# 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.

Os acordãos selecionados para esta Revista correspondem, na íntegra, às cópias obtidas na Secretaria de Documentação do STF.

| Jurisprudência Mineira | Belo Horizonte | a. 59 | v. 186 | p. 1-412 | jul./set. 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
Lúcia de Fátima Capanema
Maria Célia da Silveira
Maria da Consolação Santos
Maria Helena Duarte
Marisa Martins Ferreira
Mauro Teles Cardoso
Myriam Goulart de Oliveira
Rachel Ribeiro de Lima
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.jus.br/ejef - codit@tjmg.jus.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
Tiragem: 400 unidades
Distribuída em todo o território nacional

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 nº 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 29/08/2008)

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
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
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
Maria das Graças Silva Albergaria dos Santos
Costa
Elias Camilo Sobrinho
Pedro Bernardes de Oliveira
Antônio Sérvulo dos Santos
Francisco Batista de Abreu
Heloísa Helena de Ruiz Combat
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
Carlos Augusto de Barros Levenhagen
Electra Maria de Almeida Benevides
Eduardo César Fortuna Grion

## 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<br>Terças-feiras | Décima Câmara Cível<br>Terças-feiras | Quinto Grupo de Câmaras Cíveis |
|---|---|---|
| Desembargadores<br>**Osmando Almeida***<br>**Pedro Bernardes** de Oliveira<br>**Tarcísio** José **Martins Costa**<br>**José Antônio Braga**<br>Antônio **Generoso Filho** | Desembargadores<br>**Roberto Borges de Oliveira**<br>**Alberto Aluízio Pacheco de Andrade**<br>Paulo Roberto **Pereira da Silva***<br>Álvares **Cabral da Silva**<br>**Marcos Lincoln** dos Santos | 2ª terça-feira do mês (Nona e Décima Câmaras, sob a Presidência do Des. Osmando Almeida)<br>*- Horário: 13 horas -* |

** Presidente da Câmara*

| Décima Primeira Câmara Cível<br>Quartas-feiras | Décima Segunda Câmara Cível<br>Quartas-feiras | Sexto Grupo de Câmaras Cíveis |
|---|---|---|
| Desembargadores<br>Geraldo José **Duarte de Paula***<br>**Selma** Maria **Marques** de Souza<br>**Fernando Caldeira Brant**<br>José **Afrânio Vilela**<br>**Marcelo** Guimarães **Rodrigues** | Desembargadores<br>**Alvimar de Ávila**<br>José Geraldo **Saldanha da Fonseca**<br>Geraldo **Domingos Coelho***<br>**José Flávio de Almeida**<br>**Nilo** Nívio **Lacerda** | 3ª quarta-feira do mês (Décima Primeira e Décima Segunda Câmaras, sob a Presidência do Des. Duarte de Paula)<br>*- Horário: 13 horas -* |

** Presidente da Câmara*

| Décima Terceira Câmara Cível<br>Quintas-feiras | Décima Quarta Câmara Cível<br>Quintas-feiras | Sétimo Grupo de Câmaras Cíveis |
|---|---|---|
| Desembargadores<br>**Francisco Kupidlowski***<br>**Cláudia** Regina Guedes **Maia**<br>José **Nicolau Masselli**<br>**Alberto Henrique** Costa de Oliveira<br>Carlos Augusto de **Barros Levenhagen** | Desembargadores<br>**Valdez Leite Machado***<br>**Evangelina Castilho Duarte**<br>**Antônio de Pádua** Oliveira<br>**Hilda** Maria Pôrto de Paula **Teixeira da Costa**<br>**Rogério Medeiros** Garcia de Lima | 2ª quinta-feira do mês (Décima Terceira e Décima Quarta Câmaras, sob a Presidência do Des. Valdez Leite Machado)<br>*- Horário: 13 horas -* |

** Presidente da Câmara*

| Décima Quinta Câmara Cível<br>Quintas-feiras | Décima Sexta Câmara Cível<br>Quartas-feiras | Oitavo Grupo de Câmaras Cíveis |
|---|---|---|
| Desembargadores<br>**Sérgio** Antônio **Resende**<br>**José Affonso da Costa Côrtes***<br>José de Anchieta da **Mota e Silva**<br>**Maurílio Gabriel** Diniz<br>**Electra** Maria de Almeida **Benevides** | Desembargadores<br>Francisco **Batista de Abreu***<br>**Sebastião Pereira de Souza**<br>**Otávio de Abreu Portes**<br>**Wagner Wilson** Ferreira<br>Pedro Carlos **Bitencourt Marcondes** | 3ª quinta-feira do mês (Décima Quinta e Décima Sexta Câmaras, sob a Presidência do Des. José Affonso da Costa Côrtes)<br>*- Horário: 13 horas -* |

** Presidente da Câmara*

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

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

** 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<br>Quartas-feiras | Quinta Câmara Criminal<br>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

**Silas** Rodrigues **Vieira**

**Wander** Paulo **Marotta** Moreira

**Maria Elza** de Campos Zettel

**Geraldo Augusto** de Almeida

**Caetano Levi Lopes**

## **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**

Mário Lúcio **Carreira Machado**

José Tarcízio de **Almeida Melo**
Presidente do TRE

**José Antonino Baía Borges**
Vice-Presidente e Corregedor do TRE

**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
Terceiro 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 21.05.2008)

Desembargadores

Reynaldo Ximenes Carneiro - Presidente

Dídimo Inocêncio de Paula - 1ª, 2ª e 3ª Cíveis

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

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

Paulo Roberto Pereira da Silva - 9ª, 10ª e 11ª Cíveis

Antônio de Pádua Oliveira - 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

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO

Desembargador Gouvêa Rios - Nota biográfica . . . . . 15

As constituições brasileiras e o patrimônio - Nota histórica . . . . . 16

DOUTRINA

Direito, economia e corrupção - Rogério Medeiros Garcia de Lima . . . . . 19

Análise normativo-teleológica do Projeto Novos Rumos na Execução Penal, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, à luz dos direitos humanos internacionais - Carlos Frederico Braga da Silva . . . . . 30

As alterações do rito dos crimes de competência do Tribunal do Júri e o devido processo legal - Thiago Colnago Cabral . . . . . 36

Breves considerações sobre as reformas no CPP - Daniel César Boaventura . . . . . 39

O contraditório e a prova no processo penal: breves comentários à Lei 11.690, de 2008 - Haroldo Pimenta . . . . . 43

Reflexões sobre a ab-rogação do inciso I, art. 5°, da Lei 1.533/51 pela Constituição Federal - Gustavo Angelim Chaves Corrêa . . . . . 49

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

Corte Superior . . . . . 51

Jurisprudência Cível . . . . . 55

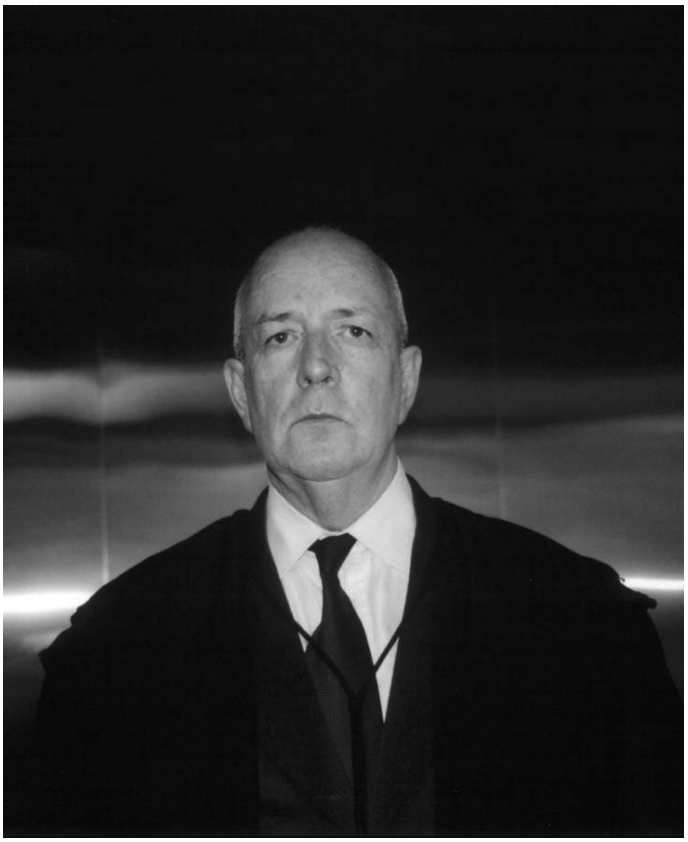
Jurisprudência Criminal . . . . . 281

Superior Tribunal de Justiça . . . . . 371

Supremo Tribunal Federal . . . . . 379

Índice Numérico . . . . . 383

Índice Alfabético e Remissivo . . . . . 387



DESEMBARGADOR JOSÉ LUCIANO GOUVÊA RIOS

# MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO

## NOTA BIOGRÁFICA*

## DESEMBARGADOR GOUVÊA RIOS

José Luciano Gouvêa Rios, mineiro de Pouso Alegre, nasceu em 27 de julho de 1945. Era filho do Desembargador José da Costa Rios Filho e de Guiomar Gouvêa Rios e casado com Eula Marina de Souza Gouvêa Rios.

Bacharelou-se em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais em 1968, turma do GAT-64.

Aprovado em 3º lugar em concurso público para a Magistratura, foi nomeado Juiz de Direito da Comarca de Buenópolis em 22 de janeiro de 1974. Foi promovido, por antiguidade, para a Comarca de Paracatu, em 14 de junho de 1979. Em 30 de abril de 1981, promovido por antiguidade, transferiu-se para Pará de Minas, onde assumiu o exercício no dia 14 de maio. Por antiguidade foi promovido, em 1º junho de 1988, para o cargo de Juiz de Direito da 9ª Vara Criminal de Belo Horizonte.

Em 19 de março de 1998, foi promovido, por antiguidade, ao cargo de Juiz do extinto Tribunal de Alçada, passando a integrar a 1ª Câmara Cível, da qual foi Presidente, sendo também Superintendente da Comissão de Licitação e Divisão de Compras e Contratos.

Em 27 de janeiro de 2004, também por antiguidade, atingiu o grau máximo de sua carreira, promovido ao cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, compondo a 1ª Câmara Cível. Aposentou-se, a pedido, em 1º de fevereiro de 2006.

Foi membro da Comissão Supervisora dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Estado de Minas Gerais e, no Magistério, ministrou aulas de Prática de Sentença Criminal nos cursos A. Carvalho, Judicare e Praetorium.

Faleceu em 31 de maio de 2006. Na homenagem por ocasião de sua aposentadoria, prestada pela 1ª Câmara Cível, realizada em 17 de janeiro de 2006, o Desembargador Márcio Antônio Abreu Corrêa de Marins, então Presidente daquela Câmara, assim se manifestou: "É bem verdade que você não deixará nunca o convívio do Tribunal de Justiça, porque é peça imprescindível, pelo que você foi, pelo que você fez, pela sua atuação brilhante aqui. O Tribunal jamais o esquecerá, como não esqueceu seu pai".

O Desembargador Gouvêa Rios, em seu discurso de despedida, proferiu as seguintes palavras:

> Neste egrégio Tribunal de Justiça, como de resto nos demais locais onde exerci minha função jurisdicional, muito aprendi e vivenciei, convivendo com grandes magistrados, com eles dividindo as angústias e a enorme dificuldade na busca da melhor solução para os dramas e problemas de terceiros, na incessante busca de uma Justiça que se emociona, e de cujos olhos vertem lágrimas; não por ser cega, mas pela angústia de não poder ser mais justa.

### Referências


RIOS, Eula Marina de Souza Gouvêa; RIOS, Rodrigo de Souza Gouvêa. *Desembargador José Luciano Gouvêa Rios*. Belo Horizonte, 2006. Não publicado.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. *Lista de Desembargadores*. Belo Horizonte. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/institucional/desembargadores>. Acesso em: 28 jun. 2005.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. *Arquivo de provimento de comarcas da Magistratura de Minas Gerais*. Belo Horizonte.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. *Nota taquigráfica de homenagem prestada pela 1ª Câmara Cível*. Belo Horizonte. 17.01.2006.


...

* Autoria: Andréa Vanessa da Costa Val e Shirley Ker Soares Carvalho, sob a supervisão do Desembargador Hélio Costa, Superintendente da Memória do Judiciário Mineiro, em 12.03.2009.

NOTA HISTÓRICA

## As constituições brasileiras e o patrimônio *

No ano de 2008, comemoraram-se os 20 anos de promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, a "Constituição Cidadã". Cumprindo com as suas atribuições de preservação, conservação, pesquisa e informação de acontecimentos históricos relevantes, esta Memória do Judiciário Mineiro, Mejud, também esteve presente nas atividades realizadas em comemoração a essa data tão importante, através da exposição "Constituições Brasileiras".

A pesquisa para a formatação da referida exposição buscou descobrir em qual período o patrimônio histórico, artístico e cultural brasileiro foi contemplado no marco jurídico estruturante do País em suas diversas formulações ao longo de nossa história.

Sabe-se que Constituição é o

> [...] conjunto das leis fundamentais que rege a vida de uma nação, geralmente elaborado e votado por um congresso de representantes do povo, e que regula as relações entre governantes e governados, traçando limites entre os Poderes e declarando os direitos e garantias individuais; carta constitucional, carta magna, lei básica, lei maior. É a lei máxima, à qual todas as outras leis devem ajustar-se.

Por sua vez,

> [...] a palavra patrimônio tem conotação jurídica e vem do latim *patrimonium*, significando herança paterna, legado. A noção de patrimônio histórico, tal como a entendemos hoje, só adquire consistência a partir do século XIX, quando a história, influenciada pelo movimento positivista, ganha *status* de ciência, incorporada que foi às ciências sociais [...]. O conceito de 'patrimônio histórico', portanto, é contemporâneo ao de nação e se relaciona ao processo de construção da nacionalidade.

No Brasil, a noção de importância da preservação do patrimônio histórico, artístico e cultural foi sendo construída ao longo do tempo. A primeira Carta Magna que regulamenta o assunto é a de 1934, influenciada pelo movimento europeu do pós-guerra, quando os países, destruídos pelo conflito, acordaram para a emergência de reconstruir a sua memória coletiva. A questão da preservação foi plenamente contemplada na Constituição de 1988, como se pode depreender dos breves históricos a seguir relatados.

Na primeira Constituição brasileira, a Constituição Política do Império do Brasil, outorgada por D. Pedro I, não há normas que contemplem o Patrimônio Artístico.

A segunda, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada no dia 24 de fevereiro de 1891, apresenta dispositivos de proteção a inventos e direitos autorais. Entretanto, não cita monumentos, bens culturais ou materiais.

A primeira constituição que contém dispositivo atribuindo ao Estado deveres de proteção ao patrimônio é a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 16 de julho de 1934.

O texto constitucional diz, em seu Capítulo II, da Educação e da Cultura, art. 148, que:

> Cabe à União, aos Estados e Municípios favorecer e animar o desenvolvimento das ciências, das artes, das letras e da cultura em geral, proteger os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do país, bem como prestar assistência ao trabalhador intelectual.

A questão da preservação é abordada pela primeira vez na Constituição de 1937, promulgada pelo então Presidente da República Getúlio Vargas, no dia 10 de novembro de 1937. No Capítulo da Educação e da Cultura, segundo o art. 134:

> Os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens ou os locais particularmente dotados pela natureza gozam da proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos Estados e dos Municípios. Os atentados contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional.

Em 30 de novembro de 1937, o governo assinou o Decreto-Lei nº 25, instrumento legal que orientaria os trabalhos na área de preservação. Esse decreto instituiu o tombamento e criou o Sphan - Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, instituição subordinada ao Ministério da Cultura, com competência legal para as questões de proteção ao patrimônio.

A defesa do patrimônio foi assim estabelecida na Constituição dos Estados Unidos do Brasil, promulgada no dia 18 de setembro de 1946:

> Art. 175. As obras, monumentos e documentos de valor histórico e artístico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais adotados de particular beleza ficam sob a proteção do poder público.

A sexta carta brasileira, a Constituição da República Federativa do Brasil, outorgada pelo Congresso Nacional em 24 de janeiro de 1967, sob a influência do Comando Revolucionário de 64, determina, no art. 172, parágrafo único, no que se refere à proteção ao patrimônio, o que se segue:

---

* Escrita por Andréa Vanessa da Costa Val e Tânia Mara Caçador (sob a supervisão do Des. Hélio Costa, Superintendente da Memória do Judiciário Mineiro).

> Art. 172. O amparo à cultura é dever do Estado.
> Parágrafo único. Ficam sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas.

Há que se ressaltar que a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, repete esse artigo em sua totalidade.

A conduta política que contempla o patrimônio cultural em toda a sua amplitude e complexidade será encontrada somente na Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988 pela Assembléia Nacional Constituinte, que teve como presidente o saudoso Deputado Ulysses Guimarães.

O texto constitucional abrange não só os bens de natureza material de valor artístico e histórico, mas também o patrimônio imaterial ou intangível. Nele, são valorizadas as formas de expressão e os modos de criar, fazer e viver, como se pode depreender da transcrição abaixo:

> Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:
> I - as formas de expressão;
> II - os modos de criar, fazer e viver;
> III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;
> IV - as obras, objetos, documentos, edificações de demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;
> V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.
> § 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.
> § 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.
> § 3º A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.
> § 4º Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos na forma da lei.
> § 5º Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.
> § 6º É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a fundo estadual de fomento à cultura até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, para o financiamento de programas e projetos culturais, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de:
> I - despesas com pessoal e encargos sociais;
> II - serviço da dívida;
> III - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados.

A "Constituição Cidadã", cumprindo o seu destino, não poderia deixar de tratar de assunto de tão grande importância como o patrimônio, que representa, segundo Fonseca (1997), "[...] o conjunto de bens de valor cultural que passaram a ser propriedade da nação, ou seja, do conjunto de todos os cidadãos".

No que se refere à exposição realizada pela Mejud, permitimo-nos apropriar das palavras proferidas pela Ministra Ellen Gracie, quando da abertura oficial da exposição "As Constituições Brasileiras", promovida pelo Supremo Tribunal Federal:

> [...] É sobremaneira revelador que o façamos ressaltando o marco jurídico estruturante do País, em suas diversas formulações, ao longo de nossa história. Nossa intenção é a de demonstrar de forma muito didática a correspondência entre cada época da vida nacional e sua respectiva regra regente. A Constituição é um documento jurídico-político por excelência. E, se política é a arte do possível, esse documento, que conforma as instituições, define suas competências e funcionamento e, sobretudo, estabelece as salvaguardas de que dispõe o cidadão contra a atuação do Estado todopoderoso, guarda uma necessária correlação com a quadra histórica em que surge e vigora. Daí a importância de tornar conhecido o contexto de cada qual. Por isso, visitar esta exposição corresponde a percorrer a história brasileira em sua evolução.

## Referências


BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nºs 1/92 a 56/2007 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nºs 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008. 464p.

GANDELMAN, Sílvia Regina Dain. *Acervos culturais e acesso ao público* - Questões jurídicas**.** Disponível em:<http://virtualbib.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2135/CPDOC2006SilviaReginaDainGaldeman.pdf/ sequece=1>. Acesso em: 09 mar. 2009.

HOUAIS, Antônio. *Dicionário da Língua Portuguesa*. Brasil. Instituto Antônio Houais: Objetiva. Disponível em: <http://dicionariotj.intra.tjmg.gov.br/cgi-bin/houaissnetb.dll/frame>. Acesso em: 09 mar. 2009.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. *Discurso da Ministra Ellen Gracie*, Presidente do Supremo Tribunal Federal, na abertura oficial da exposição "As Constituições Brasileiras" [24 de maio de 2007]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/bicentenario/publicacao/verPublicacao.asp/numero=233686>. Acesso em: 09 mar. 2009.


...

## Direito, economia e corrupção

*Rogério Medeiros Garcia de Lima*[*]

Já tivemos ocasião de refletir sobre os reflexos do pensamento neoliberal no Direito Contemporâneo (LIMA, 2004, p. 9-17).

O chamado Estado Liberal, paradigma constitucional surgido no século XVIII, teve como pedra angular o princípio da legalidade (SARAIVA, 1983, p. 8-11). Era calcado na teoria dos três poderes de Montesquieu. Intentava coibir o arbítrio dos governantes e oferecer segurança jurídica aos governados. O Estado legalmente contido é denominado Estado de Direito.

Consolidada a Revolução Industrial, emergiram necessidades sociais expostas pelos sucessivos movimentos socialistas. Demonstravam não bastar ao ser humano o atributo da liberdade. É preciso conferir a ele condições socioeconômicas dignificantes da pessoa humana.

Diante da crise econômica do primeiro Pós-guerra, o Estado teve de assumir papel ativo. Premido pela sociedade, tornou-se agente econômico, instalou indústrias, ampliou serviços, gerou empregos e financiou diversas atividades. Intermediou a porfia entre poder econômico e miséria, assumindo a defesa dos trabalhadores, em face dos patrões, e dos consumidores, em face de empresários.

Desde as Constituições Mexicana, de 1917, e de Weimar, de 1919, os textos constitucionais incorporaram compromissos de desenvolvimento da sociedade e valorização dos indivíduos socialmente inferiorizados. O Estado abandonou o papel não intervencionista e assumiu postura de agente do desenvolvimento e da justiça social (SUNDFELD, 1997, p. 50-54). É o denominado Estado Social.

Prosseguiu a evolução dos paradigmas até culminar no Estado Democrático de Direito. Superada a fase inicial, paulatinamente o Estado de Direito incorporou instrumentos democráticos e permitiu a participação do povo no exercício do poder. Manteve o projeto inicial de controlar o Estado. Dessarte, o Estado Democrático de Direito é aquele: a) criado e regulado por uma Constituição; b) onde os agentes públicos fundamentais são eleitos e renovados periodicamente pelo povo e respondem pelo cumprimento de seus deveres; c) onde o poder político é repartido entre o povo e órgãos estatais independentes e harmônicos, que se controlam uns aos outros; d) onde a lei, produzida pelo Legislativo, é necessariamente observada pelos demais Poderes; e e) onde os cidadãos, sendo titulares de direitos, inclusive políticos, podem opô-los ao próprio Estado.

Paralelamente a esses paradigmas de organização política do Estado, fala-se também nos direitos de primeira geração (individuais), direitos de segunda geração (coletivos e sociais) e direitos de terceira geração (difusos, compreendendo os direitos ambientais, do consumidor e congêneres).

O historiador britânico Eric Hobsbawm (1995) considerou breve o século XX. Começou somente em 1914, até quando foram mantidas as mesmas características histórico-políticas dominantes no século XIX. Terminou em 1989, com a queda do Muro de Berlim. A partir de então, aceleraram-se mudanças radicais e se constituiu novo estágio na História Contemporânea.

Fala-se em crise da pós-modernidade (MARQUES, 1999, p. 91). Operam-se mudanças legislativas, políticas e sociais. Os europeus denominam esse momento de "queda, rompimento ou ruptura". É o fim de uma era e o início de algo novo, ainda não identificado: pós-modernidade. Entraram em crise os ideais da Era Moderna, concretizados na Revolução Francesa. Liberdade, igualdade e fraternidade não se realizaram para todos e nem são hoje considerados realmente realizáveis. Desconfia-se da força e suficiência do Direito para servir de paradigma à organização das sociedades democráticas. Viceja o capitalismo neoliberal, bastante agressivo e com perversos efeitos de exclusão social.

Nos anos 1980, o chamado *Welfare State,* que combinava democracia liberal na política com dirigismo econômico estatal, cedeu espaço ao novo liberalismo. Foram questionadas as políticas de benefício social até então praticadas. Estados Unidos e Inglaterra, sob os governos de Ronald Reagan e Margaret Thatcher, respectivamente, lideraram a implantação de uma nova política econômica. Assentava-se precipuamente nos conceitos liberais: Estado "mínimo", desregulamentação do trabalho, privatizações, funcionamento do mercado, sem interferência estatal, e cortes nos benefícios sociais.

Norberto Bobbio, grande pensador contemporâneo, sintetizou (1995, p. 87-89):

> Por neoliberalismo se entende hoje, principalmente, uma doutrina econômica conseqüente, da qual o liberalismo político é apenas um modo de realização, nem sempre necessário; ou, em outros termos, uma defesa intransigente da liberdade econômica, da qual a liberdade política é apenas um corolário. [...] Na formulação hoje mais corrente, o liberalismo é a doutrina do 'Estado mínimo' (o *minimal state* dos anglo-saxões).

---

[*] Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Doutor em Direito Administrativo pela UFMG. Professor universitário e da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes - TJMG.

No Brasil, Roberto Campos foi arauto do resgate do ideário liberal (1996):

> A esperança que nos resta é um choque de liberalismo, através de desregulamentação e de privatização. Governo pequeno, impostos baixos, liberdade empresarial, respeito aos direitos de propriedade, fidelidade aos contratos, abertura a capitais estrangeiros, prioridade para a educação básica - eis as características do Estado desejável: o Estado jardineiro.

Mudando a ideologia dominante, muda a forma de se conceber o Estado e a Administração Pública. Não se quer mais o Estado prestador de serviços, mas, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1997, p. 11-12).

> Quer-se o Estado que estimula, que ajuda, que subsidia a iniciativa privada; quer-se a democratização da Administração Pública pela participação dos cidadãos nos órgãos de deliberação e de consulta e pela colaboração entre público e privado na realização das atividades administrativas do Estado; quer-se a diminuição do tamanho do Estado para que a atuação do particular ganhe espaço; quer-se a parceria entre o público e o privado para substituir-se a Administração Pública dos atos unilaterais, a Administração Pública autoritária, verticalizada, hierarquizada.

Nos Estados Unidos, a nova ideologia consolidou-se. Curiosamente, na pátria do *New Deal*, conjunto de reformas econômicas e sociais implantadas pelo Presidente Franklin Delano Roosevelt, após a crise de 1929, abrangendo a intervenção do Estado na economia e várias medidas de cunho social, inclusive para a contenção do desemprego.

Em agosto de 1996, o Presidente norte-americano Bill Clinton anunciou a reforma da assistência oficial aos pobres, pondo termo à política social implantada com o *New Deal*. Proclamou o fim do *Welfare State*, considerando-o falido (*Jornal do Brasil*, 02.08.1996).

Ao lado do triunfo neoliberal, propaga-se a globalização, consistente na

> mundialização da economia, mediante a internacionalização dos mercados de insumo, consumo e financeiro, rompendo com as fronteiras geográficas clássicas e limitando crescentemente a execução das políticas cambial, monetária e tributária dos Estados nacionais (FARIA, 1996, p. 10).

Com invulgar franqueza, John Kenneth Galbraith salientou não ser a globalização um conceito sério. Inventado pelos americanos, dissimula a sua política de entrada econômica nos outros países (*Folha de São Paulo*, 03.11.1997).

Essa nova ordem internacional, uma ordem sobretudo econômica, mas também política, despreza os valores sociais e humanitários. Significa economia globalizada e desemprego incessantemente gerado (CASTRO, 1996, p. 134). É "um desígnio de perpetuidade do *statu quo* de dominação, como parte da estratégia mesma de formulação do futuro em proveito das hegemonias supranacionais já esboçadas no presente" (BONAVIDES, 1996).

A Constituição de 1988, saudada por Ulysses Guimarães como cidadã, foi impiedosamente retalhada para assegurar uma controvertida governabilidade. Celso Antônio Bandeira de Mello condenou acerbamente o desmantelamento das instituições políticas estabelecidas juridicamente. Processa-se mediante o desfazimento da Constituição da República, democraticamente promulgada, o aniquilamento dos direitos fundamentais, conquistados ao longo de embates históricos, e o comprometimento da própria dignidade humana (*Jornal do Advogado*, OAB-MG, janeiro de 1998):

> Imperialismo, hoje, chama-se globalização, queda de fronteiras, destruição da economia nacional, cujo resultado é o agravamento da miséria, em função do bem-estar de um grupo. Não se pode aceitar isso com submissão.

Alain Touraine (1998) proclama já ser hora de eleger como prioridade sair do liberalismo e não entrar nele. Parece não haver mais sistema político capaz de administrar os problemas sociais. De um lado, o Estado se submete aos ditames da economia internacional; de outro, crescem os protestos por alteração de rumos. Amplia-se o vazio, preenchido pelo caos e pela violência. A prioridade é reconstruir o sistema político e abandonar a perigosa idéia de que os mercados podem regular a si mesmos. Essa idéia, do ponto de vista político, é gravemente insatisfatória. O desemprego em massa, a queda do nível de vida, para muitos, e o aumento das desigualdades, não são apenas variáveis econômicas. São, sobretudo, vidas e sofrimentos.

O Brasil é um país com notória desigualdade social. Não obstante, no limiar da década 1990, o então presidente Fernando Collor de Melo aderiu incondicionalmente ao modelo neoliberal. Fernando Henrique Cardoso, seu sucessor, consolidou-o em seus dois mandatos. Conseqüentemente, o país teve uma década perdida, com estagnação econômica, desemprego e endividamento externo e interno. Estropiado, chegou ao século XXI.

De modo surpreendente, o governo do presidente Luiz Inácio Lula da Silva, a despeito do discurso vigorosamente contrário do combativo Partido dos Trabalhadores (PT), manteve a política econômica calcada na busca do superávit primário. Não obstante o bem-sucedido programa social Bolsa Família, permanecem intocados os altos índices de analfabetismo, desemprego e problemas sanitários. Só para exemplificar.

Nessa quadra de insucessos, verificamos que passou a ser cobrado também do Poder Judiciário o compromisso com a dita governabilidade do país. É conceito fluido, porque deriva das concepções subjetivas dos governantes de momento.

Contudo, a princípio o juiz deve estar subordinado aos princípios democráticos (AGUIAR JÚNIOR, 1998). Responde, perante a sociedade, pelo exercício da sua função. Esta, como as demais funções do Estado, é meio de realização dos valores fundamentais socialmente consagrados. No Estado democrático, o juiz assume o compromisso de exercer o poder estatal de acordo com os princípios orientadores do ordenamento jurídico, do qual derivou sua investidura no cargo e de onde lhe advém a força da decisão.

O notável Georges Ripert já assinalava haver a regra moral impregnado o mundo jurídico (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.

Estaremos retornando ao gélido dogma *pacta sunt servanda*? Cláusulas contratuais devem ser cumpridas, mesmo quando propiciem enriquecimento injusto a uma das partes?

Consoante Carlos Alberto Bittar (1991, p. 25-26), a Constituição de 1988 acompanhou a evolução processada no Direito Privado, tanto ao nível doutrinário, quanto jurisprudencial. Agasalhou soluções adotadas nacional e internacionalmente, inclusive pelos países mais desenvolvidos:

> Na tônica da prevalência dos valores morais, institutos próprios clássicos, doutrinários, ou jurisprudenciais, comandarão a resposta do ordenamento jurídico a lesões havidas nas relações privadas. Figuras como a revisão judicial dos contratos, o desfazimento de contratos face à lesão, o controle administrativo de atividades, serão utilizadas com freqüência, e conceitos como o abuso de direito, a citada lesão e o enriquecimento ilícito ganharão explicitação no novo Código, em defesa de pessoas, de categorias, de consumidores, individual ou coletivamente considerados, dentre inúmeras outras aplicações possíveis. [...]
> O destaque dos elementos sociais impregnará o Direito Privado de conotações próprias, eliminando os resquícios ainda existentes do individualismo e do formalismo jurídico, para submeter o Estado brasileiro a uma ordem baseada em valores reais e atuais, em que a justiça social é o fim último da norma, equilibrando-se mais os diferentes interesses por elas regidos, à luz de uma ação estatal efetiva, inclusive com a instituição de prestações positivas e concretas por parte do Poder Público para a fruição pela sociedade dos direitos assegurados.

