Sustenta, por isso, não estar caracterizada a prática de delito do art. 356, que, pelo Ministério Público, lhe está sendo irrogada na peça acusatória.

Narra que houve a instauração de procedimento policial, requisitada pelo Dr. Promotor de Justiça da Comarca, a quem aponta como autoridade coatora.

Pleiteia a concessão de ordem para o trancamento da ação penal.

Não houve pedido de liminar.

As informações prestadas pelo MM. Juiz de Direito se acham às f. 34/35, sob esclarecimento de que os autos aguardam a realização de audiência para oferta pelo Ministério Público de proposta de suspensão condicional do processo à acusada.

Juntou cópia da denúncia, de onde se colhe que a paciente deixara de restituir, no prazo legal, os autos de processo criminal que havia retirado da Secretaria do Juízo, para alegações finais, em 02.10.2002, na qualidade de advogada do réu E.G.O., vindo a devolvê-los em 19.12.2006.

Acrescenta que a devolução ocorreu em 19.12. 2006, ao que se seguiu a prolação de sentença condenatória, objeto de recurso da defesa, encaminhado a esta Corte.

Ressaltou o Magistrado informante não ter havido intimação da impetrante para a devolução do feito.

Manifestou-se a douta Procuradoria de Justiça pela denegação da ordem (f. 42/43).

É o relatório resumido e no que interessa.

A inicial do *writ* aponta como autoridade coatora o Ministério Público.

Todavia, foram as informações prestadas pelo MM. Juiz da Comarca, evidenciando-se que a denúncia foi recebida e, pois, submetida ao crivo judicial, o que torna desnecessária a requisição de informações ao *Parquet*.

A autoridade impetrada faz referência em suas informações ao *HC* 1.0000.07.455054-5/000 anteriormente impetrado e denegado à paciente, no qual teria visado ao trancamento da ação penal.

Laborou o Magistrado em erro nesse ponto de seus informes.

No *writ* anterior, objetivara a paciente, sim, o trancamento do inquérito policial instaurado.

Nas informações prestadas pela Magistrada então em exercício na comarca (f.18) e conforme está registrado na parte expositiva do acórdão relativo ao julgamento do *habeas* anterior, a MM. Juíza destacou a circunstância de ter havido a restituição espontânea dos autos pela paciente. Isto é, sem que houvesse recebido intimação para fazê-lo.

Ressaltou, ademais, que, nos autos devolvidos, prolatara sentença condenatória em fase de recurso neste Tribunal.

Sempre nos posicionamos no sentido de que o trancamento de ação penal é medida excepcionalíssima, admissível apenas quando se verificar, de início, a não-participação do indiciado no evento dito delituoso, ou for evidente a atipicidade da conduta.

No caso em mesa, constata-se, às claras, a atipicidade da conduta da paciente.

Isso porque o tipo inscrito no art. 356 do Código Penal se consuma com a recusa do agente em restituir os autos, depois de intimado a devolvê-los na forma prevista na legislação processual.

Para tipificação da conduta descrita no art. 356 do Código Penal, imperiosa a demonstração da vontade consciente de deixar o agente de restituir os autos, visto que o elemento subjetivo do tipo é o dolo, que não se pune a forma culposa.

No caso, porque o Magistrado da comarca assevera a ausência de intimação à impetrante para a devolução do processo, segundo constatou nos autos suplementares, nos arquivos e livros do cartório (f.18), considero atípica a conduta da investigada, já que o núcleo do tipo do art. 356, em que o *Parquet* enquadra a conduta da paciente/acusada, está constituído pelo ato de inutilizar no todo ou em parte, ou deixar de restituir autos, documento ou objeto de valor probatório, recebidos na qualidade de advogado ou procurador.

A respeito, ensina Guilherme de Souza Nucci, in *Código Penal comentado*. 7. ed. Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 1117, comentando o art. 356/CPP:

> Intimação para a devolução é imprescindível para a configuração do tipo penal, pois, do contrário, pode-se estar punindo alguém por mera negligência, e o crime é doloso, não culposo.

Registrei em meu voto do *writ* anterior que, a propósito, tratando-se do dito preceito penal, Nelson Hungria, acerca da necessidade, para a configuração do delito, da existência do dolo genérico, ou seja, a vontade consciente e deliberada de, recebendo os autos na qualidade de advogado, deixar de restituí-los, leciona:

> O crime só é punível a título de dolo (genérico). A negligência, por mais crassa, determinante do perdimento ou não-restituição dos autos, documento ou objeto probatório poderá ser contrária à ética profissional, mas não constituirá crime (*Comentários ao Código Penal*. Ed. Revista Forense, 1958, v. 9, p. 523/524).

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça assentou:

> Penal. *Habeas corpus*. Recurso ordinário. Crime de retenção de autos (CP, art. 356). Dolo genérico. Prévia intimação. Pretensão de trancamento do inquérito. - O crime de retenção de autos, previsto no art. 356 do Código Penal, cuja objetividade jurídica é a tutela da administração da

justiça, exige, para sua caracterização, a vontade deliberada e consciente de sonegar ou inutilizar autos, documentos ou objetos de valor probante, sendo descabida a incriminação de mera conduta negligente, consubstanciada em atraso ou retardamento na devolução dos autos em cartório. Recurso provido. *Habeas corpus* concedido (STJ - R*HC* nº 4794/RS - Ministro Vicente Leal - 6ª Turma - Julgado em 24.10.1995 - Publicado no *DJ* de 18.12.1995 - p. 44624 - RCJ 71/181 - REVJUR 225/104).

> O crime definido no art. 356 do CP, cuja objetividade jurídica é a tutela da administração da justiça, exige para a sua caracterização o dolo genérico, que consiste na vontade consciente dirigida à inutilização ou sonegação de qualquer das coisas que constituem objeto material da ação. A culpa, mesmo grave, não basta (RT 517/326).

No mesmo rumo decidiu este Tribunal na Apelação nº 1.0000.00.581425-4/001 - Relator Des. Sérgio Braga:

> Apelação criminal. CP, art. 356. Sonegação de papel ou objeto de valor probatório. Retenção dos autos. - Impossível falar-se em materialidade do delito de retenção de autos, se todos os requisitos objetivos e subjetivos do tipo não foram atendidos. A falta do requisito subjetivo, qual seja dolo na conduta do réu, descaracteriza o delito tipificado no art. 356 do CP. A simples constatação de negligência na conduta do acusado é insuficiente para a configuração do tipo.

Nesse tom, embora não se possa deixar de dar importância ao alargado tempo de retenção dos autos pela impetrante, vê-se que, por todas as circunstâncias antes descritas, a conduta da paciente constitui falta de cuidado com o processo, que, no máximo, caracteriza culpa, na forma de negligência.

Então, a culpa, mesmo grave, não basta para enquadrar a conduta narrada na denúncia na modalidade delituosa tratada (art. 356 do CP), ante a falta de preenchimento do tipo subjetivo do delito, ou seja, a má-fé e vontade consciente de não restituir o processo, como salientado alhures.

Nesse panorama, a ação penal deflagrada traduz-se em constrangimento ilegal à impetrante, pois implica restrições, ainda que de efeito moral, à sua atividade profissional.

Precisamente por tudo isso, concedi a ordem para o trancamento do inquérito na impetração anterior, porém, ante a divergência dos eminentes Desembargadores Vieira de Brito e Hélcio Valentim, fiquei vencida, tendo sido a ordem denegada.

Entretanto, em julgamento do *HC* 1.0000.08.468361-4/000, no dia 11.3.2008, o eminente Des. Hélcio Valentim reconsiderou sua posição, acompanhado pelo Des. Adilson Lamounier, em reforço ao meu entendimento, decidindo pelo trancamento da ação penal inaugurada contra advogado, por motivo de retenção de autos devolvidos após a intimação.

Assim, reconfortada, volto a digitar as mesmas teclas:

Concedo a ordem para determinar o trancamento da ação penal instaurada em desfavor da paciente, V.B.F., por atipicidade de conduta.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores PEDRO VERGARA e ADILSON LAMOUNIER.

Súmula - CONCEDERAM A ORDEM.

...

Quadrilha armada - Crime autônomo - Condenação - Fixação da pena - Circunstâncias judiciais - Maus antecedentes - Reincidência - *Bis in idem* - Condenação anterior - Trânsito em julgado - Ausência de certidão - Circunstância agravante não caracterizada - Uso de documento falso - Posse - Atipicidade

Ementa: Processual penal. Sentença. Ausência de justificação na fixação da pena. Base acima do mínimo. Inocorrência. Preliminar rejeitada. Quadrilha. Crime caracterizado. Autoria e materialidade demonstradas. Uso de documento falso. Crime não tipificado. Não-utilização, pelos réus, dos documentos que portavam. Pena. Redução. Possibilidade. Maus antecedentes e reincidência não demonstrados através de certidão.

- O crime de quadrilha ou bando tem completa autonomia jurídica penal e, portanto, existência própria, não dependendo, assim, dos delitos que seus participantes venham a praticar.

- No crime de formação de quadrilha ou bando, pouco importa que seus componentes não se conheçam reciprocamente, que haja um chefe ou líder, que todos participem de cada ação delituosa ou que cada um desempenhe uma tarefa específica. O que importa verdadeiramente é o propósito deliberado de participação ou contribuição de forma estável e permanente, para o êxito das ações do grupo.

- A simples posse de documento falso não constitui o crime do art. 304 do CP. Para sua configuração, é preciso que o documento saia da esfera pessoal do agente, iniciando-se uma relação qualquer com outra pessoa, de modo a determinar efeitos jurídicos.

- Justifica-se a fixação da pena-base do delito de formação de quadrilha acima do mínimo legal, diante dos péssimos antecedentes do réu; de sua elevada culpabilidade; das

graves conseqüências da associação; da inexistência de motivos para o crime; do alto grau de organização e sofisticação da quadrilha, bem como de sua periculosidade, revelada pelo ousado e destemido modo de agir, com a utilização de armamento pesado, de uso exclusivo das Forças Armadas.

- Configura inadmissível *bis in idem* a consideração das mesmas condenações anteriores do réu para majorar a pena a título de maus antecedentes e de reincidência.

- Não se justifica o acréscimo na fixação da pena levando-se em conta os maus antecedentes do réu se inexiste nos autos certidão de condenação definitiva anterior, em face da norma constitucional da presunção de inocência.

- A reincidência só pode ser provada mediante certidão de condenação anterior, com seu trânsito em julgado, indicação da data em que ela se tornou definitiva e o dia do eventual cumprimento ou extinção da pena.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.05.751178-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: 1º) Paulo Donizete Siqueira de Souza, 2º) Nildo Alves do Nascimento, 3º) Elison Carlos Evangelista Stinghel - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relatora: DES.ª BEATRIZ PINHEIRO CAIRES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 21 de fevereiro de 2008. - *Beatriz Pinheiro Caires* - Relatora.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelos apelantes, a Dr.ª Andréa de Leão Rodrigues.

DES.ª BEATRIZ PINHEIRO CAIRES - A respeitável sentença de f. 686/710 condenou Fábio José Veloso como incurso nos arts. 288, parágrafo único, 289, § 1º, e 297 (por três vezes), c/c os arts. 71, 61, inciso I, e 62, inciso I, todos do Código Penal; José Ribamar e Paulo Donizete Siqueira de Souza nas sanções dos arts. 288, parágrafo único, e 304, c/c os arts. 61, inciso I, e 62, inciso I, do mesmo diploma legal; Elison Carlos Evangelista Stinghel nas iras dos arts. 288, parágrafo único, e 304, c/c o art. 61, inciso I, na forma do art. 69, também do Código Penal; Nildo Alves do Nascimento nas sanções dos arts. 288, parágrafo único, e 304, na forma do art. 69, do mesmo estatuto penal; e Nelsivando Lúcio Vieira dos Santos no art. 288, parágrafo único, c/c o art. 61, inciso I, do já citado diploma penal, impondo-lhes as seguintes sanções: ao primeiro, a pena total de 22 anos e 06 meses de reclusão e 263 dias-multa (05 anos de reclusão pelo delito do art. 288, 07 anos e 06 meses de reclusão e 113 dias-multa pelo delito do art. 297, e 10 anos de reclusão e 150 dias-multa, pelo delito previsto no art. 289, § 1º, todos do Código Penal); ao segundo e ao terceiro, a de 12 anos de reclusão, mais pagamento de 100 dias-multa (06 anos pelo delito do art. 288, parágrafo único, e 06 anos e 100 dias-multa pelo delito previsto no art. 304, ambos do Código Penal); ao quarto, a de 11 anos e 08 meses de reclusão e 93 dias-multa (05 anos e 10 meses de reclusão pelo art. 288, § único, e 05 anos e 10 meses de reclusão e 93 dias-multa pelo art. 304 do Código Penal); ao quinto, a de 10 anos de reclusão e 80 dias-multa (05 anos de reclusão pelo art. 288, parágrafo único, e 05 anos de reclusão e 80 dias-multa pelo art. 304 do Código Penal); e, ao sexto, a de 05 anos e 10 meses de reclusão, estabelecendo o regime inicial fechado para o cumprimento das reprimendas aplicadas.

Julgando o *Habeas Corpus* nº 1.0000.06.434740-4/000, de minha relatoria, esta Segunda Câmara Criminal concedeu parcialmente a ordem, para anular em parte a sentença, declarando insubsistente a condenação imposta ao réu Fábio José Veloso quanto ao delito previsto no art. 289, parágrafo único, do Código Penal.

Inconformados, apelaram os réus, Paulo Donizete Siqueira de Souza, Nildo Alves do Nascimento, Elison Carlos Evangelista Stinghel, Fábio José Veloso e José Ribamar Gomes, havendo o desmembramento do processo em relação a estes dois últimos acusados, seguindo, quanto a eles, em autos separados (f. 948 e 954).

O primeiro apelante - Paulo Donizete de Souza - pretende a absolvição, alegando, em síntese, que inexistem provas de que estivesse associado aos demais réus, estando a sua condenação baseada em meras suposições. Alega, mais, que o delito previsto no art. 304 do Código Penal não se configurou, tendo em vista que não se utilizou do documento falso apreendido em seu poder. Subsidiariamente, requer a diminuição da pena-base, considerando que a sua fixação acima do patamar mínimo não se fez devidamente justificada, à luz das circunstâncias do art. 59 do Código Penal.

O segundo apelante - Nildo Alves do Nascimento - também requer a absolvição e a diminuição da sua pena-base com argumentos semelhantes aos deduzidos pelo sentenciado Paulo Donizete de Souza.

O terceiro apelante - Elison Carlos Evangelista Stinghel - argúi, em preliminar, a nulidade da sentença, por ausência de fundamentação na aplicação da pena-base, fixada em patamar muito superior ao mínimo

legal. No mérito, pleiteia a sua absolvição, sustentando, em resumo, a inexistência de provas suficientes para a condenação. Subsidiariamente, pleiteia a diminuição da pena-base, por falta de fundamentação, havendo, segundo ele, apenas a genérica menção às circunstâncias do art. 59 do Código Penal.

O acusado Nelsivando, apesar de regularmente intimado, não quis recorrer, num sinal de que se conformou com a condenação sofrida.

Contra-arrazoados os recursos, com vista, a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento.

É o relatório resumido.

Conheço dos recursos, presentes os requisitos legais de admissibilidade.

Não procede a preliminar argüida pela defesa do acusado Elison.

Ao contrário do que alega esse apelante, a fixação da sua pena-base acima do mínimo legal se fez devidamente justificada, à luz da existência de várias circunstâncias judiciais a ele desfavoráveis, conforme se pode constatar, sem maiores dificuldades, da decisão recorrida.

Além do mais, ainda que o Julgador monocrático não justificasse a fixação da pena acima do seu *quantum* mínimo, seria o caso de se rever a sentença para reduzir a reprimenda, e não anulá-la.

Rejeito a preliminar.

Passo ao exame do mérito.

A absolvição pretendida pelos apelantes em relação ao crime de formação de quadrilha não é possível. As provas da culpabilidade dos três foram bem examinadas pelo Juiz e, diante delas, a condenação se impunha.

Segundo ficou claramente evidenciado nos autos, os apelantes e os demais acusados integravam uma bem montada e articulada quadrilha, especializada em crimes contra o patrimônio - especialmente roubo a bancos e carros fortes -, que agia em várias regiões do País.

Pelo que consta, no ano de 2005, ocorreram uma série de roubos a bancos e carros fortes neste Estado, causando a morte de três seguranças desses veículos. Tais crimes contra o patrimônio eram praticados pelo bando integrado pelos acusados, que se utilizava de armamento pesado, havendo, inclusive, notícias do uso de metralhadora cal. 0.50 mm, peça de artilharia antiaérea.

Com a prisão dos envolvidos em tentativa de roubo a um carro forte em Itabira, foi possível identificar o réu José Ribamar Gomes - um dos chefes da quadrilha - e alguns outros integrantes do bando, que sofreu sério revés com a prisão dos réus deste processo, dentre eles os ora apelantes, cujas participações na organização criminosa ficaram induvidosamente comprovadas nos autos.

Conquanto Paulo Donizete - assim como os demais - negue a sua participação no bando, verifica-se claramente pelos elementos colhidos ser ele um dos componentes da quadrilha.

Segundo restou apurado, ocupava posição de destaque na organização criminosa, sendo um de seus líderes.

Com efeito, pelo que se depreende dos esclarecimentos prestados pelo co-réu Fábio José Veloso, a sua introdução na quadrilha se deu através daquele acusado, a pedido de quem passou a alugar os imóveis para hospedagem dos membros da quadrilha e providenciar documentos falsos e veículos para serem utilizados por eles. Vejamos: "[...] que, há aproximadamente três meses, conheceu a pessoa de Paulo Donizete, através do traficante Nelsinho, vendedor de pó do Morro do Querosene" (*sic*); que era para o declarante "arrumar documentos, alugar imóveis pra eles morarem, alugar carros" (f. 11/14).

Ainda segundo o co-réu Fábio, o veículo de propriedade de Paulo foi utilizado para o transporte de armamento pesado usado pelo grupo criminoso nas ações por eles perpetradas. São suas as palavras:

> [...] na data de 31.05 do ano em curso, período da tarde, ocasião em que José Ribamar compareceu à garagem da casa do declarante, conduzindo veículo VW/Gol, de propriedade do conduzido Paulo Donizete Siqueira de Souza, veículo que se encontra apreendido nesta Unidade, e retiraram algumas armas de fogo do interior daquele veículo, entregando-as para outros três elementos do sexo masculino, desconhecidos do declarante, e que ali chegaram em veículo Celta, cor prata; que o declarante notou naquele momento a entrega de duas metralhadoras, três pistolas semi-automáticas, e uma outra arma de fogo possivelmente fuzil, tendo em vista o tamanho da mesma, além de munição [...] (f. 66).

A alegação de Paulo no sentido de que havia vendido o veículo Gol, utilizado no transporte das armas para José Ribamar, não tem o menor suporte nos autos. Dela não existe a menor prova, havendo, sim, elementos no sentido de que Paulo, na realidade, era o responsável pela distribuição das armas pelo grupo, como se constata do depoimento da testemunha Alcides Martins Maia Filho, Delegado de Polícia que participou das investigações a respeito das ações da quadrilha e que esclareceu o seguinte:

> [...] que o depoente fez parte de uma equipe que conseguiu evitar um roubo na cidade de Barão de Cocais, onde houve um primeiro roubo de um caminhão de carga, e depois pegaram um motorista e um ajudante, levaram para o mato, mantendo-os no cativeiro e levando o caminhão a um posto de gasolina; que houve uma operação conjunta entre a delegacia local de Itabira, que tinha as informações, o Gate e a Rotam, conseguindo fazer um cerco, e foram presos José Cícero, Hilton, policial militar da Bahia, Hofman, os quais são sobrinhos de José Ribamar; que, em diálogo com eles, descobriram que José Ribamar, conhecido por 'Leo Bala', tinha vindo da Bahia para praticar o roubo de Barão de Cocais, que foi impedido por aquele grupo a que se referiu o depoente; que Paulo Donizete, que tem o apelido de 'Careca' e que residia no Buritis, era aquele encarregado de

> distribuir as armas para o grupo; que Hilton chegou a dizer que constantemente José Ribamar contactava por telefone com Paulo 'Careca' [...]; que essa quadrilha tem cerca de 25 membros, que agem de forma alternada e variada; que, no entendimento do depoente e depois de todas as investigações já feitas, ele considera que os comandantes dessas empreitadas criminosas e os cabeças são José Ribamar e Paulo Donizete, vulgo 'Careca' [...] (f. 379/382).

Por sua vez, a testemunha Wanderson Gomes da Silva, Delegado de Polícia do "Grupo de Resposta Especial do Deoesp", esclarece que "Paulo mantém sempre contato com dezenas e dezenas de marginais que atuam em eventos dessa natureza" (f. 385), referindo-se, certamente, à prática de assaltos a bancos e carros-fortes.

Além disso, Paulo, assim como os demais integrantes do bando, foi preso na posse de uma carteira de identidade e uma carteira de motorista falsa, possivelmente fornecidas pelo acusado Fábio, que era quem tinha essa incumbência no bando.

Releva, ainda, assinalar a existência de mandado de prisão preventiva pendente, oriundo da Comarca de Lauro de Freitas/BA, expedido no mesmo processo contra Paulo e José Ribamar (f. 358 e 360), o que revela claramente o vínculo criminoso existente entre os dois.

Como se vê, os elementos indiciários colhidos revelam claramente que Paulo não só integrava a portentosa organização criminosa, como também era um de seus líderes.

A circunstância de não existirem provas da sua participação direta nos roubos a carros-fortes praticados pelo bando, pouco antes de seu desmantelamento, não afasta a configuração do delito do art. 288, do Código Penal, pois não importa, em crime dessa natureza, a quem tenha cabido cada uma das tarefas, porque elas formam um todo e cada participação individual é igualmente importante.

De fato, não fosse a imprescindível ajuda e apoio fornecido por Paulo - responsável pela distribuição das armas - e também pelo contato com funcionário da empresa de transportes de Valores Rodoban, que passava as informações pertinentes aos assaltos (f. 206), o bando certamente não teria como praticar os roubos.

Colhe-se da jurisprudência: "O crime de quadrilha ou bando é autônomo em relação a outros delitos praticados pelos réus, agindo em comum, não importando, assim, não tenha sido reconhecida a participação do acusado na prática de roubo que também lhe foi imputada" (*RT* 440/395).

Também, afigura-se irrelevante o fato de o apelante conhecer ou não todos os integrantes do bando, sabendo-se que,

> No crime de formação de quadrilha ou bando, pouco importa que os seus componentes não se conheçam reciprocamente, que haja um chefe ou líder, que todos participem de cada ação delituosa ou que cada um desempenhe uma tarefa específica. O que importa verdadeiramente é o propósito deliberado de participação ou contribuição de forma estável e permanente, para o êxito das ações do grupo (*RT* 655/319).

Nesse contexto, a condenação de Paulo pelo delito previsto no art. 288, parágrafo único, do Código Penal era mesmo de rigor.

O mesmo ocorre em relação ao acusado Nildo. Foragido da cadeia pública de Joatuba, onde, segundo ele próprio esclareceu, cumpria pena por roubo a banco (f. 75), foi preso em flagrante na casa de Paulo - por quem certamente foi recrutado - portando uma carteira de identidade falsa, traço comum entre os quadrilheiros, todos encontrados na posse de documentos falsos.

Ora, ressalta induvidoso que Nildo também foi recrutado pela quadrilha, não só pela sua confessada experiência em crimes contra o patrimônio, como também pelo fato de não apresentar explicação convincente para o fato de estar na residência de Paulo, como já visto, um dos líderes da organização criminosa.

É importante destacar a existência de notícia de que Paulo e Nildo praticaram a ação criminosa conjunta no Estado do Pará, ocasião em que foi apreendido armamento pesado (f. 384), valendo, ainda, realçar que o próprio Nildo admite que esteve preso, juntamente com Paulo, na cadeia, no Estado do Espírito Santo (f. 333/334), onde respondeu ou responde a processo por roubo (f. 165).

Em relação às alegações de que não existem provas de sua participação nos roubos perpetrados pela quadrilha, cumpre responder que, mesmo que não tenha praticado nenhum crime anterior a serviço do bando, o simples fato de a ele aderir, para a prática de crimes futuros, já caracteriza a infração do art. 288 do Código Penal, de caráter autônomo.

Colhe-se da jurisprudência: "O crime de quadrilha ou bando tem completa autonomia jurídica penal e, portanto, existência própria, não dependendo, assim, dos delitos que seus participantes venham praticar" (*RT* 607/282).

No que diz respeito ao argumento de que, a não ser Paulo, não conhecia mais nenhum dos acusados, reporto-me aos argumentos já expendidos quando da análise da conduta de Paulo.

Quanto ao réu Elison, é de se ver que este acusado, foragido de penitenciaria do Estado do Espírito Santo, foi preso portando documentos falsos, na residência do acusado José Ribamar, que admitiu, no auto de prisão em flagrante delito, que se encontrava nesta Capital a fim de proceder ao agrupamento de pessoal para a prática de roubos a carros-fortes neste Estado (f. 73).

É obvio que Elison foi recrutado por José Ribamar para integrar o bando, não sendo crível a alegação de que iria simplesmente trabalhar como caseiro para o referido réu, como alegou, e não provou.

Além disso, segundo esclareceu a testemunha Alcides Martins Maia Filho, quando de sua prisão, Elison

confessou que veio para Belo Horizonte para integrar o bando. Vejamos: "[...] que Elison foi encontrado na casa de José Ribamar, portando documento falso, é foragido da cadeia Viana e confessou estar ali para integrar a quadrilha [...]" (f. 381).

Nesse contexto, não existem dúvidas quanto à participação de Elison na quadrilha. Foi ele preso em flagrante na casa de um dos líderes; portava, assim como os outros quadrilheiros, documento falso; já se viu condenado por crime contra o patrimônio, como ele próprio admite; e, por fim, chegou a informar, quando de sua prisão, que veio para Belo Horizonte integrar a quadrilha.