Miguel Reale, um dos responsáveis pela elaboração do novo Código Civil, sublinhava a diferença entre o Código de 1916, elaborado para um país predominantemente rural, e o Código de 2002, projetado para uma sociedade na qual prevalece o sentido da vida urbana. Passamos do individualismo e do formalismo do primeiro, para o sentido socializante do segundo. Ficamos mais atentos às mutações sociais, numa composição eqüitativa de liberdade e igualdade. Além disso, é superado o apego a soluções estritamente jurídicas, reconhecendo-se o papel que na sociedade contemporânea voltam a desempenhar os valores éticos, a fim de que possa haver real concreção jurídica. Socialidade e eticidade condicionam os preceitos do novo Código Civil, atendendo-se às exigências de boa-fé e probidade, em um ordenamento constituído por normas abertas, suscetíveis de permanente atualização. Reale perorou (2002):

> O que importa é verificar que o novo Código Civil vem atender à sociedade brasileira, no tocante às suas aspirações e necessidades essenciais. [...] É indispensável, porém, ajustar os processos hermenêuticos aos parâmetros da nova codificação. [...] Nada seria mais prejudicial do que interpretar o novo Código Civil com a mentalidade formalista e abstrata que predominou na compreensão da codificação por ele substituída.

Evocamos célebres decisões do Superior Tribunal de Justiça:

> O Código de Defesa do Consumidor veio amparar a parte mais fraca nas relações jurídicas. Nenhuma decisão judicial pode amparar o enriquecimento sem justa causa. Toda decisão há que ser justa (Recurso Especial nº 90.366-MG, Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, publicação da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *Diário do Judiciário - MG*, 13.06.1997).

> Civil. Locação. Aluguel. Revisão. A cláusula *pacta sunt servanda* não é absoluta. Cumpre considerar também a cláusula *rebus sic stantibus*. Significativa modificação fática das condições da época do contrato autoriza rever as cláusulas. Busca-se, assim, evitar o seu enriquecimento sem causa (Recurso Especial nº 35.506-0-RS, Min. Vicente Cernicchiaro, *DJU* de 28.03.1994).

> A antiga parêmia - o contrato faz lei entre as partes - hoje, devido ao sentido social da norma jurídica, precisa ser analisada *cum granis salis*. O aresto afrontado foi sensível a esse aspecto. Tanto assim, fundamenta: 'a previsão contratual não tem assim valor absoluto e nem poderes de superar o justo'. 'Os princípios da autonomia da vontade e da obrigatoriedade das convenções sofrem limitações impostas pela idéia de ordem pública'. [...] Ou, em outras palavras, dentro da moderna tendência social do direito, aquele que se mostra fraco, ainda que por culpa própria, tem direito de ser protegido (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 16. ed. 4º vol., p. 204-205).

A atividade do juiz não pode ser discricionária e nem neutra (AGUIAR JÚNIOR, 1998). Deve ser exercida em consideração a regras e princípios, implícitos e explícitos, adotados pelo sistema. A decisão, ainda que inovadora, deve manter coerência com o ordenamento jurídico vigente, para que este não perca sua identidade.

O sistema jurídico de um Estado democrático permite liberdade decisória, nas condições acima referidas. Espera do juiz, a quem garante independência institucional e funcional, a utilização dessa liberdade para a realização dos seus valores. Por isso, o magistrado tem responsabilidade social.

Em voto lapidar, o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira sublinhou:

> O jurista, salientava Pontes de Miranda em escólio ao Código de 1939 XII/23, 'há de interpretar as leis com o espírito ao nível do seu tempo, isto é, mergulhado na viva realidade ambiente, e não acorrentado a algo do passado, nem perdido em alguma paragem, mesmo provável, do distante futuro'. 'Para cada causa nova o juiz deve aplicar a lei, ensina Ripert (*Les forces créatives du droit*, p. 392), considerando que ela é uma norma atual, muito embora saiba que ela muita vez tem longo passado'; 'deve levar em conta o estado de coisas existentes no momento em que ela deve ser aplicada', pois somente assim assegura o progresso do Direito, um progresso razoável para uma evolução lenta (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 196-RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, in *Revista dos Tribunais*, vol. 651, janeiro de 1990, p. 170-173).

De outro ângulo, no mundo contemporâneo - inclusive em nosso país - surgem cada vez maiores tensões entre o Direito e a Economia. Segundo Giorgio Del Vecchio, as considerações meramente econômicas representam apenas um dos aspectos da realidade, a qual, em concreto, é sempre mais alguma coisa do que econômica (1952, p. 229 e 258):

> O direito, como princípio universal de operar, domina, com a moral, todas as ações humanas e, portanto, também as que tendem à satisfação das necessidades e à aquisição dos bens materiais. Domina todos os motivos humanos e, portanto, também os de natureza egoística e utilitária. Numa palavra, o direito domina a Economia.

O renomado constitucionalista alemão Peter Häberle também é crítico da subordinação do Direito ao mercado (2006, p. 113-114):

> A 'economização de quase todos os domínios da vida, propagando-se largamente, ('mercado mundial') é igualmente um desafio. Há de servir de ajuda, aqui, a noção de que os mercados têm um significado apenas instrumental. O homem é a medida de todas as coisas, não o mercado, que não possui um fim em si próprio; o capitalismo tem de ser 'domado' (Gräfin Dönhoff), por muito criativo que possa ser o mercado, como 'procedimento de descoberta' (F. A. von Hayek).
>
> A prevenção dos riscos conduz ao perigo de uma teoria da insuficiência do sistema, leva ao renascimento de um pensamento radicado na idéia do estado de exceção, como foi típico e fatídico no período final de Weimar.
>
> A conservação do 'Estado Social', positivado em tantas constituições mais recentes, num tempo economicamente difícil, é mais um desafio, que está para ficar (limites da privatização?).

Entretanto, o fenômeno da globalização econômica faz com que os mercados globalizados obstem a capacidade dos governos nacionais de condicionar politicamente o ciclo econômico. É crescente a integração dos sistemas financeiros e econômicos, em escala global. Aumenta a capacidade dos movimentos mundiais de capital de condicionar as posturas internas. Não são apenas as economias nacionais que se inserem nas fronteiras dos estados, pois os estados também estão inseridos nos mercados. O peso determinante dos processos econômicos - em particular os financeiros - transformou os atores econômicos transnacionais em poderosos competidores dos estados nacionais. São transpostas barreiras comerciais e abertos novos mercados. Aos atores políticos reserva-se somente a "tarefa de recriar, em nível global, as tradicionais garantias de segurança jurídica própria do direito privado nacional" (GREBLO, 2005, p. 30-32).

Nesse contexto, cabe aos magistrados analisar cada caso em suas circunstâncias peculiares. Não podem desprezar o impacto macroeconômico das suas decisões. O economista Armando Castelar, do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), sustentou que abalam o mercado de crédito a ineficiência do Poder Judiciário e as decisões judiciais causadoras de insegurança jurídica (*Folha de São Paulo*, 19.02.2003). Igualmente, argumenta Fábio Ulhoa Coelho (2006, p. 86):

> A instabilidade do marco institucional manifesta-se por vários modos. Um deles é a jurisprudência desconforme ao texto legal. Se a lei diz 'x', mas sua aplicação pelo Judiciário implica 'não-x', os investimentos se retraem. O investidor busca outros lugares para empregar seu dinheiro; lugares em que ele tem certeza das regras do jogo e pode calcular o tamanho do risco (que sempre existe em qualquer empreitada econômica). Numa economia globalizada, ele os encontra com facilidade. Tanto o investidor estrangeiro começa a evitar o país com marco institucional instável, como o nacional passa a considerar outros países como alternativa melhor para seus investimentos.

A magistratura brasileira tem-se confrontado com a tensão entre a justiça e a segurança jurídica ou a estabilidade econômica. O ministro Luiz Fux, do Superior Tribunal de Justiça, refletiu:

> Se nós oferecemos uma justiça caridosa, se nós oferecemos uma justiça paternalista, se nós oferecemos uma justiça surpreendente que se contrapõe à segurança jurídica prometida pela Constituição Federal, evidentemente que isso afasta o capital estrangeiro, como afasta o capital das grandes corporações. É o que sucede com o não-cumprimento de tratados, o não-cumprimento de laudos arbitrais convencionados previamente... Isso, segundo a Corte Especial, aumenta o que se denomina Risco Brasil (Impacto das decisões judiciais na concessão de transportes. *Revista ENM,* nº 5, p. 12).

Para ilustrar, a tormentosa questão das tarifas de serviços de telefonia tem despertado a atenção dos juristas.

Em se tratando de contrato administrativo de concessão, aplica-se a regra da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro:

> O equilíbrio econômico-financeiro ou equação econômico-financeira é a relação que se estabelece, no momento da celebração do contrato, entre o encargo assumido pelo contratado e a contraprestação assegurada pela Administração. Preferimos falar em contraprestação *assegurada* e não *devida* pela Administração, porque nem sempre é ela que paga; em determinados contratos, é o usuário do serviço público que paga a prestação por meio de *tarifa*; é o que ocorre nos contratos de concessão de serviço público (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 15. ed. Atlas, 2003, p. 263, grifos no original).

O colendo Superior Tribunal de Justiça assentou:

> Administrativo. Recurso especial. Serviço de telefonia. Discriminação de pulsos excedentes. Não-obrigatoriedade. Relação de consumo. Cobrança de 'assinatura básica mensal'. Natureza jurídica: tarifa. Prestação do serviço. Exigência de licitação. Edital de desestatização das empresas federais de telecomunicações MC/BNDES n. 01/98 contemplando a permissão da cobrança da tarifa de assinatura básica. Contrato de concessão que autoriza a mesma exigência. Resoluções n. 42/04 e 85/98, da Anatel, admitindo a cobrança. Disposição na Lei n. 8.987/95. Política tarifária. Lei 9.472/97. Ausência de ofensa a normas e princípios do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes da Corte admitindo o pagamento de tarifa mínima em casos de fornecimento de água. Legalidade da cobrança de assinatura básica de telefonia.
> 1. A Corte Especial, na questão de ordem no Ag 845.784/DF, entre partes Brasil Telecom S.A. (agravante) e Zenon Luiz Ribeiro (agravado), resolveu, em 18.04.2007, que, em se tratando de ações envolvendo questionamentos sobre a cobrança mensal de 'assinatura básica residencial' e de 'pulsos excedentes', em serviços de telefonia, por serem preços públicos, a competência para processar e julgar os feitos é da Primeira Seção, independentemente de a Anatel participar ou não da lide.
> 2. A Primeira Turma, apreciando a matéria 'discriminação de pulsos excedentes e ligações de telefone fixo para celular' no REsp 925.523/MG, em sessão realizada em data de 07/08/2007, à unanimidade, exarou o entendimento de que 'as empresas que exploram os serviços concedidos de telecomunicações não estavam obrigadas a discriminar todos os pulsos nas contas telefônicas, especialmente os além da franquia, bem como as ligações de telefone fixo para celular, até o dia 01 de janeiro de 2006, quando entrou em vigor o Decreto n. 4.733/2003, art. 7º. A partir dessa data, o detalhamento só se tornou obrigatório quando houvesse pedido do consumidor com custo sob sua responsabilidade'.
> 3. A tarifa, valor pago pelo consumidor por serviço público voluntário que lhe é prestado, deve ser fixada por autorização legal.
> 4. A prestação de serviço público não obrigatório por empresa concessionária é remunerada por tarifa.
> 5. A remuneração tarifária tem seu fundamento jurídico no art. 175, parágrafo único, inciso III, da Constituição Federal, pelo que a política adotada para a sua cobrança depende de lei.
> 6. O art. 2º, II, da Lei n. 8.987/95, que regulamenta o art. 175 da CF, ao disciplinar o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, exige que o negócio jurídico bilateral (contrato) a ser firmado entre o poder concedente e a pessoa jurídica concessionária seja, obrigatoriamente, precedido de licitação, na modalidade de concorrência.
> 7. Os participantes do procedimento licitatório, por ocasião da apresentação de suas propostas, devem indicar o valor e os tipos das tarifas que irão cobrar dos usuários pelos serviços prestados.
> 8. As tarifas fixadas pelos proponentes servem como um dos critérios para a escolha da empresa vencedora do certame, sendo elemento contributivo para se determinar a viabilidade da concessão e estabelecer o que é necessário ao equilíbrio econômico-financeiro do empreendimento.
> 9. O artigo 9º da Lei n. 8.987, de 1995, determina que 'a tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação ...'.
> 10. No contrato de concessão firmado entre a concessionária e o poder concedente, há cláusula expressa refletindo o constante no Edital de Licitação, contemplando o direito de a concessionária exigir do usuário o pagamento mensal da tarifa de assinatura básica.
> 11. A permissão da cobrança da tarifa mencionada constou nas condições expressas no Edital de Desestatização das Empresas Federais de Telecomunicações (Edital MC/BNDES n. 01/98) para que as empresas interessadas, com base nessa autorização, efetuassem as suas propostas.
> 12. As disposições do Edital de Licitação foram, portanto, necessariamente consideradas pelas empresas licitantes na elaboração de suas propostas.
> 13. No contrato de concessão firmado entre a concessionária e o poder concedente, há cláusula expressa afirmando que, 'para manutenção do direito de uso, as prestadoras estão autorizadas a cobrar tarifa de assinatura", segundo tabela fixada pelo órgão competente. Estabelece, ainda, que a tarifa de assinatura inclui uma franquia de 90 pulsos.
> 14. Em face do panorama supra descrito, a cobrança da tarifa de assinatura mensal é legal e contratualmente prevista.
> 15. A tarifa mensal de assinatura básica, incluindo o direito do consumidor a uma franquia de 90 pulsos, além de ser legal e contratual, justifica-se pela necessidade de a concessionária manter disponibilizado o serviço de telefonia ao assinante, de modo contínuo e ininterrupto, o que lhe exige dispêndios financeiros para garantir a sua eficiência.
> 16. Não há ilegalidade na Resolução n. 85, de 30.12.1998, da Anatel, ao definir: 'XXI - Tarifa ou Preço de Assinatura - valor de trato sucessivo pago pelo assinante à prestadora, durante toda a prestação do serviço, nos termos do contrato de prestação de serviço, dando-lhe direito à fruição contínua do serviço'.
> 17. A Resolução n. 42/05 da Anatel estabelece, ainda, que 'para manutenção do direito de uso, caso aplicável, as Concessionárias estão autorizadas a cobrar tarifa de assinatura mensal', segundo tabela fixada.
> 18. A cobrança mensal de assinatura básica está amparada pelo art. 93, VII, da Lei nº 9.472, de 16.07.1997, que a autoriza desde que prevista no Edital e no contrato de concessão, como é o caso dos autos.
> 19. A obrigação de o usuário pagar tarifa mensal pela assinatura do serviço decorre da política tarifária instituída por lei, sendo que a Anatel pode fixá-la, por ser a reguladora do setor, tudo amparado no que consta expressamente no contrato de concessão, com respaldo no art. 103, §§ 3º e 4º, da Lei n. 9.472, de 16.07.1997.
> 20. O fato de existir cobrança mensal de assinatura, no serviço de telefonia, sem que chamadas sejam feitas, não

constitui abuso proibido pelo Código de Defesa do Consumidor, por, primeiramente, haver amparo legal e, em segundo lugar, tratar-se de serviço que, necessariamente, é disponibilizado, de modo contínuo e ininterrupto, aos usuários.
21. O conceito de abusividade no Código de Defesa do Consumidor envolve cobrança ilícita, excessiva, possibilitadora de vantagem desproporcional e incompatível com os princípios da boa-fé e da eqüidade, valores negativos não presentes na situação em exame.
22. O STJ tem permitido, com relação ao serviço de consumo de água, a cobrança mensal de tarifa mínima, cuja natureza jurídica é a mesma da ora discutida, a qual garante ao assinante o uso de, no máximo, 90 pulsos, sem nenhum acréscimo ao valor mensal. O consumidor só pagará pelos serviços utilizados que ultrapassarem essa quantificação.
23. Precedentes do STJ garantindo o pagamento de tarifa mínima: REsp 759.362/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, *DJ* 29/06/2006; REsp 416.383/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, *DJ* 23/09/2002; REsp 209.067/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJ* 08/05/2000; REsp 214.758/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJ* 02/05/2000; REsp 150. 137/MG, Rel. Min. Garcia Vieira, *DJ* 27/04/1998, entre outros. Idem do STF: RE 207.609/DF, decisão da relatoria do Ministro Néri da Silveira, *DJ* 19/05/1999.
24. Precedentes do STJ sobre tarifa de assinatura básica em serviço de telefonia: MC 10235/PR, Rel. Min. Teori Zavascki, Primeira Turma, *DJ* 01.08.2005; REsp 911.802/PR, Rel. Min. José Delgado, Primeira Seção.
25. Artigos do Código de Defesa do Consumidor que não são violados com a cobrança mensal da tarifa de assinatura básica nos serviços de telefonia e ao negar pedido do consumidor para a concessionária discriminar as ligações locais.
26. Recurso especial não provido por ser legítima e legal a cobrança mensal da tarifa acima identificada e pela impossibilidade de a empresa de telefonia, às suas expensas, proceder ao detalhamento das ligações efetuadas (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 979.220-RS, Min. José Delgado, *DJU* de 26.11.2007).

Posteriormente, a mais alta Corte infraconstitucional brasileira editou duas súmulas sobre o tema versado:

> É legítima a cobrança de tarifa básica pelo uso dos serviços de telefonia fixa (Enunciado da Súmula nº 356 do STJ).

> A pedido do assinante, que responderá pelos custos, é obrigatória, a partir de 1º de janeiro de 2006, a discriminação de pulsos excedentes e ligações de telefonia fixa para celular (Enunciado da Súmula nº 357 do STJ).

Ainda como exemplo, a jurisprudência dos Tribunais Superiores pátrios sedimentou a tormentosa matéria dos contratos bancários:

> A norma do parágrafo 3º do artigo 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar (Enunciado da Súmula Vinculante nº 7 do Supremo Tribunal Federal).

> As disposições do Dec. 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 (Enunciado da Súmula nº 596 do Supremo Tribunal Federal).

> As empresas administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras e, por isso, os juros remuneratórios por elas cobrados não sofrem as limitações da Lei de Usura (Enunciado da Súmula nº 283 do Superior Tribunal de Justiça).

> A limitação dos juros à taxa de 12% ao ano, estabelecida pela Lei de Usura (Decreto nº 22.626/33), não se aplica às operações realizadas por instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, salvo exceções legais (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 164.890-RS, Min. César Asfor Rocha, *DJU* de 28.09.1998).

> Direito bancário. Agravo no recurso especial. Contrato de abertura de crédito. Juros remuneratórios. Comissão de permanência. Capitalização dos juros. Descaracterização da mora.
> - Não se aplica o limite da taxa de juros remuneratórios aos contratos celebrados com as instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, salvo nas hipóteses excepcionadas pela legislação específica e pela jurisprudência. Precedentes.
> - 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. 'Esta Corte já pacificou o entendimento no sentido da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de mútuo (Súmula 297/STJ). Precedentes' (AgRg REsp 630.957/RS e REsp 505.152/RS).
>
> Igualmente consolidado que, nos contratos firmados por instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, anteriormente à edição da MP 1.963-17/2000, de 31 de março de 2000 (atualmente reeditada sob o nº 2.170-36/2001), ainda que expressamente pactuada, é vedada a capitalização dos juros, somente admitida nos casos previstos em lei, quais sejam nas cédulas de crédito rural, comercial e industrial, inocorrentes, na presente hipótese (art. 4º do Decreto nº 22.626/33 e Súmula nº 121-STF). *In casu*, conforme asseverado na contestação, o contrato de abertura de crédito foi firmado em 09 de maio de 1996, o que impossibilita a aplicabilidade do disposto na citada medida provisória. Precedentes (AgRg REsp nºs 702.524/RS e 523.007/RS) (Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Agravo nº 511.316-CE, Min. Jorge Scartezzini, *DJU* de 21.11.2005).
>
> A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis (Enunciado da Súmula nº 30 do Superior Tribunal de Justiça).
>
> Não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato (Enunciado da Súmula nº 294 do Superior Tribunal de Justiça).

> Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média do mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado (Enunciado da Súmula nº 296 do Superior Tribunal de Justiça).
>
> Direito processual civil. Agravo no recurso especial. Ação revisional. Comissão de permanência. Compensação/repetição de indébito. - É admitida a incidência da comissão de permanência, após o vencimento do débito, desde que pactuada e não cumulada com juros remuneratórios, correção monetária, juros moratórios, e/ou multa contratual. Precedentes (Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 990.053-RS, Min.ª Nancy Andrighi, *DJU* de 25.02.2008).

Não se perca de vista que a Reforma do Judiciário (Emenda Constitucional nº 45/2006) estabeleceu o efeito vinculante das súmulas de decisões do Supremo Tribunal Federal, ao acrescentar o artigo 103-A e parágrafos ao texto da Carta de 1988. Posteriormente, o Congresso Nacional editou a Lei Federal nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, a qual regulamentou o novo dispositivo constitucional e disciplinou a edição, revisão e cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal.

O culto Desembargador paulista José Renato Nalini (2004) vislumbra a adoção do instituto como expressa reação do constituinte derivado à aparente insolubilidade do problema das lides repetidas, as quais tomam ao juiz brasileiro tempo precioso, por ele subtraído ao conhecimento de questões novas. Um trabalho repetitivo, artesanal, hoje de cópia digitalizada e contida nos acervos eletrônicos, sem nenhuma criatividade:

> A rigor, a utilização da súmula liberaria a comunidade jurídica do enfrentamento de questões idênticas e já decididas. A súmula não é ferramenta de libertação do juiz. É tentativa de obviar a necessidade de repetição de processos idênticos e que já mereceram apreciação do Judiciário. *Parece contrasenso reiterar pedido já formulado, percorrer todas as instâncias e suas vicissitudes, com a exata pré-ciência de qual será o resultado final.*
>
> As teses sumuladas serão apenas aquelas emblemáticas, originadas de questões quais as tributárias, fiscais ou previdenciárias e de potencialidade multiplicadora de lides. Questões insuscetíveis de interpretação objetiva e próxima ao consenso, quais as criminais e de família, nunca serão objeto de súmula. Há de confiar no discernimento da Suprema Corte, que se utilizará com parcimônia da atribuição sumular.
>
> Não é todo e qualquer tema que merecerá sumulação. Antes disso, muitos juízes e tribunais já terão se debruçado e se manifestado sobre a questão posta em juízo (grifei).

Miguel Reale (1980, p. 141-142) distinguiu os ordenamentos jurídicos de tradição romanística (nações latinas e germânicas) e de tradição anglo-americana (*common law*). Os primeiros caracterizam-se pelo primado do processo legislativo, com atribuição de valor secundário às demais fontes do direito. A tradição latina ou continental (*civil law*) acentuou-se especialmente após a Revolução Francesa, quando a lei passou a ser considerada a única expressão autêntica da Nação, da vontade geral, tal como verificamos na obra de Jean-Jacques Rousseau, *O contrato social*. Ao lado dessa tradição, que exagera e exacerba o elemento legislativo, temos a tradição dos povos anglo-saxões, nos quais o Direito se revela muito mais pelos usos e costumes e pela jurisdição do que pelo trabalho abstrato e genérico dos parlamentos. Trata-se, mais propriamente, de um Direito misto, costumeiro e jurisprudencial. Se, na Inglaterra, há necessidade de saber-se o que é lícito em matéria civil ou comercial, não há um Código de Comércio ou Civil que o diga, através de um ato de manifestação legislativa. O Direito é, ao contrário, coordenado e consolidado em precedentes judiciais, isto é, segundo uma série de decisões baseadas em usos e costumes prévios. Já o Direito em vigor nas Nações latinas e latino-americanas, assim como também na restante Europa continental, funda-se, primordialmente, em enunciados normativos elaborados através de órgãos legislativos próprios. Concluía Reale:

> Seria absurdo pretender saber qual dos dois sistemas é o mais perfeito, visto como não há Direito ideal senão em função da índole e da experiência histórica de cada povo. Se alardearmos as vantagens da certeza legal, podem os adeptos do *common law* invocar a maior fidelidade dos usos e costumes às aspirações imediatas do povo. Na realidade, *são expressões culturais diversas que, nos últimos anos, têm sido objeto de influências recíprocas, pois, enquanto as normas legais ganham cada vez mais importância no regime do common law, por sua vez, os precedentes judiciais desempenham papel sempre mais relevante no Direito de tradição romanística* (grifei).

Igualmente, o processualista José Carlos Barbosa Moreira (2003, p. 53-63) salienta que as diferenças entre os sistemas *civil law* e *common law* tendem a se tornar menos salientes do que já foram. Assistimos à sua progressiva aproximação. A influência recíproca tende a se intensificar na esteira do fenômeno globalização.

O efeito vinculante de decisões de tribunais superiores já fora reconhecido, na prática, pela jurisprudência. O aresto, que cito, aplica-se analogicamente ao caso sob exame:

> O juiz deve negar liminar quando, em lides semelhantes, o STF tem suspendido a eficácia de liminares concedidas. Seria quase uma deslealdade para com a parte o juiz incutir-lhe esperanças infundadas (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 8.793-PB, Min. Humberto Gomes de Barros, *DJU* de 02.03.1998).

Não obstante a torrencial jurisprudência favorável às instituições financeiras, há espaço para realização da justiça nos casos concretos, como revelam arestos abaixo colacionados:

> Ação cautelar. Liminar prevista. Demonstração do possível comprometimento da medida. Concessão parcial. Desconto em conta corrente destinada a depósito de salário. Limitação. Liminar para retirada do nome do agravante dos cadastros de restrição ao crédito. Inadimplência comprovada. Depósito da parte incontroversa da dívida ou caução idônea.
> - Somente diante da demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, é que se justifica a concessão da liminar.
> - Pelo princípio da dignidade da pessoa humana deve-se limitar o desconto de parcela na conta do devedor para a quitação de débitos, a fim de preservar o direito à vida, à alimentação e à saúde.
> - Pode o credor efetuar o desconto das parcelas em débito, automaticamente, na conta corrente do devedor, até o limite de 30% do que o mesmo aufere (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Agravo nº 1.0145.07.408829-8/001, Des.ª Cláudia Maia, j. em 06.09.2007).

> Agravo de instrumento. Revisional de cláusulas contratuais. Banco. Retenção de salário para satisfação de créditos. Parcial provimento. - É válido o desconto em conta corrente do devedor, de prestações contratadas. É razoável, outrossim, que tal desconto não exceda a trinta por cento, quando alcança benefício de salário do cliente, lembrando-se o caráter alimentar que reveste a verba em apreço (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Agravo de Instrumento nº 1.0024. 06.987398-2/001, Des. Pedro Bernardes, j. em 06.06.2006).

> Agravo de instrumento. Empréstimo bancário. Parcelas. Desconto. Conta corrente. Salário. Razoabilidade. - Não obstante a legalidade da cláusula que prevê a cobrança do pagamento por meio de desconto na conta corrente da agravada, mister se faz a limitação do débito ao percentual de 30% da remuneração ali depositada a título de salário, sob pena de se inviabilizar a sobrevivência do devedor, o que atentaria contra o princípio da dignidade da pessoa humana (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Agravo de Instrumento nº. 2.0000.00.520240-0/000, Des. Renato Martins Jacob, j. em 06.10.2005).

Enfim, a tensão entre Direito e Economia torna angustiante o cotidiano do juiz contemporâneo. Deverá enfrentá-la com o sopeso dos interesses individuais e macroeconômicos envolvidos em cada caso. Se for preferível que prevaleça a segurança jurídica sobre interesses dos indivíduos litigantes, assim decidirá. Do contrário, fará prevalecer a justiça sobre os interesses macroeconômicos.

Em síntese, trata-se de julgamento ético. Will Durant discorria sobre Ética (2000, p. 61-62):

> Todas as concepções morais giram em torno do bem geral. A moralidade começa com associação, interdependência e organização. A vida em sociedade requer a concessão de uma parte da soberania do indivíduo à ordem comum; e a norma de conduta acaba se tornando o bem-estar do grupo. A natureza assim o quer, e o seu julgamento é sempre definitivo; um grupo sobrevive, em concorrência ou conflito com um grupo, segundo sua unidade e seu poder, segundo a capacidade de seus membros de cooperarem para fins comuns. E que melhor cooperação poderia haver do que aquela em que cada qual estivesse fazendo aquilo que melhor sabe fazer? Este é o objetivo da organização que toda sociedade deve perseguir, para que tenha vida.

Conforme Giovanni Reale (1994, p. 405), Aristóteles subordinou a ética à política:

> Nessa subordinação da ética à política, incidiu clara e determinadamente a doutrina platônica que amplamente ilustramos, a qual, como sabemos, dava forma paradigmática à concepção tipicamente helênica, que entendia o homem unicamente como cidadão e punha a Cidade completamente acima da família e do homem individual: o indivíduo existia em função da Cidade e não a Cidade em função do indivíduo. Diz expressamente Aristóteles: 'Se, de fato, idêntico é o bem para o indivíduo e para a cidade, parece mais importante e mais perfeito escolher e defender o bem da cidade, é certo que o bem é desejável mesmo quando diz respeito só a uma pessoa, porém é mais belo e mais divino quando se refere a um povo e às cidades'.

É sempre atual a lúcida advertência do saudoso político, filósofo e jurista André Franco Montoro (MARCÍLIO *et al.*, 1997, p. 14):

> Quiseram construir um mundo sem ética. E a ilusão se transformou em desespero. No campo do direito, da economia, da política, da ciência e da tecnologia, as grandes expectativas de um sucesso pretensamente neutro, alheio aos valores éticos e humanos, tiveram resultado desalentador e muitas vezes trágico.

Por derradeiro, a lastimável realidade brasileira, marcada por corrupção e impunidade, influencia negativamente a estabilidade econômica. O economista norte-americano James Robert apontou a queda do Brasil no *ranking* de liberdade econômica (revista *Veja*, 03.09. 2008, p. 20):

> Saiu do que chamamos de 'moderadamente livre' para uma economia 'majoritariamente não livre'. Os dois fatores que empurram o país para baixo são a corrupção e a falta de liberdade financeira [...]. As leis brasileiras são pouco receptivas aos investimentos estrangeiros. O país precisa melhorar as leis de investimento, reduzir as restrições à moeda estrangeira e facilitar a vida dos empresários estrangeiros que queiram operar no país.

Com efeito, desde o Descobrimento, enraizou-se no Brasil o patrimonialismo. Sérgio Buarque de Holanda destacava no clássico *Raízes do Brasil* (1976, p. 105-106):

> Não era fácil aos detentores das posições públicas de responsabilidade [...] compreenderem a distinção fundamental entre os domínios do privado e do público. Assim, eles se caracterizam justamente pelo que separa o funcionário 'patrimonial' do puro burocrata conforme a definição de Max Weber. Para o funcionário 'patrimonial', a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles aufere, relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalecem a especialização das funções e o esforço para que se assegurem garantias jurídicas aos cidadãos. A escolha dos homens que irão exercer funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal que mereçam os candidatos, e muito menos de acordo com

> as suas capacidades próprias. Falta a tudo a ordenação impessoal que caracteriza a vida do Estado burocrático.

As elites econômicas e políticas se apropriaram do Estado, em detrimento da cidadania. Por cidadão, designamos o indivíduo na posse dos seus direitos políticos. Cidadania é a manifestação das prerrogativas políticas que um indivíduo tem no Estado Democrático. Consiste, portanto, na expressão da qualidade de cidadão e no direito de fazer valer as prerrogativas que defluem do regime democrático (BASTOS, 1994, p. 19-20). Na sábia reflexão de José Murilo de Carvalho (1995, p. 10-11), cidadania é também a sensação de pertencer a uma comunidade, de participar de valores comuns, de uma história comum e de experiências comuns.

Nos países latino-americanos, o desenvolvimento da cidadania não seguiu o modelo inglês. No Brasil colonial, escravidão e latifúndio não eram sólidos alicerces para a formação de futuros cidadãos. Nem a Independência propiciou a conquista imediata dos direitos de cidadania. A herança colonial fora bastante negativa. O processo de emancipação, bastante suave, não permitiu qualquer mudança radical. Apesar das expectativas, poucas coisas mudaram com a Proclamação da República em 1889. Na Primeira República, governaram oligarquias estaduais (CARVALHO, 1995, p. 10-31).