Cumpre destacar, ainda, que, em ação anterior praticada no Estado do Maranhão, José Ribamar, assim como fez com Elison, recrutava membros de outros Estados da Federação (f. 548) e os hospedava em sua casa.

Quanto às alegações de Elison, no sentido de que desconhecia os demais integrantes da organização criminosa e de que não participou das ações delituosas por ela anteriormente praticadas, mais uma vez reporto-me ao que já foi dito anteriormente a tal respeito.

Portanto, no que tange à condenação pela infração do art. 288, parágrafo único, do Código Penal, a sentença revelou-se acertada.

O mesmo não acontece em relação ao ilícito previsto no art. 304 do mesmo diploma.

Com efeito, ainda que tenham sido presos na posse de documentos falsificados, os apelantes não se utilizaram deles. Pelo menos, não existe a menor prova nesse sentido. Nada indica que tenham eles apresentado tais documentos quando foram presos por policiais civis ou mesmo no momento da lavratura do auto de prisão em flagrante.

Ora, não basta que o agente tenha consigo eventuais documentos falsificados para a tipificação do delito previsto no art. 304 do Código Penal. É indispensável que deles faça uso, ou seja, os tenha exibido para a finalidade a que se destinam.

A respeito, proclama a jurisprudência:

> A conduta contemplada pelo art. 304 do CP, a se consumar prescinde do fazer uso de documento. O só seu porte não tipifica o ilícito (STJ - R*HC* 1.827-0 - Rel. Min. Pedro Acioli - *DJU* de 17.08.92, p. 12.509).

> A simples posse de documento falso não constitui o crime do art. 304 do CP. Para sua configuração, é preciso que o documento saia da esfera pessoal do agente, iniciando-se uma relação qualquer com outra pessoa, de modo a determinar efeitos jurídicos (*RT* 510/439).

Assim sendo, alternativa não nos resta senão absolver os réus apelantes da infração tipificada no art. 304 do Código Penal.

Insurgem-se, ainda, os apelantes contra as penas impostas.

Em relação ao apelante Paulo Donizete, entendo que a fixação da pena-base do delito remanescente de formação de quadrilha em cinco anos se justifica plenamente, considerando seus péssimos antecedentes; sua elevada culpabilidade, uma vez que a sua conduta merece maior censurabilidade; as graves conseqüências da associação; a inexistência de motivos para o crime; o alto grau de organização e sofisticação da quadrilha; bem como sua periculosidade, revelada pelo ousado e destemido modo de agir, com a utilização de armamento pesado, de uso exclusivo das Forças Armadas.

Tenho, no entanto, que o Juiz se equivocou ao levar em conta a agravante da reincidência, uma vez que, no exame das circunstâncias do art. 59 do Código Penal, também considerou os antecedentes como ruins, o que, segundo entendimento que tem prevalecido nesta Câmara, não se admite, sob pena de *bis in idem*: "Configura inadmissível *bis in idem* a consideração das mesmas condenações anteriores do réu para majorar a pena a título de maus antecedentes e de reincidência" (*RJTACrim* 42/200).

Assim, deve prevalecer apenas a agravante prevista no art. 62, inc. I, do Código Penal, diante da prova de que tal apelante dirigia as atividades do bando.

Excluída a agravante da reincidência, mas prevalecendo a agravante acima mencionada, majoro a pena de Paulo Donizete de seis meses, para concretizá-la em cinco anos e seis meses de reclusão.

Em relação ao acusado Elison, observa-se que não revelou o Juiz o mesmo acerto na fixação da pena-base, pois não se pode afirmar ser ele possuidor de maus antecedentes, muito embora tenha ficado demonstrado tratar-se de réu foragido do Estado do Espírito Santo. É que não existe certidão cartorária demonstrando ostentar ele condenação com trânsito em julgado.

É da jurisprudência: "É inadmissível o acréscimo na fixação da pena levando-se em conta os maus antecedentes do réu se inexiste nos autos certidão de condenação definitiva anterior, face à norma constitucional da presunção de inocência" (*RT* 744/554).

Assim, reduzo a pena-base desse réu para 04 anos, considerando a existência de outras circunstâncias judiciais que lhe desfavorecem.

A agravante da reincidência igualmente não pode prevalecer, em razão da inexistência de certidão comprobatória que a comprove, razão pela qual a reprimenda fica concretizada em 04 anos de reclusão.

Sobre a questão, confira-se:

> Agravante. Reincidência. Prova. Certidão de trânsito em julgado. - A reincidência está incluída no rol das circunstâncias agravantes. A sua prova é feita nos moldes do art. 63 do CPP, ou seja, 'depois de transitar em julgado a sentença'. Tal imposição se faz por meio de certidão ou documento hábil, não servindo informação sobre a personalidade do condenado ou notícia da existência de processo de execução, sem a necessária prova de impossibilidade recursal (STJ - 6ª T. - REsp 158.045 - Rel. Min. Vicente Cernicchiaro - j. em 23.11.98).

Reincidência: só pode ser provada mediante certidão de condenação anterior, com seu trânsito em julgado, indicação da data em que ela se tornou definitiva e o dia do eventual cumprimento ou extinção da pena (*RT* 617/351).

O mesmo ocorre com Nildo. Embora esteja claro tratar-se de réu já condenado, pois, quando foi preso pelos fatos deste processo, se encontrava, inclusive, foragido, não há certidão cartorária comprobatória de maus antecedentes e reincidência, o que me leva a também reduzir a sua pena para 04 anos de reclusão.

Pelo exposto, rejeito a preliminar argüida e, no mérito, dou parcial provimento aos recursos, para, com base no art. 386, III, CPP, absolver os réus da infração prevista no art. 304 do Código Penal e reduzir a pena dos três, em relação ao crime remanescente (art. 288, parágrafo único, do CP), nos termos deste voto.

Custas, na forma da lei.

DES. HERCULANO RODRIGUES - De acordo.

DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES - De acordo.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

. . .

Roubo qualificado - Emprego de arma - Concurso de pessoas - Tentativa - *Iter criminis* - Fixação da pena - Critério

Ementa: Roubo tentado. Fração redutória. Critério para sua fixação. *Iter criminis* percorrido. Não-consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente.

- A quantidade de redução deve ser analisada de acordo com o *iter criminis* percorrido, isto é, quanto mais distante o réu ficar da consumação do crime, tanto maior será o fator de redução da reprimenda; quanto mais próximo ficar ele da consumação, tanto menor será a fração redutória da pena. Assim, se o réu quase consumou o ilícito de roubo, a redução haverá de ser de apenas 1/3.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.05.815531-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Carlos Cleber Santos da Silva - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. HYPARCO IMMESI

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 31 de janeiro de 2008. - *Hyparco Immesi* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. HYPARCO IMMESI - Procedeu-se à denúncia de Carlos Cleber Santos Silva e Adeílson de Freitas Rocha nas cominações do art. 157, § 2º, incisos I e II, c/c o art. 14, inciso II, ambos do *Codex*, porque, em 23.08.2005, mediante violência, exercida com o uso de uma faca, subtraíram da vítima Rafael Martins dos Reis um aparelho de telefone celular, além de um cartão de "passe livre" que se encontrava em seu poder. Narra a exordial, ainda, que, durante a empreitada, foram surpreendidos por milicianos em patrulhamento, que tiveram êxito em prender em flagrante os denunciados, que ainda "[...] tentaram dispensar a arma utilizada [...]" (f. 03).

Após a instrução probatória, adveio a r. sentença de f. 144 *usque* 156, da lavra da dinâmica Magistrada Dr.ª Marilac Luísa de Alvarenga Araújo, que julgou procedente a denúncia e condenou os ora apelantes nos termos da exordial. Carlos Cleber foi apenado com 3 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, em regime aberto, além de 9 dias-multa, enquanto Adeílson recebeu a reprimenda de 3 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, em regime semi-aberto, além de 12 dias-multa. Foi-lhes negada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Irresignado, apela Carlos Cleber (f. 168 e 175/177), às alegações, em síntese, a seguir alinhadas: a) que "[...] merece ser reformada a r. sentença, para absolver o apelante ou, ainda, aplicar o percentual máximo de redução em razão da tentativa e conceder-lhe a gratuidade [...]" (f. 176); b) que, "[...] em seu interrogatório, o recorrente negou participação na prática do crime [...]" (f. 176); c) que, "[...] por sua vez, a vítima foi ouvida por precatória, deixando de reconhecer o apelante em juízo [...]" (f. 176); d) que, portanto, as provas são insuficientes para sua condenação; e) que, caso mantida a sentença condenatória, "[...] pugna pela redução da reprimenda em 2/3 [...]" (f. 177).

Almeja o provimento do apelo para ser absolvido, ou, então, para incidir o percentual máximo de redução em decorrência da tentativa e, em conseqüência, diminuída sua pena, e que lhe sejam concedidos os benefícios da assistência judiciária.

Adeílson manifestou o desejo de não recorrer (f. 170/171), tendo a r. sentença transitado em julgado quanto a ele (f. 191/192).

Há contra-razões (f. 178/187).

O Ministério Público de 2º grau, em r. parecer da lavra do experiente Procurador de Justiça, Dr. Marcial Vieira de Souza (f. 195/198), recomenda o desprovimento do apelo.

É, em síntese, o relatório. Passa-se à decisão.

Conhece-se do recurso, pois presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Registre-se que a materialidade está comprovada pelo auto de prisão em flagrante (f. 06/11), pelo boletim de ocorrência (f. 17/17), pelo auto de apreensão de faca e da *res furtiva* (f. 23), pelo termo de restituição (f. 24) e pelo laudo de eficiência e de prestabilidade da arma (f. 97).

No que concerne à autoria, esta negada pelo ora apelante em juízo, registre-se que a vítima Rafael Martins dos Reis, nas duas oportunidades em que foi ouvida, confirmou os fatos contidos na exordial (f. 22 e 121), e sua confirmação se acha fortalecida pelos depoimentos dos milicianos Paulo Lúcio Fernandes Madureira e Jorge Silva (f. 92 e 06/07), que efetuaram a prisão do apelante e seu comparsa, em flagrante, ou seja, no momento da perpetração.

Portanto, não há como ser absolvido o apelante, por sua invocada insuficiência de provas.

De igual, encontram-se presentes as qualificadoras do concurso de pessoas e do emprego de arma, tanto pelas declarações da vítima quanto pelas dos policiais militares. Como salientado alhures, a arma foi apreendida e submetida a perícia. Esta constatou que poderia ser utilizada para ofender a integridade física de alguém.

Frise-se que o caso dos autos é evidente e não comporta dúvidas quanto ao cometimento do delito perpetrado pelo apelante.

No que concerne à fração de redução da pena pela tentativa, registre-se que esta (a fração) é fixada tendo-se em conta o *iter criminis* percorrido pelo agente na perpetração do delito. Note-se que, quando foram flagrados pelos milicianos, os agentes já haviam ameaçado a vítima com a faca e dela subtraído a *res furtiva*. Portanto, o roubo quase se consumou, apenas não se efetivando concretamente em razão da abordagem policial. Desmerece, portanto, ser elevada a redução da pena pela tentativa.

Conforme doutrina o penalista Celso Delmanto,

> Essa redução deve ter em vista o caminho já percorrido pelo agente na prática delituosa. Assim, se o seu desenvolvimento foi impedido no início, a diminuição será maior; ao contrário, se já percorreu maior espaço, o abatimento será menor (*Código Penal comentado*. 5. ed., Ed. Renovar, p. 14).

Em suma, como reconhecido na r. sentença objurgada, ficou comprovado ter o agente percorrido quase todo o *iter criminis*, chegando bem próximo da consumação. Se assim é, torna-se inviável reduzir a pena na fração máxima prevista, por ter sido percorrida a maior parte do *iter criminis*.

Registre-se, acerca da dosimetria da pena, que a r. sentença, no cálculo da reprimenda, levou em consideração todas as circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do Código Penal, fixando a pena no mínimo legal (e, por isso, desconsiderando a atenuante da menoridade, uma vez que esta não pode trazer a pena-base para aquém do mínimo legal).

Portanto, irretocável a r. sentença recorrida.

À luz do exposto, nega-se provimento ao apelo.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BEATRIZ PINHEIRO CAIRES e REYNALDO XIMENES CARNEIRO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Estupro - Atentado violento ao pudor - Declaração da vítima - Valoração da prova - Condenação - Fixação da pena - Crime continuado - Requisitos - Aplicabilidade - Voto vencido

Ementa: Apelação. Recurso do Ministério Público. Estupro e atentado violento ao pudor. Palavra da vítima confirmada por outros elementos probatórios. Condenação decretada. Continuidade delitiva. Crimes da mesma espécie. Conceito. Possibilidade de reconhecimento no concurso entre estupro e atentado violento ao pudor. Aplicabilidade do art. 71 do Código Penal. Precedentes do STJ.

- Apresentando-se o conjunto probatório coeso e consistente na comprovação da autoria e materialidade do crime, lastreado na palavra da vítima e demais elementos de convicção, é de se reformar a sentença absolutória para condenar o réu pelos crimes sexuais descritos na denúncia.

- Admite-se a continuidade delitiva entre estupro e atentado violento ao pudor porquanto o art. 71 do Código Penal, ao mencionar que os delitos devem ser da mesma espécie, não quis dizer que devem ser idênticos, pois, quando pretendeu essa significação, o legislador penal usou a terminologia específica, como na redação dos arts. 69 e 70 do diploma penal - concurso material e formal de delitos.

- Delitos da mesma espécie não podem ser somente os previstos no mesmo tipo legal, pois, nesse caso, seriam crimes idênticos, significado não pretendido pelo legislador ao dispor sobre a continuidade delitiva, significando aqueles que, pertencendo a um mesmo gênero, ou seja, bem jurídico tutelado, apresentam características objetivas e subjetivas semelhantes.

V.v.p.: - Apelação criminal. Atentado violento ao pudor e estupro. Crimes de espécies diversas. Aplicação do concurso material.

- Em se tratando de crimes de atentado violento ao pudor e estupro, impõe-se o reconhecimento do concurso material por cuidar-se de delitos de espécies diversas (Des. Vieira de Brito).

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0384.05.039856-7/001 - Comarca de Leopoldina - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Antônio Carlos da Silva - Relator: DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL, VENCIDO PARCIALMENTE O DESEMBARGADOR VOGAL.

Belo Horizonte, 12 de fevereiro de 2008. - *Alexandre Victor de Carvalho* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - I - Relatório.

Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público visando à reforma da sentença que absolveu o apelado pela prática dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor em concurso material contra a vítima N.C.

A instrução transcorreu normalmente e, ao final, sobreveio a sentença hostilizada que absolveu o acusado, considerando a fragilidade probatória.

Inconformado, apela o *Parquet*, pugnando pela reforma da sentença para que seja absolvido.

Após o oferecimento das contra-razões recursais (f. 120/129), foi aberta vista à Procuradoria de Justiça que opinou pelo provimento do recurso (f. 146/152).

É o relatório.

II - Conhecimento.

Conheço do recurso em face do ajuste legal.

III - Mérito.

Assiste razão ao Ministério Público quando pugna pela reforma da sentença para condenar o apelante, nos termos da exordial.

O conjunto probatório é idôneo, demonstrando de forma satisfatória a autoria e materialidade dos delitos sexuais narrados na denúncia.

Em primeiro lugar, cite-se a prova pericial, que comprovou a violência utilizada pelo acusado e sofrida pela vítima, inclusive, com lesões corporais (f. 29-31), além dos vestígios de ato sexual.

A perícia realizada no local do delito comprovou, uma vez mais, a violência empregada, inclusive com fotos de manchas de sangue no lugar do evento criminoso (f. 43/48).

A faca utilizada no crime foi apreendida e periciada, demonstrando o seu potencial lesivo (f. 49).

A prova testemunhal também é isenta de dúvidas.

A começar pelas declarações da vítima, que foram consistentes e bastante esclarecedoras.

As duas contradições apontadas pela sentença para motivar a absolvição do acusado, ao meu sentir, não se sustentam.

A primeira, referente ao reconhecimento da voz do apelado quando este ligou para a ofendida, fazendo-se passar pelo ex-namorado. É plenamente possível essa ausência de reconhecimento, seja pela qualidade da ligação, seja pelas circunstâncias emocionais do momento, que, muitas vezes, induzem ao erro.

A segunda refere-se ao tempo que durou toda a ação criminosa, o que possibilitaria fuga à vítima.

Uma vez mais, trata-se de um dado inconsistente.

É muito difícil buscar racionalidade de reações em eventos de tamanha violência. É possível até uma ação retardada da vítima de somente reagir tempos depois do ocorrido. É possível, até, a inércia da ofendida, mesmo em face de tamanha violência perpetrada pelo agente.

O medo conduz a reações diferentes em pessoas distintas.

Portanto, é bem provável que a vítima, tomada pelo temor, preferiu cumprir o determinado pelo autor a sair em abalada fuga.

O fato é que, ao chegar em casa, em prantos, relatou tudo o que passou à sua própria mãe, evidenciando, assim, a veracidade de seu relato na polícia e em juízo.

O depoimento de f. 73 é muito claro a respeito da violência sofrida pela ofendida e não pode ser desconsiderado.

O réu, em juízo, confirmou a prática de relações sexuais com a vítima, negando, contudo, o uso da violência.

Todavia, não soube precisar o porquê de usar uma faca durante o ato sexual (?) e, principalmente, como a vítima acabou por se machucar se tudo era feito com o seu consentimento.

Ademais, é de se censurar até a versão que fornece para o evento, ou seja, praticar relações sexuais com a filha de sua ex-amásia, com a qual conviveu e coabitou, mediante pagamento em dinheiro.

Essa versão não é verdadeira, porque a prova demonstrou o uso de violência que caracteriza de forma indubitável os crimes de estupro e atentado violento ao pudor.

Isso posto, reformo a sentença monocrática para condenar o apelante pelos delitos sexuais supramencionados.

Reconheço em prol do acusado, todavia, a continuidade delitiva, afirmando a possibilidade desse benefício nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, que considero da mesma espécie.

Com efeito, a norma insculpida no art. 71 do Código Penal é uma causa de aumento de pena, consistindo numa ficção jurídica, pois, apesar de o fato referir-se a um concurso de infrações, o acusado responde apenas por um crime, com elevação na reprimenda.

Os requisitos para o reconhecimento do crime continuado são a pluralidade de condutas delituosas, que os crimes sejam da mesma espécie, identidade de

circunstâncias de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes.

Note-se que a reforma do Código Penal de 1984 sedimentou a antiga discussão acerca da necessidade de unidade de desígnios para configuração da continuidade delitiva ao estabelecer critérios exclusivamente objetivos no art. 71 do *Codex*.

Assim, não se pode negar o benefício do crime continuado apenas em virtude de circunstâncias subjetivas, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal:

> Crime continuado: conceito puramente objetivo da lei brasileira. Relevância de dados subjetivos restrita à fixação da pena unificada. O direito brasileiro, no art. 71 da nova Parte Geral, de 1984, do Código Penal, persistiu na concepção puramente objetiva do crime continuado: a alusão, na definição legal do instituto, a outras circunstâncias semelhantes àquelas que enumerou "tempo, lugar e modo de execução"- só compreende as que, como as últimas, sejam de caráter objetivo, não abrangendo dados subjetivos dos fatos. Viola o art. 71 do CP o acórdão que, embora reconhecendo a concorrência dos elementos da caracterização objetiva do crime continuado, que nele se adotou, nega, porém, a unificação das penas, à base de circunstâncias subjetivas, quais os antecedentes do acusado ou a ausência da unidade de desígnio (STF, *HC* 68.661-3, Rel. Sepúlveda Pertence).

In casu, entendo que estão presentes todos os pressupostos objetivos necessários para aplicação da continuidade delitiva.

O requisito temporal não é avaliado segundo um critério rígido, devendo ser analisado de acordo com as peculiaridades de cada caso. Aliás, ressalte-se que a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que fixou o prazo de trinta dias para reconhecimento da conexão temporal, tem-se manifestado na obrigatoriedade de analisar o critério pretoriano no caso concreto, ressalvando a possibilidade de que esse limite rígido possa desnaturar o instituto, se observado compulsoriamente.

Na hipótese dos autos, as ações ocorreram no mesmo dia, no mesmo momento delituoso.

Quanto ao pressuposto espacial, também está em conformidade com a conduta do apelado, porquanto os atos sexuais ocorreram em um mesmo lugar.

O modo de execução também foi semelhante, existindo uma perfeita identidade de *modus operandi*.

Resta somente a definição sobre a polêmica de serem os delitos de estupro e atentado violento ao pudor da mesma espécie ou não.

O Código Penal não traz uma definição do que sejam crimes da mesma espécie, determinando à doutrina a sua conceituação. Pode-se dizer que, doutrinariamente, encontram-se dois critérios para definição legal: o primeiro, mais restritivo, afirmando que delitos da mesma espécie são aqueles descritos no mesmo tipo legal; o segundo, mais amplo, conceituando crimes da mesma espécie como aqueles que possuem o mesmo bem jurídico tutelado.

Para desate da *quaestio*, importante frisar que o art. 71 do Código Penal, ao mencionar que os delitos devem ser da mesma espécie, não quis dizer que devem ser idênticos, pois, quando pretendeu essa significação, o legislador penal usou a terminologia específica, como na redação dos arts. 69 e 70 do Diploma Penal - concurso material e formal de delitos.

Partindo dessa premissa, delitos da mesma espécie não podem ser somente os previstos no mesmo tipo legal, pois, nesse caso, seriam crimes idênticos, significado não pretendido pelo legislador ao dispor sobre a continuidade delitiva.

Assim, crimes da mesma espécie seriam aqueles que, pertencendo a um mesmo gênero, ou seja, bem jurídico tutelado, apresentam características objetivas e subjetivas semelhantes.

Neste diapasão, o posicionamento de Fragoso:

> Crimes da mesma espécie não são aqueles previstos no mesmo artigo de lei, mas também aqueles que ofendem o mesmo bem jurídico e que apresentam, pelos fatos que os constituem ou pelos motivos determinantes, caracteres fundamentais comuns. Assim, apesar das vacilações da jurisprudência, é possível a continuação entre furto e roubo, entre roubo e extorsão, entre estelionato e qualquer outra fraude (Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal*, 1987, p. 368/369).

É certo que não se pode dizer que apenas a identidade de bem jurídico tutelado é o suficiente para o preenchimento do requisito, pois tal elemento do tipo legal é o gênero de cujas espécies são os crimes que pertencem ao título ou capítulo e que guardam semelhança ou elementos comuns em sua estrutura típica.

A jurista Patrícia Mothé Glioche Béze, que analisou o tema em sua dissertação de mestrado na UERJ, é quem, a meu sentir, com maior precisão definiu a controvérsia:

> Na verdade, o conceito do que sejam crimes da mesma espécie dependerá, principalmente, da natureza jurídica a ser considerada para o crime continuado. Adotada a posição da ficção jurídica, que é a posição majoritária na doutrina e na jurisprudência, o crime continuado é modalidade do concurso de crimes e não haveria obstáculo para se reconhecer como crimes da mesma espécie os que ofendem o mesmo bem jurídico, desde que presentes os outros requisitos do crime continuado (dentre eles a maneira de execução). Assim, podem ser crimes da mesma espécie aqueles que estão em artigos de lei diferentes, desde que sejam semelhantes entre si, adotando-se a teoria objetiva pura ou objetivo-subjetiva. Assim, para os adeptos da teoria objetivo-subjetiva, pode haver continuidade delitiva entre crimes pertencentes a tipos penais diferentes, com o roubo e o furto... (*Concurso formal e crime continuado*, Ed. Renovar, p. 147/148).

Assim, como considero a teoria da ficção jurídica a melhor a ser aplicada ao crime continuado e considerando os seus elementos sob um prisma puramente objetivo, pode haver sim continuidade delitiva entre o estupro e o atentado violento ao pudor, que guardam grandes semelhanças na estrutura típica, que é diferenciada apenas pelo tipo de ato sexual praticado.

Embora o tema seja polêmico, há precedentes jurisprudenciais acatando a tese supramencionada, conforme recente manifestação do Superior Tribunal de Justiça: "É possível a continuação delitiva entre estupro e atentado violento ao pudor, pois os crimes em questão ofendem o mesmo bem juridicamente tutelado pelo atual ordenamento jurídico, ou seja, os costumes" (STJ, *HC* 57872, Rel.ª Ministra Jane Silva).

Passo a aplicar a pena.

Para o crime de estupro.

A culpabilidade do acusado é acentuada, pois o delito foi premeditado. Não constam antecedentes criminais. Sua conduta social é boa. Não há dados concretos para aferir a sua personalidade. Os motivos são próprios para a espécie do crime praticado. As circunstâncias já foram consideradas na norma incriminadora bem como as conseqüências, não sendo de especial censura. O comportamento da vítima não contribuiu para o delito. Em face do equilíbrio entre circunstâncias favoráveis e desfavoráveis e considerando a primariedade e bons antecedentes do apelado, fixo a pena no mínimo legal, ou seja, seis anos de reclusão. Não há atenuantes e agravantes, nem causas de aumento ou diminuição, razão pela qual torno a sanção definitiva em seis anos de reclusão.

Para o crime de atentado violento ao pudor:

A culpabilidade do acusado é acentuada, pois o delito foi premeditado. Não constam antecedentes criminais. Sua conduta social é boa. Não há dados concretos para aferir a sua personalidade. Os motivos são próprios para a espécie do crime praticado. As circunstâncias já foram consideradas na norma incriminadora bem como as conseqüências, não sendo de especial censura. O comportamento da vítima não contribuiu para o delito. Em face do equilíbrio entre circunstâncias favoráveis e desfavoráveis e considerando a primariedade e bons antecedentes do apelado, fixo a pena no mínimo legal, ou seja, seis anos de reclusão. Não há atenuantes e agravantes, nem causas de aumento ou diminuição, razão pela qual torno a sanção definitiva em seis anos de reclusão.

Unificação das penas em face da continuidade delitiva:

Aplico uma só das sanções, ou seja, seis anos de reclusão aumentadas de um sexto, perfazendo o total de sete anos de reclusão.

O regime inicial de cumprimento da pena é o fechado, por ser crime hediondo.

IV - Conclusão.

Isso posto, dou provimento parcial ao recurso para condenar o apelado pelos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, reconhecendo a continuidade delitiva e aplicando a pena final de sete anos de reclusão em regime inicial fechado.

Em obediência ao princípio da presunção de inocência e considerando ausência de cautela a ensejar a custódia provisória do apelado, deixo de determinar a expedição do mandado de prisão, permitindo o recurso em liberdade.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

DES.ª MARIA CELESTE PORTO - De acordo com o Relator.

DES. VIEIRA DE BRITO - Inicialmente, coloco-me de acordo com o eminente Relator no tocante à condenação do acusado pela prática dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, entendendo, com base nos mesmos fundamentos adotados no voto condutor, que as provas carreadas aos autos, sobretudo a palavra da vítima e a prova pericial, autorizam a prolação do decreto condenatório.

Todavia, ouso discordar do seu judicioso voto quanto ao reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes de atentado violento ao pudor e estupro.

Conforme entendimento já manifestado em outros julgamentos, penso tratar-se de delitos de espécies diversas, pouco importando sejam do mesmo gênero, impondo-se, nessa hipótese, o reconhecimento do concurso material de crimes.

Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

> *Habeas corpus*. Penal. Estupro e atentado violento ao pudor. Continuidade delitiva. Impossibilidade. Concurso material. Crime hediondo. Regime integralmente fechado. Inconstitucionalidade. *HC* concedido de ofício. A jurisprudência desta Corte está sedimentada no sentido de que estupro e atentado violento ao pudor configuram concurso material, e não crime continuado. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, assegurando aos condenados por crimes hediondos a progressão do regime prisional. *Habeas corpus* indeferido; ordem concedida, de ofício, para assegurar a progressão do regime de cumprimento da pena (*HC* 89.770/SP, Relator Min. Eros Grau, j. em 10.10.2006).

Assim, passo a reestruturar a pena do acusado para adequá-la ao que acabo de expor.

Adotando as penas corretamente fixadas pelo insigne Relator para os crimes de atentando violento ao pudor, somo-as em razão do concurso material, pelo que passa a reprimenda a perfazer o total de 12 anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado.

Mediante tais fundamentos, pedindo redobrada vênia ao eminente Relator, dou provimento ao recurso ministerial para condenar o acusado como incurso nas sanções do art. 213 e 214 c/c art. 69, todos do Código Penal, nos termos expostos.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL, VENCIDO PARCIALMENTE O DESEMBARGADOR VOGAL.

...

Recurso ordinário - Mandado de segurança - Administrativo - Servidor público - Interceptação telefônica autorizada por juiz criminal - Prova emprestada - Sindicância e processo administrativo disciplinar - Necessidade de autorização do juízo criminal - Não-ocorrência no caso - Nulidade

- É cabível o uso excepcional de interceptação telefônica em processo disciplinar, desde que seja também observado no âmbito administrativo o devido processo legal, respeitados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, bem como haja expressa autorização do Juízo Criminal, responsável pela preservação do sigilo de tal prova, de sua remessa e utilização pela Administração.

- São nulos o desenvolvimento de sindicância e a instauração de processo administrativo disciplinar com base exclusivamente em fita cassete e degravação oriundas de interceptação telefônica, se o envio e a utilização das referidas provas não forem autorizados pelo Juízo Criminal.

Recurso ordinário provido. Segurança concedida.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 16. 429-SC - Relatora: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Recorrente: Roberto Assis Soares. Advogados: Manoel Roberto da Silva e outro. Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Impetrado: Secretário de Fazenda do Estado de Santa Catarina. Impetrado: Presidente da Comissão do Processo Administrativo Disciplinar nomeado pela Portaria nº 229/SEF. Recorrido: Estado de Santa Catarina. Procuradores: Valquíria Maria Zimmer Straub e outro.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso em mandado de segurança, nos termos do voto da Sr.ª Ministra Relatora. A Sr.ª Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJMG) e os Srs. Ministros Nilson Naves e Paulo Gallotti votaram com a Sr.ª Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília, 3 de junho de 2008 (data do julgamento). - *Ministra Maria Thereza de Assis Moura* - Relatora.

Relatório

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora) - Cuida-se de recurso ordinário, interposto por Roberto Assis Soares, fiscal de mercadorias em trânsito, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que denegou a segurança impetrada contra ato do Secretário de Estado da Fazenda do Estado de Santa Catarina e do Presidente da Comissão de Processo Administrativo Disciplinar nomeada pela Portaria nº 229/SEF, de 23.07.2002.

Consoante se verifica dos autos, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina requereu ao Juízo Criminal da Comarca de São José/SC, em 9 de novembro de 2001, pedido de interceptação nos telefones do impetrante e de outros três fiscais de tributo,

> [...] além do telefone do próprio Posto Fiscal de Garuva, de uma pessoa identificada como 'Gonçalves' e das empresas Koerich Indústria e Comércio de Bebidas e Joinbier, sob o argumento de que estariam emitindo notas fiscais descrevendo operações de transferência de estoques de bebidas, quando, na verdade, haveria efetiva operação de venda de mercadoria ocultada pela falsidade das notas fiscais de transferência, tudo com a conivência de fiscais do Posto Fiscal de Garuva, situação que culminaria na sonegação de tributos estaduais e que necessitava ser esclarecida (f. 3).

Realizadas as interceptações das comunicações telefônicas, devidamente autorizadas pelo Juízo Criminal da Comarca de São José/SC (f. 31/33), o Ministério Público Estadual, diante dos resultados das investigações promovidas por intermédio das interceptações telefônicas, noticiou os fatos ao Secretário de Estado da Fazenda, que instaurou, por intermédio da Portaria nº 078/SEF, datada de 1º.03.2002, processo de sindicância para apurar a prática de atos lesivos aos cofres públicos pelos servidores Ivo Honório Parizotto e Roberto Assis Soares (f. 41).

Na seqüência, pleiteou o *Parquet* Estadual àquele Juízo, em 18 de março de 2002, autorização para fornecer à Secretaria de Estado da Fazenda cópia integral do laudo pericial de degravação, relativo às interceptações telefônicas, visando documentar a sindicância (f. 41/42). Ao apreciar o pleito, aos 20 dias do mesmo mês e ano, assentou a Juíza da Vara Criminal da Comarca de São José/SC que:

> [...] acerca do pedido do Ministério Público de fornecimento de laudo pericial à Secretaria de Estado da Fazenda, o mesmo será analisado oportunamente (f. 43).

De acordo com o impetrante, contudo, antes da final apreciação pela magistrada do requerimento formulado pelo promotor de justiça,

> [...] prestou depoimento junto à Comissão de Sindicância, surpreendendo-se ao constatar que já constava nos autos da sindicância não só o laudo pericial de degravação, como também cópia da própria fita cassete, ambos enviados pelo Ministério Público sem autorização judicial (f. 4).

Formulado pedido de busca e apreensão do referido laudo pericial de degravação e da fita (f. 44/49), o Juízo Criminal entendeu por sua incompetência para determinar a apreensão daqueles, bem como indeferiu o pleito ministerial de utilização da interceptação no âmbito administrativo. A título de ilustração, cumpre transcrever trecho do mencionado *decisum*:

> II - Quanto ao pedido de fls., no qual o representado visa obstar a utilização da interceptação telefônica no procedimento administrativo, diz a lei, em seu art. 1°, que 'a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob segredo de justiça'.
> [...]
> Ora, a Constituição determinou que 'são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação' (art. 5°, X). Logo, a violação da intimidade do investigado somente pode ser feita se resguardada por outra norma constitucional que lhe dê suporte, sob pena de desrespeito à Carta Política.
> A solução para esse conflito é orientada pela própria Constituição, que determinou expressamente para quais casos a interceptação de conversas telefônicas constitui meio de prova admissível.
> Poderia então ser realizada a interceptação de conversas telefônicas com intuito de fazer prova em matéria civil ou administrativa? Ou utilizar prova colhida no curso do processo penal e utilizar em processo cível ou administrativo?
> A primeira indagação comporta somente resposta negativa, já que a interceptação de conversas telefônicas é exceção à regra de inviolabilidade da intimidade da vida pessoal do cidadão e a lei reguladora indica, expressamente, que tal procedimento somente pode ser realizado quando existir fortes indícios de autoria de crime apenado com reclusão (conforme o disposto no art. 2° desta lei), pois, nesses casos, à luz do art. 5°, XII, da CRFB/88, há uma violação da paz social capaz de mitigar o direito à inviolabilidade das comunicações.
> [...]
> Ora, se nem mesmo todos os casos da esfera penal comportam tal forma de prova, seu uso no processo civil e administrativo deve ser afastado, pois nessas hipóteses existe apenas mero litígio entre cidadãos, e não confronto do Estado-Sociedade contra o suposto autor de um fato delitivo (f. 56/57).

Quanto ao pedido de apreensão do laudo pericial de degravação e da fita cassete, assentou a douta Magistrada da Vara Criminal da Comarca de São José/SC que:

> Por outro lado, considerando que o juiz da vara criminal não tem jurisdição sobre a autoridade administrativa, deve a parte providenciar os meios legais para impedir a produção de tal prova naquela instância administrativa (f. 57).

Anteriormente à prolação daquela decisão, em 31 de julho de 2002, foi constituída pelo Secretário de Estado da Fazenda de Santa Catarina, por meio da Portaria n° 229/SRF, de 25 de julho de 2002, Comissão de Processo Administrativo Disciplinar,

> [...] a fim de apurar possíveis infrações disciplinares atribuídas aos servidores [...] e Roberto Assis Soares, matrícula n° 187.139-1, ocupante do cargo da categoria funcional de Fiscal de Mercadorias em Trânsito, nível ODA-13-I, lotado na SEF e em exercício na USEFI 051 Joinville, conforme prova emprestada e encaminhada pelo Centro das Promotorias da Coletividade, Coordenadoria Criminal do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, através do Ofício n° 060/20002/CPC/CCR, de 1°.02.2002, estas devidamente apuradas em Sindicância Interna (PSEF 80088/023), dando conta de possíveis práticas de sonegação fiscal em conluio com as Empresas Koerich Indústria e no Posto Fiscal de Garuva (f. 141).

Irresignado, o ora recorrente impetrou este mandado de segurança, em 19 de agosto daquele ano, sob a alegação, em síntese, de que o ato coator, que o legitima a impetrar o presente *writ,*

> [...] se consubstancia na instauração do Processo Administrativo com fundamento em prova não autorizada judicialmente, bem como, preventivamente, na utilização desta prova no Processo Administrativo, uma vez que, em ambos os casos, ataca direito líquido e certo seu (f. 13).

Pleiteou, assim, a concessão da segurança,

> [...] de maneira a declarar a ilegalidade do uso da cópia do Laudo Pericial de Degravação das Interceptações Telefônicas e da Fita Cassete na Sindicância e no Processo Administrativo mencionada e, conseqüentemente, a nulidade das provas produzidas a partir do aludido laudo e da mencionada fita. Requereu, também, 'a determinação de que as dignas autoridades impetradas procedam ao depósito das cópias do Laudo Pericial de Degravação das Interceptações Telefônicas e da Fita Cassete perante o Juízo Criminal da Comarca de São José-SC' (f. 27).

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina denegou a segurança em aresto ementado nos seguintes termos:

> Mandado de segurança. Servidor público estadual. Interceptação telefônica. Processo criminal. Prova lícita. Utilização em procedimento administrativo. Possibilidade. Obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Ordem denegada. - Não obstante entendimentos em contrário, não há óbice à utilização da fita cassete em interceptação telefônica e sua degravação, como prova emprestada, em processo administrativo que visa a apurar a responsabilidade do impetrante por fatos delituosos praticados no exercício de suas funções.

A título de ilustração, cumpre transcrever trecho do acórdão recorrido:

> Depreende-se dos autos que a interceptação foi regularmente requerida e deferida perante o juízo criminal competente, inexistindo qualquer ilegalidade na produção da prova, porque destinada a instruir investigação criminal. A Lei nº 9.296/96 não discorre acerca da possibilidade de utilização da prova legalmente obtida através da interceptação telefônica em outros procedimentos, não havendo, por outro lado, vedação expressa à sua ocorrência.
> Não obstante entendimentos em contrário, não há óbice à utilização da fita cassete da interceptação telefônica e sua degravação, como prova emprestada, em processo administrativo que visa a apurar a responsabilidade do impetrante por fatos delituosos praticados no exercício de suas funções.
> [...]
> Não seria razoável permitir a utilização da interceptação telefônica como meio de prova tão-somente no processo-crime em que são apuradas infrações atribuídas ao impetrante, sob pena inclusive de violação ao princípio da moralidade administrativa insculpido no art. 37, *caput*, da Constituição Federal (f. 181/182).

Alega o impetrante, nas razões de seu recurso ordinário (f. 186/207), que,

> [...] se a lei autoriza, de forma expressa e direta, a quebra do sigilo telefônico apenas para fins criminais e, neste caso, nos limites do art. 2º da Lei 9.296/96, impossível que se utilize indiretamente desta prova para processos e/ou procedimentos em outras áreas [...], como é o caso do processo administrativo instaurado contra o recorrente (f. 194).

Nesse sentido, sustenta que é

> [...] necessário que a investigação seja referente à infração penal e que, mesmo assim, esta infração não seja punida com pena de detenção, o que significa que o legislador apenas autorizou a interceptação telefônica para apurar crimes graves, apenados com reclusão, cujo bem jurídico tutelado seja merecedor da relativização dos direitos individuais do ser humano (f. 196).

Conclui, assim, que

> [...] impossível a interceptação telefônica servir de prova emprestada a processo administrativo, ainda mais quando eventual processo criminal, seu fim básico, nem sequer foi deflagrado contra quem quer que seja, tendo sido a interceptação inclusive arquivada, conforme faz prova ficha do Sistema de Automação do Judiciário em anexo (f. 197).
>
> [...] se a Lei 9.296/96 não prevê a possibilidade de emprestar a prova obtida através da interceptação telefônica é porque este empréstimo não é permitido, uma vez que a lei não pode ir além dos limites impostos pela Constituição Federal (f. 198).

Por outro lado, informa que houve

> [...] requerimento do Ministério Público no sentido de obter autorização judicial para enviar o Laudo de Degravação à Secretaria da Fazenda, mas que a MM. Juíza não autorizou tal pretensão, vindo apenas no dia 31.07.02 a se manifestar a respeito, ocasião em que deixou clara a impossibilidade de fornecer referida prova à esfera administrativa.

Além disso, esclarece que:

> Não só o Laudo de Degravação, como a própria fita cassete, que não foi objeto do pedido formulado pelo órgão ministerial, estavam sendo utilizados como meio de prova durante todo aquele procedimento administrativo, situação de intensa gravidade e lesão aos direitos constitucionais de Roberto Assis Soares, já que, além de inexistir autorização judicial, o pedido do Ministério Público se restringiu ao empréstimo apenas do Laudo Pericial de Degravação (f. 200/201).

Por fim, alega que é necessária autorização judicial para que as provas colhidas quando da interceptação telefônica sejam emprestadas a outros procedimentos, razão pela qual, nos termos do art. 10 da Lei nº 9.296/96, o empréstimo daquela prova, que deve tramitar em segredo de justiça, sem autorização judicial, constitui crime.

Apresentadas pelo Estado de Santa Catarina contra-razões ao recurso ordinário (f. 215/226), opinou o Ministério Público pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Voto

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora) - Consoante relatado, insurge-se o impetrante contra a utilização em sindicância e em processo administrativo disciplinar, sem autorização do Juízo Criminal, de fita cassete e de laudo pericial de degravação de interceptação telefônica realizada nos autos de ação penal.

A questão relativa à utilização de interceptação telefônica como prova "emprestada" na esfera administrativa ou civil não é pacífica na doutrina, existindo tanto posições favoráveis como contrárias a seu cabimento.

De acordo com o escólio de Vicente Greco Filho, o art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal permite a quebra do sigilo das comunicações telefônicas apenas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, razão pela qual é vedado seu aproveitamento fora do âmbito penal:

> Poderia a prova obtida com a interceptação legalmente realizada para fins de investigação criminal servir em processo civil como prova emprestada?
> Cremos que não, porque, no caso, os parâmetros constitucionais são limitativos. A finalidade da interceptação, investigação criminal e instrução processual penal é, também, a finalidade da prova, e somente nessa sede pode ser utilizada. Em termos práticos, não poderá a prova obtida ser utilizada em ação autônoma, por exemplo, de indenização relativa a direito de família etc. (*Interceptação telefônica*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 23-24).

Diverge desse entendimento a doutrina de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, para quem, após rompido o valor constitucional da intimidade quando da realização na esfera penal da interceptação, torna-se razoável o transporte da prova:

> As opiniões dividem-se, mas, de nossa parte, pensamos ser possível o transporte da prova. O valor constitucionalmente protegido pela vedação das interceptações telefônicas é a intimidade. Rompida esta, licitamente, em face do permissivo constitucional, nada mais resta a preservar. Seria uma demasia negar-se a recepção da prova assim obtida, sob a alegação de que estaria obliquamente vulnerado o comando constitucional. Ainda aqui, mais uma vez, deve prevalecer a lógica do razoável (*As nulidades no processo penal*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 219-220).

No sentido da legalidade do empréstimo de interceptação telefônica realizada nos autos de processo ou de investigação criminal, cumpre também transcrever a lição de Guilherme de Souza Nucci:

> Se a interceptação telefônica realizou-se com autorização judicial, para fins de investigação ou processo criminal, violou-se a intimidade dos interlocutores de maneira lícita. Por isso, tornando-se de conhecimento de terceiros o teor da conversa e podendo produzir efeito concreto na órbita penal, é natural que possa haver o empréstimo da prova para fins civis ou administrativos. Aliás, não teria sentido admitir-se a prova no âmbito criminal, daí advindo uma sentença condenatória, que é pública, aplicando-se qualquer sanção e, como efeito da condenação, por exemplo, a perda de cargo, função ou mandato (art. 92, I, CP), mas não se poder utilizar a referida gravação de conversa para pleitear uma indenização civil ou no contexto da ação de improbidade administrativa (*Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 659).

Neste Superior Tribunal de Justiça, apesar de tampouco se tratar de questão unânime (cf., a esse respeito, voto-vista proferido pelo Ministro Nilson Naves no julgamento do MS 11.965/DF), prevalece o entendimento de que é possível a utilização no âmbito administrativo de interceptação de comunicações telefônicas produzidas nos autos de processo penal, desde que observado o disposto na Lei nº 9.296/96.

Nesse sentido, confiram-se julgados da Terceira Seção:

> Administrativo. Servidor público. Processo administrativo disciplinar. Nulidades. Ofensa ao devido processo legal. Inocorrência. Inexistência de sindicância. Procedimento preparatório dispensável. Reexame de provas produzidas. Impossibilidade de análise pelo Poder Judiciário do mérito administrativo. Ausência de prova pré-constituída. Não-comprovação de prejuízo. Interceptação telefônica. Requerimento nos termos legais. *Writ* impetrado como forma de insatisfação com o conclusivo desfecho do processo disciplinar. Ordem denegada.
> [...]
> VI - Sendo a interceptação telefônica requerida nos exatos termos da Lei nº 9.296/96, uma vez que o impetrante também responde a processo criminal, não há que se falar em nulidade do processo administrativo disciplinar.
> [...]
> VIII - Ordem denegada (MS 9212/DF, Rel. Ministro Gilson Dipp, Terceira Seção, *DJ* de 1º.06.2005).

> Administrativo. Servidor público. Processo administrativo disciplinar. Preliminares. Necessidade de redistribuição. Não-ocorrência. Autenticação de documentos despicienda. Não vislumbrada litispendência. Mérito. Nulidades. Integrantes da comissão processante. Participação em processos da esfera criminal e administrativa. Ausência de imparcialidade para o julgamento. Não demonstrada. Ausência de prova pré-constituída. Ofensa ao devido processo legal. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Inexistência de sindicância. Procedimento preparatório dispensável. Interceptação telefônica. Requerimento nos termos legais. *Writ* impetrado como forma de insatisfação com o conclusivo desfecho do processo disciplinar. Segurança denegada.
> [...]
> 11. Sendo a interceptação telefônica requerida nos exatos termos da Lei nº 9.296/96, uma vez que o impetrante também responde a processo criminal, não há que se falar, neste ponto, em nulidade do processo administrativo disciplinar.
> [...]
> 13. Segurança denegada (MS 12.468/DF, Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias, Juiz convocado do TRF 1ª Região, Terceira Seção, *DJ* de 14.11.2007).

Na mesma linha de raciocínio, assim se pronunciou a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em votação unânime, no julgamento do RMS 24.956/DF, da relatoria do Ministro Marco Aurélio (*DJ* de 09.08.2005):

> Se, de um lado, é certo que a interceptação telefônica é viabilizada tendo-se em conta persecução criminal, de outro, não menos correto, é que, surgindo dos dados levantados desvio de conduta por servidor, cabem as providências próprias, não se podendo cogitar da existência de elementos a consubstanciar prova ilícita. A cláusula final do inciso XII do art. 5º da Constituição Federal: '[...] na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal', isso, quanto à quebra do sigilo das comunicações telefônicas, não encerra blindagem a ponto de, constatada infração administrativa, não poder ser utilizado, no processo respectivo, o que veio à tona, o que foi detectado. Em síntese, tem-se, na previsão constitucional, a base para afastar-se o sigilo, e aí a reserva de aproveitamento não é absoluta.

Em julgados mais recentes, proferidos em questões de ordem no Inquérito 2.424-2/RJ, o Ministro Cezar Peluso, Relator, em judiciosos votos acompanhados pela maioria do Tribunal Pleno da Corte Constitucional, autorizou o envio aos órgãos competentes, para aplicar sanção administrativa ao indiciado, de cópias de inquérito penal em que tinham sido realizadas interceptações de comunicações telefônicas, bem como a utilização daquelas cópias para a instauração e a instrução de processo administrativo disciplinar. A título de ilustração, é de bom alvitre transcrever trechos do julgado:

> Mas o que de todo não me parece ajustar-se às normas discerníveis nos textos constitucional e legal, enquanto ingredientes do sistema, é que os resultados prático-teóricos da interceptação autorizada não possam produzir efeitos ou ser objeto de consideração nos processos e procedimentos não penais, perante o órgão ou órgãos decisórios competentes, contra a mesma pessoa a que se atribua, agora do ponto de vista de outra qualificação jurídica de ilicitude em dano do Estado, a prática ou autoria do mesmo ato que, para ser apurado na sua dimensão jurídico-criminal, foi alvo da interceptação lícita, como exigência do superior interesse público do mesmíssimo Estado. Ou, dito de maneira mais direta, não posso conceber como insultuoso à Constituição nem à lei o entendimento de que a prova oriunda de interceptação lícita, autorizada e realizada em procedimento criminal, trate de inquérito ou processo-crime, contra certa pessoa, na condição de suspeito, indicado ou réu, pode ser-lhe oposta, na esfera competente, pelo mesmo Estado, encarnado por órgão administrativo ou judiciário a que esteja o agente submisso, como prova do mesmíssimo ato, visto agora sob a qualificação jurídica de ilícito administrativo ou disciplinar.
> [...]
> Isso tudo significa afirmar que, no âmbito normativo do uso processual dos resultados documentais da interceptação, o mesmo interesse público na repressão de ato criminoso grave que, por sua magnitude, prevalece sobre a garantia da inviolabilidade pessoal, justificando a quebra que a limita, reaparece, com gravidade só reduzida pela natureza não criminal do ilícito administrativo e das respectivas sanções, como legitimante desse uso na esfera não criminal, segundo avaliação e percepção de sua evidente supremacia no confronto com o direito individual à intimidade.
> Outra interpretação do art. 5º, inc. XII, da Constituição da República, e do art. 1º da Lei nº 9.296/96, equivaleria a impedir ao mesmo Estado, que já conhece o fato na sua expressão ou recorte histórico correspondente à figura criminosa e, como tal, já licitamente apurado na órbita penal, invocar-lhe a prova oriunda da interceptação para, sob as garantias do justo processo da lei (*due process of law*), no procedimento próprio, aplicar ao agente a sanção que quadre a gravidade do eventual ilícito administrativo, em tutela de relevante interesse público e restauração da integridade do ordenamento jurídico (*DJ* de 24.08.2007).

Em consonância com a jurisprudência predominante desta Corte Superior de Justiça e do Excelso Pretório, entendo cabível o uso excepcional de interceptação telefônica em processo administrativo disciplinar, mas desde que seja também observado no âmbito administrativo o devido processo legal, respeitados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, bem como haja expressa autorização do Juízo Criminal, responsável pela preservação do sigilo de tal prova, do seu envio à Administração.

Devido ao caráter sigiloso das diligências, gravações e transcrições decorrentes da interceptação de comunicação telefônica (art. 8º da Lei nº 9.296/96), compete ao magistrado da vara criminal autorizar a quebra do segredo de justiça, sob pena de prática de crime.

Com efeito, estabelece o art. 10 da Lei nº 9.296/96, que regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal, que:

> Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Da mesma forma, também é necessária prévia autorização judicial para que seja possível o envio e a utilização pela autoridade administrativa da interceptação para fins não penais, pois nessa hipótese estender-se-á a quebra do sigilo, ocorrido estritamente no âmbito de um processo ou investigação criminal, para a esfera administrativa.

A corroborar a exigência de prévia autorização do juízo criminal para o uso da interceptação em processo administrativo disciplinar, cumpre novamente citar o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, das questões de ordem no Inquérito 2.424-2/RJ. Deferiu a Máxima Corte, na oportunidade, dois pedidos de envio de cópia de inquérito penal, sobre dados de interceptações telefônicas e escutas ambientais autorizadas e de sua utilização para efeito de instaurar e instruir procedimento administrativo disciplinar.

No caso dos autos, conforme relatado, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina pleiteou à Juíza da Vara Criminal da Comarca de São José/SC, em 18 de março de 2002, autorização para fornecer à Secretaria de Estado da Fazenda cópia integral do laudo pericial de degravação, relativo às interceptações telefônicas, visando documentar sindicância aberta com fundamento em informações do *Parquet*.