Em contraponto, Joaquim Nabuco considerava a Inglaterra, ainda no século 19, o "país mais livre do mundo". Em sua clássica obra *Minha formação* (1981, p. 85), elogiou a postura da Câmara dos Comuns de se sintonizar com as oscilações do sentimento público. E muito admirava a autoridade dos juízes britânicos:

> *Somente na Inglaterra, pode-se dizer, há juízes* [...]. *Só há um país no mundo em que o juiz é mais forte do que os poderosos: é a Inglaterra*. O juiz sobreleva à família real, à aristocracia, ao dinheiro, e, o que é mais que tudo, à imprensa, à opinião. [...] O Marquês de Salsbury e o Duque de Westminster estão certos de que *diante do juiz são iguais ao mais humilde de sua criadagem*. Esta é a maior impressão de liberdade que fica da Inglaterra. O sentimento de igualdade de direitos, ou de pessoa, na mais extrema desigualdade de fortuna e condição, é o fundo da dignidade anglo-saxônica (grifei).

Não olvidemos a postura contemporânea da União Européia, ao adotar rígidos critérios institucionais para admissão de países-membros. Ao admitir a Romênia e a Bulgária em seu seio, a Comissão Européia saudou a "conquista histórica", mas apontou problemas persistentes, principalmente em termos de luta contra a corrupção e independência do Judiciário, sobre os quais os dois países deverão prestar contas a cada seis meses (*Folha de São Paulo*, 31.12.2006, caderno Mundo).

O Brasil, mesmo com a notável evolução social verificada no decorrer do século 20, chegou à Assembléia Constituinte de 1987 com enorme débito histórico a resgatar. O desafio era instituir o controle do Estado pelo povo e assegurar a plena cidadania a todos (PINHEIRO, 1985, p. 55 e 68).

Em dado momento histórico, contudo, passamos a nos portar como se estivéssemos na Suécia. *Verbi gratia*, orgulhosamente poderíamos apontar o Enunciado da Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal:

> Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Reportar-nos-íamos também à festejada decisão do Superior Tribunal de Justiça, a qual anulou interceptações telefônicas, no curso de investigações feitas pela Polícia Federal contra grupo empresarial do Paraná. O processo já continha sentença de mérito, mas os autos retornaram à Vara Federal de origem para o Ministério Público excluir da denúncia referências às provas colhidas ilicitamente. Tudo porque a lei fixa prazo de quinze dias para as escutas telefônicas, mas as escutas do caso julgado foram prorrogadas, sem justificativa razoável, por mais de dois anos. Conforme o voto do Relator, se há normas de opostas inspirações ideológicas, como a Constituição e a lei que autoriza a escuta telefônica, a solução deve ser a favor da liberdade: "inviolável é o direito à vida, à liberdade, à intimidade, à vida privada" (Superior Tribunal de Justiça, *Habeas Corpus* nº 76.686-PR, Relator Min. Nilson Naves; fonte: *Notícias do Superior Tribunal de Justiça*, (Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 09 set. 2008).

O preclaro Ministro Gilmar Ferreira Mendes, Presidente do Supremo Tribunal Federal, apontou a existência de um *"Estado de medo"* no Brasil e pregou o controle das escutas telefônicas (*Folha de São Paulo*, 05.08.2008, caderno Brasil). Na seqüência, o egrégio Conselho Nacional de Justiça percebeu que os magistrados brasileiros, sobretudo os de primeiro grau, são os infratores que mais amedrontam a sociedade brasileira. Adotaram a ousada prática de autorizar escutas telefônicas. Por isso, o CNJ inusitadamente invadiu a seara jurisdicional e baixou resolução destinada a monitorar as quebras de sigilos de ligações telefônicas em todo o país (jornal *Estado de Minas*, 10.09.2008, p. 4).

O Ministro Mendes também criticou as varas judiciárias especializadas em lavagem de dinheiro, por ele consideradas "redutos parajurídicos" geridos "a seis mãos, por delegados de polícia, procuradores e magistrados". Aderindo a essa histórica cruzada constitucionalista, advogados pregaram a extinção daquelas varas (jornal *O Estado de S. Paulo*, 12.09.2008, caderno Nacional).

Em dissonância, o Juiz federal Sérgio Fernandes obtemperou (*Folha de São Paulo*, 12.09.2008, caderno Brasil):

> Até ontem, as capas de revistas diziam que o Brasil era o país da impunidade. Agora, falam que o Brasil é um Estado policial. Tenho a sensação de que perdi alguma coisa, de que dormi cinco anos e não vi essa transformação.

Referir-nos-íamos, ao cabo, à célebre decisão do Tribunal Superior Eleitoral, segundo a qual candidatos que são réus podem disputar as eleições municipais de 2008. Para o culto ministro Eros Grau, "o Poder Judiciário não pode, na ausência de lei complementar, estabelecer critérios de avaliação da vida pregressa de candidatos para o fim de definir situações de inelegibilidade". Vencido, o Presidente do TSE, Ministro Carlos Ayres Britto, obtemperou que deve ser estabelecida uma condição para elegibilidade de todos os candidatos, para se exigir. Conforme Britto, o detentor de poder tem garantias como a inviolabilidade material, imunidade processual e foro especial que o submetem a maiores exigências: "A Constituição não exigiria do exercente do cargo um padrão de moralidade que já não fosse a natural continuação de uma vida pregressa também pautada por valores éticos" (Fonte: *Notícias do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 jun. 2008). Por nove votos a dois, o Supremo Tribunal Federal corroborou esse entendimento e enfatizou a garantia constitucional da presunção da inocência (Fonte: *Notícias do Supremo Tribunal Federal, argüição de descumprimento de Preceito Fundamental nº 144-DF*, Min. Celso de Mello, j. em 06.08.2008. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/>. Acesso em: 06 ago.2008).

Todos os exemplos apontados são paradigmáticos. No entanto, algum cidadão brasileiro, ignaro das garantias constitucionais, poderia formular estas indagações: Qual a contrapartida para tão firme defesa de garantias individuais? Passaremos a viver em um país muito mais seguro e incorruptível? Vamos ter menos crimes de colarinho branco? O Judiciário será mais eficaz?

Deveras. Criada para coibir a corrupção no país, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei Federal nº 8.429/1992) tornou-se "símbolo da impunidade". Apenas cerca de 7% das autoridades processadas por improbidade foram condenadas. Em quinze anos, a maioria das 14 mil ações de improbidade, ajuizadas nos tribunais de todo o país, ainda não recebeu sentença. Nos crimes do mercado financeiro, o índice de condenação não passa de 5% (jornal *O Globo*, 17.06.2007).

Responsável pelo julgamento das maiores autoridades do país, o Supremo Tribunal Federal instaurou, desde 1968 (ano em que os dados passaram a estar disponíveis), 137 processos criminais contra deputados, senadores, ministros e presidentes da República. Todavia, desde então, não se condenou um deles sequer. As acusações abrangem desvio de verbas públicas, evasão de divisas e até homicídios. Há processos que tramitaram por mais de uma década, sem conclusão (jornal *O Globo*, 18.06.2007).

O jornal *Folha de São Paulo* (*Currais do Crime*, 01.08.2008, editorial) reportou-se ao domínio de traficantes e milícias como ameaça ao direito dos eleitores do Rio de Janeiro, nas eleições municipais de 2008:

> [Em uma] comunidade carioca, indivíduos armados impediram que jornalistas circulassem livremente, enquanto acompanhavam a passagem de um candidato à prefeitura pelo local. Fotógrafos foram obrigados a apagar as imagens que traziam gravadas em suas câmeras. [...] Cumpre indagar qual o papel dos próprios partidos políticos, que admitem sem o menor problema *candidatos com extensa ficha criminal e histórico notório de colaboração com o crime organizado* (grifei).

Em suma, não se nega o avanço da democracia brasileira. As instituições republicanas estão se fortalecendo paulatinamente e se destaca o papel do Poder Judiciário na garantia do Estado de Direito. Há prenúncio de grande desenvolvimento econômico nos próximos anos, em decorrência da descoberta de fartas reservas petrolíferas no mar territorial brasileiro. No entanto, a caminhada será longa até atingirmos a plenitude de uma social-democracia. Nesse aspecto, os Poderes constituídos, inclusive o Judiciário, têm enorme passivo a resgatar com a sociedade brasileira.

Para concluir este ensaio, recorro à clássica reflexão de Rudolf von Ihering (1980, p. 94-95), bastante apropriada à realidade brasileira:

> Qualquer norma que se torne injusta aos olhos do povo, qualquer instituição que provoque seu ódio, causa prejuízo ao sentimento de justiça, e por isso mesmo solapa as energias da nação. Representa um pecado contra a idéia do direito, cujas conseqüências acabam por atingir o próprio Estado. [...] Nem mesmo o sentimento de justiça mais vigoroso resiste por muito tempo a um sistema jurídico defeituoso: acaba embotando, definhando, degenerando.

## Referências bibliográficas


AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade política e social dos juízes nas democracias modernas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 751, p. 35-50, maio 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Dicionário de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994.

BITTAR, Carlos Alberto. *O direito civil na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora RT, 1991.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Brasiliense, 1995.

BONAVIDES, Paulo. A globalização que interessa. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 16 jan. 1996, p. 9.

CAMPOS, Roberto. A reinvenção do Estado. *Folha de São Paulo*, 18 jun. 1996, p. 1-4.

CARVALHO, José Murilo de. *Desenvolvimiento de la ciudadanía en Brasil*. Tradução de José Esteban Calderón. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

CASTRO, Moacir Werneck de. *A máscara do tempo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

COELHO, Fábio Ulhoa. Os valores do direito comercial e a autonomia do Judiciário. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, Brasília, nº 2, p. 82-89, out. 2006.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Direito, estado e filosofia*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Politécnica, 1952.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Editora Atlas, 1997.

DURANT, Will. *A história da filosofia*. Tradução de Luiz Carlos do Nascimento Silva. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

FARIA, José Eduardo. *Direito e globalização econômica* - implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

FUX, Luiz. Impacto das decisões judiciais na concessão de transportes. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, Brasília, nº 5, p. 8-21, maio 2008.

GREBLO, Edoardo. *Globalización, democracia, derechos*. Tradução de Heber Cardoso. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión, 2005.

HÄBERLE, Peter. Novos horizontes e novos desafios do constitucionalismo. *Revista de Direito Público*, Brasília: Ed. Síntese, nº 13, p. 99-120, jul.-set./2006.

HOBSBAWN, Eric. *Era dos extremos* - o breve século XX. Tradução de Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOLANDA, Buarque de Sérgio. *Raízes do Brasil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1976.

IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Tradução de Richard Paul Neto. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980.

LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. Neoliberalismo, justiça e governabilidade. *Revista de Direito Social*, Porto Alegre: Editora Notadez, nº 16, p. 9-17, out./dez. 2004.

MARCÍLIO, Maria Luiza; RAMOS, Ernesto Lopes (Coords.). *Ética na virada do século*. São Paulo: Editora LTR, 1997.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor.* 3. ed. São Paulo: Editora RT, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. *Revista Forense,* Rio de Janeiro, v. 370, p. 53-63, nov./dez. 2003.

NABUCO, Joaquim. *Minha formação*. Brasília: Editora UnB, Coleção Itinerários, 1985.

NALINI, José Renato. Súmula vinculante: por que não? *Folha de São Paulo*, 17.07.2004, p. A-3.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. A cidadania das classes populares, seus instrumentos de defesa e o processo constituinte. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio. *Constituinte e democracia no Brasil de hoje*. São Paulo: Brasiliense, 1985, p. 55-68.

REALE, Giovanni. *História da filosofia antiga*. Tradução de Henrique Cláudio de Lima Vaz e de Marcelo Perine. São Paulo: Edições Loyola, 1994.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

REALE, Miguel. *Sentido do novo Código Civil*. Disponível em: Internet/*lista@amb.com.br*. Acesso em: 31 mar. 2002.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Tradução de Osório de Oliveira. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

SARAIVA, Paulo Lopo. *Garantia constitucional dos direitos sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

TOURAINE, Alain. Um equilíbrio precário. *Folha de São Paulo*. Caderno "Mais". 21 jun. 1998, p. 3.

...

# Análise normativo-teleológica do Projeto Novos Rumos na Execução Penal, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, à luz dos direitos humanos internacionais

*Carlos Frederico Braga da Silva*[*]

Resumo: O presente estudo analisa, sob o prisma normativo-teleológico, dispositivos de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil referentes às finalidades específicas do sistema prisional. Sugere-se a acomodação do estabelecido no Código Penal com o sentido do *tratamento dos delinquentes* previsto nas normas internacionais - de *status* constitucional - levando-se em consideração cada finalidade específica. Ressalta-se a importância da função do Juiz da Execução Penal, para que a individualização da pena prevista na Constituição da República seja observada, principalmente para que se evite a reincidência, protegendo-se a sociedade e prestigiando-se a justiça.

Palavras-chave: Direitos humanos; *standards* internacionais; tratamento de condenados; finalidade; reincidência; deveres do juiz.

*ABSTRACT: This paper assays, in a normative-teleological account, international human rights treaties ratified by Brazil regarding the specific purposes of the imprisonment system. One suggests an accommodation approach when analyzing the Criminal Code dispositions with the meaning of the treatment of offenders established in international norms - which have had constitutional status - taking into account each specific purpose. One stresses the importance of the judge of penal execution (corrections), to grant the observance of the right of individualization of punishment established in the Federal Constitution, mainly to avoid recidivism, protect society and improve justice.*

*KEY WORDS: Human rights law; international standards; treatment of prisoners under sentence; purposes; recidivism; judge duties.*

*Sumário: 1 Introdução. 2 Surgimento do direito internacional dos direitos humanos. 3 Disposições internacionais sobre a função da pena privativa de liberdade. 4 Tratados internacionais de direitos humanos à luz da jurisprudência do STF. 5 Disposições de leis federais. 6 Disposições estaduais. 7 Dos princípios e deveres do juiz de direito. 8 Conclusão. 9 Referências bibliográficas.*

## 1 Introdução

O presente trabalho analisa sob o prisma normativo-teleológico o Projeto Novos Rumos na Execução Penal, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, considerando o texto dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil que tratam das finalidades da imposição da pena privativa de liberdade, bem como da sua respectiva posição hierárquica no ordenamento jurídico do Brasil. Também serão apreciadas as legislações federal e estadual sobre o tema em exame,[1] além dos efeitos jurídicos delas decorrentes.

O trabalho de investigação se inicia quando terminam as discussões doutrinárias e de política criminal sobre as múltiplas finalidades da pena privativa de liberdade no âmbito do Direito Penal, sendo que o recurso à dogmática constitucional e aos precedentes será adotado tão-somente na atividade hermenêutica discursiva para que se compreenda o sentido lógico das normas e se justifique, pragmaticamente, a sua observância.

A final, será proposta uma interpretação racional que acomode a aplicação da pena privativa de liberdade de forma consistente ao princípio da dignidade da pessoa humana, para que se cumpra a finalidade normativa de reforma e readaptação social dos apenados. A aceitação da autoridade do argumento constitucional dimensionará o alcance da compreensão sugerida.

## 2 Surgimento do direito internacional dos direitos humanos

Após o término da Segunda Guerra Mundial e da apuração das monstruosidades praticadas na era Hitler, elaborou-se o documento jurídico mais traduzido de todos os tempos e festejado por muitos como marcante obra jurídica: a Declaração Universal dos Direitos Humanos. O seu artigo primeiro assimila relevante influência da filosofia, do direito natural e do universalismo ao declarar que *todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos*. O expresso reconhecimento da jurígena condição de ser humano repele a visão tradicional de que os direitos somente poderiam ser conferidos pelos governos,[1] bem como concretiza o

---

[*] Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Passos/MG. Diretor de Cidadania e Direitos Humanos da Amagis - Associação dos Magistrados Mineiros. Professor de Direito Constitucional e de Cidadania e Direitos Humanos da FESP/UEMG. Mestre em Direito Constitucional Comparado - Cumberland School of Law, Birmingham, Al/EUA.

[1] As normas estaduais citadas estão disponíveis no endereço , último acesso em 04.09.2009.

entendimento de que "o direito a ter direitos"[2] é conquista histórica da humanidade.

Porém, principalmente em decorrência da guerra fria e da condição social e política que vigia àquela época, somente em 1966 foram publicados pela Organização das Nações Unidas o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Culturais, Econômicos e Sociais, compondo a Carta Internacional dos Direitos Humanos ou *The International Bill of Human Rights,* de acordo com a terminologia adotada pela doutrina internacional,[3] inaugurando-se o sistema global de proteção desses direitos.[4]

## 3 Disposições internacionais sobre a função da pena privativa de liberdade

Estabelece o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos[5] que toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana e que o regime penitenciário consistirá em um tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e reabilitação social dos prisioneiros.[6] Ou seja, o dispositivo prevê a maneira como a pena de prisão tem que ser executada e também prescreve a sua finalidade precípua.

A Organização das Nações Unidas adota regras mínimas para o tratamento dos prisioneiros,[7] define que o fim e a justificação de uma pena de prisão ou de qualquer medida privativa de liberdade é, em última instância, proteger a sociedade contra o crime e que o fim somente pode ser atingido se o tempo de prisão for aproveitado para assegurar, tanto quanto possível, que, depois de seu regresso à sociedade, o delinqüente não apenas queira respeitar a lei e se auto-sustentar, mas também que seja capaz de fazê-lo.[8]

Para alcançar esse propósito, o sistema penitenciário deve empregar, tratando de aplicá-los conforme as necessidades do tratamento individual dos delinqüentes, todos os meios curativos, educativos, morais, espirituais e de outra natureza, e todas as formas de assistência de que pode dispor.[9]

A Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece que as penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.[10] A ilação obrigatória é que o sistema penitenciário tem que ao menos disponibilizar os instrumentos transformadores, principalmente levando em consideração que grande parte dos condenados será originariamente submetida ao sistema oficial de formação da sua personalidade no interior das penitenciárias.

## 4 Tratados internacionais de direitos humanos à luz da jurisprudência do STF

O Presidente da República não subscreve tratados como Chefe de Governo, mas como Chefe de Estado.[11] Dissertando sobre os fins do Estado, o Desembargador Kildare Gonçalves de Carvalho esclarece que, dentre as medidas destinadas a assegurar as bases da existência, inclui-se a reintegração de grupos socialmente marginalizados, como, por exemplo, os drogados, os alcoólatras e dos delinqüentes.[12]

No julgamento do RE 466343, o Ministro Gilmar Mendes afirmou, em seu voto[13], que tanto o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos quanto a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica – são diplomas internacionais sobre direitos humanos que têm lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação.

---

[1] LAUREN, Paul Gordon. *The evolution of international human rights*: visions seen 213-227. University of Pennsylvania Press. 2. ed. 2003.
[2] A expressão é atribuída a Hannah Arendt por Flávia Piovesan, em *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 118.
[3] Disponível em http://www2.ohchr.org/english/law/, último acesso em 08.09.2008.
[4] PIOVESAN, Flávia, *op. cit.,* p. 158.
[5] Art. 10, 1.
[6] *Id.*, 3.
[7] Adotadas pelo 1° Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinqüentes, realizado em Genebra, em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social da ONU através de sua Resolução 663 CI (XXIV), de 31 de julho de 1957, aditada pela Resolução 2076 (LXII), de 13 de maio de 1977. Em 25 de maio de 1984, através da Resolução 1984/47, o Conselho Econômico e Social aprovou treze procedimentos para a aplicação efetiva das Regras Mínimas, conforme Cleyson de Moraes; Thelma Araújo Esteves Fraga. *Direitos humanos:* coletânea de legislação. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003, p. 1.097 e segs.
[8] Regra 58.
[9] Regra 59.Ressalte-se, por fim, a regra 61, a qual prescreve que, no tratamento, não deverá ser enfatizada a exclusão dos presos da sociedade, mas, ao contrário, o fato de que continuam a fazer parte dela. Com esse objetivo, deve-se recorrer, na medida ao possível, à cooperação de organismos comunitários que ajudem o pessoal do estabelecimento prisional na sua tarefa de reabilitar socialmente os presos. Cada estabelecimento penitenciário deverá contar com a colaboração de assistentes sociais encarregados de manter e melhorar as relações dos presos com suas famílias e com os organismos sociais que possam lhes ser úteis. Também deverão ser feitas gestões visando proteger, desde que compatível com a lei e com a pena imposta, os direitos relativos aos interesses civis, os benefícios dos direitos da previdência social e outros benefícios sociais dos presos.
[10] Art. 5°, 6.
[11] STF. Tribunal Pleno, RE 229096/RS, Relatora para o acórdão: Min. Carmen Lúcia, j. em 16.08.2007.
[12] CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional, teoria do estado e da constituição, direito constitucional positivo.* 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 158.
[13] STF. Tribunal Pleno, RE 229096/RS, Relatora para o acórdão: Min. Carmen Lúcia, j. em 16.08.2007.

O eminente Ministro Celso de Mello, em voto proferido no dia 12.03.2008, quando do julgamento do *HC* 87.585-8/TO, também brilhantemente explicou, após mencionar as lições doutrinárias dos eminentes professores Antônio Augusto Cançado Trindade, Flávia Piovesan, Celso Lafer e Valério de Oliveira Mazzuoli, que os tratados internacionais de direitos humanos assumem, na ordem positiva interna brasileira, qualificação constitucional, acentuando, ainda, que as convenções internacionais em matéria de direitos humanos, celebradas pelo Brasil antes do advento da EC nº 45/2004, como ocorre com o Pacto de São José da Costa Rica, revestem-se de caráter materialmente constitucional, compondo, sob tal perspectiva, a noção conceitual de bloco de constitucionalidade. No seu voto, o Ministro Celso de Mello transcreveu a lição de Celso Lafer sobre a matéria em exame, *verbis:*

> O bloco de constitucionalidade é, assim, a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados. O bloco de constitucionalidade imprime vigor à força normativa da Constituição e é por isso parâmetro hermenêutico, de hierarquia superior, de integração, complementação e ampliação do universo dos direitos constitucionais previstos, além de critério de preenchimento de eventuais lacunas. Por essa razão, considero que os tratados internacionais de direitos humanos recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro a partir da vigência da Constituição de 1988 e a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45 não são meras leis ordinárias, pois têm a hierarquia que advém de sua inserção no bloco de constitucionalidade.

É sabido que o Direito Constitucional Brasileiro recebeu muita influência da doutrina constitucionalista norte-americana. No *leading case Marbury v. Madison,*[14] foi afirmado que não se pode presumir que qualquer disposição da Constituição possa restar sem efeito e uma interpretação judicial não poderia ser construída nesse sentido, a não ser que a Constituição literalmente assim determinasse.

Por sua vez, o Pretório Excelso já decidiu que, embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional[15].

## 5 Disposições de leis federais

Estabelece o Código Penal que o juiz, atendendo às circunstâncias judiciais, estabelecerá a pena aplicável, a sua quantidade e o regime inicial do seu cumprimento, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.[16] Por sua vez, a Lei de Execução Penal determina que a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.[17]

O presente estudo sugere que as disposições internas antes transcritas merecem interpretação conforme o estabelecido nas normas internacionais de direitos humanos sobre as funções da pena privativa de liberdade, de maneira que se acomodem ambos os sentidos e se delineiem precisamente as respectivas esferas de incidência. Lapidar, a meu sentir, a bicentenária regra de interpretação ditada pela Suprema Corte Americana no caso *Murray v. The Schooner Charming Betsy*: as leis aprovadas pelo congresso jamais devem ser interpretadas para violar o direito das gentes se outra interpretação for possível[18] (tradução livre). Cada ramo do direito antes mencionado tem um momento específico de incidência e não há colisão nesse caso.

Atente-se para a advertência de Flávia Piovesan, de que o Direito Internacional dos Direitos Humanos não pretende substituir o sistema nacional. Ao revés, situa-se como direito subsidiário e suplementar ao direito nacional, no sentido de permitir sejam superadas suas omissões e deficiências. Cuida-se de garantia adicional de proteção dos direitos humanos, quando falham as instituições nacionais.[19]

Assim, nos termos da legislação interna, primeiramente é mister do juiz mensurar a pena para reprovar e prevenir o crime no interesse da sociedade, de acordo com a natureza jurídica da sanção imposta. Ainda, o limite judicialmente fixado evita odioso arbítrio e punição eterna por parte do Estado, bem como revela ao condenado a quantidade da sanção que lhe foi imposta. Em um segundo momento, tendo como paradigma o princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, o interesse do

---

[14] Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 174 (1803).
[15] RE 436996-6Agr/SP, Relator o Ministro Celso de Mello, j. em 22.11.2005.
[16] Código Penal Brasileiro, art. 59.
[17] Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, art. 1º.
[18] Murray v. The Schooner Charming Betsy, 6 U.S. 64 (1804): *"[t]he statutes enacted by Congress ought to never be construed to violate the law of nations if other possible construction remains"*. Confira-se, ainda, art. 5º, 2, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, bem como art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos.
[19] *Op. cit.*, p. 159.

condenado em agregar valores e o da comunidade de evitar a reincidência do réu, obtendo-se a sua ressocialização, a execução da pena privativa de liberdade já determinada pelo Estado-Juiz não pode distanciar-se da sua finalidade precípua, consistente num tratamento visando à reforma e readequação social do condenado.

Registre-se que a palavra *tratamento*, na tradição do Direito Penal brasileiro, sempre esteve mais ligada à medida de segurança do que à pena privativa de liberdade. Assim, é admissível uma primeira resistência na aceitação do sentido previsto na norma internacional. Entretanto, considera-se que a interpretação finalística é a melhor, compreendendo-se o tratamento mencionado na normativa internacional não como uma singela solução de clínica médica, mas sim como uma intervenção penitenciária complexa e de natureza multidisciplinar, dotada de eficácia suficiente a evitar a reincidência daquele submetido ao regime prisional, a ser ministrada de maneira contemporânea à experiência carcerária. As circunstâncias de cada caso, aliadas à colaboração e à indispensável manifestação volitiva do condenado, a serem apuradas pelo juiz da execução penal,[20] irão reger o seu desenvolvimento, influenciar o resultado atingido e concretizar a disposição constitucional da individualização da pena[21] também na sua fase de execução.

## 6 Disposições estaduais

A legislação mineira estabelece como dever do Estado garantir ao preso as condições necessárias à sua readaptação à vida em sociedade, mantendo, para esse fim, profissional devidamente habilitado.[22]

O Poder Judiciário, como todo poder que se preza, possui cúpula e hierarquia. O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no âmbito de suas atribuições e concretizando[23] as disposições antes mencionadas, bem como considerando que a função essencial da pena é a ressocialização do condenado, e que o art. 4º da Lei de Execução Penal preceitua que o Estado deverá [24] recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança, criou o "Projeto Novos Rumos na Execução Penal" com o objetivo de incentivar a criação das Associações de Proteção e Assistência aos Condenados, instituição apta a desenvolver método de valorização humana para oferecer ao condenado melhores condições de se recuperar, visando a proteger a sociedade e promover a justiça.

## 7 Dos princípios e deveres do juiz de direito

Quando supre a omissão, o juiz apenas atua supletivamente, agindo provisória e secundariamente onde o legislador infrator não agiu.[25] A ineficiência do Poder Judiciário, ao deixar de enfrentar a matéria e de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais, é que poderia, ao menos em tese, contribuir para uma crise de legitimidade.[26]

O eminente Ministro Celso de Mello, no voto proferido no RE 466.343, já mencionado na primeira parte do estudo, esclareceu que:

> o juiz, no plano de nossa organização institucional, representa o órgão estatal incumbido de concretizar as liberdades públicas proclamadas pela declaração constitucional de direitos e reconhecidas pelos atos e convenções internacionais fundados no direito das gentes. Assiste, desse modo, ao magistrado o dever de atuar como instrumento da Constituição - e garante de sua supremacia - na defesa incondicional e na garantia real das liberdades fundamentais da pessoa humana, conferindo, ainda, efetividade aos direitos fundados em tratados internacionais de que o Brasil seja parte. Essa é a missão socialmente mais importante e politicamente mais sensível que se impõe aos magistrados em geral, e a esta Suprema Corte em particular. É dever dos órgãos do Poder Público - e notadamente dos juízes e Tribunais - respeitar e promover a efetivação dos direitos garantidos pelas Constituições dos Estados nacionais e assegurados pelas declarações internacionais, em ordem a permitir a prática de um constitucionalismo democrático aberto ao processo de crescente internacionalização dos direitos básicos da pessoa humana.

O Escritório das Nações Unidas Contra Drogas e Crime (Unodc) estabeleceu os Princípios de Conduta Judicial de Bangalore, elaborados pelo Grupo de

---

[20] Confira-se a Portaria-Conjunta nº 862/07,de 23.05.2005, que estabelece normas para a transferência de presos em cumprimento de pena privativa de liberdade para os Centros de Reintegração Social - CRS geridos pelas Associações de Proteção e Assistência aos Condenados - APACs, editada pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e pelo Corregedor-Geral de Justiça: "Art. 2º O preso condenado a pena privativa de liberdade, nos regimes fechado, semi-aberto e aberto, independentemente da duração da reprimenda e do crime cometido, poderá ser transferido para os CRS geridos pelas APACs, através de ato motivado do Juiz da Execução, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária, e satisfeitas as seguintes condições: I - manifestar, por escrito, interesse em ser transferido e propósito de, após a transferência, ajustar-se às regras do CRS).

[21] Constituição Federal, art. 5º, XLVI.

[22] Lei Estadual nº 12.936, de 08/07/1998, art. 2º.

[23] Resolução nº 433/04, de 28/04/2004, editada pela Corte Superior.

[24] O Juiz Paulo Antônio de Carvalho, da Comarca de Itaúna, sempre ressalva o verbo usado na forma imperativa: "deverá".

[25] CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle judicial das omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 334.

[26] *Idem*, p. 349.

Integridade Judicial, constituído sob os auspícios das Nações Unidas, conforme prefácio da edição brasi-leira.[27] Sua elaboração teve por objetivo "debater o problema criado pela evidência de que, em vários países, em todos os continentes, muitas pessoas estavam perdendo a confiança em seus sistemas judiciais (...)". Foi ainda afirmado que, se aos jurisdicionados falta a confiança em sua Justiça, restará ferido o próprio Estado Democrático de Direito, cujo fundamento é a aplicação a todos os atos e atores sociais de leis e regras preestabelecidas.

Destaque-se o princípio segundo o qual competência e diligência são pré-requisitos da devida execução do ofício judicante[28], bem como que o juiz deve manter-se informado sobre acontecimentos relevantes na lei internacional, incluindo convenções internacionais e outros instrumentos estabelecendo normas sobre direitos humanos.[29]

No Brasil, o Conselho Nacional de Justiça exorta todos os juízes brasileiros à fiel obervância do Código de Ética da Magistratura Nacional,[30] o qual prevê que o conhecimento e a capacitação dos magistrados adquirem uma intensidade especial no que se relaciona com as matérias, as técnicas e as atitudes que levem à máxima proteção dos direitos humanos e ao desenvolvimento dos valores constitucionais.

Com efeito, nos dias de hoje, indubitavelmente existem influências recíprocas entre as mais diversas culturas jurídicas, o que tem sido estimulado pela globalização e por troca de informações científicas. De maneira similar, o advento do sistema internacional de proteção aos direitos humanos tem modificado a jurisdição constitucional em muitos países, porquanto a coexistência de sistemas nacionais e internacionais para a articulação e proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos pode resultar em conflito ou cooperação; nada obstante, inevitavelmente um sistema influenciará o outro.[31] Assim, a criação de um autorizado sistema normativo internacional de direitos humanos tem provocado impacto. O seu papel, entretanto, é essencialmente subsidiário. O destino dos direitos humanos – a sua respectiva implementação, privação, proteção, violação, exeqüibilidade, negativa ou desfrute – é, amplamente, matéria de ação nacional, e não internacional. Isso implica uma particularidade na maneira como as normas internacionais são colocadas em prática.[32] Ainda, ao sistema internacional falta não somente um corpo legislativo próprio, mas principalmente um sistema judicial robusto e desenvolvido, ao invés dos fracos poderes coercitivos investidos nos órgãos internacionais.[33] Consequentemente, para a solução do problema, propõe-se que a linguagem internacional e a evolução dos *standards* ajustados também penetrem no Direito substantivo doméstivo através da incorporação pelos precedentes judiciais e pelas decisões normativas das Cortes domésticas das razões e dos valores estabelecidos consensualmente nos tratados internacionais. Não se pode desconsiderar a relevância das matérias relacionadas aos direitos humanos no constitucionalismo internacional.