Indeferido pelo Juízo Criminal o pedido ministerial, houve, contudo, após o término da sindicância em que constavam a cópia de fita cassete reproduzindo as comunicações telefônicas objeto de interceptação na esfera penal, bem como a degravação de tais comunicações, a constituição de Comissão de Processo Administrativo Disciplinar

> [...] a fim de apurar possíveis infrações disciplinares atribuídas aos servidores [...] e Roberto Assis Soares, matrícula nº 187.139-1, ocupante do cargo da categoria funcional de Fiscal de Mercadorias em Trânsito, nível ODA-13-I, lotado na SEF e em exercício na USEFI 051 Joinville, conforme prova emprestada e encaminhada pelo Centro das Promotorias da Coletividade, Coordenadoria Criminal do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, através do Ofício nº 060/20002/CPC/CCR, de 1º.02.2002, estas devidamente apuradas em Sindicância Interna (PSEF 80088/023), dando conta de possíveis práticas de sonegação fiscal em conluio com as Empresas Koerich Indústria e no Posto Fiscal de Garuva (f. 141).

Na espécie, portanto, ante a negativa pelo Juízo competente de autorização do envio e da utilização da fita e da degravação na esfera administrativa, resta evidente a nulidade da sindicância e da instauração do processo administrativo disciplinar, baseada exclusivamente na prova emprestada.

Por outro lado, no que toca ao segundo pedido formulado pelo impetrante, tendo em vista a falta de autorização judicial de remessa das provas à Secretaria de Estado da Fazenda de Santa Catarina, deve ser determinado seu envio ao Juízo Criminal da Comarca de São José-SC.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso ordinário e concedo a segurança, para reconhecer a nulidade da sindicância e do processo administrativo disciplinar, bem como determinar às autoridades impetradas que procedam à remessa do laudo pericial de degravação das interceptações telefônicas e da fita cassete ao Juízo Criminal da Comarca de São José-SC.

É como voto.

Certidão

Certifico que a egrégia Sexta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão: "A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso em mandado de segurança, nos termos do voto da Sr.ª Ministra Relatora".

A Sr.ª Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJMG) e os Srs. Ministros Nilson Naves e Paulo Gallotti votaram com a Sr.ª Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília, 3 de junho de 2008. - *Eliseu Augusto Nunes de Santana* - Secretário.

(Publicado no *DJe* de 23.06.2008.)

...

Penal - *Habeas corpus* - Tráfico de drogas - Diminuição de pena da lei nova - Aplicação retroativa - Possibilidade - Fixação pelo juiz da execução - Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos - Possibilidade - Escolha pelo juiz da execução - Ordem concedida

- É aplicável retroativamente, nos termos do disposto na Constituição da República e no Código Penal, a norma penal benéfica, mesmo em caso de sentença transitada em julgado.

- A redução da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, por ser instituto de direito material, deve ter sua aplicação retroativa determinada sempre que visualizada a possibilidade de o réu ser beneficiado.

- A substituição da pena privativa de liberdade imposta a traficantes de drogas condenados sob a égide da antiga Lei Antidrogas é possível, salvo se a quantidade da pena imposta não o permitir ou se for desfavorável o exame das circunstâncias judiciais referentes ao agente. Precedentes do STF.

Ordem concedida.

HABEAS CORPUS Nº 93.394-DF - Relatora: Ministra JANE SILVA (Desembargadora convocada do TJMG)

Impetrante: Defensoria Pública do Distrito Federal. Advogado: Luís Cláudio Varejão de Freitas - Defensor Público. Impetrado: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Paciente: Manoel Alves Montenegro.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus* nos termos do voto da Sr.ª Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Nilson Naves, Paulo Gallotti e Maria Thereza de Assis Moura votaram com a Sr.ª Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília, 26 de fevereiro de 2008 (data do julgamento). - *Ministra Jane Silva* (Desembargadora convocada do TJ/MG) - Relatora.

Relatório

MINISTRA JANE SILVA (Desembargadora convocada do TJMG) (Relatora) - Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Manoel Alves Montenegro contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal que negou provimento à apelação criminal interposta pelo ora paciente, deixando de reconhecer a redução da pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos, fixando o regime inicial fechado para o cumprimento da punição.

Alega o impetrante que o paciente, condenado como incurso nas penas do art. 12, *caput*, da Lei nº 6.368/76, teve indeferida a redução da pena, por entender aquela Corte Distrital ser impossível a aplicação retroativa do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, não obstante ser tal entendimento contrário à jurisprudência deste Tribunal Superior.

Sustenta que a condenação do paciente ocorreu antes da vigência do art. 44 da Lei nº 11.343/2006, que veda a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Indeferido o pedido liminar, foram solicitadas informações à autoridade coatora, sendo elas devidamente prestadas.

A Subprocuradora-Geral da República, Célia Regina Souza Delgado, opinou pela concessão parcial da ordem tão-somente para que seja determinada a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Relatados, em mesa para julgamento.

Voto

MINISTRA JANE SILVA (Desembargadora convocada do TJMG) - Examinei com cuidado as razões da impetração e vejo que assiste razão ao paciente.

Com efeito, a lei mais benéfica deve retroagir aos fatos anteriores à sua vigência, de acordo com o art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal e art. 2º, parágrafo único, do Código Penal.

A Carta Magna, ademais, não impõe limite temporal para a retroatividade da lei penal mais benigna e o Estatuto Repressor, ao esclarecer a questão, faz a ressalva de que, ainda na hipótese da ocorrência de trânsito em julgado de decisão condenatória, a lei mais benéfica deve retroagir aos fatos anteriores à sua vigência (art. 2º, parágrafo único, do Código Penal).

Exigiu o legislador para a concessão da diminuição - que não tem a natureza de atenuante genérica, porém de minorante específica, logo pode levar a pena aquém do mínimo legal, pois se está diante de um novo comando do legislador - que o réu seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Não se vê nos elementos dos autos qualquer indício de que o réu não seja primário, de bons antecedentes nem que se dedique à organização criminosa; e, no que se refere à atividade criminosa, deve ser entendida como a atividade permanente, e não a prática eventual do crime que se examina. Acrescente-se que, embora o juiz tenha examinado tão-só a primariedade do paciente, não considerou em seu desfavor as demais circunstâncias judiciais, que, assim, ante a omissão, devem ser consideradas em seu favor.

Entretanto, não pode este Tribunal examinar o quantitativo da diminuição a ser feita, pois implicaria revolvimento de provas, que não se tem nestes autos nem é compatível com a presente via a dilação probatória, razão pela qual deve ser examinada primeiramente pelo magistrado da execução penal, visto que a decisão condenatória já transitou em julgado.

Verifico também que devo acolher as pretensões da defesa no que diz respeito à possibilidade de substituição da pena nos crimes de tráfico de drogas praticados na vigência da Lei 6.368/76.

Mesmo sendo equiparado a hediondo o crime imputado ao paciente, referido benefício é plenamente cabível.

Por não existir qualquer disposição legal que proíba a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos nessa hipótese, não deve o intérprete restringir em hipótese em que o legislador não o fez.

Tal entendimento guarda consonância com a recente decisão unânime da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, publicada em 2 de março de 2007, que deferiu o benefício ao julgar o *HC* 88.879, relativo ao crime de tráfico de drogas praticado sob a vigência da antiga Lei Antidrogas. Vejamos:

> Penal. Processo penal. *Habeas corpus*. Tráfico de entorpecentes. Substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Aplicação do art. 44 do Código Penal. Requisitos presentes. Superação do art. 2º, § 1º, Lei 8.072/90, quanto ao cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Ordem concedida.
> I - A regra do art. 44 do Código Penal é aplicável ao crime de tráfico de entorpecentes, observados os seus pressupostos de incidência.
> II - A regra do art. 2º, § 1º, da Lei 8.071/90 pode ser superada quando inexistir impedimento à substituição.
> III - Ordem concedida (STF - *HC* 88.879 - Rel. Ricardo Lewandowski - Primeira Turma - *DJ* de 02.03.2007).

Ainda mais recentemente, em 19 de abril de 2007, o Supremo Tribunal Federal, desta vez por meio de seu Plenário, na votação do *HC* 85.894, ratificou tal entendimento:

> *Habeas corpus*. 2. Tráfico de entorpecentes. 3. Substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito. 4. Ausência de proibição expressa na Lei 8.072/90 que impeça a concessão de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito aos condenados pela prática de crime de tráfico de entorpecentes. 5. Definição da espécie da pena deve ser anterior à fixação do regime de seu cumprimento. 6. Precedentes. 7. Ordem deferida (STF - *HC* 85.894/RJ - Rel. Min. Gilmar Mendes - Tribunal Pleno - pub. no *DJ* de 28.09.2007, p. 28).

Também neste Sodalício, muitos são os precedentes:

> Penal. Processual penal. *Habeas corpus*. Tráfico de entorpecentes. 1. Substituição da pena privativa de liberdade. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90. Possibilidade. Acórdão proferido antes da Lei 11.343/06. 2. Ordem concedida.
> 1. Presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, mesmo em crime de tráfico de entorpecentes diante da inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Condenação anterior à Lei nº 11.343/2006. 2. Ordem concedida (STJ - *HC* 67824 - Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura - 6ª Turma - *DJ* de 1º.10.2007).

> *Habeas corpus*. Execução penal. Crime de tráfico ilícito de entorpecentes. Crime hediondo. Progressão de regime prisional. Regime inicial aberto. Observância do disposto no art. 33, § 2º, alínea *c* e § 3º, do Código Penal. Substituição da pena. Possibilidade. Precedentes desta Corte Superior e do Pretório Excelso.
> 1. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, fica afastado o óbice que impedia a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos.

2. Com a publicação da Lei nº 11.464/07, restou, de vez, afastado do ordenamento jurídico, pelo legislador ordinário, o regime integralmente fechado antes imposto aos condenados por crimes hediondos, assegurando-lhes a progressividade do regime prisional de cumprimento de pena.
3. Por conseqüência, não é cabível infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.
4. Outrossim, resta superado o único óbice à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos nos crimes hediondos e equiparados, o qual residia no caráter especial dos rigores do regime integralmente fechado.
5. Ordem concedida para, reformando a sentença penal condenatória e o acórdão ora impugnado, assegurar ao paciente o regime inicialmente aberto para cumprimento da pena e determinar, ainda, que o Juízo das Execuções Criminais competente proceda ao exame dos requisitos objetivos e subjetivos autorizadores do benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Por se encontrar em idêntica situação processual, a teor do art. 580 do Código de Processo Penal, estendo os efeitos da presente decisão à co-ré Michelle de Jesus Américo (STJ - *HC* 83491 - Relatora: Ministra Laurita Vaz - *DJ* de 08.10.2007).

Assim, estando satisfeitos os requisitos estabelecidos no art. 44 do Código Penal, é de rigor a substituição da pena do agente por restritivas de direitos.

Todavia, além de a presente via ser desprovida de dilação probatória, os elementos constantes nos autos não são suficientes para sopesar quais as melhores penas restritivas de direitos aplicáveis ao paciente, nem o *quantum* da diminuição pela minorante específica do art. 33, § 4º, da Lei 11.243/06, o que deverá ser feito primeiramente pelo Magistrado da Execução da Pena, possibilitando eventuais recursos ao paciente, caso não se conforme com a sua decisão.

Posto isso, concedo a ordem para reconhecer ao paciente o direito à causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343, que deverá ser aplicada pelo Juiz da Execução Penal, visto que a decisão já transitou em julgado e se trata de aplicação retroativa de norma ora vigente.

Ainda concedo a ordem para reconhecer ao réu o direito à substituição de sua pena por restritivas de direitos, que também deverá ser escolhida e imposta pelo Juiz da Execução Penal.

É como voto.

Certidão

Certifico que a egrégia Sexta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão: "A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da Sr.ª Ministra Relatora".

Os Srs. Ministros Nilson Naves, Paulo Gallotti e Maria Thereza de Assis Moura votaram com a Sr.ª Ministra Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília, 26 de fevereiro de 2008. - *Eliseu Augusto Nunes de Santana* - Secretário.

(Publicado no *DJe* de 10.03.2008.)

...

Agravo regimental - Alegação de ofensa ao art. 5°, LV, da CF/88 - Inexistência de ofensa direta à Constituição

- Necessidade de exame prévio de norma infraconstitucional para a verificação de contrariedade ao Texto Maior.

Agravo regimental a que se nega provimento.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 645.244-9-MG - Relator: Ministro JOAQUIM BARBOSA

Agravante: Tryumpho Empreendimentos e Engenharia Ltda. Advogados: Antônio Augusto Pires e outro. Agravado: João Gabriel Pereira de Almeida. Advogados: Maria Cristina Conde Pellegrino e outro.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 22 de abril de 2008. - *Ministro Joaquim Barbosa* - Relator.

Relatório

MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (Relator) - É este o teor da decisão com que neguei seguimento ao agravo de instrumento:

> Trata-se de agravo de instrumento interposto de decisão que inadmitiu recurso extraordinário (art. 102, III, *a*, da Constituição) que tem como violado o art. 5°, LV, da Carta Magna.
> Inexiste a alegada ofensa ao art. 5°, LV, da Constituição, pois o acórdão recorrido, ao julgar o recurso interposto, inequivocamente prestou jurisdição, em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa.
> Do exposto, nego seguimento ao agravo (f. 925).

Dessa decisão, interpõe-se agravo regimental em que se reitera a alegação de violação direta e ostensiva do art. 5°, LV, da Constituição Federal.

Mantenho a decisão agravada e submeto o agravo à apreciação da Turma.

É o relatório.

Voto

MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (Relator) - A jurisprudência de ambas as Turmas desta Corte se firmou no sentido de que, quando se fizer necessário o exame prévio de norma infraconstitucional para a verificação de contrariedade ao Texto Maior, estará caracterizada ofensa reflexa ou indireta à Carta Magna. Assim, a título exemplificativo: AI 339.607-AgR (Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 14.12.2001), AI 385.133-AgR (Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ* de 31.10.2002) e AI 332.997-AgR (Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ* de 22.11.2002).

Mesmo quando a alegação de violação envolva o art. 5°, LV, da CF/88, esta Corte tem-se posicionado no mesmo sentido. Confira-se:

> Inviável o processamento do extraordinário para debater matéria infraconstitucional, sob o argumento de violação ao disposto nos incisos LIV e LV do art. 5° da Constituição.
> Agravo regimental improvido (AI 447.774-AgR, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie, *DJ* de 12.09.2003).

Ainda que superado tal óbice, o presente recurso não merece prosperar. É que, conforme ressaltei na decisão agravada, o Tribunal *a quo* prestou jurisdição sem ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Com efeito, no acórdão de f. 668/673 constata-se que o Tribunal recorrido se manifestou a respeito da alegação de não ter sido aberta vista à agravante de documentos novos juntados aos autos pela parte contrária, conforme se infere do trecho do voto que transcrevo:

> Sustenta o embargante a ocorrência de nulidade absoluta, porquanto não lhe teria sido concedida vista dos documentos de f. 548 e 559, frustrando o que determina o art. 398 do Código de Processo Civil e o art. 5°, LV, da CF/88, que trata dos princípios da ampla defesa e do contraditório.
> Contudo, resta patente nos autos que o agravo regimental de f. 582/590 foi interposto posteriormente à juntada dos documentos de f. 548 e 559, o que demonstra que teve efetiva vista deles e pôde sobre eles se manifestar, não configurando, assim, qualquer violação dos artigos legais citados, pelo que nenhuma omissão ocorreu no julgado.

Pelo exposto, nego provimento ao presente agravo regimental.

Extrato de ata

Decisão: Negado provimento. Votação unânime. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Srs. Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes. Presidiu este julgamento o Sr. Ministro Cezar Peluso. Segunda Turma, 22.04.2008.

Presidência do Sr. Ministro Cezar Peluso. Presentes à Sessão os Srs. Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Celso Mello e Gilmar Mendes.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Gonçalves.

Carlos Alberto Cantanhede - Coordenador.

(Publicado no *DJe* de 16.05.2008.)

...

Prova - Criminal - Documentos - Papéis confidenciais pertencentes a empresa - Cópias obtidas, sem autorização nem conhecimento desta, por ex-empregado - Juntada em autos de inquérito policial - Providência deferida em mandado de segurança impetrado por representante do Ministério Público - Inadmissibilidade - Prova ilícita - Ofensa ao art. 5º, LVI, da CF e aos arts. 152, parágrafo único, 153 e 154 do CP - Desentranhamento determinado - *HC* concedido para esse fim

- Não se admite, sob nenhum pretexto ou fundamento, a juntada, em autos de inquérito policial ou de ação penal, de cópias ou originais de documentos confidenciais de empresa, obtidos, sem autorização e conhecimento desta, por ex-empregado, ainda que autorizada aquela por sentença em mandado de segurança impetrado por representante do Ministério Público.

HABEAS CORPUS Nº 82.862-1-SP - Relator: Ministro CÉZAR PELUSO

Pacientes: Walter Luiz Monteiro Cardoso, Marcos Luiz Barreto Montandon Júnior e Douglas Munro. Impetrantes: Arnaldo Malheiros Filho e outro. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Sr. Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em deferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Falou, pelos pacientes, o Dr. Arnaldo Malheiros Filho. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Srs. Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Brasília, 19 de fevereiro de 2008. - *Ministro Cezar Peluso* - Relator.

Relatório

MINISTRO CEZAR PELUSO (Relator) - 1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Walter Luiz Monteiro Cardoso, Marcos Luiz Barreto Montandon Júnior e Douglas Munro, contra decisão que, proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, não conheceu do *HC* nº 24.204, dirigido contra liminar da Desembargadora Relatora do MS nº 2002.03.00.01569-4, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Alegam os impetrantes que o constrangimento ilegal imposto aos pacientes

> [...] decorre de decisão sem fundamento que, mesmo sem negar o caráter ilícito de provas já desentranhadas dos autos de inquérito policial, determinou sua reinclusão ao feito por via oblíqua e à margem do devido processo legal (f. 3).

Em reclamação trabalhista ajuizada por Anthony Peter Mcveigh, ex-Presidente da empresa Richard Ellis S/C Ltda., demitido por justa causa, o reclamante, para reforço de argumentação em recurso, requereu abertura do inquérito policial para a apuração de supostos crimes de falsidade material e ideológica e uso de documentos, cometidos, em tese, no âmbito da reclamada, e instruiu o requerimento com documentos sigilosos da empresa, os quais lhe foram repassados por Mário Roberto de Castilho, ex-*controller* da reclamada.

Tais documentos, segundo a empresa, teriam sido obtidos ilicitamente, com violação dos arts. 152, parágrafo único, 153 e 154 do Código Penal. A título exemplificativo, entre os documentos encontrar-se-iam memorando confidencial, ata de reunião da Diretoria da empresa, cópia de fax encaminhado pela advogada desta, minuta de parecer e defesa, balanços etc.

Por isso, a empresa Richard Ellis S/C Ltda. requereu, também ela, instauração de inquérito policial e solicitou ao juízo desentranhamento da documentação sigilosa que instruía o primeiro inquérito policial, porque lograda de forma ilícita, mediante ofensa ao disposto no art. 5º, inciso LVI, da Constituição da República.

Os autos do primeiro inquérito, que tramitavam na Justiça Estadual, foram encaminhados à Justiça Federal, porque os ilícitos se teriam dado na contestação à reclamação trabalhista. Redistribuídos os autos, o juízo criminal federal determinou o desentranhamento daquelas provas documentais, declarando-lhes a ilicitude.

O Ministério Público Federal, ciente dos termos da decisão de desentranhamento, também reconheceu a ilicitude de provas, mas requereu fosse requisitada à 58ª Junta de Conciliação e Julgamento cópia integral dos autos da ação trabalhista que Anthony Peter Mcveigh movia contra Richard Ellis S/C Ltda.

Diante disso, a defesa dos ora pacientes também peticionou, alertando o juízo de que o reclamante havia juntado aos autos, no recurso, cópia integral do inquérito,

onde constavam os documentos sigilosos. Requereu, assim, que o juízo comunicasse à Justiça do Trabalho o desentranhamento e deixasse consignado, no ofício, que solicitava cópia integral do processo trabalhista, salvo quanto à cópia do inquérito policial lá anexada.

O juízo deferiu o requerimento.

O Ministério Público, todavia, postulou, em mandado de segurança perante o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, fosse remetida cópia integral dos autos da ação trabalhista, inclusive com os documentos desentranhados por ilicitude, sob alegação de indevido cerceamento a atividade institucional do Ministério Público. E obteve liminar, para que a "autoridade impetrada solicite, junto ao r. Juízo do Trabalho, cópia integral da Reclamação Trabalhista".

Contra a concessão dessa liminar, os diretores da reclamada impetraram *habeas corpus* ao Superior Tribunal de Justiça, sustentando que a reinserção daquela prova, por via oblíqua, trazia novamente para o bojo do inquérito policial a documentação sigilosa, que constituía prova ilícita.

O *habeas corpus* não foi conhecido pelo Ministro Relator (f. 79/82), em decisão mantida em agravo regimental (f. 551/553).

Daí a presente impetração, onde se renovam os fundamentos do pedido de *writ* não conhecido. Requerem os impetrantes seja excluída, em definitivo, do traslado das peças da ação trabalhista já juntado aos autos, a cópia integral do inquérito policial, ou a extinção do processo do mandado segurança.

A Procuradoria-Geral da República opinou pelo não-conhecimento da impetração e, caso conhecida, pela denegação da ordem (f. 572/573).

É o relatório.

Voto

MINISTRO CEZAR PELUSO (Relator) - 1. Colho, do sítio eletrônico do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que, no longo curso deste processo, o MS nº 2002.03.00.015689-4, foi julgado, com concessão da segurança e confirmação da liminar.

Determinou-se, pois, aí, a juntada aos autos do inquérito policial da cópia integral dos autos da reclamação trabalhista que incluem cópia integral doutro inquérito policial, em cujos autos se encontram as provas ilícitas que, antes desentranhadas, são agora reconduzidas, por essa via indireta, ao mesmo procedimento inquisitório.

Há, nisso, constrangimento ilegal manifesto, que autoriza a cognição oficial do pedido, desta feita contra o teor do julgamento superveniente que absorveu a eficácia da liminar impugnada neste *habeas corpus*.

2. A meu juízo, escusa adentrar a questão do uso desvirtuado do mandado de segurança, dirigido contra ato jurisdicional que tutelou incontroverso direito subjetivo dos acusados, ordenando desentranhamento de provas ilícitas e, ao depois, restringindo as cópias dos autos da reclamação trabalhista por juntar aos autos do inquérito policial, para ver logo a impropriedade, gravosa ao *status libertatis* dos ora pacientes, da decisão que concedeu a segurança ao representante do Ministério Público.

É que não há, nem pode haver - porque inconcebível como categoria jurídica - direito líquido e certo, da parte acusadora, de fazer juntar aos autos de qualquer procedimento de persecução criminal, mediante sentença mandamental de segurança, prova originalmente obtida de forma ilícita, qualquer que seja a razão ou o pretexto que se invoque para o lograr.

Se é certo que têm as partes poder jurídico, caracterizado como ônus, de requerer e produzir todas as provas que reputem necessárias ou convenientes à apuração da verdade, não menos o é que o objeto último sobre o qual recai esse poder encontra limite intransponível no seu eventual caráter ilícito, que a Constituição da República não tolera, subtraindo-lhe toda a eficácia retórica e o conseqüente uso processual (art. 5º, LVI). Prova ilícita, obtida de forma ilícita, escusaria dizê-lo, não é prova; é não-prova.

A ostensiva ilicitude da prova, consistente em documentos presuntivamente sigilosos da pessoa jurídica, de que, sem autorização dela, se lhe apoderou ex-alto funcionário, sob acusação de criminoso abuso de confiança, para favorecer ex-companheiro de empresa, autor de reclamatória trabalhista contra esta, reconheceu-a o juízo do inquérito, com conhecimento pleno do representante do Ministério Público, o qual não lhes alegou nem deu nenhuma prova da existência da necessária autorização da titular para uso por parte de terceiro:

> Mário Roberto Castilho Filho, que exerceu o cargo de confiança de *controller* da empresa Richard Ellis S/C Ltda. durante o período de maio de 1988 a junho de 2001, em depoimento prestado perante a autoridade policial, confirmou haver entregado ao requerente todos os documentos que estão sendo utilizados para provar os fatos em tela 'os quais lhe pertenciam, em razão de sua função na empresa' (f. 413/415).
>
> Assim, é de se notar que as provas que serviram para embasar o processo investigatório foram todas elas fornecidas por Mário Roberto Castilho, ex-funcionário da sociedade Richard Ellis S/C Ltda., na qual exerceu por mais de treze anos o cargo de confiança de *controller*.
>
> Nesse passo, conquanto alegue o douto representante do Ministério Público Federal que Mário Roberto Castilho 'teve acesso direto e lícito a todos os documentos que forneceu ao Senhor Anthony Mcveigh' e afirme o próprio Mário Roberto Castilho que os referidos documentos 'lhe pertenciam, em razão de sua função na empresa', *impossível não reconhecer a ilicitude das provas apresentadas, diante do indiscutível fato de que os documentos são propriedade da empresa Richard Ellis S/C Ltda., e que, se foram trazidos aos autos por pessoa diversa da propriedade e sem sua*

autorização, é porque foram indevida e fraudulentamente desviados.

Das informações constantes nos autos, inclusive do depoimento prestado por Mário Roberto Castilho perante a autoridade policial (f. 413/415), *vislumbra-se que as provas documentais derivam de atos incontestavelmente ilícitos, uma vez que perfeitamente se subsumem às condutas delitivas tipificadas nos arts. 152, 153 e 154 do Código Penal, eivando tais provas de irreparável ilicitude* (f. 437/438 e 530/531. Grifos nossos).

Ora, permitir, para efeito de consideração jurídica a título de fonte ou suporte de *opinio delicti* e de convicção judicial, a juntada, em inquérito, de cópia integral dos autos de reclamação trabalhista onde estão cópias de documentos de presumida origem ilícita que instruíram o pedido doutro inquérito, é autorizar a produção, por viés, de prova em princípio ilícita, da qual para nada, em termos jurídicos, antes de lhe provar a licitude, pode valer-se o impetrante, que, aliás, dela não precisa para estimar ou investigar a prática dos supostos crimes.

3. Ante o exposto, concedo a ordem, para determinar a exclusão dos autos do Inquérito Policial nº 2001.61.81.006249-0, em trâmite perante a 4ª Vara Federal Criminal da 1ª Subseção Judiciária de São Paulo, das cópias dos documentos que já haviam sido desentranhados dos autos e que foram indevidamente juntadas ao inquérito policial em razão da vinda, aos autos, de cópia integral da reclamação trabalhista de que são partes Anthony Peter McVeigh e Rei Limited ou Richard Ellis S/C Ltda.

MINISTRO CELSO DE MELLO (Presidente) - Também acompanho o voto do eminente Relator, por entender, considerada a ilicitude da prova, que esta, por inadmissível, não poderia ter sido validamente produzida nos autos do inquérito policial em questão.

Tenho presentes, na fundamentação de meu voto, não só as razões invocadas pelo eminente Relator, como, também, aquelas que deram suporte a decisão que proferi em julgamento monocrático consubstanciado em ementa a seguir reproduzida:

> Prova ilícita. Material fotográfico que comprovaria a prática delituosa (Lei nº 8.069/90, art. 241). Fotos que foram furtadas do consultório profissional do réu e que, entregues à polícia pelo autor do furto, foram utilizadas contra o acusado, para incriminá-lo. Inadmissibilidade (CF, art. 5º, LVI).
> - A cláusula constitucional do *due process of law* encontra, no dogma da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras, pois o réu tem o direito de não ser denunciado, de não ser processado e de não ser condenado com apoio em elementos probatórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal.
> - A prova ilícita - por qualificar-se como elemento inidôneo de informação - é repelida pelo ordenamento constitucional, apresentando-se destituída de qualquer grau de eficácia jurídica.
> - Qualifica-se como prova ilícita o material fotográfico, que, embora alegadamente comprobatório de prática delituosa, foi furtado do interior de um cofre existente em consultório odontológico pertencente ao réu, vindo a ser utilizado pelo Ministério Público contra o acusado, em sede de persecução penal, depois que o próprio autor do furto entregou à Polícia as fotos incriminadoras que havia subtraído.
> No contexto do regime constitucional brasileiro, no qual prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, impõe-se repelir, por juridicamente ineficazes, quaisquer elementos de informação, sempre que a obtenção e/ou a produção dos dados probatórios resultarem de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo, notadamente naquelas situações em que a ofensa atingir garantias e prerrogativas asseguradas pela Carta Política (*RTJ* 163/682 - *RTJ* 163/709), mesmo que se cuide de hipótese configuradora de ilicitude por derivação (*RTJ* 155/508), ou, ainda que não se revele imputável aos agentes estatais o gesto de desrespeito ao sistema normativo, vier ele a ser concretizado por ato de mero particular. Doutrina. [...] (RE 251.445/GO, Rel. Min. Celso de Mello, *in Informativo STF* nº 197).

Sendo assim, e com essas considerações, acompanho o voto do Relator.

É o meu voto.

Extrato de ata

Decisão: A Turma, por votação unânime, deferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Falou, pelos pacientes, o Dr. Arnaldo Malheiros Filho. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Srs. Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau. 2ª Turma, 19.02.2008.

Presidência do Sr. Ministro Celso de Mello. Presentes à Sessão os Srs. Ministros Gilmar Mendes e Cezar Peluso. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo da Rocha Campos.

Carlos Alberto Cantanhede - Coordenador.

(Publicado no *DJe* de 13.06.2008.)

...

ÍNDICE NUMÉRICO

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Homenagem

Número	Espécie	Comarca	Relator: Des.	Pág.
1.0024.03.111015-8/003	Ap. Cível	Belo Horizonte	Ernane Fidélis	25
1.0024.04.463296-6/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Ernane Fidélis	26
1.0024.07.480844-5/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Ernane Fidélis	28

Corte Superior

Número	Espécie	Comarca	Relator: Des.	Pág.
1.0000.07.458840-1/000	Confl.Neg.Compet.	Uberlândia	Jarbas Ladeira	63

Jurisprudência Cível

Número	Espécie	Comarca	Relator: Des.	Pág.
1.0000.07.451995-0/000	Mand.de Segurança	Belo Horizonte	Roney Oliveira	286
1.0000.07.457272-8/000	Confl.Neg.Compet.	Ipatinga	Fernando Caldeira Brant	95
1.0000.07.459278-3/000	Mand.de Segur.	Sta. Rita do Sapucaí	José Flávio de Almeida	140
1.0011.06.015823-2/001	Ap.Cível	Aimorés	Geraldo Augusto	80
1.0024.00.117507-4/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Célio César Paduani	171
1.0024.01.066450-6/001	Ap.Cível/Reex.Nec.	Belo Horizonte	Cláudio Costa	97
1.0024.02.790738-5/001	Agravo	Belo Horizonte	Selma Marques	210
1.0024.02.869116-0/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Maria Elza	274
1.0024.04.260001-5/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Marcos Lincoln	255
1.0024.04.306132-4/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Ernane Fidélis	189
1.0024.04.370274-5/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	José Antônio Braga	120
1.0024.04.390231-1/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Saldanha da Fonseca	124
1.0024.04.460868-5/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Wagner Wilson	265
1.0024.04.497339-4/003	Ap.Cível	Belo Horizonte	Renato Martins Jacob	199
1.0024.04.507023-2/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	José Affonso da CostaCôrtes	290
1.0024.05.648739-0/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Hilda Teixeira da Costa	146
1.0024.05.654791-2/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Mota e Silva	203
1.0024.05.661823-4/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Fernando Botelho	207
1.0024.05.821220-0/002	Agravo	Belo Horizonte	Osmando Almeida	269
1.0024.05.893342-5/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Dídimo Inocêncio de Paula	147
1.0024.06.063010-0/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Otávio Portes	281
1.0024.06.146973-0/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Antônio Sérvulo	174
1.0024.06.190897-6/001	Agravo	Belo Horizonte	Adilson Lamounier	107
1.0024.06.198063-7/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Irmar Ferreira Campos	177
1.0024.06.215798-7/001	Ap.Cível/Reex.Nec.	Belo Horizonte	Teresa Cristina da CunhaPeixoto	182
1.0024.06.235290-1/001	Ap.Cível/Reex.Nec.	Belo Horizonte	Almeida Melo	252
1.0024.06.278857-5/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Cláudia Maia	184
1.0024.06.307952-9/002	Ap.Cível	Belo Horizonte	Pedro Bernardes	111
1.0024.06.990125-4/001	Ap.Cível/Reex.Nec.	Belo Horizonte	Audebert Delage	215

1.0024.07.385084-4/001	Ap.Cível/Reex.Nec.	Belo Horizonte	Eduardo Andrade	122
1.0024.07.403177-4/001	Agravo	Belo Horizonte	Tarcísio Martins Costa	190
1.0024.07.442385-6/001	Agravo	Belo Horizonte	Edgard Penna Amorim	258
1.0024.07.446086-6/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Maurílio Gabriel	284
1.0024.07.447973-4/002	Ap.Cível/Reex.Nec.	Belo Horizonte	Maurício Barros	192
1.0024.07.449119-2/003	Ap.Cível	Belo Horizonte	Duarte de Paula	261
1.0024.07.484716-1/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Eulina do Carmo Almeida	143
1.0024.07.590562-0/001	Ap.Cível/Reex.Nec.	Belo Horizonte	Brandão Teixeira	201
1.0024.90.661556-2/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Eduardo Mariné da Cunha	292
1.0045.05.011105-8/001	Ap.Cível	Caeté	Afrânio Vilela	77
1.0079.05.198579-8/001	Ap.Cível	Contagem	Antônio de Pádua	245
1.0105.04.127155-9/001	Ap. Cível	Gov. Valadares	Fábio Maia Viani	239
1.0105.06.181503-8/001	Ap.Cível	Gov. Valadares	Nepomuceno Silva	243
1.0134.04.046341-3/001	Ap.Cível	Caratinga	Valdez Leite Machado	87
1.0145.01.016523-4/001	Ap.Cível	Juiz de Fora	Mauro Soares de Freitas	81
1.0145.07.393785-9/001	Ap.Cível	Juiz de Fora	Pereira da Silva	126
1.0145.07.399769-7/001	Ap.Cível	Juiz de Fora	Albergaria Costa	129
1.0153.07.066327-0/001	Ap.Cível	Cataguases	Luciano Pinto	95
1.0183.07.132885-4/001	Agravo	Conselheiro Lafaiete	Alberto Henrique	173
1.0223.07.212829-9/001	Ap.Cível/Reex.Nec.	Divinópolis	Wander Marotta	109
1.0290.04.013962-5/001	Ap.Cível	Vespasiano	Marcelo Rodrigues	226
1.0231.93.004857-5/001	Ap.Cível	Rib. das Neves	Vanessa Verdolim HudsonAndrade	73
1.0239.04.000810-8/001	Ap.Cível	Entre Rios de Minas	Elias Camilo	68
1.0287.05.023007-0/001	Ap.Cível	Guaxupé	Lucas Pereira	156
1.0287.06.026326-9/001	Ap.Cível	Guaxupé	Unias Silva	160
1.0313.06.202219-6/001	Ap.Cível	Ipatinga	Sebastião Pereira de Souza	180
1.0313.07.224116-6/001	Ap. Cível	Ipatinga	Márcia De Paoli Balbino	247
1.0342.04.044846-2/001	Ap.Cível/Reex.Nec.	Ituiutaba	Moreira Diniz	85
1.0352.03.007643-9/001	Ap.Cível	Januária	Cabral da Silva	75
1.0395.07.017087-7/001	Agravo	Manhumirim	Dárcio Lopardi Mendes	237
1.0432.05.009811-5/001	Ap.Cível	Monte Santo de Minas	Roberto Borges de Oliveira	221
1.0433.05.166090-3/001	Ap.Cível/Reex.Nec.	Montes Claros	Fernando Bráulio	240
1.0435.06.000734-9/001	Ap.Cível	Morada Nova de Minas	Nilson Reis	66
1.0439.06.057459-7/002	Ap.Cível/Reex.Nec.	Muriaé	Edilson Fernandes	92
1.0473.05.006858-3/001	Ap.Cível	Paraisópolis	Nilo Lacerda	219
1.0479.05.086469-9/001	Ap.Cível	Passos	Kildare Carvalho	101
1.0481.03.019694-5/001	Ap.Cível	Patrocínio	José Amancio	152
1.0514.06.021645-4/001	Ap.Cível	Pitangui	Heloísa Combat	83
1.0518.05.082660-2/001	Ap.Cível	Poços de Caldas	Alberto Vilas Boas	165
1.0522.06.021843-8/001	Reex.Nec.	Porteirinha	Armando Freire	154
1.0525.06.081798-4/001	Ap.Cível	Pouso Alegre	Manuel Saramago	164
1.0525.06.089134-4/001	Ap.Cível/Reex.Nec.	Pouso Alegre	Edivaldo George dos Santos	168
1.0525.97.008061-6/001	Ap.Cível	Pouso Alegre	D. Viçoso Rodrigues	150
1.0558.06.000546-6/001	Ap.Cível	Rio Pomba	Belizário de Lacerda	65
1.0607.06.028958-6/001	Agravo	Santos Dumont	Dorival Guimarães Pereira	162
1.0647.05.053732-1/002	Ap.Cível	São Seb. do Paraíso	Bitencourt Marcondes	275
1.0657.07.001684-2/001	Ap.Cível	Senador Firmino	Generoso Filho	71
1.0672.04.137811-4/002	Ap.Cível	Sete Lagoas	José Domingues Ferreira Esteves	106
1.0686.04.098524-0/001	Ap.Cível	Teófilo Otoni	Silas Vieira	170
1.0701.00.014049-4/001	Ap.Cível	Uberaba	Guilherme Luciano Baeta Nunes	78
1.0701.07.188722-1/001	Ap.Cível	Uberaba	Alvim Soares	175
1.0702.03.089917-4/001	Ap.Cível	Uberlândia	Domingos Coelho	103
1.0702.05.235575-8/001	Ap.Cível	Uberlândia	Nicolau Masselli	253
1.0702.06.283039-4/001	Ap.Cível	Uberlândia	Alberto Aluízio Pacheco de Andrade	186
1.0702.07.343843-5/001	Ap.Cível	Uberlândia	Alvimar de Ávila	115
1.0702.07.365694-5/001	Ap.Cível	Uberlândia	Caetano Levi Lopes	117
1.0702.07.394078-6/001	Ap.Cível	Uberlândia	Elpídio Donizetti	283
1.0702.07.415629-1/001	Agravo	Uberlândia	Rogério Medeiros	131

1.0704.01.000885-9/001	Ap.Cível	Unaí	Batista de Abreu	217
1.0707.01.045010-4/001	Ap.Cível	Varginha	Francisco Kupidlowski	86
1.0710.05.010268-4/002	Ap. Cível	Vazante	Jarbas Ladeira	224
2.0000.00.488734-5/000	Ap.Cível	Belo Horizonte	Evangelina Castilho Duarte	196

Jurisprudência Criminal

Número	Espécie	Comarca	Relator: Des.	Pág.
1.0000.07.465598-6/000	*HC*	Passos	Márcia Milanez	354
1.0000.08.468665-8/000	*HC*	Pará de Minas	Maria Celeste Porto	356
1.0003.06.017611-6/001	Ap.Criminal	Abre-Campo	Eduardo Brum	313
1.0016.05.044759-4/001	Ap.Criminal	Alfenas	Edelberto Santiago	324
1.0024.03.022911-6/002	Ap.Criminal	Belo Horizonte	Antônio Armando dos Anjos	319
1.0024.05.751178-4/001	Ap.Criminal	Belo Horizonte	Beatriz Pinheiro Caires	358
1.0024.05.815531-8/001	Ap.Criminal	Belo Horizonte	Hyparco Immesi	363
1.0024.07.460265-7/001	Ap.Criminal	Belo Horizonte	Antônio Carlos Cruvinel	352
1.0079.06.311910-5/001	Ap.Criminal	Contagem	Fernando Starling	343
1.0105.07.222198-6/001	Ap.Criminal	Gov. Valadares	Ediwal José de Morais	341
1.0106.02.001137-0/001	Ap.Criminal	Cambuí	Judimar Biber	299
1.0145.06.334742-4/001	Ap.Criminal	Juiz de Fora	José Antonino Baía Borges	346
1.0175.03.002803-9/001	Ap.Criminal	Conc. do Mato Dentro	Walter Pinto da Rocha	302
1.0194.01.014878-2/001	Ap.Criminal	Coronel Fabriciano	Delmival de Almeida Campos	307
1.0344.07.036874-3/001	Ap.Criminal	Iturama	Sérgio Resende	326
1.0384.05.039856-7/001	Ap.Criminal	Leopoldina	Alexandre Victor de Carvalho	364
1.0470.06.032948-4/001	Ap.Criminal	Paracatu	Paulo Cézar Dias	328
1.0471.03.006483-9/001	Ap.Criminal	Pará de Minas	Eli Lucas de Mendonça	304
1.0525.06.093339-3/001	Ap.Criminal	Pouso Alegre	Hélcio Valentim	335
1.0672.06.212351-4/001	Ap.Criminal	Sete Lagoas	Reynaldo Ximenes Carneiro	339
1.0685.07.000332-0/001	Ap.Criminal	Teixeiras	Vieira de Brito	297
1.0702.07.353844-0/001	Ap.Criminal	Uberlândia	Herculano Rodrigues	349
1.0720.04.017406-5/001	Ap.Criminal	Visc. do Rio Branco	Pedro Vergara	309

Superior Tribunal de Justiça

Número	Espécie	Relator: Min.	Pág.
16.429-SC	Recurso em MS	Maria Thereza de Assis Moura	369
93.394-DF	*HC*	Jane Silva	374

Supremo Tribunal Federal

Número	Espécie	Relator: Min.	Pág.
645.244-9-MG	Ag. Reg. em Ag. de Inst.	Joaquim Barbosa	377
82.862-1-SP	*HC*	Cézar Peluso	378

...

ÍNDICE ALFABÉTICO E REMISSIVO

A

A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. INTERPRETAÇÃO DOUTRINÁRIA. EVOLUÇÃO E PRÁTICA EM QUASE QUINZE ANOS DE VIGÊNCIA
Ernane Fidélis dos Santos e Ivana Fidélis Silveira (Artigo jurídico - Homenagem) 17

AÇÃO ANULATÓRIA
Multa de trânsito - Auto de infração - Invalidade 174

AÇÃO CIVIL PÚBLICA
Associação - Constituição - Finalidade institucional - Depósito judicial - Relação de consumo - Não-ocorrência - Ilegitimidade ativa 265

Combustível - Produto impróprio para consumo - Ônus da prova - Laudo pericial - Prova produzida em procedimento administrativo - Utilização em processo judicial - Possibilidade - Relação de consumo - Produto fora das especificações da ANP - Responsabilidade civil - Verificação de culpa - Desnecessidade - Dano moral coletivo - *Quantum* - Fixação 103

Serviços públicos de saneamento básico - Tarifa - Fixação - Copasa - Concessionária - Competência exclusiva para cobrança - Secretaria de Estado de Desenvolvimento Regional e Política Urbana - Resolução nº 22 - Litisconsórcio passivo necessário - Emenda da inicial - Matéria de ordem pública - Código de Processo Civil, arts. 267, § 3º, e 284 258

AÇÃO COMINATÓRIA
Ação declaratória - Cumulação - Servidor público estadual - Ipsemg - Inclusão de segurados - Pais - Assistência médica - LC nº 64/02 - Decreto nº 43.336/03 - Requisitos - Preenchimento - Custas 182

AÇÃO DE COBRANÇA
Ajuizamento anterior à quebra - Princípio do juízo universal da falência - Inaplicabilidade - Processo em curso - Não-suspensão - Devedor solidário - Responsabilidade - Integralidade da dívida 152

Consórcio - Cota contemplada - Promessa inverídica - Anulação do negócio - Administradora - Representante comercial - Responsabilidade solidária - Art. 340 do Código de Defesa do Consumidor - Adesão - Parcelas pagas - Restituição imediata - Dano material - Comprovação - Dano moral - Configuração 156

Expurgos inflacionários - Plano Collor II - Caderneta de poupança - Saldo não bloqueado - Conta bancária - Prova - MP 294/91 - Trintídio anterior à vigência - Correção pelo IPC de fevereiro - Necessidade - Diferença devida - Liquidação de sentença - Imprescindibilidade 247

Locação - Aluguel - Não-pagamento - Quitação - Ausência de prova - Fundo de reserva - Obrigação do locador - Pagamento efetuado pelo locatário - Devolução 199

AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE FILIAÇÃO
Terminologia dada à ação - Irrelevância - Investigação de paternidade cumulada com anulação de registro civil - Pai falecido - Litígio entre irmãs - Legitimidade ativa - Paternidade - Reconhecimento espontâneo - Nulidade do registro - Erro ou falsidade - Ônus da prova - Exame de DNA - Negativa - Inversão do ônus da prova - Descabimento 162

AÇÃO DE PREFERÊNCIA - Vide: Direito de preferência

AÇÃO DECLARATÓRIA
Ação cominatória - Cumulação - Servidor público estadual - Ipsemg - Inclusão de segurados - Pais - Assistência médica - LC nº 64/02 - Decreto nº 43.336/03 - Requisitos - Preenchimento - Custas 182

Fiança - Vigência - Termo final - Afiançado - Pessoa jurídica - Contrato social - Alteração - Pagamento - Dívida nova - Comprovação - Ausência - Dano moral - Não-configuração 160

Requisitos - Declaração de simples situação jurídica de não-incidência tributária, genericamente, sem referência à relação jurídica concreta - Impossibilidade - Repetição de indébito - Pedido genérico 189

AÇÃO MONITÓRIA
Prova escrita - *Causa debendi* - Declinação - Desnecessidade - Dívida inexistente - Ônus da prova 184

AÇÃO ORDINÁRIA
Hipoteca - Constituição - Agente financeiro e incorporadora - Cancelamento - SFH - Contrato de financiamento - Unidade imobiliária - Adquirente de boa-fé - Legitimidade passiva - Consumidor - Direitos - Promessa de compra e venda - Preço pactuado - Pagamento - Prova - Escritura definitiva - Possibilidade 81

Interesse de agir - Presença - Carência da ação - Inocorrência - Servidor público - Estabilidade - Art. 19 do ADCT da CF/88 - Concurso público - Cargo público - Efetividade - Aquisição - Cargo em comissão - Apostilamento integral - Aposentadoria - Proventos integrais - Requerimento administrativo - Ausência - Irrelevância 147

AÇÃO ORDINÁRIA DE ANULAÇÃO DE CONTRATO - Vide: Contrato

AÇÃO POPULAR
Município - Projeto - Bem público - Reestruturação - Patrimônio histórico e cultural - Tombamento - Inexigibilidade - Ato discricionário - Controle judicial - Impossibilidade - Ato lesivo - Não-ocorrência - Petição inicial - Indeferimento liminar - Extinção do processo 201

AÇÃO REIVINDICATÓRIA
Lote - Aterro - Benfeitoria - Direito de retenção - Prova pericial - Ausência - Julgamento antecipado da lide - Cerceamento de defesa 78

AÇÃO RENOVATÓRIA
Locação comercial - Contrato escrito - Prazo determinado - Renovação por mais de cinco anos - Retomada do imóvel - Exploração da mesma atividade comercial - vedação do pedido - Exceção - Instalações destinadas a nogócios específicos - Inaplicabilidade - Término do contrato - Aluguéis - Valor - Indenização - Pedido analisado - Prestação jurisdicional completa - Sentença *citra petita* - Inexistência - Nulidade - Inocorrência - Honorários de advogado - Fixação 275

AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO - Vide: Contrato

ACIDENTE DE TRÂNSITO
Condutor inabilitado - Culpa - Seguro - Indenização - Seguradora - Exclusão da responsabilidade 239

Município - Operação tapa-buracos - Detritos espalhados em pista de rolamento - *Faute de service* - Responsabilidade subjetiva - Dano material - Indenização 65

Reparação de dano - Seguradora - Sub-rogação - Veículo culpado - Alegação de venda - Comprovação - Ausência - Testemunha única - Insuficiência 217

ACIDENTE DO TRABALHO
Morte - Dano moral - Dano material - Indenização - Viúva e filho - Demanda em nome próprio - Relação de direito pessoal - Competência da Justiça Comum 107

ACORDO
Dissolução de sociedade comercial - Homologação - Extinção parcial do mérito - Processo - Continuidade - Apuração de haveres - Lucro - Distribuição - Sócio - Preterição - Sócios controladores - Aplicação da receita - Fins diversos do objeto social - Empréstimo a terceiros - Correção - Juros - Ausência - Prejuízo - Dever de lealdade - Violação - Reparação 210

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
Responsabilidade subjetiva - *Faute de service* - Município - Operação tapa-buracos - Detritos espalhados em pista de rolamento - Acidente de trânsito - Dano material - Indenização 65

ADOÇÃO
Poder familiar - Destituição - Situação de fato - Formalização - Interesse do menor - Prevalência - Deferimento do pedido 73

AGRAVO REGIMENTAL
Alegação de ofensa ao art. 5°, LV, da CF/88 - Inexistência de ofensa direta à Constituição - Necessidade de exame prévio de norma infraconstitucional para a verificação de contrariedade ao Texto Maior - Agravo regimental a que se nega provimento (STF) 377

ALUGUEL
Fundo de reserva - Obrigação do locador - Pagamento efetuado pelo locatário - Devolução 199

ALVARÁ
FGTS - PIS - Não-recebimento em vida - Viúva - Pedido - Lei 6.858/80 175

ALVARÁ JUDICIAL
Doação - Improcedência do pedido - Bem imóvel - Aquisição antes do casamento - Regime de bens - Comunhão parcial - Venda - Compra de outro imóvel - Sub-rogação - Ausência de prova 80

Táxi - Serviço público - Permissão - Caráter personalíssimo e intransferível - Licitação - Necessidade - Permissionário - Falecimento - Extinção da permissão - Alvará judicial - Transferência a terceiro - Impossibilidade 171

ANALOGIA
Tráfico de entorpecentes - Concurso de pessoas - União estável - Companheiro - Inexigibilidade de conduta diversa - Excludente de culpabilidade - Co-autoria inexistente - Art. 206 do Código de Processo Penal - Aplicação analógica 335

ANTECEDENTES CRIMINAIS
Fixação da pena - Circunstâncias judiciais - Maus antecedentes - Reincidência - *Bis in idem* 358

Roubo qualificado - Fixação da pena - Condenação anterior - Reincidência - *Non bis in idem* 297

Tráfico de entorpecentes - Fixação da pena - Bons antecedentes 326

Tráfico de entorpecentes - Fixação da pena - Réu primário - Bons antecedentes - Causa de diminuição - Aplicabilidade 352

APOSENTADORIA
Requerimento administrativo - Ausência - Irrelevância - Servidor público - Estabilidade - Art. 19 do ADCT da CF/88 - Concurso público - Efetividade - Aquisição - Cargo em comissão - Apostilamento integral - Proventos integrais - Ação ordinária - Interesse de agir - Presença - Carência da ação - Inocorrência 147

ARMA DE FOGO
Roubo qualificado - Concurso de pessoas - Restrição à liberdade da vítima - Valoração da prova - Condenação 313

ARTIGO JURÍDICO
A antecipação da tutela. Interpretação doutrinária. Evolução e prática em quase quinze anos de vigência - Ernane Fidélis dos Santos e Ivana Fidélis Silveira (Homenagem) 17

Deveres e vedações aos magistrados na Loman - Luiz Guilherme Marques 60

O princípio da eficiência na prestação de serviços públicos - Maria Aparecida de Oliveira Grossi Andrade 53