Ensina o eminente Desembargador Almeida Melo que a constitucionalização do Direito, mais do que a banalização da Constituição ou a migração das regras dos diversos ramos para a Constituição, é a penetração da Constituição para dar forma e vida às leis infraconstitucionais. Não se concebe mais o texto hermético de uma Constituição, porém sua associação a um bloco de constitucionalidade que abrange normas esparsas, dotadas de valor fundamental. Ainda, explica que a valorização da jurisdição constitucional esbarra na judicialização das relações sociais. O juiz constitucional precisa ser ativo, pró-ativo, mas contido.[34]

Assim, a atividade do juiz da execução penal tem o efeito de aplicar, na prática, o estabelecido nos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, bem como nas demais normas internacionais transcritas neste estudo. Um elemento a ser considerado é o apoio da população à Lei de Talião (olho por olho, dente por dente), pois, ao contrário das punições previstas pela lei, sujeitas a uma Justiça lenta e muitas vezes considerada ineficiente, as punições ilegais acabam sendo vistas como solução, ou pelo menos como um recurso quando se trata de combater o crime.[35] Nada obstante, deve o magistrado afastar-se do pensamento popular e recordar-se da sua condição, principalmente para evitar a responsabilização do Estado Brasileiro por suposta omis-

---

[27] Disponível em , último acesso em 12.09.2008.
[28] Princípio 6.
[29] Princípio 6.4.
[30] Aprovado na 68ª Sessão Ordinária do Conselho Nacional de Justiça, do dia 6 de agosto de 2008, nos autos do Processo nº 200820000007337; publicado no *DJ*, p. 1 e 2, do dia 18 de setembro de 2008; disponível em , art. 32, último acesso em 02.10.2008.
[31] NEUMAN, Gerald L. *The uses of international law in constitutional interpretation*, 98 A.J.I.L. 82, 85 (2004).
[32] DONNELY, Jack. *Universal human rights in theory & practice 173* (Cornell University Press, 2. ed. 2003).
[33] SHELTON, Dinah. *International human rights law*: principled, double, or absent standards/ 25 Law & Ineq. J. 467 (2007).
[34] MELO, José Tarcízio Almeida. *Direito constitucional do Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 41.
[35] ALMEIDA, Alberto Carlos; YOUNG,Clifford. *A cabeça do brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Record, 2007, p.132.

são, por exemplo, perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.[36]

## 8 Conclusão

O gabaritado Professor Paulo Bonavides ensina que os direitos fundamentais, em rigor, não se interpretam: concretizam-se. A metodologia clássica da velha hermenêutica de Savigny, de ordinário aplicada à lei e ao Direito Privado, quando empregada para interpretar direitos fundamentais, raramente alcança decifrar-lhes o sentido.[37]

O aprimoramento do Estado Democrático de Direito no Brasil demanda o resgate da credibilidade do Poder Judiciário, bem como a devolução da tranqüilidade das ruas à população. Atitudes firmes são imperiosas para que se atinja êxito.

A adoção dos "Projetos Novos Rumos da Execução Penal", sob o prisma normativo-teleológico, é a concretização de direito humano fundamental expressamente previsto em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, bem como de interpretação autorizada feita por Órgão Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais das disposições legais incidentes à espécie, de observância cogente e de aplicação obrigatória no âmbito da sua jurisdição. Não se olvide, jamais, que se trata de um projeto de humanização da execução penal, que tem a função de orientar as comarcas e municípios interessados em implantar e desenvolver um método que atinge até 90% de recuperação do condenado, e que a decisão do TJMG de adotar a metodologia APAC como verdadeira *política pública de execução penal no Estado* surgiu porque a instituição oficialmente identificou parceria apta a auxiliar o Poder Judiciário na função constitucional e humanística que lhe compete.

O enorme desafio que agora se apresenta é implementar, na prática, a inteireza lógica do método, levando em consideração as particularidades e as necessidades de cada comarca das Minas Gerais, bem como municiar os Magistrados competentes da estrutura e das razões de convencimento a serem utilizadas no desenvolvimento rotineiro das suas atividades, zelando para que a execução penal atinja as compulsórias finalidades prescritas pelo Direito.

Registre-se, por fim, como evidência empírica do sucesso da iniciativa, que a APAC de Nova Lima foi indicada como a melhor instituição penitenciária do Brasil pela CPI do sistema carcerário, bem como que o Projeto Novos Rumos na Execução Penal é apoiado pelo Poder Executivo do Estado de Minas Gerais, que está investindo cerca de R$ 18,5 milhões na construção de novas APACs por todo o Estado.[38]

## 9 Referências bibliográficas


ALMEIDA, Alberto Carlos; YOUNG, Clifford. *A cabeça do brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Record, 2007.

BONAVIDES, Paulo Bonavides. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional, teoria do estado e da constituição, direito constitucional positivo*. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle judicial das omissões do poder público*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DONNELY, Jack. *Universal human rights in theory & practice*. 2. ed. Cornell University Press, 2003.

LAUREN, Paul Gordon. *The evolution of international human rights*: Visions Seen, 2. ed. University of Pennsylvania Press, 2003.

MELO, José Tarcízio Almeida. *Direito constitucional do Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MORAES, Cleyson; FRAGA, Thelma Araújo Esteves. *Direitos humanos*: coletânea de legislação. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.

NAÇÕES UNIDAS (ONU). Escritório Contra Drogas e Crime (Unodc). Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial / Escritório Contra Drogas e Crime. Tradução de Marlon da Silva Malha, Ariane Emílio Kloth. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008.

NEUMAN, Gerald L. *The uses of international law in constitutional interpretation*, 98 A.J.I.L. 82, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SHELTON, Dinah. *International human rights law*: principled, double, or absent standards? 25 Law & Ineq. J. 467, 2007.


...

[36] Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 63 -1: "Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as conseqüências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada". (...) art. 68.2. "A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado".

[37] BONAVIDES, Paulo Bonavides. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 592.

[38] *Estado de Minas,* edição de 04.08.2008, caderno *Gerais*.

# As alterações do rito dos crimes de competência do Tribunal do Júri e o devido processo legal*

*Thiago Colnago Cabral***

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe a paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal) (MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, p. 93).

As recentes alterações promovidas no Código de Processo Penal, decorrentes da edição da Lei Federal nº 11.689, de junho de 2008, sintetizam a toda prova reação do Poder Legislativo aos reclamos sociais decorrentes da sensação de impunidade devido à demora da prestação jurisdicional nos procedimentos de ordem criminal.

Assim, o objetivo perseguido foi, fundamentalmente, conciliar o interesse público representado pelo âmbito material do dogma do devido processo legal com sua respectiva órbita processual, de modo a compatibilizar a paridade de condições com o Estado-persecutor e a plenitude da defesa, referidas por Alexandre de Moraes, com a necessidade de que se atenda o princípio do devido processo legal.

Antes que se possa tecer qualquer exame técnico-jurídico acerca das inovações legislativas em questão, há de ser exaltado, de início, que a pretensão legislativa dificilmente logrará o efeito pretendido.

A razão é simples: talvez por estarmos em fase mais crítica de uma exigência social de rigorismo sancionatório, diametralmente oposta aos anseios libertários que cultuaram a promulgação dos Direitos e Garantias Fundamentais da Constituição Federal de 1988, há grande vinculação da opinião pública entre a eficácia das normas penais e a prisão de cunho provisório.

Há grande dificuldade da população em geral em compreender a razão que justifica a libertação do réu confesso ou daquele que foi flagrado na prática delitiva, ainda que não se tenha sequer deflagrado o processo persecutório.

Destarte, ainda que implementadas inúmeras medidas que se prestem a possibilitar a prolação mais rápida da decisão definitiva na ação penal, dificilmente se conseguirá atender aos reclamos sociais em face da regra da manutenção do *status libertatis* do réu salvo se verificada a presença dos requisitos à segregação preventiva (art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal).

Estabelecida esta premissa, ingresso no exame das alterações legislativas que julgo mais relevantes:

De início, há de ser exaltada pertinência da remodelagem do rito dos processos de competência do Tribunal do Júri, estabelecida pela Lei nº 11.689, de 2008, notadamente no tocante às inúmeras providências adotadas no afã de, simplificando os atos processuais, inclusive a sessão de julgamento, possibilitar mais célere apreciação do litígio.

A despeito disso, considero, ainda assim, que a efetiva aceleração dos procedimentos de um modo geral, inclusive aqueles de competência do Tribunal do Júri, condicionam-se muito mais ao compromisso da atuação dos atores processuais do que a inovações procedimentais.

Dentre as mencionadas alterações legislativas, destacam-se, por sua importância, a nova redação do art. 411 do Código de Processo Penal e a revogação do Capítulo IV do Título II do Livro III do citado diploma, as quais se prestaram, respectivamente, a impor a concentração da produção das provas técnicas e orais em audiência única e a encerrar o cabimento do protesto por novo júri.

Especificamente quanto à revogação do permissivo de cabimento do protesto por novo júri, há de ser visto que, a despeito da razão histórica do referido vetor recursal, o mesmo não mais se compadece com os anseios gerais de celeridade processual, notadamente porque, para o caso de decisão do Conselho de Sentença manifestamente contrária à prova produzida, é cabível o recurso de apelação.

Também merecedora de nota, no tocante ao aspecto recursal dos processos de competência do Tribunal do Júri, é a dispensa, perpetrada pela Lei nº 11. 689, de 2008, relativamente ao reexame necessário, nas hipóteses de absolvição sumária.

Caberá, como de regra cabe nos demais processos, à acusação pública avaliar sua aquiescência ou irresignação com o ato decisório em comento, submetendo-o, no primeiro caso, ao exame pela instância superior mediante a competente interposição de apelação.

Essa medida tem a profilática intenção de evitar o notório assoberbamento dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, que, além de serem competentes para apreciar os ditos "recursos voluntários", ainda detêm atribuição de processar e julgar inúmeros casos de reexame obrigatório.

Apesar de serem estas relevantes modificações no procedimento dos delitos de competência do Tribunal do Júri, deve ser acentuado que a previsão do quesito obrigatório questionando se "o jurado absolve o acusado?"

---

* Artigo apresentado como condição de conclusão com aproveitamento do III Vitaliciar, realizado com os Juízes de Direito Substitutos do 10º Curso de Formação Inicial da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes - EJEF.

** Juiz de Direito Substituto do Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais.

(art. 483, § 2°, do CPP) para o caso de serem respondidos afirmativamente os quesitos da materialidade e da autoria, a meu sentir, representa retrocesso do Processo Penal pátrio em virtude de prever possibilidade de absolvição do acusado sem que haja razão jurídica para tanto.

Em menor grau de importância, destaca-se a alteração decorrente do art. 423, inciso II, do Código de Processo Penal, que impõe ao Juiz-Presidente do Tribunal do Júri o encargo de, ao determinar a inclusão do processo em pauta de julgamento, fazer relatório sucinto do processo.

A providência em questão presta-se a substituir o relatório verbal feito pelo Juiz-Presidente no curso da sessão de julgamento, porém, segundo penso, pode repercutir em prejuízo ao entendimento dos jurados acerca da matéria litigiosa, mesmo ante a previsão do art. 472 do Código de Processo Penal, que prevê a entrega aos jurados de cópias da pronúncia.

Com efeito, a explicação verbal, notadamente quando cuidadosamente exarada em termos coloquiais e desprovida de assertivas excessivamente técnicas, assume maior acessibilidade, notadamente quando se tratar de corpo de jurados desprovido de conhecimentos jurídicos.

Também assume relevo a alteração decorrente da nova redação do art. 427 do Código de Processo Penal, a qual passa a prever, agora de modo literal, a possibilidade de desaforamento do processo "para outra comarca da mesma região", e não mais para "comarca ou termo próximo", como dispunha a redação original do art. 424 do Código de Processo Penal.

Não bastasse isso, com a alteração do art. 437 do Código de Processo Penal, não mais são isentos dos serviços do júri, ainda que o requeiram, os médicos, os ministros da confissão religiosa e os farmacêuticos.

A Lei n° 11.689, de 2008, alterou, ainda, substancialmente a composição do Tribunal do Júri ao elevar o número de jurados de 21 (vinte e um) para 25 (vinte e cinco), medida que tem, a toda evidência, a intenção de evitar o chamado estouro de urna nas hipóteses de recusas e impedimentos.

Alteração pontual que demanda apreciação mais detida reside na prescrição do art. 457, § 2°, do Código de Processo Penal, que prevê expressamente a possibilidade da realização da sessão de julgamento sem a presença do acusado, desde que consintam por escrito o defensor e o próprio acusado.

Ainda antes da entrada em vigor da Lei n° 11.689, de 2008, considerava-se que o art. 451, § 1°, do Código de Processo Penal, demandava interpretação conforme a Constituição, especificamente no tocante à regra do devido processo legal.

Explico: o devido processo legal, especificamente no âmbito da ampla defesa e do contraditório, repercute no princípio da não-autoimputação, o qual dispensa o acusado de concorrer de qualquer maneira para a produção de provas em seu desfavor. Nesse contexto, há de ser assegurada ao acusado a prerrogativa, por exemplo, de ficar calado relativamente à parte do interrogatório que diz respeito à imputação propriamente dita.

Ora, se deve ser assegurada ao acusado a prerrogativa de se manter calado no interrogatório, não enverga licitude qualquer providência que se preste a compelir o réu a concorrer para sua condenação, de maneira que o não-comparecimento do acusado à sessão de julgamento reflete corolário do dogma da não-autoimputação.

Nesse toar de idéias, deve concluir-se que, afiançável ou não o delito, tratando-se de julgamento posterior ou anterior à entrada em vigor da Lei n° 11.689, de 2008, é de ser assegurado ao acusado o direito de não comparecer à sessão de julgamento.

Alteração legislativa que assume inegável relevo é aquela decorrente da conjugação do art. 473, *caput*, do CP, com seu respectivo § 2°, a qual se presta a, sepultando debates outrora estabelecidos na prática judiciária, mitigar expressamente o princípio presidencialista na condução da sessão do Tribunal do Júri.

Digo isso porque o preceito em comento, a partir de 11 de agosto de 2008, passa a assegurar que o membro do Ministério Público e o Defensor promovam diretamente, e não por intermédio do Juiz-Presidente, a inquirição do ofendido e das testemunhas.

Caberá, neste novo sistema, ao Juiz-Presidente cuidar para evitar que os excessos de linguagem e a emoção do discurso, tão comuns no Tribunal do Júri, sirvam de escusa para que os atores parciais do processo possam intimidar ou vilipendiar o acusado, malferindo sua dignidade, ou confrontar a testemunha.

Também no intento de acelerar as sessões de julgamento do Tribunal do Júri, que em algumas situações assumem caráter quase interminável, a novel redação do art. 473, § 3°, da Lei n° 11.689, de 2008, restringe a possibilidade de leitura de peças em plenário aos depoimentos colhidos mediante carta precatória e às provas cautelares, antecipadas ou não repetíveis.

Considero, porém, que a prescrição legislativa em questão pode alcançar resultado material diverso do pretendido, visto que, em algumas situações, é comum a dispensa de testemunhas pela acusação e pela defesa mediante substituição de sua oitiva pela leitura do depoimento prestado no sumário de culpa.

Doravante, tal não é mais possível, salvo em se tratando de testemunha ouvida por precatória, o que pode repercutir no alongamento da sessão de julgamento.

O cotejo dos arts. 473 e 474 do Código de Processo Penal, com a redação decorrente da promulgação da Lei n° 11.689, de 2008, revela ainda outra modificação pertinente: está alterada a ordem da instrução, de modo que, tal como estabelecido na Lei n° 9.099, de 1995, primeiro ouvem-se as testemunhas para, em seguida, ser interrogado o acusado.

A finalidade do preceito é deveras justificável: apresentadas desde logo as provas ao julgador, é mais eficiente seu interrogatório, já que ciente das minúcias do fato.

Essas são, a meu sentir, as principais modificações introduzidas no rito processual dos delitos de competência do Tribunal do Júri, as quais retratam evidente intenção legislativa de conciliar os reclamos sociais de celeridade processual com o princípio constitucional do devido processo legal, de modo a possibilitar o regular exercício da ampla defesa em procedimento célere para processamento e julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Não há dúvidas de que o saldo final da remodelagem promovida no procedimento dos crimes de competência do Tribunal do Júri é positivo, especialmente por conta da concentração de atos e da extinção do cabimento do protesto por novo júri, porém não há como deixar de perceber que a previsão do quesito obrigatório referente à absolvição imotivada do réu é despropositada, notadamente por possibilitar, ao menos em tese, a proclamação da improcedência da pretensão punitiva estatal sem causa jurídica razoável.

Finalmente, não pode deixar de ser anotado que a real aceleração do processamento das ações penais de competência do Tribunal do Júri depende, muito mais, do real comprometimento dos atores processuais do que de alterações normativas, conquanto estas tenham a secundária condição de catalisadores da relação processual.

## Referências bibliográficas

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: RT, 2008.

...

# Breves considerações sobre as reformas no CPP

*Daniel César Boaventura**

*Sumário: 1 Notas introdutórias. 2 Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008. 3 Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008. 4 Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008. 5 Conclusão. 6 Referências bibliográficas.*

## 1 Notas introdutórias

À semelhança das modificações relativamente recentes promovidas na Lei Processual Civil, optou o legislador por "fatiar" o projeto de novo Código de Processo Penal, cuja tramitação e, mesmo, aprovação seriam costumeiramente morosas, trazendo a lume reformas pontuais, como se verifica nas Leis nº 11.689, de 9 de junho de 2008, relativas ao Tribunal do Júri; nº 11.690, de 9 de junho de 2008, referentes à prova; e, finalmente, nº 11.719, de 20 de junho de 2008, relativas à suspensão do processo, à *emendatio libelli*, à *mutatio libelli* e aos procedimentos.

Nas linhas seguintes, faz-se uma leitura despretensiosa das alterações promovidas no CPP, sem intuito de esgotar o tema, ainda em estado de flagrância e por atingir imediatamente direitos fundamentais da pessoa humana - vida, liberdade, ampla defesa e contraditório -, sendo merecedor de debates e profunda reflexão.

Far-se-á a análise isolada de cada lei acima mencionada, em seus aspectos mais relevantes, não se fazendo referência ao que nos pareceu apenas adequação de redação de dispositivo legal.

Registre-se que, se não mencionada a lei, o artigo tratado se referirá ao Código de Processo Penal brasileiro.

## 2 Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008

Essa lei visou modificar, principalmente, dispositivos relativos à prova, inserindo o processo penal, estabelecido na primeira metade do século XIX, sob a égide de governo ditatorial, em que liberdade e garantias individuais cedem ao controle da ordem pública, num contexto garantista, em que se homenageiam a presunção de inocência, o contraditório e a ampla defesa.

Primeira e relevante alteração se deu no art. 155, para eliminar a possibilidade de um decreto condenatório baseado exclusivamente em elementos colhidos na fase pré-processual, qual seja a da investigação policial.

O inquérito policial deixou, há muito, de ser a fonte de provas do processo penal para ser visto como elemento formador de convicção do Ministério Público, como garantia ao cidadão de que não sofrerá processo penal - que por si só já traz desgaste à imagem e restrições a direitos de quem a ele é submetido - sem um mínimo de substrato probatório, é dizer, sem justa causa.

Assim, destina-se ao representante do Ministério Público, e não ao juiz, cuja convicção deverá ser formada pelas provas produzidas em procedimento judicial sob os auspícios da ampla defesa e do contraditório.

Foi inserido o inciso I no art. 156, que prevê, expressamente, a possibilidade de o juiz determinar a produção de provas consideradas urgentes e relevantes, antes mesmo de iniciada a ação penal.

A previsão dá respaldo ao que já é adotado na prática, haja vista a colheita de elementos probatórios em interceptações telefônicas deferidas ainda no inquérito policial, nas prisões temporárias, que substituíram as odiosas prisões para averiguação e outras medidas. Não nos parece adequada, contudo, a faculdade conferida ao juiz, na nova redação do *caput* do art. 156, de que a produção de tais provas pode ser determinada "de ofício".

Sendo inerte a jurisdição, em regra, e sendo o inquérito policial destinado à formação de convicção do *Parquet*, e não do juiz, como pode o magistrado aquilatar a necessidade da prova antecipada *ex officio*, se não se encontra em curso um processo penal, por ele conduzido? Baseará sua convicção em mera *notitia criminis*?

Melhor seria a previsão de que a prova antecipada pode ser colhida por autorização judicial mediante requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, ouvido previamente este quando requerida por aquela.

A redação do art. 157, que previa a formação de convicção do juiz pela livre apreciação das provas, foi profundamente alterada para positivar construção doutrinária e jurisprudencial acerca da prova ilícita.

O dispositivo acima considerou ilícitas tanto a prova obtida por meios ilícitos como a que for desta derivada (*fruits of the poisonous tree*), salvo se sua obtenção fosse possível por outro meio.

Quanto à prova obtida a partir de prova ilícita, insta ressaltar: se a segunda prova se "desligar juridicamente" da prova ilícita primária, poderá ser admitida. É a aplicação da teoria da *inevitable discovery exception* ou seja, de que o fato seria descoberto de qualquer modo, ou da *hipothetical independent source rule* (descobrimento provavelmente independente).

A *inevitable discovery exception* se opõe à *fruits of the poisonous tree*: esta se aplicará quando houver relação direta entre a prova ilícita e aquela dela derivada, de tal modo que sem a primeira a segunda não existiria. Em síntese, deve-se afastar a segunda prova quando disso

---

*Juiz de Direito no Estado de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pós-graduado em Direito pela Fundação Getúlio Vargas.

resultar a efetiva proteção ao bem jurídico violado pela ilicitude da primeira prova, observado o princípio da proporcionalidade dos valores contrastantes.

Na *hipothetical independent source rule*, tem-se que a prova tida como derivada possa produzir efeitos em razão de que sua descoberta seria naturalmente trazida por uma outra prova. Assim, rompe-se o próprio nexo de causalidade entre a prova ilícita e sua "derivada" (enquanto, no caso acima, o nexo permanece intacto, afastando-se apenas a antijuridicidade da prova derivada).

Cabe registrar que a aceitação da prova ilícita ou sua derivada não afasta eventuais sanções civis ou penais àquele que atuou ilicitamente na obtenção da prova.

Inseriu-se um capítulo (V) para tratar exclusivamente sobre o "ofendido". Dentre as previsões do *caput* e parágrafos do art. 201, a maioria já estava contida na redação anterior do mesmo dispositivo.

Chama-nos atenção, todavia, a salutar previsão do novel § 2º, que impõe a comunicação do ofendido sempre "ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem".

Já não era sem tempo que a vítima (ou ofendido, na dicção legal) fosse considerada como sujeito de direitos, e não apenas objeto. A descrença na Justiça deve-se, também, ao fato de que o processo penal corre à sua revelia, de modo que a única memória que lhe resta é a da ofensa contra ela praticada.

O art. 212 teve sua redação alterada para eliminar o sistema de reperguntas, o que nos parece de extremo acerto. Não há dúvidas de que, mesmo reformulada pelo juiz, a pergunta "dirigida" anteriormente formulada pela parte (acusação ou defesa) já estava incutida na cabeça do depoente, de modo que a resposta, se não indeferida, seria ao questionamento primevo, e não ao reformulado. A teatralidade foi eliminada, prevendo-se tão-só o sistema de perguntas diretas, que já vigorava no Tribunal do Júri, cabendo ao juiz indeferir as impertinentes ou tendenciosas.

O parágrafo único incluído no art. 212 daria a entender que a ordem de indagações se iniciaria pela acusação ou defesa, conforme fosse "daquela" ou "desta" a pessoa a ser ouvida, cabendo ao juiz apenas formular esclarecimentos.

Não nos parece a melhor interpretação. Ora, mesmo e principalmente pelo fato de que visou a lei homenagear o sistema garantista, ninguém melhor que o juiz, o qual é imparcial e deve velar pela defesa do garantismo penal, dos direitos fundamentais da pessoa humana, pela paridade de armas e que é o destinatário da prova e perseguidor da verdade real, para formular perguntas ao depoente, em ordem inicial.

Isso lhe permite saber, até mesmo, da pertinência ou não das perguntas das partes (*caput,* art. 212). Impor que as partes façam primeiramente suas perguntas para, só ao fim, permitir ao juiz esclarecimentos, conduzirá a audiências intermináveis e, por outro lado, restringirá o processo penal, sobretudo a produção da prova oral, a mero jogo de estratégia das partes (acusação e defesa).

Além de não enxergamos, na previsão legal, tal posição, ainda que pudesse ser admitida, a manutenção do atual sistema não traria nulidade ao ato, a menos que fosse efetivamente comprovado algum prejuízo para a parte.

Algumas modificações foram promovidas nos dispositivos legais que tratam da sentença, mas o que nos chama a atenção é o cochilo do legislador, que, preocupado em privilegiar os direitos fundamentais da pessoa e o garantismo penal, olvidou-se de modificar o inciso I, parágrafo único, do art. 386, o qual, ao dispor sobre a sentença absolutória, continuou a prever que o juiz mandará, se for o caso, pôr o réu em liberdade.

Ora, se, mesmo na sentença condenatória, é dever do juiz pronunciar-se sobre a necessidade de se manter a custódia preventiva, o que permite concluir pela sua excepcionalidade, ante o princípio da presunção de inocência, é digna de estranheza a persistência do dispositivo supra-referido, que admite a manutenção da custódia de alguém que foi absolvido.

## 3 Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008

Reforma de maior repercussão se deu nos procedimentos relativos ao Tribunal do Júri, instituída pela Lei 11.689, de 9 de junho de 2008.

Instituiu-se um procedimento preliminar, antes da fase de pronúncia, impronúncia ou absolvição sumária, ora previsto nos arts. 408 a 412. Os antigos arts. 408 a 412 correspondem e foram modificados pelos atuais arts. 413 e seguintes.

Ao invés de citação para interrogatório, o acusado é citado para apresentar defesa escrita. Realizam-se diligências requeridas pelas partes ou determinadas *ex officio* e designa-se audiência de instrução e julgamento, em que são feitos os debates orais e, preferencialmente, proferida a sentença da primeira fase do procedimento.

Eliminam-se os procedimentos de vista para alegações do antigo art. 406 e conclusão para sentença em 48 horas, do antigo art. 408. Como a AIJ se presta, inclusive, à juntada de documentos, e as alegações finais deverão ser orais, parece-nos que, embora revogada a previsão do antigo § 2º, art. 406, que vedava a juntada de documentos no prazo de alegações finais, caso excepcionalmente elas não possam ser sustentadas na audiência e se venha a admitir sua apresentação por escrito, restaria implícita a vedação. Contudo, na excepcionalidade mencionada, o adequado seria designar audiência em continuação, para alegações finais orais. Aguardem-se jurisprudência e doutrina.

As diligências devem ser requeridas na resposta do acusado e na inicial ou "impugnação" do Ministério

Público ou querelante. No despacho em que se designar a audiência de instrução e julgamento (AIJ) serão deferidas ou não, conforme § 2º do art. 411.

Parece-nos que o objetivo da lei é que as diligências e AIJ sejam realizadas no prazo máximo de 10 dias, conjugando-se os arts. 410 e 411. Contudo, a prática mostra inviável a observância do prazo.

A proposta legal é bem-intencionada - pressupondo-se que não foi promovida apenas para dar satisfação à sociedade e imputar exclusivamente ao Judiciário a morosidade do processo -, mas de difícil atendimento, como ressalta Guilherme de Souza Nucci:

> Além do empenho das partes envolvidas no processo, deve-se contar com boa dose de sorte, para que todas as pessoas sejam encontradas e intimadas e ninguém falte. Há uma ordem legal expressa para a inquirição (...). Ora, se uma testemunha de acusação faltar e não for possível determinar-se, de imediato, a sua condução coercitiva (...), o que se fará? (...) Em suma, a audiência será adiada e nova data designada. Já não haveria, então, uma única audiência.
> Porém, há outro aspecto negativo a considerar. O juiz deve reservar um dia inteiro de sua pauta para ouvir tantas pessoas de uma só vez. Logo, se alguma testemunha faltar, impedindo a continuidade dos trabalhos, terá sido perdido o dia no tocante à pauta da Vara. Outra data, no futuro, será designada, mas muitas audiências se acumularão e os prazos ficarão ainda mais extensos.
> A idéia da concentração das provas numa única audiência é salutar, em homenagem à celeridade processual, mas irreal para as sobrecarregadas pautas das Varas do Júri e das Comarcas em geral. (...)
> De nada adianta a lei determinar o impossível (...). (*Tribunal do Juri*: de acordo com a Reforma do CPP. Leis 11.689/2008 e 11.690/2008. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 50).

Se houver prova cuja produção não possa ser concluída dentro do prazo, o ideal, a nosso ver, seria adequar a designação de AIJ ao prazo provável de conclusão das diligências, ainda que superior aos 10 dias, mas sempre os tendo como parâmetro de celeridade.

Digna de nota a questão da manutenção ou decreto de prisão por ocasião da sentença de pronúncia (art. 413).

Diz o § 2º do novo art. 413 que, "se o crime for afiançável, o juiz arbitrará o valor da fiança para a concessão ou manutenção da liberdade provisória". O § 3º, por sua vez, dispõe que

> O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código.

Ora, o § 3º elimina a previsão de prisão automática em razão da pronúncia, que já era objeto de grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial. Andou mal, todavia, o § 2º, aparentemente em contradição com o § 3º.

Parece-me inconstitucional, à primeira análise, arbitrar fiança para manutenção da liberdade provisória. Ou há motivos para revogação de liberdade provisória / decretação de prisão preventiva, ou se mantém a liberdade provisória, independentemente de fiança, até porque seria incompatível com o disposto no § 3º.

Noutro giro, embora tenha sido mantida a nomenclatura "liberdade provisória", provisória é a prisão, antes de sentença condenatória transitada em julgado, e nunca a liberdade, em face do princípio da presunção de inocência.

Ora, se o pronunciado é presumidamente inocente e gozava de liberdade (definitiva, e não provisória, já que não se pode antever condenação transitada em julgado), não é admissível fixar-lhe fiança para permanecer livre.

A nova redação do art. 416 alterou o sistema recursal: "Art. 416. Contra a sentença de impronúncia ou de absolvição sumária caberá apelação".

Na absolvição sumária, antes eram cabíveis o "recurso de ofício" (art. 411 do CPP, antiga redação) e recurso em sentido estrito (art. 581, VI, do CPP, revogado expressamente). Agora, apenas apelação (art. 416, nova redação).

Na impronúncia, antes era cabível recurso em sentido estrito. Agora, prevê-se apelação (art. 416, nova redação), mas não houve revogação expressa do art. 581, IV, que prevê recurso em sentido estrito. Terá sido tacitamente derrogada, ou continuará existindo a possibilidade de interposição do recurso em sentido estrito? O tempo dirá.

Com a previsão do art. 422, em sua nova redação, foram eliminadas as figuras do libelo e da contrariedade ao libelo, reduzindo o tempo para submissão do feito ao Júri.

Seguiu-se longa previsão sobre procedimento de preparação e realização da sessão do Júri, de forma sistemática e organizada.

Dentre relevantes modificações, insta salientar a previsão do art. 457, *caput* e § 2º, que permite a realização da sessão em caso de ausência do réu solto e, mesmo, do que estiver preso, mas tiver sua presença dispensada a requerimento seu e de seu defensor.

Mas a principal modificação, a nosso ver, foi trazida pelo art. 483, § 2º, que determina seja quesitada, após confirmação da materialidade e autoria, a seguinte indagação: "O jurado absolve o acusado?"