Qualidade no Judiciário - Marcelo Guimarães Rodrigues 41

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA
Pessoa jurídica - Agravo de instrumento - Preparo - Desnecessidade - Conhecimento - Mérito - Despesas processuais - Capacidade econômica - Indeferimento - Voto vencido 131

ASSOCIAÇÃO
Constituição - Finalidade institucional - Depósito judicial - Relação de consumo - Não-ocorrência - Ilegitimidade ativa 265

ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES
Absolvição de co-réu - Ausência de elemento constitutivo - Crime não caracterizado 335

Ausência de requisitos - Absolvição 352

Vide também: Tráfico de entorpecentes

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR
Estupro - Declaração da vítima - Valoração da prova - Condenação - Fixação da pena - Crime continuado - Requisitos - Aplicabilidade - Voto vencido 364

ATO ADMINISTRATIVO
Processo administrativo - Ausência - Ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa - Poluição sonora - Estabelecimento comercial - Interdição - Auto de infração - Ilegalidade - Delegação legislativa inconstitucional 192

ATO DISCRICIONÁRIO
Ação popular - Município - Projeto - Bem público - Reestruturação - Patrimônio histórico e cultural - Tombamento - Inexigibilidade - Controle judicial - Impossibilidade - Ato lesivo - Não-ocorrência - Petição inicial - Indeferimento liminar - Extinção do processo 201

AUTO-ESCOLA - Vide: Centro de formação de condutores

B

BANCO
Conta corrente - Abertura por estelionatário - Inscrição indevida de nome no cadastro de inadimplentes - Responsabilidade objetiva - Art. 14 do CDC - Prestação de serviço - Falta - Exclusão da responsabilidade por culpa de terceiro - Impossibilidade - Indenização - Dano moral - Fixação 68

Extravio de cheque - Compensação e devolução - Inscrição de nome no cadastro de inadimplentes - Instituição financeira - Negligência - Dano moral - Indenização - Critério de fixação 142

Vide também: Instituição financeira

BEM DE FAMÍLIA
Não-caracterização - Penhora no rosto dos autos - Admissibilidade - Inventário - Espólio - Cota-parte - Execução fiscal - Embargos do devedor - Não-acolhimento 106

BEM IMÓVEL
Embargos de terceiro - Hipoteca - Cédula de crédito rural - Impenhorabilidade - Não-ocorrência - Honorários de advogado - Fixação 177

BEM PÚBLICO
Município - Projeto - Reestruturação - Patrimônio histórico e cultural - Tombamento - Inexigibilidade - Ato discricionário - Controle judicial - Impossibilidade - Ato lesivo - Não-ocorrência - Petição inicial - Indeferimento liminar - Ação popular - Extinção do processo 201

BENFEITORIA
Embargos de retenção - Título judicial - Cumprimento - Impossibilidade 283

Lote - Aterro - Direito de retenção - Prova pericial - Ausência - Ação reivindicatória - Julgamento antecipado da lide - Cerceamento de defesa 78

BENFEITORIA FUTURA
Imóvel - Hipoteca - Abrangência - Admissibilidade 281

BHTRANS
Poder de polícia - Competência legislativa complementar - Municipalidade - Interesse local - Regulamentação de normas 97

BONS ANTECEDENTES - Vide: Antecedentes criminais

CADERNETA DE POUPANÇA
Saldo não bloqueado - Plano Collor II - Conta bancária - Prova - MP 294/91 - Trintídio anterior à vigência - Correção pelo IPC de fevereiro - Necessidade - Diferença devida - Liquidação de sentença - Imprescindibilidade 247

CÂMARA MUNICIPAL
Mesa diretora - Eleição - Compra de voto - Denúncia - Anulação da eleição - Norma regimental - Princípios da ampla defesa e do contraditório - Inobservância - Ilegalidade denunciada - Produção de prova - Necessidade - Posse - Direito líquido e certo - Mandado de segurança - Concessão da ordem 154

CAPITALIZAÇÃO DE JUROS
Cobrança não comprovada 226

CARÊNCIA DA AÇÃO
Inocorrência - Ação ordinária - Interesse de agir - Presença - Servidor público - Estabilidade - Art. 19 do ADCT da CF/88 - Concurso público - Cargo público - Efetividade - Aquisição - Cargo em comissão - Apostilamento integral - Aposentadoria - Proventos integrais - Requerimento administrativo - Ausência - Irrelevância 147

CARTA PRECATÓRIA
Intimação - Competência pelo lugar da infração - Réu preso - Requisição - Nulidade não caracterizada 313

CARTÓRIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS
Protesto contra alienação de bens - Averbação - Admissibilidade - Quotas sociais - Junta Comercial - Anotação - Possibilidade - Poder geral de cautela 140

CASAMENTO
Regime de bens - Comunhão parcial - Bem imóvel - Aquisição antes do casamento - Venda - Compra de outro imóvel - Sub-rogação - Ausência de prova - Doação - Alvará judicial - Improcedência do pedido 80

CAUSA DE AUMENTO DA PENA
Inaplicabilidade - Tráfico de entorpecentes - Fixação da pena - Circunstâncias judiciais - Agravante - Reincidência - Associação eventual para o tráfico 346

CÉDULA DE CRÉDITO RURAL
Impenhorabilidade - Não-ocorrência 177

CENTRO DE FORMAÇÃO DE CONDUTORES
Registro - Descredenciamento e cancelamento - Processo administrativo disciplinar - Duplo grau administrativo - Garantia constitucional - Ofensa - Mandado de segurança - Concessão da ordem 122

CERCEAMENTO DE DEFESA
Não-ocorrência - Prova desnecessária - Indeferimento 111

Ocorrência - Julgamento antecipado da lide - Ação reivindicatória - Lote - Aterro - Benfeitoria - Direito de retenção - Prova pericial - Ausência 78

CERTIDÃO DE NASCIMENTO
Retificação - Patronímico do padrasto - Inclusão - Possibilidade - Art. 57 da Lei 6.015/73 - Hipótese excepcional - Vínculo afetivo consolidado - Segurança jurídica preservada - Procedência do pedido 129

Vide também: Registro civil

CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE
Fixação da pena - Disparo de arma de fogo - Confissão - Mínimo legal 309

CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES
Tráfico de entorpecentes - Fixação da pena - Circunstâncias judiciais - Agravante - Reincidência - Associação eventual para o tráfico - Causa de aumento - Inaplicabilidade 346

CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS
Tráfico de entorpecentes - Fixação da pena - Réu primário - Bons antecedentes 326

COBRANÇA - Vide: Ação de cobrança

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR
Aplicabilidade - Contrato bancário - Prevalência dos princípios constitucionais conjugados com o *pacta sunt servanda* - Multa contratual - Art. 52, § 1°, do CDC 226

Aplicabilidade - Indenização - Procedimento sumário - Documento - Apresentação - Momento oportuno - Acidente - Rodovia - Animal morto na pista - Serviço rodoviário - Concessionária - Responsabilidade objetiva - Dano material 126

Inaplicabilidade - Instituição financeira - Captação de recursos - Empréstimo - Finalidade - Desenvolvimento de atividade comercial - Relação de consumo - Não-ocorrência 95

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
Arts. 267, § 3°, e 284 - Ação civil pública - Serviços públicos de saneamento básico - Tarifa - Fixação - Copasa - Concessionária - Competência exclusiva para cobrança - Secretaria de Estado de Desenvolvimento Regional e Política Urbana - Resolução n° 22 - Litisconsórcio passivo necessário - Emenda da inicial - Matéria de ordem pública 258

COMISSÃO
Não-pagamento - Representação comercial - Comprovação - Contrato - Inadimplemento - Cheque - Garantia de vendas - Cláusula *del credere* - Títulos - Inexigibilidade - Inovação recursal 255

COMODATO
Não-configuração - Esbulho - Não-ocorrência - Tutela possessória - Requisitos - Falta 245

COMPETÊNCIA
Acidente de trabalho - Morte - Dano moral - Dano material - Indenização - Viúva e filho - Demanda em nome próprio - Relação de direito pessoal - Competência da Justiça Comum 107

Vide também: Conflito negativo de competência

COMPETÊNCIA COMPLEMENTAR
BHTrans - Poder de polícia - Interesse local - Município - Regulamentação de normas 97

COMPETÊNCIA PELO LUGAR DA INFRAÇÃO
Réu preso - Requisição - Carta precatória - Intimação - Nulidade não caracterizada 313

COMPETÊNCIA *RATIONE LOCI* - Vide: Competência pelo lugar da infração

COMPRA E VENDA
Escritura pública - Pedido de abatimento proporcional de preço - Cumulação - Hipóteses dos arts. 138 e 166 do Código Civil - Não-configuração - Impossibilidade 221

Vide também: Compromisso de compra e venda

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA
Contrato - Validade - Imóvel - Acervo hereditário - Alienação - Possibilidade - Alvará judicial - Desnecessidade - Compromissário-comprador - Inadimplência - Multa contratual devida 290

Imóvel - Promissário comprador inadimplente - Impossibilidade de continuar com o vínculo - Rescisão contratual - Interesse de agir 261

Imóvel - Rescisão contratual - Promissário comprador - Interesse de agir - Imóvel - Financiamento - Construção - Prazo de entrega - Não-cumprimento - Parcelas pagas - Devolução - Multa rescisória - Retenção - Percentual - Ilícito contratual - Valor da condenação - Juros de mora - Incidência 261

CONCURSO APARENTE DE NORMAS
Disparo de arma de fogo - Porte ilegal - Crime-meio - Princípio da consunção - Concurso de crimes não configurado . . . 309

CONCURSO DE CRIMES
Descaracterização - Disparo de arma de fogo - Porte ilegal - Concurso aparente de normas - Crime-meio - Princípio da consunção 309

CONCURSO DE PESSOAS
Furto qualificado - Prova - Condenação 324

Roubo qualificado - Arma de fogo - Restrição à liberdade da vítima - Valoração da prova - Condenação 313

Roubo qualificado - Divisão de tarefas - Participação de menor importância - Não-caracterização 297

Roubo qualificado - Emprego de arma de fogo 349

Roubo qualificado - Emprego de arma - Tentativa - *Iter criminis* - Fixação da pena - Critério 363

Tráfico de entorpecentes - Concurso de pessoas - União estável - Companheiro - Inexigibilidade de conduta diversa - Excludente de culpabilidade - Co-autoria inexistente - Art. 206 do Código de Processo Penal - Aplicação analógica 335

CONCURSO FORMAL
Próprio ou impróprio - Requisitos - Homicídio qualificado - Diminuição da pena - Aplicabilidade 319

CONCURSO MATERIAL
Roubo qualificado - Emprego de arma de fogo - Posse irregular de arma de fogo - Princípio da consunção - Inaplicabilidade 349

CONCURSO PÚBLICO
Professor - Nomeação - Licenciatura plena - Habilitação - Violação - Lei de Diretrizes e Bases - Litisconsórcio passivo necessário - Mandado de segurança 164

CONDOMÍNIO
Imóvel rural - Área superior ao módulo rural da localidade - Condômino - Venda a terceiros - Possibilidade - Direito de preferência - Inaplicabilidade - Ação de preferência - Improcedência do pedido 71

CONFISSÃO
Fixação da pena - Disparo de arma de fogo - Circunstância atenuante - Mínimo legal 309

Furto - Fixação da pena - Circunstância agravante - Reincidência - Atenuante - Compensação 343

CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL
Receptação qualificada - Furto qualificado - Concurso de pessoas - Formação de quadrilha - Valoração da prova - Condenação 324

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA
Relator - Mudança de Câmara - Prevenção - Redistribuição - Possibilidade 63

Vara cível e vara criminal - Ação cautelar de exibição de documento - Petição inicial - Pedido de possível apuração de fato criminoso - Irrelevância - Pretensão - Obtenção de documento particular - Julgamento da ação - Competência da vara cível 195

CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO
Contrato de seguro - Impontualidade - Notificação do segurado - Imprescindibilidade - Cancelamento unilateral - Impossibilidade 120

CONSÓRCIO
Ação de cobrança - Cota contemplada - Promessa inverídica - Anulação do negócio - Administradora - Representante comercial - Responsabilidade solidária - Art. 340 do Código de Defesa do Consumidor - Adesão - Parcelas pagas - Restituição imediata - Dano material - Comprovação - Dano moral - Configuração 156

Exclusão de consorciada - Valores - Restituição imediata - Juros - Correção monetária - Incidência - Código de Defesa do Consumidor - Aplicabilidade - Honorários de advogado - Fixação 203

Quitação - Rateio extraordinário - Impossibilidade 124

CONSUMIDOR - Vide: Relação de consumo

CONTRATO
Compromisso de compra e venda - Imóvel - Financiamento - Construção - Prazo de entrega - Não-cumprimento - Parcelas pagas - Devolução - Rescisão contratual - Promissário comprador - Interesse de agir - Multa rescisória - Retenção - Percentual - Ilícito contratual - Valor da condenação - Juros de mora - Incidência 261

Descumprimento - Ônus da prova - Fatos constitutivos do direito - Comprovação - Ausência 253

Escritura pública de compra e venda de imóvel - Pedido de abatimento proporcional de preço - Cumulação - Arts. 138 e 166 do Código Civil - Hipóteses - Não-configuração - Impossibilidade - Redibição - Prazo para obtenção - Decadência - Configuração - Honorários de advogado - Manutenção 221

Financiamento imobiliário - SFH - Código de Defesa do Consumidor - Aplicação - Plano de amortização mista - Substituição - Plano de equivalência salarial - Impossibilidade - Comprometimento de renda - Mutuário - Morte - Obrigação - Extinção parcial 196

Financiamento imobiliário - SFH - Hipoteca - Constituição - Agente financeiro e incorporadora - Cancelamento - Unidade imobiliária - Adquirente de boa-fé - Ação ordinária - Legitimidade passiva - Consumidor - Promessa de compra e venda - Preço pactuado - Pagamento - Prova - Escritura definitiva - Possibilidade 81

Inadimplemento - Representação comercial - Comissões - Não-pagamento - Cheque - Garantia de vendas - Cláusula *del credere* - Títulos - Inexigibilidade - Inovação recursal 255

Prestação de serviços - Proposta - Assinatura - Título executivo 111

Validade - Compromisso de compra e venda - Imóvel - Acervo hereditário - Alienação - Possibilidade - Alvará judicial - Desnecessidade - Compromissário-comprador - Inadimplência - Multa contratual devida 290

CONTRATO BANCÁRIO
Revisão contratual - Código de Defesa do Consumidor - Aplicabilidade - Prevalência dos princípios constitucionais conjugados com o *pacta sunt servanda* 226

CONTRATO DE LOCAÇÃO
Embargos do devedor - Nota promissória - Vinculação - Emissão em branco - Preenchimento abusivo - *Causa debendi* - Discussão - Possibilidade - Obrigações adimplidas - Título - Ausência de exigibilidade 292

CONTRATO SOCIAL
Alteração - Pagamento - Dívida nova - Comprovação - Ausência 160

CONTROLE JUDICIAL
Impossibilidade - Ato discricionário - Município - Projeto - Bem público - Reestruturação - Patrimônio histórico e cultural - Tombamento - Inexigibilidade - Ato lesivo - Não-ocorrência - Ação popular - Petição inicial - Indeferimento liminar - Extinção do processo 201

COOPERATIVA DE CRÉDITO
Instituição financeira - Captação de recursos - Empréstimo - Finalidade - Desenvolvimento de atividade comercial - Relação de consumo - Não-ocorrência - Código de Defesa do Consumidor - Inaplicabilidade 95

COPASA
Concessionária - Serviços públicos de saneamento básico - Tarifa - Fixação - Competência exclusiva para cobrança - Secretaria de Estado de Desenvolvimento Regional e Política Urbana - Resolução nº 22 - Litisconsórcio passivo necessário - Emenda da inicial - Matéria de ordem pública - Ação civil pública - Código de Processo Civil, arts. 267, § 3º, e 284 258

CORRUPÇÃO DE MENORES
Formação de quadrilha - Ausência de elemento constitutivo - Absolvição 313

CRECHE
Creche municipal - Morte de recém-nascido - Poder Público - Ato omissivo - Responsabilidade subjetiva - Dano moral - Indenização - Dano material - Pensionamento - Inadmissibilidade 92

Vagas limitadas - Matrícula negada - Educação - Direito individual e indisponível da criança - Garantia constitucional - Mandado de segurança - Ministério Público - Legitimidade ativa - Possibilidade jurídica do pedido - Município - Desídia - Ausência de prova - Lesão a direito líquido e certo - Inexistência - Denegação da ordem 117

CRÉDITO TRIBUTÁRIO
Suspensão da exigibilidade - Não-ocorrência - Depósito judicial - Indeferimento - Certidão negativa de débito - Direito líquido e certo - Inexistência - Mandado de segurança - Denegação da ordem 168

CRIME AUTÔNOMO
Quadrilha armada - Condenação 358

CRIME CONEXO
Formação de quadrilha - Absolvição - Trânsito em julgado - Homicídio qualificado - Tribunal do Júri - Quesito - Nulidade não caracterizada 319

CRIME CONSUMADO
Roubo qualificado - *Res furtiva* - Posse momentânea 297

CRIME CONTINUADO
Fixação da pena - Restritiva de direitos - *Sursis* - Inadmissibilidade 324

Requisitos - Aplicabilidade - Estupro - Atentado violento ao pudor - Fixação da pena - Voto vencido 364

CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA
Sonegação de objeto de valor probatório - Retenção de autos - *Habeas corpus* - Trancamento de ação penal - Ausência de intimação prévia - Devolução espontânea - Elemento subjetivo do tipo - Dolo - Atipicidade - Concessão da ordem 356

CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE
Floresta - Conceito - Curso de água - Área de proteção ambiental - Perícia - Valoração da prova - Erro de proibição - Estado de necessidade - Ausência de requisitos - Excludente de ilicitude não caracterizada - Condenação 302

CRIME HEDIONDO
Homicídio qualificado - Regime de cumprimento da pena - Lei mais gravosa - Irretroatividade - Regime inicial fechado - Progressão de regime - Possibilidade 319

Pena restritiva de direitos - Prestação de serviços à comunidade - Prestação pecuniária - Possibilidade 335

Tráfico de entorpecentes - Cumprimento da pena - Regime inicial fechado 346

CURATELA
Interdição - Cônjuge-curador - Casamento - Regime de bens - Comunhão universal - Prestação de contas - Desobrigatoriedade - Curador - Indoneidade reconhecida - Especialização de hipoteca legal - Dispensabilidade - Art. 1.190 do CPC 237

CUSTAS
Isenção 309

D

DANO MATERIAL
Descabimento - Creche municipal - Morte de recém-nascido - Poder Público - Ato omissivo - Responsabilidade subjetiva - Dano moral - Indenização 92

DANO MORAL
Caracterização - Indenização - Rede de esgoto - Ausência de manutenção - Inundação de moradia - Responsabilidade do Estado 101

Compra de casa própria - Procrastinação injustificada na entrega - Indenização por dano moral - Cabimento 261

Critério de fixação - Banco - Extravio de cheque - Compensação e devolução - Inscrição de nome no cadastro de inadimplentes - Instituição financeira - Negligência - Indenização 142

Fiança - Vigência - Termo final - Afiançado - Pessoa jurídica - Contrato social - Alteração - Pagamento - Dívida nova - Comprovação - Ausência 160

Fixação - Banco - Conta corrente - Abertura por estelionatário - Inscrição indevida de nome no cadastro de inadimplentes - Responsabilidade objetiva - Art. 14 do CDC - Prestação de serviço - Falta - Exclusão da responsabilidade por culpa de terceiro - Impossibilidade - Indenização 68

Indenização - Creche municipal - Morte de recém-nascido - Poder Público - Ato omissivo - Responsabilidade subjetiva . . . 92

Indenização - Invalidez do pai de família - Prejudicados indiretos - Dano de via reflexa - Postulação - Legitimidade 170

Quantum - Fixação - Instituição financeira - Documento de terceiro - Utilização - Fraude - Inscrição de nome no cadastro de inadimplentes - Negligência - Culpa da empresa - Indenização - Procedência do pedido 115

DANO MORAL COLETIVO
Quantum - Fixação - Ação civil pública - Combustível - Produto impróprio para consumo - Ônus da prova - Laudo pericial - Prova produzida em procedimento administrativo - Utilização em processo judicial - Possibilidade - Relação de consumo - Produto fora das especificações da ANP - Responsabilidade civil - Verificação de culpa - Desnecessidade 103

DÉBITO TRIBUTÁRIO - Vide: Crédito tributário

DECADÊNCIA
Negócio jurídico - Validade 146

DECISÃO *CITRA PETITA*
Inexistência - Sentença - Nulidade - Inocorrência - Ação renovatória - Indenização - Pedido apreciado - Prestação jurisdicional completa 275

DELAÇÃO
Tráfico de entorpecentes - Concurso de pessoas - Valoração da prova - Condenação - Fixação da pena - Réu primário - Bons antecedentes - Causa de diminuição - Aplicabilidade 352

DENÚNCIA
Possibilidade jurídica - Tráfico de entorpecentes - Nulidade não caracterizada 326

DEPÓSITO JUDICIAL
Relação de consumo - Não-ocorrência 265

DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME
Impossibilidade - Extorsão mediante seqüestro - Requisitos - Crime consumado - Roubo qualificado - Tentativa 339

Impossibilidade - Porte ilegal de arma de fogo - Posse irregular 309

DESEMBARGADOR LAMBERTO DE OLIVEIRA SANT'ANNA - Nota biográfica - Memória do Judiciário Mineiro 37

DEVEDOR SOLIDÁRIO
Responsabilidade - Integralidade da dívida - Ação de cobrança - Ajuizamento anterior à quebra - Princípio do juízo universal da falência - Inaplicabilidade - Processo em curso - Não-suspensão 152

DEVERES E VEDAÇÕES AOS MAGISTRADOS NA LOMAN - Luiz Guilherme Marques (Artigo jurídico) 60

DIREITO DE PREEMPÇÃO - Vide: Direito de preferência

DIREITO DE PREFERÊNCIA
Inaplicabilidade - Imóvel rural - Divisibilidade - Área superior ao módulo rural da localidade - Condômino - Venda a terceiros - Possibilidade - Ação de preferência - Improcedência do pedido 71

DIREITO DE PROPRIEDADE
Teoria da asserção - Falecimento de co-ré - Herdeiros - Litisconsortes passivos - Formalização de habilitação - Suspensão do processo - Dispensabilidade - Ilegitimidade passiva afastada 207

DIREITO DE RETENÇÃO
Ação reivindicatória - Lote - Aterro - Benfeitoria - Prova pericial - Ausência - Julgamento antecipado da lide - Cerceamento de defesa 78

DIREITO DE VISITA - Vide: Visita

DIREITO DE VIZINHANÇA
Muro limítrofe - Ausência - Vizinho - Barulho - Incômodo - Redução - Possibilidade - Construção devida 180

DISCRICIONARIEDADE - Vide: Ato discricionário

DISPARO DE ARMA DE FOGO
Porte ilegal - Concurso aparente de normas - Crime-meio - Princípio da consunção - Concurso de crimes não configurado - Desclassificação do crime para o de posse irregular - Impossibilidade - Fixação da pena - Circunstância atenuante - Confissão - Mínimo legal - Isenção de custas 309

Valoração da prova - *In dubio pro reo* - Absolvição 343

DIVÓRCIO
Casamento - Regime de bens - Comunhão parcial - Partilha de bens - Crédito trabalhista - Inclusão - Possibilidade 224

DOAÇÃO
Alvará judicial - Improcedência do pedido - Bem imóvel - Aquisição antes do casamento - Regime de bens - Comunhão parcial - Venda - Compra de outro imóvel - Sub-rogação - Ausência de prova 80

Imóvel - Doador - Ente público - Benfeitorias - Cláusula de reversão - Prazo não ultimado - Impenhorabilidade 77

DOUTRINA - Vide: Artigo jurídico

DPVAT
Interesse de agir - Falta - Não-caracterização - Indenização - Lei 6.194/74 - Salário mínimo - Fator de correção - Não-ocorrência - Conselho Nacional de Seguros Privados - Resoluções - Estipulação da indenização - Inaplicabilidade 284

E

ELEMENTO CONSTITUTIVO
Ausência - Formação de quadrilha - Corrupção de menores - Absolvição 313

Falsa identidade - Elemento subjetivo do tipo - Crime não caracterizado 343

ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO - Vide: Elemento constitutivo

EMBARGOS DE RETENÇÃO
Benfeitoria - Título judicial - Cumprimento - Impossibilidade 283

EMBARGOS DE TERCEIRO
Agravo retido prejudicado - Bem imóvel - Hipoteca - Cédula de crédito rural - Impenhorabilidade - Não-ocorrência - Honorários de advogado - Fixação 177

Cooperativa de crédito - Instituição financeira - Captação de recursos - Empréstimo - Finalidade - Desenvolvimento de atividade comercial - Relação de consumo - Não-ocorrência - Código de Defesa do Consumidor - Inaplicabilidade 95

Imóvel - Hipoteca - Benfeitoria futura - Abrangência - Admissibilidade 281

EMBARGOS DO DEVEDOR
Contrato de locação - Nota promissória - Vinculação - Emissão em branco - Preenchimento abusivo - *Causa debendi* - Discussão - Possibilidade - Obrigações adimplidas - Título - Ausência de exigibilidade - Procedência dos embargos 292

Penhora - Imóvel doado por ente público - Benfeitorias - Cláusula de reversão - Prazo não ultimado - Impenhorabilidade 77

Prova desnecessária - Indeferimento - Cerceamento de defesa - Não-ocorrência - Fiança - Outorga uxória - Ausência - Alegação de nulidade pelo fiador - Inadmissibilidade - Sociedade de responsabilidade limitada - Quotas - Penhora - Possibilidade - Proposta de contrato assinada - Título executivo 111

EMENDATIO LIBELLI
Possibilidade - Juízo *ad quem* - Receptação qualificada - Desclassificação para receptação culposa 304

EMPREGO DE ARMA DE FOGO
Roubo qualificado - Concurso de pessoas - Posse irregular de arma de fogo - Princípio da consunção - Inaplicabilidade - Concurso material 349

ENTIDADE FAMILIAR
Pessoas do mesmo sexo - Reconhecimento e dissolução - Vedação constitucional - Partilha de bens - Jurisdição voluntária - Forma indevida 285

ERRO DE PROIBIÇÃO
Não-caracterização - Crime contra o meio ambiente - Condenação 302

ERRO JUDICIÁRIO
Indenização - Ação proposta contra o juiz - Ilegitimidade passiva - Responsabilidade civil do Estado 219

ESCRITURA PÚBLICA
Permuta -Anulação - Dano moral - Indenização - Vício redibitório - Direito - Decadência - Negócio jurídico - Validade . . . 146

ESPÓLIO
Ausência de inventário - Ação - Ilegitimidade passiva 75

Vide também: Inventário

ESTABELECIMENTO COMERCIAL
Interdição - Auto de infração - Ilegalidade - Procedimento administrativo prévio - Ausência 192

ESTADO DE NECESSIDADE
Ausência de requisitos - Crime contra o meio ambiente - Excludente de ilicitude não caracterizada - Condenação 302

ESTUPRO
Atentado violento ao pudor - Declaração da vítima - Valoração da prova - Condenação - Fixação da pena - Crime continuado - Requisitos - Aplicabilidade - Voto vencido 364

EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE
Tráfico de entorpecentes - Concurso de pessoas - União estável - Companheiro - Inexigibilidade de conduta diversa - Co-autoria inexistente - Art. 206 do Código de Processo Penal 335

EXCLUDENTE DE ILICITUDE
Não-caracterização - Crime contra o meio ambiente - Estado de necessidade - Ausência de requisitos - Condenação 302

EXECUÇÃO
URV - Embargos acolhidos - Reconhecimento da extinção da obrigação - Apelação - Preliminar de ofício - Sentença ilíquida - Valores incertos - Necessidade de liquidação por artigos - Sentença cassada 25

Vide também: Processo de execução

EXECUÇÃO FISCAL
Embargos do devedor - Inventário - Espólio - Cota-parte - Bem de família - Não-caracterização - Penhora no rosto dos autos - Admissibilidade - Não-acolhimento dos embargos 106

Embargos do devedor - Sociedade civil - Equipamento médico - Importação - Contribuinte - Não-habitualidade - Atividade comercial - Não-ocorrência - Lei nova - Vigência - Fato anterior - Inaplicabilidade - ICMS - Não-incidência - Acolhimento dos embargos 240

EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO
Carência da ação - Inexistência - Documento bancário - Obtenção - Viabilidade - Direito ao acesso - Sentença - Descumprimento - Possibilidade 86

EXPURGO INFLACIONÁRIO
Ação de cobrança - Plano Collor II - Caderneta de poupança - Saldo não bloqueado - Conta bancária - Prova - MP 294/91 - Trintídio anterior à vigência - Correção pelo IPC de fevereiro - Necessidade - Diferença devida - Liquidação de sentença - Imprescindibilidade 247

EXTORSÃO MEDIANTE SEQÜESTRO
Requisitos - Crime consumado - Desclassificação do crime para o de tentativa de roubo qualificado - Inadmissibilidade - Delação - Testemunha - Declaração de policial - Valoração da prova - Condenação 339

F

FALSA IDENTIDADE
Elemento subjetivo do tipo - Crime não caracterizado 343

FALSO TESTEMUNHO
Indício - Investigação criminal - Inquérito policial - Art. 211 do Código de Processo Penal - Interpretação 299

FAZENDA PÚBLICA
Sucumbência - Honorários de advogado 147

FGTS
Alvará - Não-recebimento em vida - Viúva - Pedido - Lei 6.858/80 175

FIANÇA
Outorga uxória - Ausência - Alegação de nulidade pelo fiador - Inadmissibilidade 111

Vigência - Termo final - Afiançado - Pessoa jurídica - Contrato social - Alteração - Pagamento - Dívida nova - Comprovação - Ausência - Dano moral - Não-configuração 160

FORMAÇÃO DE QUADRILHA
Corrupção de menores - Ausência de elemento constitutivo - Absolvição 313

Crime conexo - Absolvição - Trânsito em julgado - Homicídio qualificado - Tribunal do Júri - Quesito - Nulidade não caracterizada 319

Requisitos - Prova - Condenação 324

FURTO
Prova indiciária - Delação - Posse da *res* - Princípio do livre convencimento - Furto - Condenação 304

Tentativa - Fixação da pena - Circunstância agravante - Reincidência - Atenuante - Confissão espontânea - Compensação - Falsa identidade - Elemento subjetivo do tipo - Crime não caracterizado - Disparo de arma de fogo - Valoração da prova - *In dubio pro reo* - Absolvição 343

FURTO QUALIFICADO
Concurso de pessoas - Prova - Condenação 324

G

GRATIFICAÇÃO
Professor - Rede estadual - Incentivo à docência - Biênio - Supressão - Ilegalidade - Ação ordinária 215

H

HABEAS CORPUS
Roubo qualificado - Prisão preventiva - Garantia da ordem pública - Repercussão social - Ausência de fundamentação jurídica - Constrangimento ilegal - Réu primário - Residência fixa - Ocupação lícita - Regime inicial semi-aberto - Apelação em liberdade - Concessão da ordem 354

Tráfico de drogas - Art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 - Diminuição de pena da lei nova - Aplicação retroativa - Possibilidade - Fixação pelo juiz da execução - Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos - Possibilidade - Escolha pelo juiz da execução - Ordem concedida (STJ) 374

Trancamento de ação penal - Crime contra a administração da justiça - Sonegação de objeto de valor probatório - Retenção de autos - Ausência de intimação prévia - Devolução espontânea - Elemento subjetivo do tipo - Dolo - Atipicidade - Concessão da ordem 356

HIPOTECA
Constituição - Agente financeiro e incorporadora - Cancelamento - SFH - Contrato de financiamento - Unidade imobiliária - Adquirente de boa-fé - Ação ordinária - Legitimidade passiva - Consumidor - Direitos - Promessa de compra e venda - Preço pactuado - Pagamento - Prova - Escritura definitiva - Possibilidade 81

Embargos de terceiro - Imóvel - Benfeitoria futura - Abrangência - Admissibilidade 281

HOMENAGEM - Do Des. Manuel Saramago ao Des. Ernani Fidélis dos Santos 15

HOMICÍDIO QUALIFICADO
Motivo fútil - Meio cruel ou insidioso - Recurso que dificultou a defesa da vítima - Formação de quadrilha - Crime conexo - Absolvição - Trânsito em julgado - Tribunal do Júri - Quesitos - Nulidade não caracterizada - Concurso formal próprio ou impróprio - Diminuição da pena - Aplicabilidade - Crime hediondo - Regime inicial fechado - Progressão de regime - Possibilidade 319

HONORÁRIOS DE ADVOGADO
Fazenda Pública - Sucumbência 147

Fixação - Ação renovatória 275

Manutenção - Ação ordinária de anulação de contrato - Escritura pública de compra e venda de imóvel - Pedido de abatimento proporcional de preço 221

I

ICMS
Não-incidência - Sociedade civil - Equipamento médico - Importação - Contribuinte - Não-habitualidade - Atividade comercial - Não-ocorrência - Lei nova - Vigência - Fato anterior - Inaplicabilidade - Embargos à execução fiscal - Acolhimento 240

Veículo - Venda do ativo fixo - Locadora de veículo - Prazo de doze meses - Lei complementar - Convênio 64/06 - Não-cabimento - Princípio da reserva legal - Mandado de segurança - Impugnação de ato 252

ENERGIA ELÉTRICA
Instrumento aferidor violado - Levantamento de diferença com fundamento em valor de parcela anterior - Resolução de entidade supervisora - Aplicação limitada - Critério diverso extraído da própria instrução normativa 26

ILEGITIMIDADE ATIVA
Depósito judicial - Relação de consumo - Não-ocorrência 265

ILEGITIMIDADE PASSIVA
Espólio - Ausência de inventário 75

ILÍCITO CONTRATUAL
Compromisso de compra e venda - Imóvel - Prazo de entrega - Não-cumprimento - Rescisão contratual - Parcelas pagas - Devolução - Multa rescisória - Retenção - Percentual - Valor da condenação - Juros de mora - Incidência 261

IMÓVEL
Embargos de terceiro - Hipoteca - Benfeitoria futura - Abrangência - Admissibilidade 281

IMÓVEL RURAL
Área superior ao módulo rural da localidade - Condômino - Venda a terceiros - Possibilidade - Direito de preferência - Inaplicabilidade - Ação de preferência - Improcedência do pedido 71

IMPORTAÇÃO
Equipamento médico - Sociedade civil - Contribuinte - Não-habitualidade - Atividade comercial - Não-ocorrência - Lei nova - Vigência - Fato anterior - Inaplicabilidade - ICMS - Não-incidência - Embargos à execução fiscal - Acolhimento 240

IMPUGNAÇÃO DE ATO
ICMS - Veículo - Venda do ativo fixo - Locadora de veículo - Prazo de doze meses - Lei complementar - Convênio 64/06 - Não-cabimento - Princípio da reserva legal - Mandado de segurança 252

IMPUGNAÇÃO DE FILIAÇÃO - Vide: Ação de impugnação de filiação

IN DUBIO PRO REO
Aplicabilidade - Tráfico de entorpecentes - Associação (Lei de Tóxicos) - Co-réu 328

Disparo de arma de fogo - Valoração da prova - Condenação 339

INCONSTITUCIONALIDADE
Alegação de ofensa ao art. 5°, LV, da CF/88 - Inexistência de ofensa direta à Constituição - Necessidade de exame prévio de norma infraconstitucional para a verificação de contrariedade ao Texto Maior - Agravo regimental a que se nega provimento (STF) 377

INDENIZAÇÃO
Acidente de trabalho - Morte - Dano moral - Dano material - Indenização - Viúva e filho - Demanda em nome próprio - Relação de direito pessoal - Competência da Justiça Comum 107

Acidente de trânsito - Município - Operação tapa-buracos - Detritos espalhados em pista de rolamento - Administração pública - *Faute de service* - Responsabilidade subjetiva - Dano material - Dever de indenizar 65

Acidente de trânsito - Seguradora - Sub-rogação - Veículo culpado - Alegação de venda - Comprovação - Ausência - Testemunha única - Insuficiência 217

Banco - Conta corrente - Abertura por estelionatário - Inscrição indevida de nome no cadastro de inadimplentes - Responsabilidade objetiva - Art. 14 do CDC - Prestação de serviço - Falta - Exclusão da responsabilidade por culpa de terceiro - Impossibilidade - Dano moral - Fixação 68

Cabimento - Compra de casa própria - Procrastinação injustificada na entrega - Dano moral - Configuração 261

Creche municipal - Morte de recém-nascido - Poder Público - Ato omissivo - Responsabilidade subjetiva - Dano moral - Indenização - Dano material - Pensionamento - Inadmissibilidade 92

Dano moral - Dano material - Cumulação - Contrato - Descumprimento - Ônus da prova - Fatos constitutivos do direito - Comprovação - Ausência 253

Erro judiciário - Ação proposta contra o juiz - Ilegitimidade passiva - Responsabilidade civil do Estado 219

Extravio de cheque - Compensação e devolução - Inscrição de nome no cadastro de inadimplentes - Instituição financeira - Negligência - Dano moral - Critério de fixação 142

Instituição financeira - Documento de terceiro - Utilização - Fraude - Inscrição de nome no cadastro de inadimplentes - Negligência - Culpa da empresa - Dano moral - *Quantum* - Fixação 115

Invalidez do pai de família - Dano moral - Prejudicados indiretos - Dano de via reflexa - Postulação - Legitimidade 170

Procedimento sumário - Documento - Apresentação - Momento oportuno - Acidente - Rodovia - Animal morto na pista - Serviço rodoviário - Concessionária - Código de Defesa do Consumidor - Aplicabilidade - Responsabilidade objetiva - Dano material 126

Rede de esgoto - Ausência de manutenção - Inundação de moradia - Responsabilidade do Estado - Dano material - Dano moral - Caracterização 101

Seguro - Acidente de trânsito - Condutor inabilitado - Culpa - Seguradora - Exclusão da responsabilidade 239

INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA
Tráfico de entorpecentes - Concurso de pessoas - União estável - Companheiro - Excludente de culpabilidade - Co-autoria inexistente - Art. 206 do Código de Processo Penal 335

INQUÉRITO POLICIAL
Falso testemunho - Indício - Investigação criminal - Art. 211 do Código de Processo Penal - Interpretação 299

INSTITUIÇÃO FINANCEIRA
Documento de terceiro - Utilização - Fraude - Inscrição de nome no cadastro de inadimplentes - Negligência - Culpa da financeira - Dano moral - *Quantum* - Fixação 115

Vide também: Banco

ITER CRIMINIS
Roubo qualificado - Tentativa - Fixação da pena - Critério 363

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA
Legalidade - Tráfico de entorpecentes - Crime organizado - Valoração da prova - Condenação 328

INTERDIÇÃO
Curatela - Cônjuge-curador - Casamento - Regime de bens - Comunhão universal - Prestação de contas - Desobrigatoriedade - Curador - Indoneidade reconhecida - Especialização de hipoteca legal - Dispensabilidade - Art. 1.190 do CPC 237

INTERESSE DE AGIR
Presença - Ação ordinária - Carência da ação - Inocorrência - Servidor público - Estabilidade - Art. 19 do ADCT da CF/88 - Concurso público - Cargo público - Efetividade - Aquisição - Cargo em comissão - Apostilamento integral - Aposentadoria - Proventos integrais - Requerimento administrativo - Ausência - Irrelevância 147

Rescisão contratual - Compromisso de compra e venda - Promissário comprador - Propositura da ação - Possibilidade 261

INTIMAÇÃO
Carta precatória - Réu preso - Intimação - Competência pelo lugar da infração - Nulidade não caracterizada 313

INVENTÁRIO
Acervo hereditário - Imóvel - Alienação - Alvará judicial - Desnecessidade - Contrato de compra e venda - Validade - Compromissário comprador - Inadimplência - Multa contratual devida 290

Embargos do devedor - Execução fiscal - Espólio - Cota-parte - Bem de família - Não-caracterização - Penhora no rosto dos autos - Admissibilidade - Não-acolhimento dos embargos 106

Partilha - Homologação - Casamento - Regime de bens - Comunhão parcial - Bens adquiridos por sucessão - Exclusão - Esposa de herdeiro - Interesse e legitimidade recursais - Ausência 83

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE
Cumulação com anulação de registro civil - Pai falecido - Impugnação de filiação - Terminologia dada à ação - Irrelevância - Litígio entre irmãs - Legitimidade ativa - Paternidade - Reconhecimento espontâneo - Nulidade do registro - Erro ou falsidade - Ônus da prova - Exame de DNA - Negativa - Inversão do ônus da prova - Descabimento 162

Petição de herança - Cumulação de ações - Relação de parentesco colateral - Declaração - Interesse meramente econômico - Inadmissibilidade 66

IPSEMG
Inclusão de segurados - Pais - Assistência médica - LC nº 64/02 - Decreto nº 43.336/03 - Requisitos - Preenchimento - Custas 182

IRRETROATIVIDADE
Lei mais gravosa - Regime de cumprimento da pena - Homicídio qualificado - Regime inicial fechado - Progressão de regime - Possibilidade 319

ISENÇÃO DE CUSTAS
Inaplicabilidade 297

ISS
Serviço notarial - Incidência - Lei Complementar nº 106/2003 - Constitucionalidade - Supremo Tribunal Federal - Precedente - Mandado de segurança - Denegação da ordem 85

Vide também: Crédito tributário

J

JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE
Cerceamento de defesa - Ocorrência - Ação reivindicatória - Lote - Aterro - Benfeitoria - Direito de retenção - Prova pericial - Ausência 78

JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA
Reconhecimento e dissolução de entidade familiar - Pessoas do mesmo sexo - Vedação constitucional - Partilha de bens - Jurisdição voluntária - Forma indevida 285

JUROS DE MORA
Incidência - Ilícito contratual 261

L

LEI COMPLEMENTAR
nº 106/2003 - Constitucionalidade - Supremo Tribunal Federal - Precedente - Serviço notarial - ISS - Incidência - Mandado de segurança - Denegação da ordem 85

LEI MAIS GRAVOSA
Irretroatividade - Regime de cumprimento da pena - Homicídio qualificado - Regime inicial fechado - Progressão de regime - Possibilidade 319

LESÃO CORPORAL GRAVE
Prova testemunhal - Depoimento contraditório - Exame de corpo de delito - Imprecisão - Legítima defesa sugerida - Valoração da prova - Absolvição - Falso testemunho - Indício - Investigação criminal - Inquérito policial - Art. 211 do Código de Processo Penal 299

LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA
Execução - Extinção da obrigação - Reconhecimento - Sentença ilíquida - Valores incertos - Liquidação por artigos - Necessidade 77

Imprescindibilidade - Ação de cobrança - Expurgos inflacionários - Plano Collor II - Caderneta de poupança - Saldo não bloqueado - Conta bancária - Prova - MP 294/91 - Trintídio anterior à vigência - Correção pelo IPC de fevereiro - Necessidade - Diferença devida 247

LIQUIDAÇÃO POR ARTIGOS - Vide: Liquidação de sentença

LOCAÇÃO
Ação de cobrança - Aluguel - Não-pagamento - Quitação - Ausência de prova - Fundo de reserva - Obrigação do locador - Pagamento efetuado pelo locatário - Devolução 199

M

MANDADO DE SEGURANÇA
Concessão - Câmara municipal - Mesa diretora - Eleição - Compra de voto - Denúncia - Anulação da eleição - Norma regimental - Princípios da ampla defesa e do contraditório - Inobservância - Ilegalidade denunciada - Produção de prova - Necessidade - Posse - Direito líquido e certo 154

Concessão - Centro de formação de condutores - Registro - Descredenciamento e cancelamento - Processo administrativo disciplinar - Duplo grau administrativo - Garantia constitucional - Ofensa 122

Concessão - Poluição sonora - Estabelecimento comercial - Interdição - Auto de infração - Ilegalidade - Delegação legislativa inconstitucional - Procedimento administrativo prévio - Ausência 192

Concurso público - Professor - Nomeação - Licenciatura plena - Habilitação - Violação - Lei de Diretrizes e Bases - Litisconsórcio passivo necessário 164

Denegação - Creche - Vagas limitadas - Matrícula negada - Educação - Direito individual e indisponível da criança - Garantia constitucional - Ministério Público - Legitimidade ativa - Possibilidade jurídica do pedido - Município - Desídia - Ausência de prova - Lesão a direito líquido e certo - Inexistência 117

Denegação - Débito tributário - Depósito judicial - Indeferimento - Suspensão da exigibilidade do crédito tributário - Não-ocorrência - Certidão negativa de débito - Direito líquido e certo - Inexistência 168

Denegação - Precatório - Cessão de crédito - Compensação tributária - Impossibilidade - Direito líquido e certo - Ausência 286

Denegação - Serviço notarial - ISS - Incidência - Lei Complementar nº 106/2003 - Constitucionalidade - Supremo Tribunal Federal - Precedente 85

Estabelecimento comercial - Interdição - Auto de infração - Ilegalidade - Delegação legislativa - Procedimento administrativo prévio - Ausência 192

Estabelecimento de ensino - Matrícula - Menor - Portador de necessidades especiais - Recomendação médica - Direito líquido e certo 109

Impugnação de ato - ICMS - Veículo - Venda do ativo fixo - Locadora de veículo - Prazo de doze meses - Lei complementar - Convênio nº 64/06 - Não-cabimento - Princípio da reserva legal 252

Protesto contra alienação de bens - Cartório de Registro de Imóveis - Averbação - Admissibilidade - Quotas sociais - Junta Comercial - Anotação - Possibilidade - Poder geral de cautela 140

MATRÍCULA
Estabelecimento de ensino - Menor - Portador de necessidades especiais - Recomendação médica - Direito líquido e certo 109

MAUS ANTECEDENTES - Vide: Antecedentes criminais

MEDIDA CAUTELAR INOMINADA
Construção vizinha - Danos - Providência de cunho satisfativo - Impossibilidade - Tutela cautelar - Finalidade 190

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO
Nota biográfica - Desembargador Lamberto de Oliveira Sant'Anna 37

Nota histórica - A evolução histórica da função jurisdicional no Estado de Minas Gerais - Gilson Soares Lemes 38

MINISTÉRIO PÚBLICO
Mandado de segurança - Legitimidade ativa - Creche - Vagas limitadas - Matrícula negada - Educação - Direito individual e indisponível da criança - Garantia constitucional - Possibilidade jurídica do pedido - Município - Desídia - Ausência de prova - Lesão a direito líquido e certo - Inexistência - Ordem denegada 117

MULTA DE TRÂNSITO
Auto de infração - Invalidade - Ação anulatória 174

MUNICÍPIO
Responsabilidade subjetiva - *Faute de service* - Operação tapa-buracos - Detritos espalhados em pista de rolamento - Acidente de trânsito - Dano material - Indenização 65

N

NOTA BIOGRÁFICA
Desembargador Lamberto de Oliveira Sant'Anna - Memória do Judiciário Mineiro 37

NOTA HISTÓRICA
A evolução histórica da função jurisdicional no Estado de Minas Gerais - Gilson Soares Lemes - Memória do Judiciário Mineiro 38

NOTA PROMISSÓRIA
Vinculação - Emissão em branco - Preenchimento abusivo - *Causa debendi* - Discussão - Possibilidade - Obrigações adimplidas - Título - Ausência de exigibilidade 292

NULIDADE
Não-caracterização - Competência pelo lugar da infração - Réu preso - Requisição - Carta precatória 313

O

O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS - Maria Aparecida de Oliveira Grossi Andrade (Artigo jurídico) 53

ÔNUS DA PROVA
Ação civil pública - Combustível - Produto impróprio para consumo - Laudo pericial - Prova produzida em procedimento administrativo - Utilização em processo judicial - Possibilidade - Relação de consumo - Produto fora das especificações da ANP - Responsabilidade civil - Verificação de culpa - Desnecessidade - Dano moral coletivo - *Quantum* - Fixação 103

Ação monitória - Prova escrita - *Causa debendi* - Declinação - Desnecessidade - Dívida inexistente 184

Investigação de paternidade cumulada com anulação de registro civil - Impugnação de filiação - Litígio entre irmãs - Legitimidade ativa - Paternidade - Reconhecimento espontâneo - Nulidade do registro - Erro ou falsidade - Exame de DNA - Negativa - Inversão do ônus da prova - Descabimento 162

P

PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA
Não-caracterização - Roubo qualificado - Concurso de pessoas - Divisão de tarefas 297

PARTILHA
Homologação - Casamento - Regime de bens - Comunhão parcial - Bens adquiridos por sucessão - Exclusão - Esposa de herdeiro - Interesse e legitimidade recursais - Ausência - Inventário 83

PARTILHA DE BENS
Divórcio - Casamento - Regime de bens - Comunhão parcial - Crédito trabalhista - Inclusão na partilha - Possibilidade 224

União estável - Reconhecimento e dissolução - Relação patrimonial - Contrato escrito - Inexistência - Regime de comunhão parcial de bens - Sujeição - Construção - Casa - Realização durante a convivência - Esforço comum - Presunção - Meação quanto à edificação 243

PATERNIDADE - Vide: Investigação de paternidade

PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL
Ação popular - Município - Projeto - Bem público - Reestruturação - Tombamento - Inexigibilidade - Ato discricionário - Controle judicial - Impossibilidade - Ato lesivo - Não-ocorrência - Petição inicial - Indeferimento liminar - Extinção do processo 201

PATRONÍMICO
Sobrenome do padrasto - Inclusão - Possibilidade - Art. 57 da Lei 6.015/73 - Hipótese excepcional - Vínculo afetivo consolidado - Segurança jurídica preservada - Certidão de nascimento - Retificação - Procedência do pedido 129

PENA
Diminuição - Aplicabilidade - Homicídio qualificado - Concurso formal próprio ou impróprio - Requisitos 319

Fixação - Circunstâncias judiciais 349

Fixação - Circunstâncias judiciais - Maus antecedentes - Reincidência - *Bis in idem* - Condenação anterior - Trânsito em julgado - Ausência de certidão - Circunstância agravante não caracterizada 358

Fixação - Crime continuado - Pena restritiva de direitos - *Sursis* - Inadmissibilidade 324

Fixação - Critério - *Iter criminis* 363

Fixação - Critério - Tráfico de entorpecentes - Circunstâncias judiciais - Culpabilidade - Crime hediondo - Pena restritiva de direitos - Prestação de serviços à comunidade - Prestação pecuniária - Possibilidade 335

Fixação - Disparo de arma de fogo - Circunstância atenuante - Confissão - Mínimo legal 309

Fixação - Estupro - Atentado violento ao pudor - Crime continuado - Requisitos - Aplicabilidade - Voto vencido 364

Fixação - Furto - Tentativa - Circunstância agravante - Reincidência - Atenuante - Confissão espontânea - Compensação . . . 343

Fixação - Receptação dolosa - Posse irregular de arma de fogo - *Reformatio in pejus* indireta - Inadmissibilidade 307

Fixação - Roubo qualificado - Pena de multa - Cumulação - Condenação anterior - Maus antecedentes - Reincidência - *Non bis in idem* 297

Fixação - Tráfico de entorpecentes - Circunstâncias judiciais - Réu primário - Bons antecedentes - Causa de aumento - Pena restritiva de direitos - Impossibilidade 326

Fixação - Tráfico de entorpecentes - Circunstâncias judiciais - Agravante - Reincidência - Associação eventual para o tráfico - Causa de aumento - Inaplicabilidade 346

Fixação - Tráfico de entorpecentes - Réu primário - Bons antecedentes - Causa de diminuição - Aplicabilidade 352

Tráfico de entorpecentes - Art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 - Diminuição de pena da lei nova - Aplicação retroativa - Possibilidade - Fixação pelo juiz da execução - Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos - Possibilidade - Escolha pelo juiz da execução - *Habeas corpus* - Ordem concedida (STJ) 374