A simplicidade de tal quesito condensa todas as teses de defesa, evitando-se tradicionais dificuldades na elaboração dos quesitos, perplexidades e nulidades. Lado outro, abre ensejo à admissão de teses de defesa as mais improváveis. Se boa ou ruim a alteração, os resultados dos próximos Júris dirão.

A bem da verdade, parece-nos que melhor teria andado o legislador se fossem substituídos todos os quesitos pela indagação supramencionada, inclusive materialidade e autoria, à semelhança do Júri norte-americano,

cabendo ao juiz-presidente proferir sentença, como o faz nos processos de competência do juiz singular.

Registre-se, por fim, a eliminação do "protesto por novo Júri", esdrúxula previsão da lei processual de que o condenado a pena maior de 20 anos poderia, sem qualquer justificativa ou fundamentação, pleitear novo julgamento.

## 4 Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008

A última das leis mencionadas, mas não a última das que ainda tramitam, dispõe sobre a suspensão do processo, *emendatio libelli, mutatio libelli*.

Importante alteração foi trazida pelo art. 362, que antes dispunha sobre a citação por edital do réu não localizado para citação pessoal e agora prevê a citação por hora certa, tal como já admitida no processo civil.

Significativa modificação foi introduzia no art. 383, que trata da *emendatio libelli*. Não para alterar a *emendatio*, em si, mas para admitir o que parte da jurisprudência garantista já vinha fazendo. É o que se vê no § 1°: "se, em conseqüência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei".

Injustiça se fazia quando, no momento da sentença, verificava-se que a mera incorreção da tipificação do delito na peça acusatória havia obstado ao acusado o benefício da suspensão condicional do processo a que teria direito, conforme a tipificação dada pelo decreto condenatório.

Assim como no procedimento do Júri, nos procedimentos ordinário e sumário adotou-se a defesa prévia por escrito, a partir do prazo de citação, conforme o art. 396, introduzindo-se a possibilidade de absolvição sumária, antes mesmo da instrução processual, pelo novel art. 397, em casos de excludentes de ilicitude ou culpabilidade, atipicidade ou ocorrência de causa extintiva da punibilidade.

Conquanto valorize o princípio da presunção da inocência e procure evitar as conseqüências danosas que a só existência do processo penal traz à pessoa do acusado, a norma deve ser tida com a necessária cautela, para se evitarem conclusões afoitas, que, a pretexto de salvaguardar o acusado, geram impunidade e descrédito do Judiciário.

Institui-se no § 2° do art. 399 o princípio já consagrado no processo civil da identidade física do juiz, impondo àquele que colheu a prova oral o dever de proferir sentença. Digna de aplausos, pois inegável a carga probatória da própria postura dos depoentes, as expressões corporais, a forma como se manifesta, da reação do acusado, para formação da convicção do magistrado.

## 5 Conclusão

O novo é sempre temido, mesmo por quem o aguarda.

Em sede de legislação penal ou processual penal, que afeta diretamente os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, a reação que a novidade traz é ainda mais impactante.

O pessimismo dos que vêem nas modificações retrocessos, inconsistências e impunidade é contrabalanceado pelo otimismo dos que vêem um processo penal mais ágil, célere e garantista.

Nosso ceticismo e mineiridade nos impedem de adotar, neste momento, uma visão crítica das novas leis, a ponto de nos manifestarmos sobre se benéficas ou maléficas à Justiça penal. Justiça com letra maiúscula, pois abrangente dos interesses da sociedade, das pessoas submetidas aos processos penais, dos ofendidos e dos profissionais que militam nas lides criminais.

Estudo e reflexão são imprescindíveis a um posicionamento crítico. Qualquer manifestação dogmática será precipitada e indesejável. A doutrina e a jurisprudência saberão interpretar a contento o que se mostra, a princípio, inconsistente ou equivocado, e valorizar e buscar seguir o que, embora ofereça obstáculos práticos, mostre-se como o caminho da verdadeira Justiça.

## 6 Referências bibliográficas

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

...

# O contraditório e a prova no processo penal: breves comentários à Lei 11.690, de 2008*

*Haroldo Pimenta*••

*Sumário: 1 Introdução. 2 "Espírito" da reforma. 3 Análise dos principais dispositivos alterados. 4 Conclusão. 5 Referências bibliográficas.*

## 1 Introdução

O "Encontro de Vitaliciamento de Magistrados" realizado em 27 e 28 de junho de 2008 sob os auspícios da EJEF foi uma rara oportunidade de permuta de experiência entre os colegas magistrados integrantes da turma do 10º Curso de Formação Inicial para Juízes Substitutos.

Neste breve colóquio, vários temas foram objeto de exposição e debate, sendo incumbida a cada participante a elaboração de um artigo sobre qualquer deles. Resolvi escrever sobre o instigante tema da prova no processo penal à luz das modificações trazidas pela Lei 11.690, de 9 de junho de 2008.

A empreitada é arriscada, porquanto, tratando-se de lei que nem sequer entrou em vigor, o intérprete não depara com parâmetro jurisprudencial que oriente a atividade hermenêutica. Nem sequer conta com o conforto da reflexão doutrinária, que ainda se mostra incipiente.

Por conseguinte, os breves comentários que se seguem têm caráter propedêutico, subjetivo e, por isso mesmo, hesitante ante um objeto que não passou pelo crivo da experiência e que apenas se entremostra no horizonte dos aplicadores do direito.

## 2 "Espírito" da reforma

Ao perlustrar o texto da Lei 11.690, de 2008, o intérprete percebe de imediato a tônica da reforma, que é prestigiar o garantismo penal, reforçando o poder de participação das partes na fase instrutória do processo.

O processualista Michele Taruffo, ao dissertar sobre o inquietante problema da "decisão justa", refutando os critérios substantivos que procuram responder à questão, sustenta que os elementos aferidores do quociente da maior ou menor justiça da decisão judiciária são três: a) correção na escolha e interpretação da regra jurídica aplicável ao caso; b) apuração satisfatória dos fatos relevantes do caso; c) emprego de um procedimento válido e justo para alcançar a decisão.[1]

O tema da prova concerne à apuração satisfatória dos fatos relevantes do caso. Ninguém sustentará a justiça de uma decisão que, em medida considerável, afastou-se da realidade concreta que lhe serviu de suporte empírico.

Porém, verifica-se a um olhar atento que o direito à prova está intimamente vinculado ao emprego do procedimento válido e justo para alcançar a decisão. Com efeito, a prova somente será metodologicamente útil à formação do convencimento judicial e justa no sentido de sua legítima inserção no processo, se o procedimento relativo a sua admissibilidade, produção e valoração foi orientado pela possibilidade de participação dos sujeitos do processo.

É para esse sentido axiológico que convergem os dispositivos alterados pelo novo diploma legal.

Luigi Ferrajoli aponta as causas que contribuem para a inefetividade do modelo garantista de direito penal previsto na Constituição:

> Vimos como o modelo penal garantista, recebido na Constituição italiana, como em outras Constituições como um parâmetro de racionalidade, de justiça e de legitimidade da intervenção punitiva, é, na prática, largamente desatentido: seja ao se considerar a legislação penal ordinária, seja ao se considerar a jurisdição, ou pior ainda, as práticas administrativas e policialescas.[2]

A lei em estudo tentou diminuir a distância entre o direito penal *válido*, isto é, aquele referto de garantias extraível da Constituição Federal e o direito penal *vigente*, isto é, aquele consolidado pela prática, regulado por uma legislação ordinária pretérita que, em parte, o subtrai da influência do princípio do contraditório.

## 3 Análise dos principais dispositivos alterados

O art. 155 do Código de Processo Penal, com sua redação alterada pela Lei 11.690, de 2008, interdita ao juiz o proferimento de sentença fundada exclusivamente nos elementos probatórios coligidos na fase de inquérito policial.

Como ensina Guilherme de Souza Nucci, o encontro da Constituição com o Código de Processo Penal produziu um sistema híbrido, no qual temos "um Código de forte alma inquisitiva, iluminado por uma Constituição Federal imantada pelos princípios democráticos do sistema acusatório". [3]

---

*Trabalho apresentado à Escola Judicial Des. Edésio Fernandes por ocasião do encerramento do III Vitaliciar - Encontro de Vitaliciamento de Magistrados.

•• Juiz de Direito no Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

[1] Idee per una teoria della decisione giusta. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile,* ano LI, n. 2, giugno 1997, p. 319. No original, eis os requisitos enumerados pelo processualista: *"a) corretezza della scelta e dell'interpretazione della regola giuridica applicabile al caso; b) accertamento attendibile dei fatti rilevanti del caso; c) impiego di un procedimento valido e giusto per giungere alla decisione."*

[2] *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 683.

[3] *Manual de processo penal e execução penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 104.

O novo art. 155 do Código de Processo Penal prestigia o sistema acusatório, atenuando em muito o hibridismo denunciado pelo autor. Em rigor, a regra jurídica em comento é obtida diretamente do texto constitucional, notadamente do art. 5º, LV, norma de eficácia plena, cuja interseção com a realidade não demandaria edição de lei de escalão inferior.

Contudo, não é despiciendo que o legislador infraconstitucional tenha expressamente adotado a diretriz que mais se coaduna com a interpretação da Constituição. Além do caráter didático da modificação, ela se presta como elemento simbólico de uma hermenêutica garantista, a que não se pode furtar o juiz no momento de julgar.

Para além do âmbito textual da norma jurídica, vem reforçada a seguinte diretriz: o valor de toda e qualquer prova depende do influxo do princípio do contraditório. Não somente as provas advindas do inquérito policial, mas também aquelas reunidas na fase preliminar da Lei 9.099, de 1995, ou de qualquer procedimento investigativo não terão eficácia se não corroboradas com as provas colhidas em contraditório.

O legislador formula três exceções à regra: as provas cautelares, as "não repetíveis" e as antecipadas, a última das quais falaremos em seguida.

O art. 156 do Código de Processo Penal foi modificado para permitir a produção antecipada de prova. A grande novidade reside no fato de que a prova poderá agora ser antecipada não apenas em relação ao momento próprio do procedimento em que deveria ser produzida, mas *ao próprio processo penal em que será apurada a responsabilidade do imputado*. Nesse aspecto, o legislador seguiu regramento já existente no processo civil, em que é lícito aos envolvidos em lide potencial incoar procedimento com a finalidade exclusiva de antecipar a produção da prova a ser eventualmente utilizada no processo principal.

A medida está subordinada à demonstração da urgência e da relevância. A esses requisitos tradicionais - *fumus boni iuris* e *periculum in mora* -, o legislador adiciona outros: a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida.

Uma observação deve ser feita em relação à prova antecipada produzida antes do oferecimento da denúncia. Não pode o juiz, por mais que a medida instrutória se afigure urgente, relevante, necessária, adequada e proporcional, determinar sua produção de ofício, sob pena de violação do princípio da imparcialidade. Nesse sentido, concordamos inteiramente com a argumentação de Andrey Borges de Mendonça.[4]

Ivan Luís Marques da Silva tenta contemporizar a novidade, sustentando que, para bem aplicar a lei ao caso concreto, o juiz "deve ter à sua disposição todos os elementos fáticos existentes e relacionados com a conduta investigada".[5] Porém, quer nos parecer que a questão não foi colocada sob a melhor perspectiva. Há dois problemas distintos: a atuação participativa do juiz na instrução do feito, determinando a produção de provas de ofício, que é atitude louvável desde que respeitado o contraditório; outro distinto é a produção antecipada de prova antes da instauração do próprio processo e por determinação *ex officio,* que nos parece conduta temerária.

Condição indispensável para o julgador atuar no feito é sua posição de estraneidade. Nas palavras de Italo Andolina e Giuseppe Vignera, deve o juiz ocupar uma posição *equidistante rispetto alle parti*. [6]

Assim, qualquer iniciativa do juiz que se antecipe à instauração do processo pelo titular da ação penal poderá comprometer a serenidade e a isenção do julgador, vinculando-o psicologicamente às razões que o levaram à instauração da providência cautelar.

Tema de envergadura constitucional, a inadmissibilidade da prova ilícita, é agora disciplinada pelo art. 157 do Código de Processo Penal.

A prova proibida é gênero do qual derivam duas espécies: a prova ilícita e a prova ilegítima. Esta é produzida com violação das normas de direito processual; aquela é produzida com violação das normas de direito material. A primeira ultraja a esfera de direitos do sujeito *do processo*; a segunda viola a esfera de direitos do sujeito *no processo*.

A redação alterada do art. 157 do código dá a impressão de que o legislador considerou ambas as espécies de prova proibida, porquanto afirma que as provas ilícitas devem ser consideradas "aquelas obtidas em violação a normas constitucionais e legais".

Assim, a violação de norma processual concernente à prova, tema então afeto ao capítulo das nulidades, passaria a ser tratada com maior severidade no âmbito da admissibilidade da prova. Esse é o entendimento esposado por Luiz Flávio Gomes.[7]

Não podemos concordar com semelhante posicionamento doutrinário. O art. 157 do Código de Processo Penal teve por escopo apenas internalizar na codificação processual penal a garantia prevista no art. 5º, LVI, da Constituição.

---

[4] *Nova reforma do Código de Processo Penal*. São Paulo: Método, 2008, p. 165 e 165. Vale registrar que, ante a omissão do legislador em regular o procedimento da prova antecipada, o autor citado recomenda a integração da lacuna pela aplicação das regras do Código de Processo Civil.
[5] *Reforma processual penal de 2008*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 65.
[6] *Il modelo costituzionale del processo civile italiano*. Torino: G. Giapichelli, 1990, p. 41.
[7] Lei 11.690/ 2008 e provas ilícitas: conceito de inadmissibilidade. Artigo disponível no site da internet. Acesso em 12 de julho de 2008.

Autorizada doutrina já criticava proibição tão rígida consagrada no texto constitucional, verberando-a por seu caráter aparentemente absoluto.[8]

Se o legislador constitucional lançou a barra longe demais, não é possível ao intérprete tornar a fazê-lo na exegese da lei infraconstitucional. O direito à prova encontra limite constitucional expresso consubstanciado na proibição de obtê-la por meio ilícito. Ora, meio ilícito diz respeito à produção da prova com violação dos direitos funda-mentais do indivíduo, não tendo o legislador constitucional cogitado da violação de normas do processo penal.

A conseqüência da violação de normas processuais não pode estar associada *a priori* e de forma inexorável à sanção da inadmissibilidade. Deve o juiz apreciar se o ato processual praticado atipicamente feriu o direito de participação das partes no processo, sancionando-o ou não em conformidade aos princípios que informam o sistema de nulidades: princípio do prejuízo, princípio do interesse, princípio da convalidação etc.

Assim, deve o dispositivo, no que tange à prova ilegítima, ser contextualizado com as normas acerca das nulidades, insertas nos arts. 563 a 573 do Código de Processo Penal, não se lhe aplicando o novo art. 157 do Código de Processo Penal.

Se a tônica da reforma é a intensificação do princípio do contraditório em sua manifestação na fase instrutória do processo, nada mais justo que, antes de decretar a ineficácia da prova violadora de norma processual, seja formulada a seguinte questão: a não-observância da regra processual interferiu no direito das partes à participação no procedimento, carreando-lhes prejuízo?

A lei consagrou também a teoria das provas ilícitas por derivação, construção formada pela jurisprudência norte-americana, e que vinha sendo aplicada pelo Supremo Tribunal Federal (vide, por exemplo: RHC 90376-RJ - 2ª T. - Rel. Min. Celso de Mello - DJU de 18.05.2007 - p. 00113).

Com efeito, o § 1º do art. 157 do Código de Processo Penal proscreve as provas derivadas das ilícitas, exceto em duas situações, quais sejam: quando "não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras" ou "quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras".

A respeito da aplicabilidade mitigada da teoria dos frutos da árvore envenenada, já ensinava a melhor doutrina antes mesmo da modificação do texto legal:

> No entanto, é preciso atentar para as limitações impostas à teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, ou dos frutos da árvore envenenada, pelo próprio Supremo norte-americano e pela doutrina internacional: excepcionam-se da vedação probatória as provas derivadas da ilícita, quando a conexão entre umas e outra é tênue, de modo a não se colocarem a primária e as secundárias como causa e efeito; ou, ainda, quando as provas derivadas da ilícita poderiam de qualquer modo ser descobertas de outra maneira. Fala-se, no primeiro caso, em *independent source* e, no segundo, na *inevitable discovery*. Isso significa que, se a prova ilícita não foi absolutamente determinante para o descobrimento das derivadas ou se estas derivam de fonte própria, não ficam contaminadas e podem ser produzidas em juízo.[9]

Ivan Luís Marques da Silva antevê a inconstitucionalidade do dispositivo mitigador da ineficácia da teoria dos frutos da árvore envenenada. Para o autor, a regra constitucional não comporta exceção senão por outra regra de simétrico escalão.[10] Não podemos emprestar nossa adesão ao pensamento do estudioso. O equívoco aninha-se na premissa inicial. A proibição da prova derivada da ilícita não decorre lógica e necessariamente da regra do art. 5º, LVI, que somente interdita "as provas obtidas por meio ilícito". A teoria dos frutos da árvore envenenada é construção jurisprudencial que pode muito bem ser matizada pela variedade das situações concretas.

Modificação sensível sofreu a prova pericial. Visando a simplificar esse meio de prova, o legislador mais uma vez alterou o art. 159 do Código de Processo Penal, assentando que o exame de corpo de delito e as perícias serão feitos por um perito oficial, e não dois como exigia a redação anterior da norma. Não havendo perito oficial, o trabalho técnico será realizado por duas pessoas idôneas, "portadoras de diploma superior, preferencialmente na área específica", nada sendo modificado a propósito.

A novidade mais significativa na prova pericial é a faculdade atribuída às partes e ao ofendido de formular quesitos e indicar assistentes técnicos. Além do mais, permite-se às partes requerer a oitiva dos peritos em audiência "para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos". Afora isso, é possível a designação de mais de um perito pelo juiz ou a indicação de mais de um assistente técnico se a perícia for complexa, isto é, "abranger mais de uma área de conhecimento".

Todas as modificações impressas no vetusto Código de Processo Penal já estavam contempladas no

---

[8] José Carlos Barbosa Moreira assim afirma: "A Constituição de 1988 optou à evidência por uma solução - ao menos à primeira vista - radical. Não só proibiu em termos amplos a utilização de provas ilícitas, mas fixou limites muito estreitos ao poder do juiz de, mediante autorização, legitimar a obtenção de provas que sem ele ficam sujeitas ao veto literalmente categórico" (A Constituição e as provas ilicitamente obtidas in *Temas de direito processual 6ª série*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 121).

[9] GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 154.

[10] *Op. cit.*, p. 68.

Código de Processo Civil. Embora o procedimento deva adequar-se aos aspectos substanciais da lide, nada exigindo que o procedimento civil seja idêntico ou até mesmo semelhante ao penal, não se justificava que o contraditório como garantia de participação fosse mais intenso em um deles no que toca à produção da prova pericial. Fez bem o legislador em aproximar os contornos da prova pericial cível e criminal, ficando doravante, não apenas a primeira, mas ambas sob o influxo saudável do contraditório.

Reconhecendo a similitude da disciplina legal da prova pericial no âmbito do processo civil e do criminal, Andrey Borges de Mendonça, de forma percuciente, aponta para duas diferenças relevantes: diversamente do que ocorre no primeiro, no segundo a atuação do assistente técnico dependerá de admissão do juiz, e esta somente ocorre após a elaboração do laudo pelo perito.[11]

Assim, o assistente técnico no processo penal não poderá, por exemplo, acompanhar o procedimento de produção da prova, porquanto sua admissão ocorre posteriormente à conclusão do laudo.

O controle de admissibilidade do juiz acerca do assistente técnico indicado pela parte é salutar para evitar que, no processo penal, seja indicada como assistente pessoa inabilitada ou inidônea para opinar sobre os conhecimentos requeridos pela perícia. A admissão de assistente técnico tal poderá causar tumulto no processo, em nada contribuindo para o esclarecimento da verdade.

Contudo, sempre que a prova pericial puder ser produzida na fase instrutória do processo, nada obstaria, em princípio, a participação do assistente técnico, tal como ocorre à luz do Código de Processo Civil, cujo art. 431-A determina que as partes devem ter ciência do local e hora e data do início da produção da prova, facultando-se aos respectivos assistentes técnicos acompanhar a produção da prova.

A aplicação supletiva do dispositivo permitirá que o contraditório ocorra não apenas no momento da crítica da prova, mas também no momento de sua produção.

Outro dispositivo, que sinaliza uma mudança interferente na cultura forense, profundamente vincada pelo sistema presidencialista de coleta de prova, é o novo art. 212 do Código de Processo Penal. Agora, na inquirição das testemunhas, as partes protagonizarão a atividade de inquirição, porquanto a elas competirá formular perguntas diretamente às testemunhas, antecipando-se ao próprio juiz. Apenas sobre "pontos não esclarecidos" é lícito ao magistrado "complementar a inquirição".

Ao se aproximar do sistema adversarial típico do mundo anglo-saxão, entendeu o legislador que as partes podem e devem assumir papel de maior destaque na produção da prova oral[12] Vale a pena mencionar a lição de José Carlos Barbosa Moreira, que tem trazido em seus recentes estudos valiosas contribuições comparatísticas entre os dois sistemas:

> O confronto entre *civil law* e *common law* tem sido feito por diversos prismas. No campo do processo, é critério recorrente o que se tira da 'divisão do trabalho' entre juiz e partes (*rectius:* entre juiz e advogados das partes) na instrução probatória. Adverte-se aí uma diferença de acentuação: os ordenamentos anglo-saxônicos atribuem a tarefa principalmente aos advogados, enquanto nos da família romano-germânica assume relevância maior o papel do órgão judicial. Cunharam-se até denominações, no âmbito do *common law,* para assinalar o contraste: ao processo do tipo dominante na família romano-germânica chama-se 'inquisitorial', ao outro tipo '*adversarial*'. [13]

Pergunta-se: essa alteração na "divisão de trabalho" entre juiz e advogados presta-se a concretizar de melhor forma o princípio constitucional do contraditório? É conveniente alterar a metodologia de produção da prova oral, já tão sedimentada em nossa prática judiciária?

Em relação ao princípio do contraditório, tanto o sistema presidencialista como o adversarial prestigiamno, embora de forma diversa. Não é possível afirmar que um é mais garantista do que outro.

Quanto à conveniência ou não da medida, só o tempo dirá se o legislador procedeu com acerto. Porém, lícito não é ao juiz ignorar a vontade reformista do legislador e seguir o modelo antigo. Às partes agora compete o direito processual subjetivo de primeiramente formular perguntas às testemunhas por elas indicadas.

Nem se diga que a alteração da ordem é indiferente. O modo como se formula pergunta à testemunha e a seqüência do questionamento, tudo a depender da maior ou menor sagacidade do advogado ou do promotor, poderão conduzir a resultados diversos. A atividade inquisitiva do juiz agora é meramente suplementar.

Problema pode surgir ante a ausência do promotor de justiça à audiência de instrução. A ausência do advogado implicará nomeação de dativo; obviamente, a ausência do promotor não conduz à idêntica solução.

---

[11] *Op. cit.*, p. 186.

[12] Não de toda ela, entenda-se, pois o procedimento do interrogatório do ofendido não foi alterado no aspecto em estudo. Contudo, a Lei 11.719, de 20 de junho de 2008, perfilhando regra existente na Lei 9.099, de 1995, alterou a ordem da produção da prova oral, estabelecendo que o interrogatório do ofendido ocorrerá após a oitiva das testemunhas. Além do mais, no procedimento do Júri, reformulado pela Lei 11.689, de 9 de junho de 2008, as perguntas formuláveis pelo juiz às testemunhas em plenário antecedem as que serão formuladas pelas partes, mantendo-se o sistema então vigente, conforme art. 473 do Código de Processo Penal.

[13] Processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo in *Temas de direito processual 9ª série.* São Paulo: Saraiva, 2007, p. 41.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça vem entendendo que não há nulidade se, previamente intimado, o promotor não se faz presente na audiência.[14] Porém, como poderá o juiz "complementar" inquirição que não houve, sobretudo se o advogado do réu não formular perguntas?

Em tal caso, a solução mais drástica seria adiar a audiência, haja vista a existência de prejuízo, conquanto a solução contribua para estender o desfecho do processo.

Propomos, contudo, outra solução. Realmente, na ausência de perguntas de uma ou de ambas as partes, seja pelo não-comparecimento do promotor, seja por outro motivo qualquer, o juiz não teria o que complementar.

Porém, nada impede que o juiz, em casos tais, assuma o papel que o revogado art. 212 lhe atribuía; porém, o fará a título diverso. O juiz agora atuará com base nos poderes instrutórios que lhe são conferidos para agir de ofício previstos no art. 156 do Código de Processo Penal.

Se o mesmo juiz pode determinar de ofício a oitiva de testemunha, poderá, nessa situação excepcional, entendendo que a prova é importante para o esclarecimento dos fatos, ouvir a testemunha arrolada pela parte como testemunha do juízo, tal como lhe faculta o art. 209 do Código de Processo Penal. Sobre a forma de inquisição da testemunha cujo depoimento é determinado de ofício pelo juiz, não incide, em rigor, a regra do art. 212 do Código de Processo Penal.

Outra nota digna de menção é que o art. 217 do Código de Processo Penal permite na situação ali descrita a inquirição das testemunhas por videoconferência. Ainda que o meio deva ser utilizado de forma excepcional, como se infere da redação do dispositivo, permanece a controvérsia acerca da constitucionalidade da medida, havendo um precedente desfavorável no Supremo Tribunal Federal quanto ao interrogatório do réu (conferir: *HC* 88914-SP - 2ª T. - Rel. Min. Cezar Peluso - J. em 14.08.2007).

Por fim, das modificações impressas no art. 386 do Código de Processo Penal, falaremos sobre a de maior destaque no campo da prova, qual seja a do inciso VI do referido dispositivo. Agora a lei permite ao juiz a prolação de sentença absolutória ainda que haja dúvida fundada sobre a causa de justificação ou sobre a dirimente.

Em várias decisões então proferidas, já vínhamos sufragando esse entendimento, seguindo, nesse passo, a orientação de Vicente Greco Filho, que relativizava o alcance da norma do art. 156, primeira parte, do Código de Processo Penal ("A prova da alegação incumbirá a quem a fizer"), por entender que o ônus da prova que compete à defesa é *ônus imperfeito*.

Em sentido similar, doutrina Vicente Greco Filho que o ônus da prova da excludente de ilicitude é *ônus imperfeito:*

> Ao réu incumbe, em princípio, a prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo da pretensão acusatória, ou seja, o fato que, a despeito da existência do fato constitutivo, tem, no plano do direito material, o poder de impedir, modificar ou extinguir aquela pretensão - são desse tipo as excludentes.

O descumprimento desse ônus, contudo, por parte do réu, não acarreta necessariamente a procedência da imputação, porque o ônus da prova para a defesa é um ônus imperfeito ou diminuído, em virtude do princípio *in dubio pro reo,* que leva à absolvição, no caso de dúvida quanto à procedência da imputação. Assim, em princípio à defesa incumbe a iniciativa da prova das excludentes, mas basta-lhe a prova que suscite dúvida razoável, porque a dúvida milita em seu favor. [15]

Dessarte, o legislador consagra em texto positivo a melhor orientação doutrinária sobre o ponto, suprimindo divergência quanto à correta aplicação da lei.

## 4 Conclusão

O Direito sempre foi uma arte da prudência; o juiz não pode se render ao devaneio de aplicá-lo com abstração de seus resultados práticos; tampouco o estudioso deve fazer do sistema jurídico um conjunto de premissas rígidas a partir das quais deduz com a inexorabilidade da lógica pura conclusões necessárias.

A reconstrução da verdade empírica, afirmamos no início, é elemento indispensável para que se obtenha uma decisão justa. Contudo, soa acaciano dizê-lo, a decisão justa poderá não só conduzir à absolvição do réu, como também à sua condenação.

Se o grau de garantismo do sistema processual penal foi intensificado pela nova legislação processual penal, nem por isso a interpretação de seus dispositivos pode conduzir ao absurdo.

Há que se manter o necessário equilíbrio entre os direitos fundamentais do réu e a efetividade da persecução penal, último instrumento com que conta a sociedade civilizada para punição daqueles que colocam em risco os valores indispensáveis à convivência.

---

[14] "Processual penal. Alegação de nulidade. Audiência de instrução e julgamento realizada sem a presença do promotor de justiça. Ausência de prejuízo. Membro do *Parquet* que foi devidamente intimado e notificado para o ato processual. Inteligência do art. 565 do CPP. Lei Antitóxicos. Art. 12 c/c 18, III. Absolvição. Necessidade. Fragilidade da prova coligida. Recurso não provido. Não há falar-se em nulidade, se o promotor de justiça, regularmente intimado para os atos do processo, a estes não compareceu". (TJMG; ACr 1.0080.03.900017-1/001; Bom Sucesso; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Erony da Silva; julg. em 23.03.2004; *DJMG* de 30.04.2004.)

[15] GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 205-206.

Por isso mesmo, na exegese que fizemos dos dispositivos da Lei 11.690, de 9 de junho de 2008, evitamos o vício de descontextualizá-los. Tentamos pô-los em harmonia com a teleologia que inspira a nova legislação, que é inserir todos os momentos da prova penal no palco do contraditório. Mais do que isso, é atribuir caráter fetichístico às regras processuais penais em prejuízo da boa administração da justiça.

## 5 Referências bibliográficas


ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modelo costituzionale del processo civile italiano*. Torino: G. Giapichelli, 1990.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Vários tradutores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. Lei 11.690/2008 e provas ilícitas: conceito de inadmissibilidade. Artigo disponível no site da internet www.lfg.com.br. Acesso em 12 de julho de 2008.

GRECO, Vicente Filho. *Manual de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Ivan Luís. *Reforma processual penal de 2008*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MENDONÇA, Andrey Borges. *Nova reforma do Código de Processo Penal*. São Paulo: Método, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas *in Temas de direito processual 6ª série*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 107-123.

_____. Processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo in *Temas de direito processual 9ª série*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 39-54.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

TARUFFO. Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LI, n. 2, giugno 1997.


...

# Reflexões sobre a ab-rogação do inciso I, art. 5º, da Lei 1.533/51 pela Constituição Federal

*Gustavo Angelim Chaves Corrêa* *

A Lei 1.533, de 31.12.1951, que regulamenta o mandado de segurança, como é do conhecimento geral, veda, em seu art. 5º, I, a impetração na hipótese "de ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução".

As disposições legais editadas após a mencionada Lei 1.533, a exemplo das Leis 2.770, de 04.05.1956; 4.116, de 04.12.1962; 4.348, de 26.06.1964; 4.410, de 24.09.1964; 5.021, de 09.06.1966; 6.014, de 27.12.1973; 6.017, de 03.07.1974; 6.978, de 19.01.1982; 7.969, de 22.12.1989; 8.076, de 23.08.1990; 9.259, de 09.01.1996; 10.910, de 15.07.2004, e, finalmente, até o momento, a MP 2.180-35, de 24.08.2001, não trouxeram qualquer modificação ao aludido inciso, que se mantém, sem alteração, desde sua edição.

O Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária de 1º.06.1964, com base em precedentes da lavra dos eminentes Relatores Hahnemann Guimarães, Henrique D'Ávila, A. H. Ribeiro da Costa e Victor Nunes Leal e no art. 141, § 24, da Constituição de 1946, editou a Súmula 430.[1]

Logo, se o art. 5º, I, da Lei 1.533/51 veda a impetração da ordem de segurança quando cabível o recurso administrativo, e este, por seu turno, não interrompe o prazo para o mandado de segurança, como estabelecido no art. 18 da Lei 1.533/51, não há dúvidas de que ao interessado se está a negar a aplicação do art. 5º, XXXV e LV,[2] da CF/88.

Ora, ainda que haja pendência de recurso administrativo, não pode a Lei 1.533/51 ou qualquer outra impor restrições e limitações ao acesso à Justiça.