PENA DE MULTA
Cumulação - Fixação da pena - Roubo qualificado 297

PENA RESTRITIVA DE DIREITOS
Possibilidade - Crime hediondo - Prestação de serviços à comunidade - Prestação pecuniária - Possibilidade 335

Sursis - Inadmissibilidade 324

Tráfico de entorpecentes - Impossibilidade 326

PENHORA
Imóvel doado por ente público - Benfeitorias - Cláusula de reversão - Prazo não ultimado - Impenhorabilidade 77

Quota de sociedade limitada - Possibilidade 111

PERDIMENTO DE BENS
Tráfico de entorpecentes - Ausência de requisitos - Restituição 326

PERÍCIA
Crime contra o meio ambiente - Valoração da prova - Condenação 302

Tráfico de entorpecentes - Perícia - Contradição quantitativa - Nulidade não caracterizada 326

PERÍCIA MÉDICA
Perito - Nomeação - Especialização na matéria - Necessidade - Inobservância - Substituição 269

PERITO
Nomeação - Especialização na matéria - Necessidade - Inobservância - Substituição 269

PERMISSÃO
Caráter personalíssimo e intransferível - Licitação - Necessidade - Táxi - Serviço público - Permissionário - Falecimento - Extinção da permissão - Alvará judicial - Transferência a terceiro - Impossibilidade 171

PESSOA JURÍDICA
Assistência judiciária - Pessoa jurídica - Agravo de instrumento - Preparo - Desnecessidade - Conhecimento - Mérito - Despesas processuais - Capacidade econômica - Indeferimento - Voto vencido 131

PETIÇÃO DE HERANÇA
Investigação de paternidade - Cumulação de ações - Relação de parentesco colateral - Declaração - Interesse meramente econômico - Inadmissibilidade 66

PIS
Alvará - Não-recebimento em vida - Viúva - Lei 6.858/80 175

PODER DE POLÍCIA
BHTrans - Competência legislativa complementar - Municipalidade - Interesse local - Regulamentação de normas 97

PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO
Disparo de arma de fogo - Concurso aparente de normas - Crime-meio - Princípio da consunção - Concurso de crimes não configurado - Desclassificação do crime para o de posse irregular - Impossibilidade 309

POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO
Norma penal - Imperatividade - Condenação 307

Porte ilegal de arma de fogo - Desclassificação - Impossibilidade 309

Roubo qualificado - Emprego de arma de fogo - Princípio da consunção - Inaplicabilidade - Concurso material . . . 349

PRECATÓRIO
Cessão de crédito - Compensação tributária - Impossibilidade - Direito líquido e certo - Ausência - Mandado de segurança - Denegação da ordem 286

PREEMPÇÃO - Vide: Direito de preferência

PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA
Ação pessoal - Art. 205 do CC/2002 - Regra de transição - Redução para dez anos - Contrato de trabalho - Rescisão - Previdência privada - Contribuição - Restituição total - Juros de mora - Incidência - Termo inicial 186

PREVIDÊNCIA PRIVADA
Contrato de trabalho - Rescisão - Contribuição - Restituição total - Juros de mora - Incidência - Termo inicial - Ação pessoal - Art. 205 do CC/2002 - Regra de transição - Redução para dez anos 186

PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO
Disparo de arma de fogo - Porte ilegal - Concurso aparente de normas - Crime-meio - Concurso de crimes não configurado 309

Inaplicabilidade - Roubo qualificado - Emprego de arma de fogo - Concurso material 349

PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO
Furto - Prova indiciária - Delação - Posse da *res* - Condenação 304

PRISÃO PREVENTIVA
Habeas corpus - Roubo qualificado - Garantia da ordem pública - Repercussão social - Ausência de fundamentação jurídica - Constrangimento ilegal - Concessão da ordem 354

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR
Ampla defesa e contraditório - Sindicância - Prova emprestada - Interceptação telefônica - Fita cassete - Degravação - Autorização do juízo criminal - Necessidade - Não-ocorrência - Nulidade - Recurso ordinário - Mandado de segurança - Concessão da ordem (STJ) 369

Centro de formação de condutores - Registro - Descredenciamento e cancelamento - Duplo grau administrativo - Garantia constitucional - Ofensa - Mandado de segurança - Concessão da ordem 122

PROCESSO DE EXECUÇÃO
Abandono da causa - Intimação pessoal - Oficial de justiça - Mudança de endereço - Comunicação ao juízo - Ausência - Extinção do processo 150

Embargos do devedor - Prova desnecessária - Indeferimento - Cerceamento de defesa - Não-ocorrência - Fiança - Outorga uxória - Ausência - Alegação de nulidade pelo fiador - Inadmissibilidade - Sociedade de responsabilidade limitada - Quotas - Penhora - Possibilidade - Proposta de contrato assinada - Título executivo 111

PROFESSOR
Nomeação - Licenciatura plena - Habilitação - Violação - Lei de Diretrizes e Bases - Litisconsórcio passivo necessário - Mandado de segurança 164

Rede estadual - Gratificação - Incentivo à docência - Biênio - Supressão - Ilegalidade - Ação ordinária 215

PROPOSTA
Assinatura - Contrato de prestação de serviços - Assinatura - Título executivo 111

PROPRIEDADE RURAL - Vide: Imóvel rural

PROTESTO CONTRA ALIENAÇÃO DE BENS
Cartório de Registro de Imóveis - Averbação - Admissibilidade - Quotas sociais - Junta Comercial - Anotação - Possibilidade - Poder geral de cautela 140

PROVA
Avaliação - Roubo qualificado - Reconhecimento pessoal - Confissão parcial - Posse da *res furtiva* - Condenação 349

Indiciária - Delação - Posse da *res* - Princípio do livre convencimento - Furto - Condenação 304

Valoração - Associação para o tráfico de entorpecentes - Elemento subjetivo do tipo - Requisitos - Habitualidade - Condenação 341

Valoração - Disparo de arma de fogo - *In dubio pro reo* - Absolvição 343

Valoração - Estupro - Atentado violento ao pudor - Declaração da vítima - Valoração da prova - Condenação 364

Valoração - Extorsão mediante seqüestro - Requisitos - Crime consumado - Delação - Testemunha - Declaração de policial - Condenação 339

Valoração - Lesão corporal grave - Prova testemunhal - Depoimento contraditório - Exame de corpo de delito - Imprecisão - Legítima defesa sugerida - Absolvição 299

Valoração - Perícia - Crime contra o meio ambiente - Condenação 302

Valoração - Receptação dolosa - Posse irregular de arma de fogo - Condenação 313

Valoração - Receptação qualificada - Furto qualificado - Concurso de pessoas - Formação de quadrilha - Condenação 324

Valoração - Roubo qualificado - Arma de fogo - Concurso de pessoas - Restrição à liberdade da vítima - Condenação 313

Valoração - Tráfico de entorpecentes - Concurso de pessoas - Delação - Condenação 352

Valoração - Tráfico de entorpecentes - Crime organizado - Interceptação telefônica - Legalidade - Condenação 328

Valoração - Tráfico de entorpecentes - Materialidade - Autoria - Condenação 335

Valoração - Tráfico de entorpecentes - Materialidade - Autoria - Testemunha - Declaração de policial - Condenação 326

Valoração - Tráfico de entorpecentes - Testemunha - Declaração de policial - Condenação 326

Vide também: Ônus da prova

PROVA EMPRESTADA
Servidor público - Processo administrativo disciplinar - Sindicância - Interceptação telefônica - Fita cassete - Degravação - Autorização do juízo criminal - Necessidade - Não-ocorrência - Nulidade - Recurso ordinário - Mandado de segurança - Concessão da ordem (STJ) 369

PROVA ILÍCITA
Criminal - Documentos - Papéis confidenciais pertencentes a empresa - Cópias obtidas, sem autorização nem conhecimento desta, por ex-empregado - Juntada em autos de inquérito policial - Providência deferida em mandado de segurança impetrado por representante do Ministério Público - Inadmissibilidade - Prova ilícita - Ofensa ao art. 5º, LVI, da CF e aos arts. 152, parágrafo único, 153 e 154 do CP - Desentranhamento determinado - *HC* concedido para esse fim (STF) 378

PROVA PERICIAL
Desnecessidade - Indeferimento - Cerceamento de defesa - Não-ocorrência 111

Q

QUADRILHA ARMADA
Crime autônomo - Condenação - Fixação da pena - Circunstâncias judiciais - Maus antecedentes - Reincidência - *Bis in idem* - Condenação anterior - Trânsito em julgado - Ausência de certidão - Circunstância agravante não caracterizada - Uso de documento falso - Posse - Atipicidade 358

QUALIDADE NO JUDICIÁRIO - Marcelo Guimarães Rodrigues (Artigo jurídico) 41

QUESITO
Homicídio qualificado - Formação de quadrilha - Crime conexo - Tribunal do Júri - Absolvição - Trânsito em julgado - Nulidade não caracterizada 319

R

RECEPTAÇÃO
Dolo - Valoração da prova - Condenação - Posse irregular de arma de fogo - Norma penal - Imperatividade - Fixação da pena - *Reformatio in pejus* indireta - Inadmissibilidade 307

RECEPTAÇÃO CULPOSA
Receptação qualificada - Juízo *ad quem* - *Emendatio libelli* - Possibilidade 304

RECEPTAÇÃO QUALIFICADA
Desclassificação para receptação culposa - Juízo *ad quem* - *Emendatio libelli* - Possibilidade - Delação - Posse da *res* - Furto - Prova indiciária - Princípio do livre convencimento - Condenação 304

Furto qualificado - Concurso de pessoas - Formação de quadrilha - Requisitos - Materialidade - Autoria - Confissão extra-judicial - Retratação - Valoração da prova - Condenação - Crime continuado - Fixação da pena - Restritiva de direitos - *Sursis* - Inadmissibilidade 324

RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Alegação de ofensa ao art. 5°, LV, da CF/88 - Inexistência de ofensa direta à Constituição - Necessidade de exame prévio de norma infraconstitucional para a verificação de contrariedade ao Texto Maior - Agravo regimental a que se nega provimento (STF) 377

REDE DE ESGOTO
Ausência de manutenção - Inundação de moradia - Responsabilidade do Estado - Dano material - Dano moral - Caracterização 101

REFORMATIO IN PEJUS
Inadmissibilidade 307

REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA
Inicial semi-aberto - *Habeas corpus* - Réu primário - Residência fixa - Ocupação lícita - Apelação em liberdade - Concessão da ordem 354

Lei mais gravosa - Irretroatividade - Homicídio qualificado - Regime inicial fechado - Progressão de regime - Possibilidade 319

Tráfico de entorpecentes - Crime hediondo - Regime inicial fechado 346

REGIME INICIAL FECHADO
Regime de cumprimento da pena - Tráfico de entorpecentes - Crime hediondo 346

REGISTRO CIVIL
Certidão de nascimento - Ação anulatória - Cumulação de investigação de paternidade - Pai falecido - Impugnação de filiação - Litígio entre irmãs - Legitimidade ativa - Paternidade - Reconhecimento espontâneo - Nulidade do registro - Erro ou falsidade - Ônus da prova - Exame de DNA - Negativa - Inversão do ônus da prova - Descabimento 162

REGISTRO PÚBLICO
Certidão de nascimento - Retificação - Patronímico do padrasto - Inclusão - Possibilidade - Art. 57 da Lei 6.015/73 - Hipótese excepcional - Vínculo afetivo consolidado - Segurança jurídica preservada - Procedência do pedido 129

REINCIDÊNCIA
Fixação da pena - Circunstâncias judiciais - Maus antecedentes - *Bis in idem* - Condenação anterior - Trânsito em julgado - Ausência de certidão - Circunstância agravante não caracterizada 358

Furto - Fixação da pena - Circunstância agravante - Atenuante - Confissão espontânea - Compensação 343

Roubo qualificado - Fixação da pena - Condenação anterior - Maus antecedentes - *Non bis in idem* 297

REINTEGRAÇÃO DE POSSE
Usufruto simultâneo - Usufrutuários - Morte de um deles - Direito de acrescer - Ausência de estipulação expressa - Extinção parcial - Nus-proprietários - Metade do imóvel - Consolidação da propriedade - Comodato - Não-configuração - Esbulho - Não-ocorrência - Tutela possessória - Requisitos - Falta 245

RELAÇÃO DE CONSUMO
Combustível - Impropriedade para consumo - Produto fora das especificações da ANP - Responsabilidade civil - Verificação de culpa - Desnecessidade - Dano moral coletivo - *Quantum* - Fixação - Ação civil pública - Ônus da prova - Laudo pericial - Prova produzida em procedimento administrativo - Utilização em processo judicial - Possibilidade 103

RELAÇÃO DE PARENTESCO COLATERAL
Declaração - Interesse meramente econômico - Inadmissibilidade - Investigação de paternidade - Petição de herança - Cumulação de ações 66

REPARAÇÃO DE DANOS - Vide: Indenização

REPETIÇÃO DE INDÉBITO
Pedido genérico - Ação declaratória - Requisitos - Declaração de simples situação jurídica de não-incidência tributária, genericamente, sem referência à relação jurídica concreta - Impossibilidade 189

REPRESENTAÇÃO COMERCIAL
Comprovação - Comissões - Não-pagamento - Contrato - Inadimplemento - Cheque - Garantia de vendas - Cláusula *del credere* - Títulos - Inexigibilidade - Inovação recursal 255

RESCISÃO CONTRATUAL
Compromisso de compra e venda - Imóvel - Acervo hereditário - Alienação - Alvará judicial - Desnecessidade - Contrato - Validade - Compromissário comprador - Inadimplência - Multa contratual devida 290

Promissário comprador - Interesse de agir - Compromisso de compra e venda - Imóvel - Financiamento - Construção - Prazo de entrega - Não-cumprimento - Parcelas pagas - Devolução - Multa rescisória - Retenção - Percentual - Casa própria - Procrastinação injustificada na entrega - Dano moral - Indenização - Cabimento - Correção monetária - Termo inicial - Ilícito contratual - Valor da condenação - Juros de mora - Incidência 261

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO
Indenização - Erro judiciário - Ação proposta contra o juiz - Ilegitimidade passiva 219

RESPONSABILIDADE OBJETIVA
Dano material - Indenização - Procedimento sumário - Documento - Apresentação - Momento oportuno - Acidente - Rodovia - Animal morto na pista - Serviço rodoviário - Concessionária - Código de Defesa do Consumidor - Aplicabilidade 126

RESPONSABILIDADE SUBJETIVA
Administração pública - *Faute de service* - Município - Operação tapa-buracos - Detritos espalhados em pista de rolamento - Acidente de trânsito - Dano material - Indenização 65

Poder Público - Município - Ato omissivo - Creche municipal - Morte de recém-nascido - Dano moral - Indenização - Dano material - Pensionamento - Inadmissibilidade 92

RESTRIÇÃO À LIBERDADE DA VÍTIMA
Roubo qualificado - Arma de fogo - Concurso de pessoas - Valoração da prova - Condenação 313

REVISÃO CONTRATUAL
Contrato bancário - Código de Defesa do Consumidor - Aplicabilidade - Prevalência dos princípios constitucionais conjugados com o *pacta sunt servanda* - Multa contratual - Art. 52, § 1°, do CDC - Comissão de permanência - Substituição pelo INPC - Capitalização de juros - Cobrança não comprovada - Juros remuneratórios excessivos - Adequação - Voto vencido parcialmente 226

ROUBO QUALIFICADO
Arma de fogo - Concurso de pessoas - *Res furtiva* - Posse momentânea - Crime consumado - Divisão de tarefas - Participação de menor importância - Não-caracterização - Fixação da pena - Pena de multa - Cumulação - Condenação anterior - Maus antecedentes - Reincidência - *Non bis in idem* - Isenção de custas - Inaplicabilidade 297

Arma de fogo - Concurso de pessoas - Restrição à liberdade da vítima - Valoração da prova - Condenação - Formação de quadrilha - Corrupção de menores - Ausência de elemento constitutivo - Absolvição - Competência pelo lugar da infração - Réu preso - Requisição - Carta precatória - Intimação - Nulidade não caracterizada 313

Emprego de arma de fogo - Concurso de pessoas - Reconhecimento pessoal - Confissão parcial - Posse da *res furtiva* - Valoração da prova - Condenação - Posse irregular de arma de fogo - Princípio da consunção - Inaplicabilidade - Concurso material - Fixação da pena - Circunstâncias judiciais 349

Emprego de arma - Concurso de pessoas - Tentativa - *Iter criminis* - Fixação da pena - Critério 363

Habeas corpus - Prisão preventiva - Garantia da ordem pública - Repercussão social - Ausência de fundamentação jurídica - Constrangimento ilegal - Concessão da ordem 354

Tentativa - Extorsão mediante seqüestro - Requisitos - Crime consumado - Desclassificação do crime - Impossibilidade 339

S

SALÁRIO MÍNIMO
Fator de correção - Não-ocorrência - Conselho Nacional de Seguros Privados - Resoluções - Estipulação da indenização - Inaplicabilidade - DPVAT 284

SEGURADORA
Acidente de trânsito - Reparação de danos - Seguradora - Sub-rogação - Veículo culpado - Alegação de venda - Comprovação - Ausência - Testemunha única - Insuficiência 217

SEGURO
Acidente de trânsito - Condutor inabilitado - Culpa - Seguradora - Exclusão da responsabilidade . . . 239

Contrato - Impontualidade - Notificação do segurado - Imprescindibilidade - Cancelamento unilateral - Impossibilidade - Consignação em pagamento 120

SENTENÇA - Vide: Decisão *citra petita* - Liquidação de sentença

SERVIÇO NOTARIAL
ISS - Incidência - Lei Complementar n° 106/2003 - Constitucionalidade - Supremo Tribunal Federal - Precedente - Mandado de segurança - Denegação da ordem 85

SERVIÇO PÚBLICO
Táxi - Permissão - Caráter personalíssimo e intransferível - Licitação - Necessidade - Permissionário - Falecimento - Extinção da permissão - Alvará judicial - Transferência a terceiro - Impossibilidade . . . 171

SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO
Tarifa - Fixação - Copasa - Concessionária - Competência exclusiva para cobrança - Litisconsórcio passivo necessário - Emenda da inicial - Matéria de ordem pública - Ação civil pública - Código de Processo Civil, arts. 267, § 3°, e 284 258

SERVIDOR PÚBLICO
Estabilidade - Art. 19 do ADCT da CF/88 - Concurso público - Cargo público - Efetividade - Aquisição - Cargo em comissão - Apostilamento integral - Aposentadoria - Proventos integrais - Requerimento administrativo - Ausência - Irrelevância - Ação ordinária - Interesse de agir - Presença - Carência da ação - Inocorrência 147

Processo administrativo disciplinar - Sindicância - Prova emprestada - Interceptação telefônica - Fita cassete - Degravação - Autorização do juízo criminal - Necessidade - Não-ocorrência - Nulidade - Recurso ordinário - Mandado de segurança - Concessão da ordem (STJ) 369

SFH
Ação revisional de contrato - CDC - Aplicação - Plano de amortização mista - Substituição - Plano de equivalência salarial - Impossibilidade - Comprometimento de renda - Mutuário - Morte - Obrigação - Extinção parcial 196

Hipoteca - Constituição - Agente financeiro e incorporadora - Cancelamento - Contrato de financiamento - Unidade imobiliária - Adquirente de boa-fé - Ação ordinária - Legitimidade passiva - Consumidor - Direitos - Promessa de compra e venda - Preço pactuado - Pagamento - Prova - Escritura definitiva - Possibilidade 81

SOBREPARTILHA
Divórcio - Casamento - Regime de bens - Comunhão parcial - Partilha de bens - Crédito trabalhista - Inclusão - Possibilidade 224

SOCIEDADE COMERCIAL
Dissolução - Acordo - Homologação - Extinção parcial do mérito - Processo - Continuidade - Apuração de haveres - Lucro - Distribuição - Sócio - Preterição - Sócios controladores - Aplicação da receita - Fins diversos do objeto social - Empréstimo a terceiros - Correção - Juros - Ausência - Prejuízo - Dever de lealdade - Violação - Reparação 210

Dissolução parcial - Apuração de haveres - Interesse processual - *Affectio societatis* - Perda - Contrato social - Sucessores - Cessão de cotas - Participação na sociedade - Cláusula de permissibilidade 87

SOCIEDADE LIMITADA
Quota - Penhora - Possibilidade 111

SONEGAÇÃO DE OBJETO DE VALOR PROBATÓRIO
Crime contra a administração da justiça - Retenção de autos - *Habeas corpus* - Trancamento de ação penal - Ausência de intimação prévia - Devolução espontânea - Elemento subjetivo do tipo - Dolo - Atipicidade - Concessão da ordem 356

SUB-ROGAÇÃO
Ausência de prova - Casamento - Regime de bens - Comunhão parcial - Bem Imóvel - Aquisição antes do casamento - Venda - Compra de outro imóvel - Doação - Alvará judicial - Improcedência do pedido 80

SURSIS
Pena restritiva de direitos - Inadmissibilidade 324

T

TÁXI
Serviço público - Permissão - Caráter personalíssimo e intransferível - Licitação - Necessidade - Permissionário - Falecimento - Extinção da permissão - Alvará judicial - Transferência a terceiro - Impossibilidade 171

TENTATIVA
Furto - Fixação da pena - Circunstância agravante - Reincidência - Atenuante - Confissão espontânea - Compensação . . . 343

Tráfico de entorpecentes - Denúncia - Possibilidade jurídica - Nulidade não caracterizada 326

TESTAMENTO PARTICULAR
Confirmação - Registro - Validade - Aproveitamento do processo - Possibilidade - Ausência de prejuízo - Testemunha - Número - Rigor da lei - Abrandamento - Vontade do testador - Inexistência de erro ou vício 165

TESTEMUNHA
Extorsão mediante seqüestro - Requisitos - Crime consumado - Delação - Testemunha - Declaração de policial - Valoração da prova - Condenação 339

Lesão corporal grave - Depoimento contraditório - Falso testemunho - Indício - Investigação criminal - Inquérito policial - Art. 211 do Código de Processo Penal - Interpretação 299

TÍTULO EXECUTIVO
Contrato de prestação de serviços - Proposta assinada - Título hábil para instruir processo de execução 111

TRÁFICO DE ENTORPECENTES
Art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 - Diminuição de pena da lei nova - Aplicação retroativa - Possibilidade - Fixação pelo juiz da execução - Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos - Possibilidade - Escolha pelo juiz da execução - *Habeas corpus* - Ordem concedida (STJ) 374

Associação para o tráfico de entorpecentes - Elemento subjetivo do tipo - Requisitos - Habitualidade - Valoração da prova - Condenação 341

Concurso de pessoas - Delação - Valoração da prova - Condenação - Fixação da pena - Réu primário - Bons antecedentes - Causa de diminuição - Aplicabilidade - Associação (Lei de Tóxicos) - Ausência de requisitos - Absolvição 352

Concurso de pessoas - União estável - Companheiro - Inexigibilidade de conduta diversa - Excludente de culpabilidade - Co-autoria inexistente - Art. 206 do Código de Processo Penal - Aplicação analógica - Associação para o tráfico de entorpecentes - Absolvição de co-réu - Ausência de elemento constitutivo - Crime não caracterizado - Materialidade - Autoria - Valoração da prova - Condenação - Circunstâncias judiciais - Culpabilidade - Fixação da pena - Critério - Crime hediondo - Pena restritiva de direitos - Prestação de serviços à comunidade - Prestação pecuniária - Possibilidade 335

Crime organizado - Interceptação telefônica - Legalidade - Prisão em flagrante - Policial - Testemunha - Valoração da prova - Condenação - Associação para o tráfico de entorpecentes - Co-réu - *In dúbio pro reo* - Aplicabilidade 328

Perícia - Contradição quantitativa - Nulidade não caracterizada - Tentativa - Denúncia - Possibilidade jurídica - Materialidade - Autoria - Testemunha - Declaração de policial - Valoração da prova - Condenação - Fixação da pena - Circunstâncias judiciais - Réu primário - Bons antecedentes - Causa de aumento de pena - Pena restritiva de direitos - Impossibilidade - Perdimento de bens - Ausência de requisitos - Restituição 326

Testemunha - Declaração de policial - Valoração da prova - Condenação - Fixação da pena - Circunstâncias judiciais - Agravante - Reincidência - Associação eventual para o tráfico - Causa de aumento - Inaplicabilidade - Crime hediondo - Cumprimento da pena - Regime inicial fechado 346

TRANCAMENTO DE AÇÃO
Habeas corpus - Crime contra a administração da justiça - Sonegação de objeto de valor probatório - Retenção de autos - Elemento subjetivo do tipo - Dolo - Atipicidade - Concessão da ordem 356

TRIBUNAL DO JÚRI
Homicídio qualificado - Formação de quadrilha - Crime conexo - Absolvição - Trânsito em julgado - Quesito - Nulidade não caracterizada 319

TUTELA ANTECIPADA
Requisitos - Ausência - Trem cargueiro - Ruído - Paralisação - Medida drástica e excepcional - Indeferimento 173

Finalidade - Construção vizinha - Danos - Providência de cunho satisfativo - Impossibilidade 190

U

UNIÃO ESTÁVEL
Reconhecimento e dissolução - Partilha de bens - Relação patrimonial - Contrato escrito - Inexistência - Regime de comunhão parcial de bens - Sujeição - Construção - Casa - Realização durante a convivência - Esforço comum - Presunção - Meação quanto à edificação 243

USO DE DOCUMENTO FALSO
Posse - Atipicidade 358

USUCAPIÃO
Ação - Propositura contra espólio - Ausência de inventário - Ilegitimidade passiva 75

USUFRUTO
Usufrutuários - Morte de um deles - Direito de acrescer - Ausência de estipulação expressa - Extinção parcial - Nus-proprietários - Metade do imóvel - Consolidação da propriedade - Reintegração de posse 245

V

VÍCIO REDIBITÓRIO
Escritura pública - Permuta - Anulação - Dano moral - Indenização - Direito - Decadência - Negócio jurídico - Validade .146

VISITA
Pedido - Indeferimento - Pai - Comportamento agressivo e inadequado - Princípio constitucional da máxima proteção à criança e da dignidade da pessoa humana 274

...