Tenho, assim, da exegese do art. 5º, I, da Lei 1.533/51, a rigor da disposição expressa do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil,[3] que ele se afigura plenamente incompatível com a literalidade e o espírito do art. 5º, XXXV e LV, da CF/88.

É que posições autorizadas, de peso, como a do eminente Ministro Carlos Velloso (ADIN n. 927-3/RS, Medida Liminar, 04.11.1993, *apud* Uadi Lammêgo Bulos (*Constituição Federal anotada*, 5. ed. São Paulo: Saraiva), reputam que "[...] os direitos e garantias fundamentais constituem-se em normas gerais, nacionais, e, como tal, lhe devem obediência todas as demais disposições legais", de modo que considero que aquele preceito restritivo impresso no art. 5º, I, da Lei 1.533/51 não tem mais qualquer sobrevivência ou consistência jurídica, estando ab-rogado pela CF/88.

José Afonso da Silva (*Curso de direito constitucional positivo,* 12. ed., Editora M, 1996, p. 411) acentua:

> *O art. 5º, XXXV, consagra o direito de invocar a atividade jurisdicional, como direito público subjetivo*. [...]. Garante-se a plenitude da defesa, agora mais incisivamente assegurada no inc. LV do mesmo artigo: aos litigantes, em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Agora a seguinte passagem do magistério de Liebman tem ainda maior adequação ao Direito Constitucional brasileiro: *'O poder de agir em juízo e o de defender-se de qualquer pretensão de outrem representam a garantia fundamental da pessoa para a defesa de seus direitos e competem a todos indistintamente, pessoa física e jurídica, italianos [brasileiros] e estrangeiros, como atributo imediato da personalidade, e pertencem por isso à categoria dos denominados direitos cívicos'*. (g.)

A propósito do tema em debate, Uadi Lammêgo Bulos (*Constituição Federal anotada*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, p. 561-563) assenta que:

> Muito se tem dito a respeito das 'normas gerais' [...] vale transcrever excerto do voto do Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, do Supremo Tribunal Federal: 'A formulação do conceito de 'normas gerais' é tanto mais complexa quando se tem presente o conceito de lei em sentido material - norma geral, abstrata. Ora, se a lei, em sentido material, é norma geral, como seria a lei de 'normas gerais' referida na Constituição? *Penso que essas 'normas gerais' devem apresentar generalidade maior do que apresentam, de regra, as leis. Penso que 'norma geral', tal como posta na Constituição, tem o sentido de diretriz, de princípio geral. A norma geral federal, melhor será dizer nacional, seria a moldura do quadro a ser pintado pelos Estados e Municípios no âmbito de suas competências* (STF, voto na ADIN n. 927-3, Rio Grande do Sul, Medida Liminar, 04.11.1993)'. (g.)

Em seguida, pondera o constitucionalista: "Numa palavra, tais normas são gerais, devendo levar em conta, por exemplo, o princípio republicano, a autonomia municipal, a independência dos Poderes, os direitos e garantias fundamentais etc.".

---

* Assessor de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

[1] "Pedido de reconsideração na via administrativa não interrompe o prazo para o mandado de segurança".

[2] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...]
LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...]. da CF/88.

[3] Art. 2º, § 1º - A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

Logo, não pode a lei especial do MS estabelecer, na hipótese em apreciação, resistência à aplicação do comando constitucional explícito no art. 5º, XXXV e LV, que, como visto, não recepcionou aquela.

Aliás, o autor Lammêgo Bulos dá, com precisão, a real extensão desses preceitos constitucionais, intitulando-os de "elementos mínimo-irredutíveis". Confira-se:

> Elementos mínimo-irredutíveis das constituições são itens imprescindíveis à conformação dos textos constitucionais. A doutrina constitucional clássica, capitaneada por Carl Schmitt, Manuel Garcia-Pelayo, Adolfo Posada, Karl Loewenstein, Garnet *et alli* abordaram o tema em epígrafe sob o título elementos das constituições, sem mencionar o qualificativo mínimo-irredutíveis. Tal adjetivo encontra origem no pensamento de Kenneth C. Wheare (*Modern Constitutions*, p. 46 e s.). [...] Esses elementos são mínimo-irredutíveis, porquanto não podem faltar num documento constitucional. [...] No Brasil, a estrutura normativa da Constituição de 1988 evidencia os seguintes elementos mínimo-irredutíveis: [...] 2) *elementos mínimo-irredutíveis limitativos: freiam o poder estatal perante os cidadãos, evitando o arbítrio, o abuso de autoridade, o desrespeito aos direitos garantias fundamentais. Exemplos: art. 5º, I a LXXVII; arts. 14 a 17. (g.)*

André Ramos Tavares, no excerto "Elementos para uma Teoria Geral dos Princípios na Perspectiva Constitucional" (f. 21/51) na obra *Dos princípios na perspectiva constitucional* - Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição, organizada por Geraldo Salomão Leite, São Paulo: Malheiros Editores, outubro de 2003, pontua:

> [...] Princípios infraconstitucionais - Tem-se por certo que os princípios constitucionais desempenham a função de cimentação sistemática do ordenamento - ou seja, reduzem o ordenamento a uma unidade congruente de normas. *Todas as leis, decretos e atos normativos de qualquer índole devem obediência e acatamento aos mais altos padrões normativos - ou seja, aos princípios constitucionais. [...] Os princípios constitucionais, especialmente os direitos fundamentais, possuem a condição de abertura normativo-material - quer dizer, têm a capacidade de expandir seu comando consoante as situações concretas que se forem apresentando. É o que se pode denominar de 'eficácia irradiante'. (g.)*

O Desembargador José Tarcízio de Almeida Melo, em sua notável obra *Reformas administrativa - previdenciária - do Judiciário*, Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2000, p. 131, salienta:

> *O direito, estando na Declaração, é intangível e imutável*. Já o ensinou Leon Duguit, há muitos anos, quando lhe questionaram que a Constituição francesa de 1899 não consagrava, no seu texto, a Declaração de Direitos, como era o propósito de todas as Constituições. O sentido da Constituição escrita foi, sobretudo, declarar direitos para a posteridade, e não organizar Estado. *Duguit disse que as normas de declaração de direitos são as chamadas normas da superlegitimidade constitucional*, normas que não precisam de estar escritas na Constituição para valerem, *normas de primeira grandeza, que são chamadas normas de decisão fundamental, por Carl Schmitt. Há uma gradação das normas constitucionais e, dentro desta estrutura, a Declaração de Direitos ocupa uma grandeza superior a outras normas constitucionais*. No conjunto constitucional, se tivermos de fazer uma interpretação, devemos tê-la harmônica, orgânica, e *dando valor principal às normas constitucionais relativas à Declaração de Direitos*. As normas secundárias, que são aquelas acessíveis à emenda constitucional, são inferiores às normas da Declaração de Direitos'. (g.)

O Desembargador Kildare Carvalho, em sua indispensável obra *Direito constitucional didático*, Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2002, p. 215-218, cuidando da extensão dos direitos fundamentais, expõe:

> A Constituição Federal de 1988 foi promulgada com 315 artigos, sendo 245 na parte permanente e 70 do ato das disposições transitórias, superando em extensão normativa as Constituições brasileiras anteriores. Essa circunstância poderia contribuir para o agravamento de conflitos ou tensões normativas, não fosse a existência, no texto constitucional, de princípios fundamentais (Título I), harmonizando e dando coerência e consistência ao complexo normativo da Constituição, além de fixar as bases e os fundamentos da nova ordem constitucional. [...] *De se notar que os princípios expressam valores fundamentais adotados pela sociedade política, vertidos no ordenamento jurídico, e informam materialmente as demais normas, determinando integralmente qual deve ser a substância e o limite do ato que os executam*". (g.)

Conclui-se, dessa forma, aliado à melhor doutrina, que, com a edição da Constituição Federal, houve autêntica ab-rogação do art. 5º, I, da Lei 1.533/51 pelo art. 5º, incisos XXXV e LV, da CF/88.

## Referências bibliográficas


BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 5. ed. São Paulo: Saraiva.

CARVALHO, Kildare. *Direito constitucional didático*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 12. ed., Editora M, 1996.

TAVARES, André Ramos. Elementos para uma teoria geral dos princípios na perspectiva constitucional, p. 21-51. In:


...

# TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS
# CORTE SUPERIOR

## Ação direta de inconstitucionalidade - Tributação - Serviço notarial e de registro - ISS - Incidência - Imunidade tributária - Ausência - Improcedência do pedido

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Tributação de ISSQN sobre serviços notariais e de registro. Constitucionalidade da prática, conforme nova posição do STF, diante do intuito lucrativo da atividade somado à ausência de imunidade à tributação de serviços públicos prestados por particulares.

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.0000. 07.451102-3/000 - Comarca de Bueno Brandão - Requerente: Recivil - Sindicato dos Oficiais do Registro Civil das Pessoas Naturais do Estado de Minas Gerais - Requerido: Município Bueno Brandão - 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, EM REJEITAR PRELIMINAR E JULGAR IMPROCEDENTE, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, POR MAIORIA.

Belo Horizonte, 24 de setembro de 2008. - *Jarbas Ladeira* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. JARBAS LADEIRA - Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada pelo Sindicato dos Oficiais do Registro Civil das Pessoas Naturais do Estado de Minas Gerais - Recivil - por meio da qual requer sejam declarados inconstitucionais os itens 21 e 21.01 da lista de serviços do Município de Bueno Brandão, incluídos pela Lei Complementar 1.645/2006.

Alegou o postulante, em síntese, que os serviços notariais e de registro são imunes à exação de qualquer modalidade de tributo, razão por que pugnou pelo deferimento de liminar, para que fossem suspensos os efeitos da Lei Complementar nº 1.645/2006, bem como, ao final, se dê procedência ao pedido, declarando-se inconstitucional a norma referida.

O eminente Desembargador Francisco Figueiredo, anteriormente sorteado Relator para o presente feito, indeferiu a liminar rogada.

Ao prestar informações, o Município de Bueno Brandão argüiu, inicialmente, a inadequação da via eleita, sob o fundamento de que o autor não enumerou qualquer dispositivo da Constituição Estadual que tenha supostamente sido violado frente à norma municipal em testilha. Quanto ao mérito, aduziu a constitucionalidade da legislação impugnada.

Manifestando-se nos autos, a douta Procuradoria-Geral de Justiça se posicionou pela inconstitucionalidade dos itens 21 e 21.01 da lista de serviços, disposta no art. 128 da Lei Complementar 1.645/2006, do ente requerido.

Em face da aposentadoria do insigne Desembargador Francisco Figueiredo, vieram-me redistribuídos os autos.

É o relato do essencial.

Passo a decidir.

Inicialmente, rejeito a preliminar de impropriedade da via processual escolhida, tendo em vista que os dispositivos da Carta Mineira supostamente violados foram expressamente citados pelo autor e também por se encontrar devidamente alinhado o objeto da ação com o procedimento a ela afeito.

Quanto ao mérito, em que pese este Tribunal, arrimado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ter-se posicionado, em arestos anteriores, no sentido da inconstitucionalidade das leis municipais que instituem o ISSQN sobre os serviços realizados pelas serventias extrajudiciais, recentemente o Excelso Pretório reformou seu posicionamento acerca da matéria, quando do julgamento da ADIN 3.089 (julgada em 13.02.2008, cuja publicação se deu em 1º.08.2008), passando a entender pela possibilidade de incidência do tributo referido sobre as atividades notariais e de registro.

Fundamentou a Corte Suprema que, pelo fato de a atividade notária e registral ser exercida por pessoas privadas, com o intuito de lucro, e também por não ser aplicável a imunidade tributária prevista no art. 150, VI, da Constituição a entes privados, mas apenas às entidades políticas, não haveria óbice constitucional à exação em espeque.

Para fins ilustrativos e didáticos, transcrevo parte do mencionado julgado:

> Considero que a tributação a título de Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, recebido por particulares como contraprestação pelo exercício delegado de serviços notariais e de registro (art. 236, *caput*, da Constituição), não viola a imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, *a*, da Constituição.
>
> Assim entendo, pois a tributação, nessas bases, é coerente com as garantias federativas que a Constituição busca assegurar com o implemento da imunidade recíproca.

> Inicialmente, anoto que a atividade notarial é sempre exercida por entes privados, mediante contraprestação com viés lucrativo, posto que de índole estatal, submetida ao poder de polícia do Judiciário (art. 236, *caput* e §§ 1º e 2º, da Constituição). A circunstância de a atividade ser remunerada, isto é, explorada com intuito lucrativo por seus delegados já atrairia, por si somente, a incidência do art. 150, § 3º, da Constituição, que textualmente dispõe:
> '[...]'.
> Ademais, não há como conciliar a função a que se destina a imunidade recíproca com o efeito jurídico e pragmático pretendido pela requerente.
> Observo que a imunidade tributária recíproca opera como mecanismo de ponderação e calibração do pacto federativo, destinado a assegurar que entes desprovidos de capacidade contributiva vejam diminuída a eficiência na consecução de seus objetivos definidos pelo sistema jurídico.
> [...]
> Assim, a imunidade recíproca é uma garantia ou prerrogativa imediata de entidades políticas federativas, e não de particulares que executem, com inequívoco intuito lucrativo, serviços públicos mediante concessão ou delegação, devidamente remunerados (trecho do voto proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa).

Reafirmando a tese defendida pelo Ministro Joaquim Barbosa e que selou a posição do Supremo, de se citar o judicioso voto expedido pelo Ministro Marco Aurélio, também proferido no exame da aludida ADIN 3089:

> Consta do artigo 150 a vedação de a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituírem impostos sobre patrimônio, renda ou serviços uns dos outros. De início, o preceito encerra visão única sobre a atuação pública, pressupõe que a relação jurídica estabelecida envolva diretamente um dos entes mencionados - União, Estados, Distrito Federal ou Municípios. Vale dizer: exclui o artigo 150 da Constituição Federal a colocação de qualquer deles como contribuinte. Ora, isso não ocorre quando se trata de serviço notarial e de registro exercido em caráter privado por terceiro, pouco importando que o seja por delegação do poder público. O terceiro mostra-se um contribuinte em potencial.

Posto isso, forte na nova posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal acerca do recolhimento de ISSQN sobre os serviços notariais e de registro, voto pela improcedência do pedido inicial.

Sem custas.

DES. BRANDÃO TEIXEIRA - De acordo.

DES. ALVIM SOARES - De acordo.

DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - De acordo.

DES. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS - De acordo.

DES. WANDER MAROTTA - De acordo.

DES. ALVIMAR DE ÁVILA - De acordo.

DES. EDELBERTO SANTIAGO - De acordo.

DES. CLÁUDIO COSTA - De acordo.

DES. REYNALDO XIMENES CARNEIRO - De acordo.

DES. HERCULANO RODRIGUES - De acordo.

DES. CARREIRA MACHADO - De acordo.

DES. JOSÉ FRANCISCO BUENO - De acordo.

DES. CÉLIO CÉSAR PADUANI - De acordo.

DES. HYPARCO IMMESI - De acordo.

DES. KILDARE CARVALHO - De acordo.

DES. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA - De acordo.

DES. JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES - De acordo.

DES. NILSON REIS - De acordo.

DES. CAETANO LEVI LOPES - De acordo.

DES. ERNANE FIDÉLIS - Sr. Presidente. Penso que essa declaração não é vinculativa. Se há um pedido de declaração de inconstitucionalidade, o julgamento em sentido contrário não diz automaticamente que ela é constitucional. Só se fosse uma ação de constitucionalidade. Então, continuo entendendo que é inconstitucional. Não considero constitucional essa cobrança, porque incide sobre taxa e é uma bitributação. Repito, o julgamento não é vinculativo. Não somos obrigados a seguir este julgamento, porque a ação foi de declaração de inconstitucionalidade, julgada improcedente, e não declaração de constitucionalidade julgada procedente. Fica no poder de independência do juiz se se julga inconstitucional ou constitucional. Se o Supremo Tribunal Federal reconhece a inconstitucionalidade, ele tira a lei de circulação. Aí é outro problema, mas, aqui, neste caso, ele não tirou e considerou constitucional a cobrança. Se considerou constitucional, não sou obrigado a seguir o Supremo. Tenho a minha independência e, modestamente, permito-me julgar que é um verdadeiro absurdo a cobrança de tributo, que é uma bitributação sobre emolumentos de oficial do serviço notarial. Por essas razões, acolho esta ação direta de inconstitucionalidade.

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - De acordo com o Relator.

DES. MOREIRA DINIZ - De acordo com o Relator.

DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES - De acordo com o Relator.

DES. JARBAS LADEIRA - Sr. Presidente, pela ordem.

Gostaria, apenas, de fazer um esclarecimento, porque o art. 102, § 2º, da Constituição Federal, respondendo ao Des. Ernane Fidélis, diz que:

> As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

*Súmula* - REJEITARAM PRELIMINAR E JULGARAM IMPROCEDENTE, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, POR MAIORIA.

...

## Reserva de bens - Plano de partilha - Apresentação pela inventariante - Vista aos investigantes - Possibilidade

Ementa: Reserva de bens. Plano apresentado pela inventariante. Vista aos investigantes. Possibilidade.

- A cumulação da investigação de paternidade com a petição de herança e reserva de quinhão hereditário é possível, tendo em vista que o que se almeja é a proteção dos bens referentes à herança até que seja exaurida a discussão acerca da real filiação dos peticionários. Assim, deve ser dada ciência aos inventariantes dos bens reservados pela inventariante, sem que isso configure instauração de nova lide dentro dos autos de inventário.

**AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0017.05.012693-1/002 - Comarca de Almenara - Agravantes: Espólio de C.F.C., representado p/ inventariante E.B.C.O. - Agravados: N.F.P. e outros - 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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 9 de setembro de 2008. - *Wander Marotta* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. WANDER MAROTTA - Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo espólio de C.F.C., representado nos autos pela inventariante E.B.C. e outros, contra a r. decisão que determinou fosse dada vista aos demais herdeiros e aos investigantes N.F.P., N.F.P. e D.F.P. para se manifestarem sobre o plano de partilha e reserva de quinhões apresentados pela inventariante.

Afirmam os recorrentes, em síntese, que os agravados ajuizaram, no curso do processo de inventário, ação de investigação de paternidade contra o falecido, tendo o Juiz e este Tribunal determinado a reserva de bens até que haja solução da ação proposta nas vias ordinárias. Feita a reserva de bens determinada, foi apresentado o plano de partilha dos bens inventariados, não tendo o Magistrado, contudo, examinado a impugnação da entrada de estranhos no inventário do Sr. C. Afirma que os investigantes, agravados, não poderiam atuar nos autos do inventário, uma vez que a questão por eles suscitada é de alta indagação, que só pode ser examinada nas vias ordinárias. De outro lado, não foi apreciado o pedido de cota dos agravantes, tendo a decisão atacada instaurado contraditório no processo de inventário, o que não se admite. Pedem seja reformada a decisão impugnada:

> [...] que determina a intimação dos agravados para se manifestarem nos autos, determinando-se, ainda, que os mesmos sejam excluídos dos autos e remetidos para as vias ordinárias na forma da lei (f. 04).

Conheço do recurso.

Quando do exame do AI nº 1.0017.05.012693-1/001, verifiquei que, em 6 de julho de 1993, E.B.C. pediu a abertura do inventário de seu falecido marido, C.F.C. (f. 06/08 - AI nº 1.0017.05.012693-1/001), tendo sido nomeada inventariante (f. 09/10 - AI nº 1.0017.05.012693-1/001).

Contudo, em 22.07.1999, N.F.P.A., N.F.P. e D.F.P.P., ora agravados, ajuizaram uma ação de investigação de paternidade, c/c petição de herança, contra os herdeiros e sucessores de C., pedindo:

> [...] o sobrestamento do processo de inventário [...] até que seja julgada e elucidados os fatos aventados na ação de verificação de paternidade (f. 13/14 - AI nº 1.0017.05. 012693-1/001).

O ilustre Juiz indeferiu "[...] o pedido de suspensão do feito ante a desnecessidade", mas determinou a reserva dos possíveis quinhões dos investigantes, a fim de garantir eventuais direitos hereditários, tendo sido essa decisão confirmada por este Tribunal.

Contudo, insurgem-se os agravados contra a petição de f. 71/72 (f. 14/15-TJMG), que, segundo afirmaram em 26.08.1999, jamais poderia ter sido juntada aos autos.

Ora, essa petição - e o pedido de f. 20-v. (84-verso dos autos originais) - tinha por objetivo apenas o sobrestamento dos autos do inventário até que fosse julgada a ação de investigação de paternidade, já decidida a questão quando do julgamento do AI nº 1.0017.05. 012693-1/001.

De outro lado, não há nenhuma ilegalidade na decisão atacada, que determina seja dada vista aos herdeiros e aos investigantes do plano de partilha e da reserva de quinhões feitos pela agravante conforme determinação judicial, podendo os agravados discordar da reserva feita.

Como ficou ressaltado, a cumulação da investigação de paternidade com a petição de herança e reserva de quinhão hereditário é possível, tendo em vista que o que se almeja é a proteção dos bens referentes à herança até que seja exaurida a discussão acerca da real filiação dos peticionários. E deve ser dada ciência aos

inventariantes dos bens reservados pela inventariante, sem que, com isso, configure instauração de nova lide dentro dos autos de inventário.

Por tais motivos, nego provimento ao recurso.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BELIZÁRIO DE LACERDA e HELOÍSA COMBAT.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

...

## Embargos do devedor - Inicial - Peças indispensáveis - Ausência - Indeferimento - Art. 736, parágrafo único, c/c art. 267, IV, do CPC - Norma processual nova - Aplicação imediata

Ementa: Apelação cível. Embargos de devedor. Inicial desprovida de peças essenciais. Indeferimento. Inteligência do art. 736, parágrafo único, c/c art. 267, IV, do CPC. Norma processual de aplicação imediata.

- Com o advento da Lei 11.382/06, exige-se instrução dos embargos à execução com peças relevantes a sua apreciação, cabendo ao embargante, em face da novel disciplina do art. 739/CPC, instruí-lo com as que considere indispensáveis à cognição incidental.

- As normas processuais novas, por via de regra, têm aplicação imediata - art. 1.211 do Código de Processo Civil -, alcançando os processos em curso, resguardados apenas atos processuais implementados, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0515.06.021676-6/001 - Comarca de Piumhi - Apelante: Plínio Rodrigues Nunes - Apelado: Banco do Brasil S.A. - Litisconsortes: Juvêncio Rodrigues Nunes e outro - 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 NEGAR PROVIMENTO, COM RECOMENDAÇÃO PARA PUBLICAÇÃO

Belo Horizonte, 10 de setembro de 2008. - *Domingos Coelho* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. DOMINGOS COELHO - Cuida-se de apelação cível interposta por Plínio Rodrigues Nunes contra a sentença de f. 152/153, que, nos autos dos embargos à execução que move em desfavor de Banco do Brasil S.A., indeferiu a petição inicial e julgou extinto o processo sem resolução de mérito.

Aduz-se nas razões recursais que não foi observado o art. 215 do CPC na espécie, já que o apelante não foi citado para instruir a petição inicial com as cópias relevantes da execução; que restaram violados também os princípios do contraditório e da ampla defesa; que deve ser observados a garantia do devido processo legal e o direito fundamental à razoável duração do processo; que deve ser levada em consideração a natureza jurídica do crédito rural; requerendo-se por fim a reforma da sentença primeva.

Não foram apresentadas contra-razões.

Recurso próprio, tempestivo, regularmente processado e isento de preparo. Dele conheço, visto que presentes todos os pressupostos para a sua admissibilidade.

Não há preliminares a serem examinadas, motivo pelo qual adentro de imediato o exame do mérito recursal.

E, nele, tenho que razão desassiste ao apelante.

A questão principal a ser dirimida no presente apelo refere-se à possibilidade de indeferimento da exordial dos embargos de devedor em face da ausência de juntada de peças indispensáveis à sua instrução.

Passemos a tal análise, então.

Os embargos do devedor têm natureza de ação incidental de conhecimento. Como tal, iniciam-se por petição nos moldes exigidos pelos arts. 282 e 283 do CPC.

Com o advento da Lei 11.382/06, acrescentou-se aos requisitos extrínsecos da proemial comando adicional, de instrução compulsória, com peças processuais relevantes (art. 736, parágrafo único, do CPC), *in verbis*:

> Art. 736. (...)
> Parágrafo único. Os embargos à execução serão distribuídos por dependência, autuados em apartado, e instruídos com cópias (art. 544, §1°, *in fine*) das peças processuais relevantes.

Ao editar a alteração normativa, o legislador revela intenção maior (*mens legislatoris*) e atenta aos princípios da economia e celeridade processual - fazer cumprir, no plano infraconstitucional, o disposto no inciso LXXVII do art. 5º da CR/88, que, com a EC 45 (Reforma do Judiciário), passou a assegurar a todos novo direito fundamental: o da razoável duração do processo.

A intenção se liga, desse modo, ao objetivo imediato, de permitir o processamento físico da execução e dos embargos, mas possibilitando prosseguimento simultâneo dessas ações, viabilizando, inclusive, o envio singular dos embargos ao tribunal, como ocorre no caso em apreço.

O alcance teleológico dessas prescrições inovadoras constitui o seu mais importante traço, que reside na imposição de cumprimento, por elas, do verdadeiro espírito que se instala, agora, no âmbito do processo: o de não mais se permitir, como no passado, sejam os embargos, de veículo desconstitutivo-incidental (da execução forçada), transformados em fomento de emperramento eternizante do processo executivo. Por essa razão, a lei concede efeito não mais suspensivo-automático aos embargos, que somente suspenderão o curso da execução quando provado excepcional *periculum in mora* (art. 739, § 1°, do CPC).

Não só modificativa da estrutura em si dos embargos, mas também de aplicação imediata, se faz a lei nova, dado o caráter de ordem pública de que se revestem, como regra, as normas processuais.

Vale dizer: a alteração interfere não só com o trâmite dos embargos do devedor distribuídos após o início de sua vigência, mas, também, com o daqueles já em curso, resguardada, apenas, a vedação ao atingimento de ato jurídico perfeito e direito adquirido consolidados na pendência destas últimas instâncias.

Sobre a aplicabilidade da lei e do direito intertemporal-processual, ressalta-se que o sistema pátrio adotou, para transição temporal de leis, o princípio do isolamento dos atos processuais,

> que disciplina que a lei nova não atinge os atos processuais já praticados, nem seus efeitos, mas as aplica aos atos processuais a praticar, sem limitação relativa às chamadas fases processuais (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*).

O art. 1.211 do CPC traz, estampado, o critério, *in verbis*:

> Art.1.211. Este Código regerá o processo civil em todo o território brasileiro. Ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes.

Noutro modo de dizer, as normas de direito processual têm aplicação imediata, atingindo, inclusive, processos pendentes de julgamento, respeitando-se, contudo, situações jurídicas consolidadas sob a vigência da lei anterior, sob pena de violação ao art. 5°, inciso XXXVI, da CR/88, que consagra que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

Luiz Arruda Wambier e outros, em *Breves comentários à nova sistemática processual civil*, Revista dos Tribunais:

> ... Sabe-se que as normas jurídicas, em princípio, regem as situações fáticas que ocorrem enquanto elas (normas) estão em vigor. Portanto, as normas jurídicas disciplinam situações que ocorrem no mundo empírico, no espaço que vai desde o momento em que entraram em vigor até aquele em que foram tácita ou expressamente revogadas.
>
> Assim, e em princípio, as leis passam a regrar os fatos imediatamente, ou seja, a partir do momento em que passam a ser leis vigentes. Não são disciplinados pela lei nova fatos que ocorreram no passado, nem fatos que no futuro terão lugar, depois da sua (da lei) revogação. A lei, de regra, se aplica ao presente...

A propósito, a jurisprudência deste Tribunal:

> Agravo de instrumento - Execução de título extrajudicial - Embargos do devedor - Aplicação das novas regras processuais - Regramento - Recebimento apenas no efeito devolutivo. - A lei processual nova aplica-se inclusive aos processos em curso, não podendo, contudo, atingir os atos processuais já praticados, nem os seus efeitos, mas tão-somente aqueles não iniciados, sem qualquer limitação à fase processual em que ele se situa. - É fundamental que, para a suspensão da execução, em decorrência da oposição dos embargos, a parte, além do requerimento expresso e da relevância dos seus fundamentos, demonstre que o prosseguimento do processo de execução virá a causar-lhe grave dano de difícil ou incerta reparação e, além disso, e também como condição essencial, a segurança do juízo (AI n° 1.0024.07.426296-5/001 - Rel. Osmando Almeida - 9ª Câmara Cível - pub. em 23.06.2007).

> Processual civil - Agravo de instrumento - Embargos à execução - Ajuizamento antes da vigência do § 5° do art. 739-A do CPC introduzido pela Lei 11.382/06 - Direito intertemporal - Ação interposta na vigência da lei antiga - Provas já pedidas - Decisão que determina ao embargante juntar planilha de cálculo - Rejeição dos embargos em caso de descumprimento - Impossibilidade - Prosseguimento dos embargos - Recurso parcialmente provido. - O direito brasileiro, quanto à eficácia da lei processual no tempo, adotou o sistema do isolamento dos atos processuais, no qual a lei nova não atinge os atos processuais já praticados, nem seus efeitos, e se aplica aos atos processuais subseqüentes. Processados os embargos antes da vigência da referida lei e já estando os embargos na fase de produção de provas, não se há de cogitar em possível rejeição dos embargos anteriores à nova lei, por ausência da planilha de cálculo do devedor. Recurso parcialmente provido. (AI n° 1.0024.06.102467-5/001 - Rel. Márcia De Paoli Balbino - 17ª Câmara Cível - pub. em 13.07.2007).

*In casu*, a determinação de emenda à petição inicial dos embargos foi publicada em 21 de novembro de 2007 - certidão de f.150 - ou seja, quando já vigentes as alterações trazidas ao procedimento executório extrajudicial pela Lei 11.382/06.

Ademais, daquela decisão não foi interposto qualquer recurso, tornando a questão preclusa.

Desta feita, em face da autonomia da presente ação, imperioso o cumprimento, nela, da disposição contida no art. 736, parágrafo único, do CPC, sob pena de não-conhecimento, conforme preconiza o art. 267, IV, do CPC.

De se dizer, uma vez mais - agora, sob o dogma de que a lei não contém palavras ou comandos inúteis - que a prescrição inovadora, sistemicamente examinada, colima, exatamente, o (novo) princípio instituído para os

embargos, que é da autonomia (ainda que relativa) dos mesmos, que não mais tramitarão apensados à execução, pelo que, como elementos físico-processuais autônomos, deverão ser instruídos com as peças necessárias à cognição que exigem.

Exonerar o acionamento dessa nova exigência equivale a mais que descumprir comando textual da lei de regência do processamento.

A hipótese afronta o escopo buscado pela reforma processual produzida e, fundamentalmente, o princípio constitucional, da razoável duração da instância incidental, em sentido diametralmente oposto ao afirmado pelo apelante em seu recurso.

Aliás, não há se falar, também, em qualquer ofensa às garantias do contraditório, ampla defesa, devido processo legal, na medida em que na hipótese dos autos o que se fez foi, tão- somente, dar aplicabilidade a uma norma processual em vigor.

O recorrente teve a faculdade de emendar sua petição inicial - nos termos do art. 284 do CPC -, mas não o fez. Tal fato, por si só, não caracteriza ofensa aos princípios supracitados.

Tampouco houve ofensa ao art. 215 do CPC, visto que a citação é ato processual de comunicação ao demandado, e não ao demandante, como parece confundir o recorrente.

E, ainda que se tratasse, em tese, de suposta ausência de intimação válida ao advogado para emenda da petição inicial, é de se ver que a certidão de f. 150, que goza de fé pública, dá notícia de que houve regular publicação de decisão de f. 149 (que determinara a emenda à inicial) em 21 de novembro de 2007, não tendo o recorrente apresentado qualquer prova apta a elidir tal presunção (como, por exemplo, a juntada do *Minas Gerais* do dia ou certidão expedida pelo cartório informando haver equívoco naquela anterior certidão).

Frise-se, aqui, que o advogado não pode se fiar meramente em informativos eletrônicos e por isso é de se ter como válida e regular a intimação realizada nos autos, à míngua de prova em contrário - ônus este que era do apelante, nos termos do art. 333, I, do CPC.

Confira-se a doutrina a respeito:

> 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. Malheiros: São Paulo, 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. I, n. 126, p. 441).

Isso posto, nego provimento ao recurso, ficando mantida a muito bem-lançada sentença primeva.

Custas recursais, pelo apelante, suspensa sua exigibilidade pelo prazo de 5 anos, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50.

DES. JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA - Acompanho o excelente voto proferido por V. Exa. e recomendo a sua publicação, dado o seu caráter pedagógico.

DES. NILO LACERDA - De acordo com V. Exa., inclusive com a recomendação feita pelo eminente Des. José Flávio de Almeida.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO, COM RECOMENDAÇÃO PARA PUBLICAÇÃO.

...

## Registro público - Carta de arrematação - Imóvel - Caracterização precisa - Ausência - Averbação - Necessidade - INSS - Certidão negativa de débito - Inexigibilidade

Ementa: Registro público. Carta de arrematação. Ausência de caracterização precisa do imóvel frente aos termos constantes do registro público. Necessidade de averbação. Certidão negativa de débito do INSS. Inexigibilidade.

- Não pode a carta de arrematação ser registrada se dela consta edificação que não figura no registro público, sendo necessária a devida averbação, em atenção ao disposto na Lei 6.015/73 e aos princípios da especialidade e da continuidade do registro público.

- Não é cabível a exigência de apresentação de certidão negativa de débito do INSS, quando a aquisição do bem ocorreu em hasta pública, diante do art. 130, parágrafo único, do Código Tributário Nacional.

Apelo provido parcialmente.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0287.07.034399-4/001 - Comarca de Guaxupé - Apelante: Agrocredi - Cooperativa de Crédito Rural dos Cafeicultores Agropecuários de Guaxupé Ltda. - Apelada: Basília Amélia Marinho de Carvalho Balbino - 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 DAR PARCIAL PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 5 de agosto de 2008. - *Jarbas Ladeira* - Relator.

## Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo apelante, o Dr. Roberto Wagner Marotta Reis Almeida.

DES. JARBAS LADEIRA - Cuida-se de recurso de apelação interposto em face da sentença de f. 72/73, que julgou procedente a dúvida suscitada pela registradora substituta do Serviço Registral Imobiliário, mantendo os requisitos exigidos para a efetuação do registro, quais sejam averbação das construções mencionadas na carta de arrematação e apresentação da certidão negativa de débito - CND - junto ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

Argumenta o apelante não ser sua a obrigação de proceder à averbação das edificações realizadas no terreno, visto não ter sido informado sobre tanto quando da arrematação do bem. Reforça a fundamentação, alegando que não possui a planta do imóvel, essencial para a averbação imposta pelo serviço.

Insurge-se, outrossim, contra a imposição de apresentar a CND do INSS, argumentando que, para cumprir a exigência, necessário seria ter dados e documentos dos quais não dispõe. Assevera que somente o antigo proprietário poderia requerer a certidão, tendo em vista, ainda, o sigilo fiscal.

A apelada pugna pela manutenção da sentença e inova, deduzindo novo pedido, a fim de que haja instituição e especificação de condomínio.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Depreende-se dos autos que, da carta de arrematação levada a registro, oriunda dos autos de execução nº 284.01.1282-4, consta que o exeqüente, ora apelante, arrematou os seguintes bens:

a) 01 (uma) loja para comércio, com 230 $m^2$, aproximadamente, com piso frio e 4 (quatro) banheiros com azulejos;

b) 01 (um) galpão de 25 x 10 $m^2$ de construção, aberto nas laterais, cobertura com estrutura metálica e telhas galvanizadas;

c) 01 (um) galpão aberto, com 10 x 6 $m^2$ de construção, cobertura de madeira e telhas de amianto.

Frise-se que esses bens foram construídos sobre um terreno situado na Rua Capitão Américo Cirino, formado pelos lotes nºs 60, 61 e 62 e por partes dos lotes de nºs 56, 40 e 55, constante da matrícula nº 278, folha 1 do SRI de Guaxupé.

Levada a carta a registro, o título foi prenotado sob o nº 63.933, do protocolo 1-G, em 1º de fevereiro de 2007. No entanto, foi devolvido em razão das exigências expostas pela registradora substituta, conforme f. 08.

Não se conformando, o apelante reiterou o pedido de registro, reconhecendo a procedência da exigência do recolhimento do imposto de transmissão inter vivos, mas questionando as demais, tendo a registradora suscitado a dúvida.

Pela análise do documento colacionado à f. 21, constata-se que do registro constam apenas os lotes, não havendo menção a qualquer edificação.

Atentando-se para os arts. 167, inciso II, "4", e art. 225 e § 2º, ambos da Lei 6.015/73, o registro deve recair sobre objeto precisamente individualizado e caracterizado.

O § 2º do art. 225 da Lei de Registros Públicos é expresso ao dispor que se consideram irregulares, para efeito de matrícula, os títulos nos quais a caracterização do imóvel não coincida com a que consta do registro anterior.

Ademais, não há como registrar a carta de arrematação sem que haja rastro das edificações no serviço registral, sob pena de se ferir o princípio da continuidade dos registros públicos.

Fato é que os imóveis arrematados não coincidem com a descrição constante do registro do imóvel, como demonstrado.

Por conseguinte, em obediência ao princípio da especialidade, as construções não podem passar a fazer parte do registro imobiliário sem que se proceda à competente averbação, com todas as indicações e características exigidas pela Lei 6.015/73.

Explica-se:

O assentamento básico da propriedade imóvel é a matrícula, núcleo do registro imobiliário. Ela define e caracteriza o imóvel, sendo a base para os casos de registro e averbação.

O registro é lançado na matrícula, devendo constar a data, a forma do título aquisitivo, sua procedência e caracterização, dentre outras características.

A averbação, por sua vez, é a anotação de ocorrência que, por qualquer modo, altere o registro de um imóvel.

No caso presente, o que se encontra registrado são apenas lotes, sem alteração alguma averbada.

Entretanto, a carta de arrematação, que deve ser registrada, refere-se a construções já prontas - lojas e galpões. Sem sombra de dúvidas, alterações no imóvel registrado, que devem, por imperativo legal, ser averbadas junto ao registro, de acordo com o explicitado acima.

Não há meios de se registrar a carta de arrematação se ela não corresponde à realidade registral.

O princípio da continuidade alhures mencionado determina o imprescindível encadeamento entre assentos pertinentes a um dado imóvel e às pessoas nele interessadas.

Caso se proceda ao registro da carta de arrematação, estar-se-á infringindo o princípio, pois nada há, no serviço registral, em relação às edificações (alterações), não havendo seqüência do início de sua existência legal e de sua transmissão.

Para o registro da carta, é imperioso que se observe o registro anterior e que dele conste a descrição exata do imóvel. A confrontação entre a carta e o registro tem que ser exata.

Dessarte, evidenciada a necessidade da averbação determinada.

No que toca à apresentação da certidão negativa de débito do INSS, como, no caso *sub examine*, a transmissão do imóvel ocorreu através de arrematação, entendo ser inexigível a imposição.

Dispõe o Código Tributário Nacional, no art. 130, serem os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis e bem assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, sub-rogados na pessoa do adquirente, salvo prova de quitação.

No entanto, o parágrafo único preceitua que, no caso de arrematação em hasta pública, a sub-rogação ocorre sobre o respectivo preço.

Nesse sentido:

> Agravo de Instrumento - Ação monitória - Execução - Arrematação - Crédito tributário - Registro - Certidão negativa de débito - Inexigibilidade - Art. 130, parágrafo único, do CTN. - Quando a transmissão de um imóvel se opera por arrematação, o arrematante não será responsabilizado pelos ônus tributários devidos até a data de realização da hasta pública, pois a sub-rogação se dá sobre o preço por ele depositado, passando o bem livre ao domínio de quem o arrematou, conforme dispõe o parágrafo único do art.130 do CTN. (Agravo de Instrumento nº 2.0000.00.415664-5/001(1) - Relator Juiz Armando Freire - Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais.)

Há que se atentar que, nas contra-razões, a apelada deduz nova providência, relativamente à instituição e especificação de condomínio por não constar fração ideal de terreno no que se refere às edificações.

Não obstante ser dever da registradora apontar todas as faltas do título levado a registro, devendo formular as exigências que atendam à lei, deduzir novo pleito em sede de apelação fere o direito do interessado de impugnar a dúvida, não merecendo, portanto, guarida.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação para, reformando em parte a r. sentença, determinar sejam cumpridas as exigências de recolhimento do imposto de transmissão inter vivos e averbação das edificações descritas na carta de arrematação para que se proceda ao seu registro, abstendo-se a apelada de exigir a certidão negativa de débito junto ao INSS.

Deixo de fixar honorários advocatícios, em virtude da natureza administrativa do processo de dúvida, em que não há lide, nem partes em conflito.

Custas, *ex lege*.

DES. BRANDÃO TEIXEIRA - De acordo.

DES. CAETANO LEVI LOPES - De acordo.

*Súmula* - DERAM PARCIAL PROVIMENTO.

...

## Servidor público efetivo e estável - Concurso público para o mesmo cargo - Nível diferente - Aprovação - Estágio probatório - Dispensa - Princípio da razoabilidade e da economicidade - Estabilidade - Manutenção - Diferenças devidas - Honorários de advogado - Fixação

Ementa: Administrativo. Servidor público. Aprovação em novo concurso para ingresso no mesmo cargo ocupado anteriormente. Estágio probatório. Dispensa. Estabilidade. Manutenção. Diferenças devidas.

- Em função do princípio da razoabilidade e da economicidade, o servidor público efetivo e estável, aprovado em novo concurso público no mesmo cargo que ocupava anteriormente, apenas em nível diferente, deve ser dispensado do cumprimento de novo estágio probatório, pois o seu desempenho no referido cargo já foi devidamente avaliado pela Administração Pública.

- Vencida a Fazenda Pública, os honorários devem ser fixados com moderação, consoante apreciação eqüitativa do Juiz, pelo que a verba deve ser reduzida, levando-se em conta o trâmite rápido do processo, que não exigiu dilação probatória.

**APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0024.06.090109-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 4ª Vara da Fazenda da Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Estado de Minas Gerais Apelados: Carlos Alberto Antão Siqueira 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 A SENTENÇA EM

PARTE NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 23 de setembro 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. 57/61, proferida nos autos da ação ordinária ajuizada por Carlos Alberto Antão Siqueira e outros em face do Estado de Minas Gerais, que julgou procedentes os pedidos para "declarar a continuidade da estabilidade dos autores por não estarem sujeitos a um novo estágio probatório", tendo condenado o réu ao pagamento integral da Gratificação de Desempenho e Produtividade Individual, "conforme 100% da pontuação aferida", bem como as diferenças retroativas. Condenou o réu, ainda, a pagar o Prêmio de Produtividade aos autores e honorários advocatícios fixados em R$ 1.500,00.

Nas razões recursais, o apelante sustenta a obrigatoriedade do cumprimento de novo estágio probatório, com base na Lei 15.304/04 e no Decreto 43.952/05, pois os apelados foram exonerados dos cargos efetivos que ocupavam anteriormente, formando novo vínculo com a Administração com o reingresso em novo cargo público mediante aprovação de novo concurso.

Salienta que o pagamento de 70% da gratificação de desempenho e produtividade individual e institucional e do prêmio de produtividade encontra-se em conformidade com o disposto na legislação pertinente. Considera excessivos os honorários advocatícios fixados, devendo os juros de mora incidir no percentual de 0,5% ao mês (f. 62/75).

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do reexame necessário e do recurso voluntário.

Versam os autos sobre ação ordinária em que os autores pleiteiam o recebimento integral (100%) da Gratificação de Desempenho e Produtividade Individual e Institucional, bem como o Prêmio de Produtividade, sob o argumento de que não teriam de cumprir novo estágio probatório, pois já eram estáveis no cargo de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental do Estado (EPPGG), nos níveis I e II, quando foram aprovados em novo concurso público para ingresso no mesmo cargo, porém, no nível III.

Segundo o réu, os autores estariam agora ocupando novo cargo público, por isso devem se submeter a novo estágio probatório.

A controvérsia está em saber se os autores podem ou não ser dispensados de cumprir outro estágio probatório como EPPGG nível III, para assim fazerem jus ao pagamento integral (100%) da Gratificação de Desempenho e Produtividade Individual e Institucional, bem como ao Prêmio de Produtividade.

A Lei 15.304/2004, que reestruturou a carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental e instituiu a carreira de Auditor Interno do Poder Executivo, dispõe em seus arts. 10, parágrafo único, II, e 12, que, para o ingresso no nível III da carreira de EPPGG, o candidato deve possuir título de pós-graduação *stricto sensu* e ser aprovado em concurso público e em curso de formação teórico-prático.

Nos termos do § 1º do aludido art. 12 da Lei, durante o curso de formação, o candidato fará jus a auxílio financeiro de até 70% do valor resultante da soma do vencimento básico inicial do cargo com as vantagens previstas na legislação à época vigente.

Por sua vez, prescreve o parágrafo único do art. 13 que a nomeação dos candidatos aprovados no concurso público para o nível III da carreira de EPPGG somente ocorrerá depois da promoção vertical dos servidores da mesma carreira que já tenham atendido os requisitos de promoção para o referido nível, nos termos dos arts. 20 e 21.

Os autores foram aprovados em concurso público e tomaram posse no mesmo cargo EPPGG que ocupavam anteriormente, ou seja, na mesma carreira, mas em nível diferente (f. 27/32), sendo que o desempenho dos mesmos já foi devidamente avaliado pela Administração estadual.

A propósito, não tivessem os autores participado do novo concurso, atingiriam naturalmente o nível III da carreira, por promoção, em virtude do decurso de tempo, de modo que realmente devem ser dispensados do cumprimento de novo estágio probatório.

O objetivo do estágio probatório é a comprovação da aptidão do servidor para a realização satisfatória das atribuições do cargo a ser ocupado, e não o mero decurso do prazo.

Como bem evidenciado pelo ilustre Magistrado, em função dos princípios da razoabilidade e da economicidade, o estágio probatório já cumprido pelos autores há de ser observado, mantendo-se, por conseguinte, a estabilidade adquirida pelos mesmos no serviço público.

Nesse sentido já decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do RMS 13.649/RS, da relatoria do eminente Ministro Jorge Scartezzini (*DJ* de 17.02.2003), conforme ementa citada na r. sentença (f. 59/60)

A propósito, com o mesmo entendimento já se posicionou este egrégio Tribunal de Justiça:

> Ação declaratória. Servidor público. Detentor de cargo efetivo. Novo concurso. Mesma área de atuação. Estágio probatório. Dispensa. Possibilidade. Previsão legal. - Admite-se a dispensa do cumprimento do período de estágio probatório para servidora que tomou posse em cargo similar ao que ocupava anteriormente e junto ao mesmo ente estatal (AC 1.0024.05.695989-3/002, Rel. Des. Silas Vieira, *DJ* de 28.02.2008).

Em conseqüência, os autores também fazem jus ao recebimento da Gratificação de Desempenho e Produtividade Individual, na forma prescrita no art. 16, § 1º, da

Lei 13.085/98 (100%), assim como do Prêmio de Produtividade, nos termos do art. 33 da Lei 14.694/03, em decorrência do aproveitamento do estágio probatório e da avaliação de desempenho especial cumpridos anteriormente.

Ademais, no que se relaciona à Gratificação de Desempenho e Produtividade Individual, importante ressaltar que o réu deve ser condenado a pagar aos autores o valor da diferença apurada em relação ao valor efetivamente pago e o realmente devido, após a posse no nível III do cargo de EPPGG, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração.

Quanto aos honorários advocatícios, a verba deve ser fixada em quantia suficiente para remunerar com dignidade os serviços prestados pelos ilustres patronos dos autores, sem onerar excessivamente o Poder Público, segundo apreciação eqüitativa do Julgador (§ 4º do art. 20 do CPC).

No caso concreto, a causa foi julgada em aproximadamente um ano e quatro meses, e não exigiu dilação probatória, estando os pedidos fundamentados em jurisprudência do STJ e deste egrégio Tribunal de Justiça, e mesmo reconhecendo o grau de zelo dos Procuradores dos autores, a quantia certa de R$ 1.000,00 (um mil reais) atende os comandos das alíneas *a*, *b* e *c* do § 3º do art. 20 CPC.

Por fim, conforme alegado pelo réu nas razões do presente recurso, anoto que a r. sentença foi omissa na fixação dos juros moratórios. A fim de evitar discussões futuras e por estar a matéria incluída no pedido principal (art. 293, CPC), sendo dele decorrência lógica, devem os juros incidir no percentual de 0,5% ao mês (art. 1º-F da Lei 9.494/97), contados a partir da citação (art. 405, CC).

Em reexame necessário, reformo parcialmente a sentença, apenas para fixar os honorários de sucumbência em R$ 1.000,00 (um mil reais) e determinar a incidência dos juros moratórios em 0,5% ao mês, a partir da citação. Julgo prejudicado o recurso voluntário.

Isenta de custas (Lei 14.939/03).

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

*Súmula* - EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMARAM A SENTENÇA EM PARTE, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

...

## Responsabilidade objetiva do Estado - Corte de árvores - Acidente - Dano material - Dano moral - Caracterização - Indenização devida

Ementa: Direito administrativo. Responsabilidade civil objetiva da Administração. Corte de árvores. Acidente. Danos materiais e morais caracterizados. Indenização devida.

- A Administração possui responsabilidade objetiva pelos atos praticados por seus agentes (art. 37, § 6º, da CF), devendo indenizar os danos resultantes das condutas.

- Os danos materiais devem ser indenizados nos limites do prejuízo demonstrado. Quanto aos danos morais, sua fixação deve ser estabelecida em quantia que constitua uma punição para o causador do dano e uma compensação para a vítima, sem que, contudo, fique caracterizado o enriquecimento sem causa.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0672.03.104642-4/004 - Comarca de Sete Lagoas - 1º Apelante: Antônio João Simão - 2º Apelante: Município de Sete Lagoas - Apelados: Antônio João Simão, Município de Sete Lagoas - 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 NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 18 de setembro de 2008. - *Audebert Delage* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. AUDEBERT DELAGE - Trata-se de recursos de apelação interpostos por Antônio João Simão e pelo Município de Contagem contra a sentença de f. 251/258, que, nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais aforada pelo primeiro apelante, julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar o Município ao pagamento de três parcelas de R$ 302,00 (trezentos e dois reais) a título de danos materiais, corrigidas pela tabela da CGJ a partir da data que efetivamente o então autor teria auferido seus rendimentos (março, abril e maio de 2000), e juros legais de 1% ao mês, a partir da citação. Além disso, arbitrou indenização a título de danos morais em quarenta salários mínimos, bem como honorários advocatícios arbitrados em 15% sobre o valor da condenação e periciais em dois salários mínimos.

Nas razões recursais de f. 266/270, o apelante Antônio José Simão, preliminarmente, pleiteia o julgamento do agravo retido interposto contra a decisão que indeferiu o pedido de renovação de perícia, apontando ainda a ocorrência de cerceamento de defesa consistente na negativa de esclarecimento da perícia e na realização de novo estudo técnico, visto que o perito confundiu o caso do apelante com outro. Além disso, que nunca requereu aposentadoria junto ao INSS. Quanto à indenização por danos materiais, entende que deve ser majorada, informando que sua incapacidade para atividades laborais foi superior a três meses e dura até os dias atuais. Além disso, alega que seus rendimentos mensais são de R$ 900,00 (novecentos reais), pleitean-

do ainda o ressarcimento de todas as despesas médicas futuras. Por fim, pela majoração dos danos morais.

No segundo recurso de apelação, às f. 273/280, o Município de Sete Lagoas alega que o apelado não trouxe aos autos prova capaz de fundamentar a pretensão. Assevera que este tinha conhecimento do corte das árvores que estava sendo realizado e que, mesmo assim, transitou de forma imprudente no local em que estava sendo realizado o serviço. Informa que foram tomados todos os cuidados exigidos por lei, sendo a culpa do acidente exclusiva da vítima, que não observou seu dever de cuidado e não obedeceu aos avisos. Alternativamente, aponta a ocorrência de culpa concorrente. Alega que não foram demonstrados os danos materiais e, quanto aos danos morais, entende que não são devidos e que, caso assim não se entenda, que o valor arbitrado em primeiro grau (40 salários mínimos) se apresenta excessivo para o caso em debate, pleiteando sua redução para a quantia equivalente a 5 salários mínimos. Por fim, aponta a ocorrência de sucumbência recíproca e, quanto aos honorários periciais, pugna que o apelado seja condenado ao seu pagamento, ao menos de forma parcial.

Como relatório adoto, ainda, o da r. decisão hostilizada, acrescentando que as contra-razões foram apresentadas pelo Município de Sete Lagoas.

Deixei de remeter os autos à douta Procuradoria-Geral de Justiça, diante da desnecessidade de intervenção no feito.

Conheço das apelações, visto que preenchidos seus pressupostos de admissibilidade.

Preliminarmente, procedo ao julgamento do agravo de instrumento convertido em retido em apenso, interposto pelo primeiro apelante em face da decisão que indeferiu o pedido de renovação de perícia.

A meu juízo, tal provimento não importou no cerceamento de defesa alardeado pelo agravante.

Embora na referida perícia tenha sido consignado como réu da ação o INSS (f. 218), tal fato apresenta contornos de simples erro material, sendo respondidos todos os quesitos apresentados pelas partes. Além disso, da leitura do histórico de f. 219 e seguintes, tem-se que o estudo versa sobre os fatos narrados na inicial, se apresentando como prova válida a ser considerada pelo julgador.

Assim, não vislumbro o cerceamento de defesa alegado.

Diante disso, nego provimento ao agravo retido, afastando também, diante disso, a alegação de cerceamento de defesa.

Na questão de fundo, trata-se de pedido de indenização de danos morais e materiais formulado por Antônio João Simão em face do Município de Sete Lagoas, sob a alegação de que veio a ser atingido por tora de madeira quando funcionários contratados pela Municipalidade efetuavam corte de árvores em via pública.

Por possuírem pontos convergentes, procedo à análise conjunta dos recursos.

A responsabilidade civil do Estado, segundo norma do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, é, em regra, objetiva, bastando que se provem sua conduta e o nexo de causalidade entre a mesma e o dano sofrido pelo indivíduo, para que nasça seu dever de indenizar. Basta ao lesado a referida comprovação, podendo a Administração argüir, por sua vez, as excludentes da ilicitude civil, consistentes na força maior e no caso fortuito, ou a culpa exclusiva ou concorrente da vítima ou de terceiros.

O presente pleito baseia-se na responsabilidade civil objetiva do Município de Sete Lagoas, diante do acidente sofrido pelo autor em via pública no mês de fevereiro de 2000, quando, ao passar em local em que estava sendo efetuado corte de árvores por funcionários da Prefeitura, foi atingido por tora de madeira.

Embora tenha sido alegado pelo apelante, não restou demonstrado que os funcionários da Prefeitura tenham adotado as cautelas necessárias. Em seu depoimento, cuja ata se encontra à f. 160, o responsável pela poda das árvores informou que a sinalização foi colocada apenas de um lado da rua, sendo que do outro se resumiu ao pedido para que as pessoas se afastassem.

Na hipótese contemplada nos autos, tenho que presente a responsabilidade da Administração em indenizar a vítima, não havendo, tampouco, que falar em culpa concorrente, mesmo porque não se pode imputar a esta a culpa por haver se acidentado em via pública diante da desídia dos funcionários da Administração, que efetuavam corte de eucaliptos, sem as devidas precauções.

A meu juízo, se apresenta nítido o liame causal eficaz e exclusivo entre a omissão do ente público municipal e o dano experimentado.

Quanto aos danos materiais, tenho que a sentença os arbitrou com acerto. Demonstrado que o autor ficou três meses afastado de sua atividade habitual de carpinteiro. Ao contrário do alegado pela Municipalidade, o exercício de tal atividade restou evidenciado pelo depoimento pessoal do autor, prestado em AIJ. Quanto ao lapso temporal, evidenciado pelos atestados médicos trazidos com a inicial, às f. 22 e seguintes.

Embora em seu recurso o apelante tenha alegado que se encontra incapacitado até os dias atuais, a prova dos autos não milita nesse sentido. Ao contrário, a prova pericial informou que as lesões sofridas em virtude do acidente se encontram devidamente consolidadas, conforme resposta ao quesito 6, à f. 222 dos autos. Por esse mesmo fundamento, não merece provimento o pedido de indenização quanto a despesas médicas futuras ou período maior que aquele reconhecido na decisão.

Por fim, alegou que percebia mensalmente a quantia de R$ 900,00 (novecentos reais), sem, contudo fazer prova nesse sentido. Ao contrário, o documento de f. 29/30 indica como salário-base de carpinteiro, à época dos fatos, o valor de R$ 320,00 (trezentos e vinte reais). Ausente qualquer prova que auferisse valor maior, deve

ser adotado o vencimento-base. A sentença prolatada no Juizado Especial trazida aos autos às f. 47/49 não tem o condão de demonstrar os rendimentos do autor.

Em relação aos danos morais, estes são presumíveis, em virtude do sofrimento físico e psicológico suportado pela vítima.

Entendeu por bem o Magistrado sentenciante em fixar a indenização em 40 salários mínimos, quantia que, ao mesmo tempo é considerada aviltante pelo Município de Sete Lagoas e insuficiente por Antônio João Simão.

É certo que o critério de fixação dos danos morais deve seguir dois parâmetros, alicerçando-se a condenação no caráter punitivo para que o causador do dano sofra uma reprimenda pelo ato ilícito praticado, assim como deve possuir um caráter de compensação para que a vítima possa se recompor do mal sofrido e da dor suportada.

A propósito, a doutrina e a jurisprudência têm estabelecido critérios para o arbitramento do valor da indenização, trazidos, *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 ilícito do ofendido, nem apresentar-se irrisório, visto que, segundo observa Maria Helena Diniz:

> Na determinação 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. 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 sanção 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 responsabilidade civil por dano moral, in *Revista literária de direito*, ano II, n. 9, jan./fev. de 1996, p. 9).

Assim, e neste contexto, considerando que o valor da indenização não deve ser excessivo ou irrisório, deve ser mantido o valor estipulado na sentença, demonstrando-se condizente com o caso exposto.

Por fim, no que tange ao pedido de reconhecimento da sucumbência recíproca, razão não assiste ao Município.

Isso porque o não-acolhimento do valor da indenização pleiteado na inicial não implica sucumbência recíproca. Como já dito, cabe ao magistrado, com prudência e após analisar as circunstâncias do caso concreto, fixar o valor devido a título de indenização. O valor constante da peça exordial funciona apenas como um parâmetro, é meramente estimativo, e a sua não-adoção, na sentença, não implica sucumbência recíproca.

Assim, devem ser mantidos os ônus sucumbenciais arbitrados em primeiro grau, inclusive no tocante ao pagamento dos honorários de perito.

Ante tais considerações, nego provimento aos recursos e mantenho inalterada a r. decisão.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MOREIRA DINIZ e DÁRCIO LOPARDI MENDES.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E AOS RECURSOS.

...

## Mandado de segurança - Exame supletivo - Ensino médio - Conclusão - Menoridade - Aprovação em vestibular - Subsunção ao exame - Possibilidade

Ementa: Mandado de segurança. Exame supletivo de conclusão do ensino médio. Menoridade. Aprovação em vestibular. Possibilidade de subsunção ao exame.

- As normas constitucionais que regulamentam a educação asseguram a progressiva universalização do ensino médio, bem como a garantia de acesso aos níveis mais elevados de ensino, razão pela qual se revela desarrazoado o impedimento da realização do exame supletivo de conclusão do ensino médio, ante a menoridade da postulante, mormente na hipótese em que esta tenha logrado aprovação em vestibular realizado por instituição de ensino superior.

- O impedimento do menor ao acesso a estágio superior de ensino não se coaduna com o sentido das normas protetivas do direito à educação, além de contrariar os princípios constitucionais erigidos como norteadores do sistema nacional de ensino, frustrando a realização do direito e o desempenho concreto de sua função social.

APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0702.07.367396-5/001 - Comarca de Uberlândia - Remetente: Juiz de Direito da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Uberlândia - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelada: Ligia de Faria Costa assistida pela mãe Nelma Divina de Faria Costa - Autoridade Coatora: Diretor Cesec Centro Estadual Educação Continuada Uberlândia - Relator: DES. ANTÔNIO SÉRVULO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorpo-

rando 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, 12 de agosto de 2008. - *Antônio Sérvulo* - Relator.

## Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO SÉRVULO - Conheço da remessa oficial, bem como do recurso voluntário, visto que presentes seus pressupostos de admissibilidade.

A questão delineada nos autos subsume-se à aferição da conduta das autoridades apontadas como coatoras, consistente na negativa em permitir à impetrante a realização da prova de conclusão do ensino médio perante o CESEC - Centro Estadual de Educação Continuada de Uberlândia, argumentando, as impetradas, que a menoridade da impetrante consubstancia-se em óbice à realização do referido exame, invocando a norma do art. 38, § 1°, inciso II, da Lei Federal n° 9.394/96.

Para obter a segurança pretendida, a impetrante argumenta que a Constituição Federal assegura o direito à educação e, como logrou aprovação em vestibular realizado pela Universidade Federal de Uberlândia, a negativa à realização do exame para a conclusão do ensino médio está lhe obstando a efetivação da matrícula na referida instituição de ensino superior.

Sobre o tema vertido aos autos, calha trazer à colação alguns dispositivos de nossa Carta Magna, que disciplinou a matéria a partir do art. 205, *in verbis*:

> 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:
> II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;
> [...]
> V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

Assim, embora a norma do art. 38, parágrafo único, inciso II, da Lei Federal n° 9.394/96 estabeleça que os exames supletivos para a conclusão do ensino médio só podem ser aplicados aos maiores de 18 anos, tal dispositivo é de duvidosa constitucionalidade, indo de encontro às disposições da CF/88, que preconiza e incentiva o acesso aos níveis mais elevados de ensino.

Importa destacar que a impetrante logrou aprovação em vestibular realizado por instituição de ensino superior, e como a CF/88 impede a imposição de limitações ao acesso à educação, não pode a impetrante ser tolhida de seus direitos em razão de idade.

Entendimento em sentido contrário frustraria o sentido das normas protetivas do direito à educação, além de contrariar os princípios constitucionais erigidos como norteadores do sistema nacional de ensino, impedindo a realização do direito e o desempenho concreto de sua função social.

Outrossim, importa frisar que o colendo Superior Tribunal de Justiça, em casos análogos aos dos autos, já analisou a questão, fazendo-o sob o prisma do princípio da razoabilidade e necessidade de adoção de critérios que permitam avanços progressivos dos alunos, pela conjugação dos elementos de idade e aproveitamento, conforme se infere dos arestos abaixo colacionados, *in verbis*:

> Recurso especial. Exame supletivo especial. Estudante menor de 21 anos. Artigo 26, § 1°, da Lei n° 5.692/71. Inocorrência de violação. Aplicabilidade do art. 38, § II, da Lei n° 9.394/96. Novas diretrizes e bases para a educação.
> 1. Não obstante seja necessária a existência de uma legislação que normatize o acesso dos que não tiveram oportunamente a chance de cursar os cursos de 1° e 2° graus, deve-se tomar o cuidado de evitar ficar restrito ao sentido literal e abstrato do comando legal. É preciso trazê-lo, por meio da interpretação e atento ao princípio da razoabilidade, à realidade, tendo as vistas voltadas para a concretude prática.
> 2. Ainda que o artigo 26, § 1°, da Lei 5.692/71 disponha como condição à conclusão do Curso Supletivo a complementação da idade mínima de 21 anos, esta mesma lei, em seu artigo 14, § 4°, estatui que: 'Verificadas as necessárias condições, os sistemas de ensino poderão admitir a adoção de critérios que permitem avanços progressivos dos alunos pela conjugação dos elementos de idade e aproveitamento', e a Lei n° 9.394/96, em seu artigo 38, § 1°, II, reduziu o limite de idade para fins de prestação do Exame Supletivo de 2° Grau.
> 3. *In casu*, a estudante prestou o Exame Supletivo Especial e efetivou a matrícula por força da liminar concedida, já estando cursando provavelmente o 4° ou 5° do Curso de Direito. Não se deve reverter a situação consolidada sob pena de se contrariar o bom senso. Estando em conflito a lei e a justiça, o Julgador deve estar atento ao atendimento desta última (1ª T., REsp n° 194.782/ES, Rel. Min. José Delgado, j. em 09.02.99, *DJ* de 29.03.99).

> Administrativo. Mandado de segurança. Curso supletivo. Idade mínima para o ingresso. Conclusão. Aprovação em vestibular e freqüência ao curso de letras durante seis semestres. Situação jurídica irreversível. Descabida a declaração de ineficácia do certificado de conclusão do 2° grau. Provimento do recurso.
> I - Tendo a aluna ingressado no curso supletivo, quando faltava apenas uma semana para completar a idade mínima exigida, não é admissível declarar-se ineficaz o seu certificado de conclusão do 2° grau, depois de já ter sido aprovada em vestibular e cursado seis semestres do curso de letras, em Universidade Federal.
> II - Na hipótese, tendo percorrido a aluna penoso caminho, para galgar aprovação no vestibular e cursos já realizados, estando tão próxima da conclusão de curso superior, descabida a imposição tão rigorosa, verdadeira punição, que desestimula o acesso aos níveis mais elevados de ensino, segundo a capacidade de cada um, com inobservância a preceito constitucional (art. 208, V, da CF).
> III - Recurso a que se dá provimento, para conceder a segurança. Decisão unânime (1ª T., ROMS n° 8.353/RS, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. em 11.12.97, *DJ* de 02.03.98, p. 11).

No mesmo sentido indivergente entendimento jurisprudencial deste egrégio Tribunal de Justiça, conforme se infere dos arestos abaixo colacionados, se não vejamos:

> Mandado de segurança. Exame supletivo. Aprovação. Certificado de conclusão do ensino médio. Negativa. Idade mínima. Direito assegurado. - Tendo o aluno freqüentado curso supletivo, com a realização e aprovação nos exames a ele referentes e subseqüente êxito em vestibular de ciências econômicas, não é lícito negar-lhe o certificado de conclusão no ensino médio, sob a escusa de que não preenche a idade mínima de dezoito anos exigida pela Lei nº 9.394/96, tendo em vista o princípio da razoabilidade e o preceito constitucional segundo o qual a educação deverá ser incentivada, visando o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Em reexame necessário, confirma-se a sentença (TJMG. Processo nº 1.0000.00.241381-3/000; Rel. Des. Kildare Carvalho; *DJ* de 02.08.02).

> Reexame necessário. Administrativo. Mandado de segurança. Preliminar. Rejeição. Menor. Aprovação em concurso vestibular. Exame supletivo. Ensino médio. Inscrição. Recusa. Razoabilidade. Ausência. Educação. Garantia constitucional. Precedentes deste eg. Tribunal de Justiça. Segurança confirmada.
> 1. Consoante a correta exegese, deve ser viabilizado ao adolescente, já aprovado em concurso vestibular em instituição de ensino superior, a realização de exame supletivo de nível médio, no intuito de obtenção do certificado de conclusão do segundo grau, a uma porque é assegurado aos estudantes o acesso aos níveis mais elevados de ensino segundo a capacidade individual (CF, art. 208, V); a duas porque é dever do Estado garantir aos adolescentes, com absoluta prioridade, o direito à educação e à profissionalização (CF, 227, *caput*).
> 2. Rejeita-se a preliminar e confirma-se a sentença, no reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário (TJMG - Processo nº 1.0024.05.573351-3/001; Rel. Des. Célio César Paduani; *DJ* de 05.09.06).

> Mandado de segurança. Exame supletivo de conclusão do ensino médio. Menor de 18 anos. Aprovação em vestibular. Possibilidade de realização do exame.
> - A garantia de acesso aos níveis mais elevados do ensino segundo a capacidade de cada um revela a escolha de um critério de mérito, inferindo-se que em virtude da obrigatoriedade do ensino fundamental e do compromisso de progressiva universalização do ensino médio, conforme art. 208, I e II, o preceptivo constitucional volta-se essencialmente para o ingresso no nível superior.
> - A tutela jurisdicional será devida em hipóteses em que o ingresso no nível superior esteja condicionado a outros fatores que não a capacidade técnica, aferida por critérios objetivos.
> - O impedimento do menor ao acesso a estágio superior de ensino não se coaduna com o sentido das normas protetivas do direito à educação, além de contrariar os princípios constitucionais erigidos como norteadores do sistema nacional de ensino, frustrando a realização do direito e o desempenho concreto de sua função social (TJMG - Processo nº 1.0024.05.573056-8/001; Rel.ª Des.ª Teresa da Cunha Peixoto; *DJ* de 16.02.07).

Com tais considerações, e em reexame necessário, confirmo a sentença, restando prejudicado o julgamento do recurso voluntário.

Sem custas.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ERNANE FIDÉLIS e MAURÍCIO BARROS.

*Súmula* - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

...

## Execução de alimentos - Idoso - Interesse - Acordo - Referendo do promotor de justiça - Força de título executivo extrajudicial - Homologação judicial - Desnecessidade

Ementa: Execução de alimentos. Interesse de idoso. Acordo celebrado perante "Conselho Municipal do Idoso". Referendo do promotor de justiça. Força de título executivo extrajudicial. Art. 13 do Estatuto do Idoso c/c o art. 585, II, do CPC.

- Segundo o art. 13 do Estatuto do Idoso, interpretado sob a luz do art. 585, II, do CPC, o acordo sobre alimentos celebrado entre devedores e credor tem força de título executivo desde que seja referendado por promotor de justiça. Em momento algum a lei exige homologação judicial para que o acordo tenha nesse caso força executiva, sendo impossível ao Judiciário exigi-la.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.07.401895-4/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelada: C.S. - 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 DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 9 de setembro de 2008. - *Vanessa Verdolim Hudson Andrade* - Relatora.

### Notas taquigráficas

DES.ª VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE - Trata-se de apelação proposta às f. 20/38 pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, nos autos

da execução de alimentos ajuizada por F.M.S., representado pela filha M.S.D., contra a devedora C.S., diante do seu inconformismo quanto à decisão de f. 18, que extinguiu o feito sem julgamento do mérito, por entender que o termo de acordo que acompanha a inicial não é título executivo hábil para o manejo da execução de alimentos, conforme estabelecido no art. 733 do CPC.

O apelante sustenta que os acordos dos Juizados de Conciliação podem servir como título executivo, não só porque estão assinados por um Juiz de Direito, como porque o entendimento contrário consistiria em obstáculo de acesso à Justiça, consagrando a inocuidade dos Juizados Informais de Conciliação.

Intimado, o apelado deixou de apresentar contrarazões.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça se manifestou às f. 45/49 pelo provimento do recurso.

Conheço da apelação, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Como visto, a decisão recorrida extinguiu o feito sem análise de mérito sob o fundamento de que o acordo celebrado no Conselho Municipal do Idoso depende de homologação judicial para que tenha força executiva.

No entanto a Lei 10.741/03 - Estatuto do Idoso - trata o tema de forma diversa. Vejamos:

> Art. 13. As transações relativas a alimentos poderão ser celebradas perante o Promotor de Justiça, que as referendará, e passarão a ter efeito de título executivo extrajudicial nos termos da lei processual civil.

A lei não exige homologação judicial para que o acordo em tela ganhe força de título executivo. Pelo contrário, o único requisito para tanto é o referendo do Promotor de Justiça.

O acordo juntado às f. 07/08 supre o requisito, porquanto ao final da avença, após a assinatura das partes e dos advogados, existe o expresso referendo do Promotor de Justiça: "referendo nesta data o presente acordo" (f. 08), com sua assinatura.

Nem se haveria de dizer que a regra da Lei 10.741/03 revogaria as disposições da anterior Lei 5.869/73 (CPC), uma vez que a norma prevista no art. 13 daquela está consoante as disposições desta:

> Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais:
> [...]
> II - a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores [...].

Mais uma vez a lei erige o acordo celebrado perante o MP a título executivo sem que haja quaisquer referências a uma eventual homologação judicial. E não poderíamos entender de outra forma, dada a clareza com que a lei trata do tema.

O apelante tem razão. Caso fosse mantido o posicionamento adotado pelo Juiz monocrático, estaríamos dando à lei interpretação que vai além daquilo que foi efetivamente dito pelo legislador.

Como se não bastasse, a sentença não traz fundamentos legais que sustentem a tese do MM. Juiz, balizando-se apenas em uma jurisprudência que, diga-se, trata de acordo diverso do referido nestes autos.

O acordo de f. 07/08, devidamente referendado pelo representante do Órgão Ministerial, tem, sim, força de título executivo, segundo a regra do art. 13 da Lei 10.741/03 interpretada sob a luz do art. 585, II, do CPC.

Por todo o exposto dou provimento à apelação, para cassar a sentença, reconhecer o documento de f. 07/08 como título executivo extrajudicial e, finalmente, determinar que os autos sejam devolvidos à instância de origem para que a execução tenha seu regular prosseguimento.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES ARMANDO FREIRE e ALBERTO VILAS BOAS.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO.

...

## Ação declaratória - Revisão contratual - Venda de passagens aéreas - Contrato de comissão - Condições - Alteração unilateral - Possibilidade - Art. 704 do Código Civil

Ementa: Ação declaratória. Contrato de comissão. Venda de passagens aéreas. Possibilidade de alteração unilateral das condições. Art. 704 do Código Civil.

- No contrato de comissão mercantil por tempo indeterminado, o comitente pode modificar unilateralmente o valor a ser pago ao comissário.

- Tratando-se de típico contrato de comissão, em que o legislador atribuiu, à obviedade, a total liberdade ao comitente para deliberar sobre as condições que melhor lhe assistirem, conforme destacado no art. 704 do Código Civil, não há qualquer ilegalidade na atitude da companhia aérea em rever sua política de preços, independentemente da discordância das agências a ela atreladas.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.432228-0/002 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Abav/MG - Associação Brasileira de Agências de Viagens de Minas Gerais - Apelada: Gol Transportes Aéreos S.A. - Relator: DES. VALDEZ LEITE MACHADO

## 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, 28 de agosto de 2008. - *Valdez Leite Machado* - Relator.

## Notas taquigráficas

DES. VALDEZ LEITE MACHADO - Abav/MG - Associação Brasileira de Agência de Viagens de Minas Gerais ajuizou ação declaratória de revisão contratual de remuneração em face de Gol Transportes Aéreos S.A., aduzindo que teria sido modificado o percentual de repasse das comissões de vendas de passagens aéreas tanto nacionais quanto internacionais, reduzindo as primeiras de 10% para 7%, e de 10% para 6% no segundo tipo de bilhetes, o que desequilibrou a relação comercial entre as partes.

Afirmou que a ré incorreu em desobediência a diversos artigos do Código Civil, sobretudo aqueles que relacionam o contrato à sua função social, bem como o respeito aos princípios da boa-fé objetiva e ao equilíbrio entre as partes, tornando a prestação de serviços da autora onerosa e mesmo insuportável.

Sustentou que se trata de forma de enriquecimento ilícito, abuso de direito e desvio do fim social e econômico do contrato, o que dá ensejo à intervenção judicial, para que os patamares de remuneração sejam revistos, impedindo-se a redução da remuneração, por bilhete, da ordem de cerca de 40%.

Pretendeu fosse deferida a tutela antecipada para que fosse assegurado às associadas da autora o pagamento da remuneração de 10% para qualquer tipo de bilhete aéreo vendido, até decisão final da demanda, sendo cominada multa diária por descumprimento da medida.

Requereu a procedência do pedido, para que ao final do processo seja fixado o percentual único de 14% de remuneração para todos os bilhetes, devendo cada uma das agências associadas ser indenizada pelos danos morais sofridos, em valor a ser arbitrado pelo Juízo.

Às f. 236/256, a ré apresentou contestação, alegando que é legal a redução tarifária promovida, tendo em vista que, no contrato estabelecido entre as partes, não havia qualquer percentual de comissão a ser pago entre a Gol e as agências associadas da autora, sendo variável a remuneração de acordo com a flutuação do mercado, não havendo dúvidas, portanto, de que poderiam ser unilateralmente alterados.

Sustentou que o contrato firmado entre a ré e as agências de viagem é do tipo de "comissão mercantil", e não de prestação de serviços, como quer fazer crer a autora.

Disse que o art. 704 do Código Civil é expresso ao autorizar qualquer modificação no contrato por parte do comitente, sendo que o art. 701 do mesmo *codex* assegura que a remuneração ao comissário será estipulada segundo os usos correntes do lugar.

Asseverou que, em se tratando de contrato com prazo de vigência indeterminado, a sua rescisão por parte da Gol poderá ser feita mediante simples notificação. Afirmou que a alteração das condições poderia ser empreendida, como de fato foi regularmente feita. Ressaltou que as tarifas por ela indicadas são as mesmas praticadas pelas demais companhias aéreas, não havendo razão para a irresignação da autora, tratando-se de uma readaptação das condições do mercado aéreo que sofre uma crise, sendo impossível imaginar uma majoração do repasse de comissão no presente momento.

Aduziu que não há sustentação jurídica para o pedido de indenização por danos morais, tendo em vista que a comunicação da redução tarifária se deu de maneira uniforme, sem desprestigiar qualquer contratante.

Irresignou-se contra o deferimento da tutela antecipada, afirmando que em vários tribunais já foi concedido efeito suspensivo ao recurso contra decisão monocrática que determinou majoração das tarifas da remuneração ora mencionada.

O pedido de antecipação de tutela foi indeferido, conforme decisão de f. 410/412, tendo a autora interposto agravo de instrumento em face de tal decisão às f. 415/425, ao qual foi negado provimento, conforme f. 495/501.

Às f. 444/448, sobreveio aos autos a r. sentença, em que a MM. Juíza julgou improcedentes os pedidos iniciais, condenando a autora ao pagamento das custas e honorários advocatícios, que fixou em R$ 800,00.

Inconformada com a r. sentença, a autora apelou, alegando que demonstrou a existência do fato constitutivo de seu direito, assegurando tratar a hipótese de um "contrato atípico de prestação de serviços" para venda comissionada ou intermediação remunerada de bilhetes aéreos, e não de um contrato de comissão mercantil, como pretendeu demonstrar a ré, e foi acatado pela decisão recorrida.

Aduziu que a função social do contrato foi desrespeitada, não havendo que falar em qualquer motivo drástico para redução unilateral tão elevada da remuneração paga às agências de viagem, o que provoca evidente desequilíbrio contratual e enriquecimento indevido da apelada. Disse que as agências representadas por ela seriam a parte hipossuficiente da relação, que é estabelecida mediante contratos de adesão.

Às f. 480/492, a ré apresentou contra-razões, batendo-se pela manutenção da r. sentença primeva.

Presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

É cediço que a questão debatida nos presentes autos já foi objeto de diversas decisões em tribunais

pátrios, tendo inclusive o colendo Superior Tribunal de Justiça assentado entendimento de tratar a espécie versada de um contrato de comissão, previsto na legislação atual nos arts. 693 e seguintes do Código Civil de 2002.

Descreve o art. 693 do alegado *Codex*:

> Art. 693. O contrato de comissão tem por objeto a aquisição ou a venda de bens pelo comissário, em seu próprio nome, à conta do comitente.

Importante mencionar o disposto no art. 701, que se aplica à controvérsia instaurada neste processado:

> Art. 701. Não estipulada a remuneração devida ao comissário, será ela arbitrada segundo os usos correntes no lugar.

E, ainda, o art. 704 do mesmo código define que:

> Art. 704. Salvo disposição em contrário, pode o comitente, a qualquer tempo, alterar as instruções dadas ao comissário, entendendo-se por ela regidos também os negócios pendentes.

Nesse exato sentido, as decisões do colendo STJ:

> Comissão - Mercantil - Venda de passagens aéreas - Valor da comissão - Alteração - Possibilidade. - No contrato de comissão mercantil por tempo indeterminado, o comitente pode modificar unilateralmente o valor a ser pago ao comissário (STJ - 3ª Turma - REsp nº 762773/GO - Relator: Min. Humberto Gomes de Barros - j. em 17.04.2007 - *DJ* de 07.05.07, p. 316).

> Direito comercial. Contrato de comissão mercantil. Venda de passagens aéreas. Percentual devido às agências de viagens (comissárias). Redução unilateral pelas companhias de aviação (comitentes). - Em contrato verbal de comissão mercantil, pode o comitente reduzir unilateralmente o valor das comissões referentes a negócios futuros a serem realizados pelas comissárias, à míngua de ajuste expresso em sentido contrário. Recursos especiais conhecidos pelo dissídio, mas improvidos (STJ - 4ª Turma - REsp nº 617244/MG - Relator: Min. César Asfor Rocha - j. em 07.02.2006 - *DJ* de 10.04.06, p. 198).

Pelo que se pode depreender da prova colhida nos autos, a forma dos contratos assinados entre a ora apelada, Gol Transportes Aéreos S.A. e as diversas agências de viagens estabelecidas em todo o País segue aquele modelo e formato de contrato acostado às f. 288/295, onde se lê, na cláusula 2.3, que:

> 2.3 - As tarifas praticadas, os horários, os itinerários dos vôos, os prazos e as formas de pagamento pelas passagens [...] o valor correspondente à comissão, são parte integrante da política comercial da Gol e poderão ser alterados unilateralmente pela Gol de acordo com as nuances do mercado.

Em que pesem todas as alegações de excessos e mesmo de desrespeito às condições pactuadas entre as partes, feitas pela apelante, entendo que a Gol, ora apelada, nada mais fez que adaptar as tarifas por ela empreendidas no mercado às condições atuais da malha viária do País, que foram evidentemente transformadas, fato que não foi infirmado pela apelante em momento algum, não se descurando de seu ônus probatório no sentido de provar que as condições mercadológicas se apresentam normais.

De fato, o País atravessou recentemente forte queda de comercialização de bilhetes aéreos devido à crise aérea denominada pela imprensa de "apagão aéreo", quando centenas de milhares de consumidores se viram tolhidos em seus direitos, havendo atrasos, cancelamentos e perdas de vôos, o que foi noticiado diuturnamente em todos os veículos de comunicação, sendo evidente o reflexo na comercialização de passagens aéreas, pacotes turísticos, sendo que toda a indústria hoteleira também se viu prejudicada.

Tal fato por si só comprova à saciedade a modificação das condições normais de operação da malha aérea do País, sendo o fato de conhecimento notório, sendo prescindíveis maiores aprofundamentos.

Ademais, entendo que, tendo em vista tratar a hipótese de típico contrato de comissão, em que o legislador atribuiu, à obviedade, a total liberdade ao comitente para deliberar sobre as condições que melhor lhe assistirem, conforme destacado no art. 704 do Código Civil, não há qualquer ilegalidade na atitude da companhia ora apelada em rever sua política de preços, independentemente da discordância das agências a ela atreladas.

As disposições contratuais são extremamente claras e não trata a espécie de "pacto atípico de prestação de serviços", como quis fazer crer a apelante, em que as condições poderiam ser pactuadas de forma bilateral.

O contrato existente entre a apelada e as agências de viagem é contrato de comissão mercantil, cujas características peculiares lhe atribuem o direito de rever sua atuação comercial.

Entendo, por outro lado, que a apelante não se descurou de provar qualquer atitude ilícita da companhia apelada, ou mesmo que tenha descumprido qualquer cláusula específica do contrato, quedando-se inerte em seu ônus probatório.

Em sua moderna e abalizada doutrina, o professor Fredie Didier Junior traz a lição acerca do ônus da prova:

> Ônus é o encargo atribuído à parte e jamais uma obrigação. Ônus, segundo Goldschmidt, são imperativos do próprio interesse, ou seja, encargos, sem cujo desempenho o sujeito se põe em situações de desvantagem perante o direito (in *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Ed. Podivm, v. 2, 2008, p. 72).

Prossegue o douto processualista, assegurando que:

> A expressão 'ônus da prova' sintetiza o problema de se saber quem responderá pela ausência de prova de determinado fato. Não se trata de regras que distribuem tarefas processuais

> (regra de conduta); as regras do ônus da prova ajudam o magistrado na hora de decidir, quando não houver prova do fato que tem de ser examinado (regra de julgamento). [...] O sistema não determina quem deve produzir a prova, mas sim quem assume o risco caso ela não se produza (ob. cit., p. 75).

Para concluir, com propriedade, que:

> Compete, em regra, a cada uma das partes o ônus de fornecer os elementos de prova das alegações de fato que fizer. A parte que alega deve buscar os meios necessários para convencer o juiz da veracidade do fato deduzido como base da sua pretensão/exceção, afinal é a maior interessada no seu reconhecimento e acolhimento (*idem, ibidem,* p. 75).

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, mantendo *in totum* a r. sentença primeva por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, pela apelante.

Votaram de acordo com o Relator as DESEMBARGADORAS EVANGELINA CASTILHO DUARTE e HILDA TEIXEIRA DA COSTA.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

...

## Mandado de segurança - Concurso público - Edital - Norma - Efeito concreto - Decadência - Termo inicial

Ementa: Mandado de segurança. Edital de concurso público. Norma de efeito concreto. Decadência. Termo inicial.

- Não ocorre a decadência pela impetração do mandado de segurança contra ato praticado pela comissão julgadora do concurso, em aplicação de norma editalícia de efeito concreto, uma vez que se admite a impetração do *writ* tanto contra a norma quanto contra o ato de sua aplicação, que individualiza a ameaça ou lesão ao direito do impetrante.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.451387-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Walker Henrique da Silva - Apelado: Estado de Minas Gerais - Autoridade coatora: Diretor-Geral da Acadepol - Academia da Polícia Civil de Minas Gerais - 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 DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 12 de agosto de 2008. - *Maurício Barros* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. MAURÍCIO BARROS - Trata-se de apelação interposta da r. sentença proferida nos autos do mandado de segurança impetrado por Walker Henrique da Silva contra ato do Diretor-Geral da Acadepol - Academia de Polícia Civil do Estado de Minas Gerais, que reconheceu a decadência e julgou extinto o processo nos termos do art. 18 da Lei 1.533/1951 (f. 120/122).

O apelante aduz, em síntese, que, tendo obtido liminarmente o direito de permanecer no certame em que havia sido aprovado, hoje se encontra exercendo o cargo de agente penitenciário; que, convocado para a 5ª etapa do concurso, de comprovação de idoneidade e conduta ilibada, havia sido desclassificado em razão de estar inscrito em cadastro de proteção ao crédito; e que o ato que maculou seu direito foi a desclassificação do certame, o que se deu em 08.12.2006, tendo sido proposta a ação mandamental em 20.12.2006, de modo que não se operou a decadência. Pede o provimento do apelo, para a reforma da decisão e a concessão da segurança (f. 123/128).

O apelado não ofereceu contra-razões (f. 155).

A douta Procuradoria de Justiça opinou pelo não-provimento do recurso (f. 161/165).

Estando presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da apelação.

Constitui objeto deste recurso a definição do *dies a quo* do prazo decadencial para a impetração do mandado de segurança, nos termos do art. 18 da Lei 1.533/1951.

Insurge-se o impetrante/apelante contra o ato administrativo que o desclassificou do concurso público para provimento do cargo de agente penitenciário, relativo ao edital Seplag 03/2005, pelo fato de seu nome constar de registro cadastral de banco de dados de proteção ao crédito.

A ação foi extinta com base na decadência, ao fundamento de que o edital do concurso já previa expressamente a exigência da regularidade cadastral, no item 12.4, alínea *f*, que constitui norma de efeito concreto. O referido dispositivo determina a apresentação, pelo candidato, por ocasião da convocação, como comprovação de idoneidade e conduta ilibada, dentre outros documentos, aquele previsto na aliena *f*, ou seja, "Certidão Negativa de Débitos do Serviço de Proteção ao Crédito - SPC, expedida pela entidade competente nas Comarcas onde tenha residido nos últimos 5 (cinco) anos" (f. 63).

Segundo a lição do jurista Ernane Fidélis dos Santos:

> Admite-se, outrossim, a segurança contra a lei em tese, quando ela é auto-executável e contra todos os atos de efeitos concretos (*Manual de direito processual civil*. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, v. 3, p. 220).

Trata-se de exceção, uma vez que a regra para a concessão da segurança é a existência de ameaça ou lesão concreta ao direito da parte, que em geral decorre de ato material, e não normativo. Por isso, inicia o eminente jurista afirmando "admite-se, outrossim [...]". É a possibilidade de impetração do *writ* contra lei de efeitos concretos que constitui uma hipótese a mais de admissão do remédio heróico, não excluindo, entretanto, a possibilidade de sua impetração contra a concretização do ato previsto na norma pelo agente que, ao cumpri-la, constrange individualmente um dos seus destinatários.

Nesse sentido, a seguinte decisão do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> Embargos de declaração em agravo regimental em agravo regimental. Administrativo e processo civil. Concurso público. Reprovação em exame psicotécnico. Ato administrativo de efeito concreto. Impugnação por via de mandado de segurança. Decadência não configurada. Aclaratórios acolhidos. Agravo regimental parcialmente provido. Recurso especial parcialmente provido.
> 1. [...].
> 2. O ato administrativo de regulamentação abstrata (geral), contido no edital de abertura, pode ser atacado pela via do mandado de segurança, quando o impetrante almeja a declaração de ilegalidade em sua concepção, buscando, dessa forma, evitar subsunção aos modelos nele previstos; para esse fim, conta-se o prazo decadencial, previsto no art. 18 da Lei nº 1.533/51, a partir da publicação do ato normativo, no caso, o edital de abertura do certame.
> 3. O remédio heróico também pode ser impetrado em face de ato administrativo de efeitos concretos (individual), importando consignar que o ato administrativo de efeitos concretos é aquele que malfere direito líquido e certo de candidato a cargo por concurso público, individualmente identificado, interferindo concretamente na sua relação jurídica com a Administração, em sentido lato. Nesse caso, o prazo decadencial para a propositura do *mandamus* começará a fruir a partir da publicação do ato administrativo determinante de prejuízo ao concorrente [...] (STJ, 6ª Turma, EDcl no AgRg no AgRg no REsp 682767/SC, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, j. em 18.08.2005).

Verifica-se, assim, que tanto pode o ofendido impetrar o mandado de segurança contra a norma de efeitos concretos quanto contra o ato administrativo de sua aplicação, que individualiza a ameaça ou lesão a direito protegido seu.

Com esses fundamentos, dou provimento à apelação, para afastar a decadência e cassar a sentença, determinando o retorno dos autos à origem, a fim de que seja enfrentado o mérito propriamente dito.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ANTÔNIO SÉRVULO e JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO.

...

## Mandado de segurança - Documentos fiscais - Apreensão - Autorização judicial - Desnecessidade

Ementa: Apelação cível. Mandado de segurança. Apreensão de documentos fiscais. Autorização judicial. Desnecessidade.

- Somente dependem de autorização judicial as apreensões de documentos fiscais realizadas fora das dependências de estabelecimento comercial ou quando este for utilizado como moradia.

- A verificação de livros, documentos e arquivos fiscais decorre do exercício do poder de polícia do Estado, que tem o dever de fiscalizar os contribuintes, impor o cumprimento das obrigações fiscais, controlar o recolhimento de tributos, combater a sonegação e, assim, resguardar a supremacia do interesse público. Recurso conhecido, porém não provido.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.461405-8/002 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: RDEA Indústria e Comércio Importação e Exportação Ltda. - Apelado: Estado de Minas Gerais - Autoridade Coatora: Delegacia Fiscal de Belo Horizonte DFBH-2 - 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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 11 de setembro de 2008. - *Albergaria Costa* - Relatora.

### Notas taquigráficas

DES.ª ALBERGARIA COSTA - Trata-se de recurso de apelação interposto por RDEA Ind. Com. Importação e Exportação Ltda. contra a sentença de f. 52/55, que denegou a segurança impetrada contra ato do Delegado Fiscal da Delegacia Fiscal BH-02.

Em suas razões recursais (f. 62/68), a recorrente defendeu que é abusiva a apreensão de documentos fiscais sem a prévia autorização judicial, sobretudo quando realizada em estabelecimento de terceiro e sem que tenha sido iniciado qualquer procedimento fiscal contra a impetrante.

Sustentou que o trabalho fiscal é irregular, porquanto não houve a lavratura do "termo de início de ação fiscal" e do "termo de apreensão", nos moldes da legislação de regência.

Por último, aduziu que somente podem ser objeto de apreensão os documentos que constituam prova de infração tributária, não sendo esta a hipótese dos autos.

Requereu o provimento do apelo e a devolução da documentação apreendida.

Sem contra-razões, conforme certificado à f. 89-verso.

Ouvida, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do apelo (f. 98/104).

É o relatório.

Conhecido o recurso, uma vez presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Cuida-se de mandado de segurança em que a impetrante questionou a apreensão de documentos de sua propriedade, durante fiscalização realizada no estabelecimento da empresa Atual Confecções Ltda., pessoa jurídica diversa da recorrente.

Segundo defendeu, seus documentos estavam naquele estabelecimento por uma "infeliz coincidência", uma vez que as duas sociedades mercantis possuem o mesmo prestador de serviços de informática, a quem teria sido entregue a documentação apreendida.

A primeira questão devolvida pela recorrente diz respeito à necessidade de autorização judicial para a apreensão de documentos fiscais.

Nesse sentido, pertinente a transcrição do art. 44 da Lei nº 6.763/75, que consolida a legislação tributária no âmbito estadual:

> Art. 44 - Depende de autorização judicial a busca e apreensão de mercadorias, documentos, papéis, livros fiscais, equipamentos, meios, programas e arquivos eletrônicos ou outros objetos quando não estejam em dependências de estabelecimento comercial, industrial, produtor ou profissional.
>
> Parágrafo único - A busca e a apreensão de que trata o *caput* deste artigo também dependerá de autorização judicial quando o estabelecimento comercial, industrial, produtor ou profissional for utilizado como moradia.

Nos termos do dispositivo transcrito, somente dependem de autorização judicial as apreensões realizadas fora das dependências de estabelecimento comercial ou quando este for utilizado como moradia.

Corrobora este entendimento a conclusão de Paulo Roberto Decomain:

> A fiscalização fazendária tem acesso a todos os negócios do contribuinte, ou do responsável tributário, que possam de algum modo estar ligados a fatos geradores de obrigação tributária. Nenhuma disposição legal limitativa desse direito pode ser oposta ao Fisco. Deve ficar registrado, todavia, nesse particular, que, se os objetos ou papéis a serem examinados estiverem na residência do sujeito passivo ou do terceiro, somente poderão a eles ter acesso os agentes do Fisco com a concordância do próprio destinatário da fiscalização, ou mediante autorização judicial para que lhe seja quebrada a inviolabilidade do domicílio, que representa garantia constitucional. O mesmo não vale, porém, quando se trate de objetos e papéis existentes no estabelecimento do sujeito passivo, ou mesmo no escritório do seu contador. A estes o acesso pelos fiscais é sempre franqueado, independentemente de prévia autorização judicial (*Anotações ao Código Tributário Nacional*. Ed. Saraiva, 2000, p. 757/758).

No caso dos autos, a fiscalização foi realizada nas dependências da empresa Atual Confecções Ltda., de modo que os agentes fiscais, ao visitarem aquele estabelecimento comercial, estavam autorizados a apreender mercadorias, livros ou documentos que fossem necessários ao desempenho de sua atividade, ainda que pertencentes a terceiro.

Veja-se que o ato apontado como coator encontra amparo no art. 195 do CTN, segundo o qual "para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los".

A rigor, a apreensão ultimada pela autoridade impetrada decorre do exercício do poder de polícia do Estado, que tem o dever de fiscalizar os contribuintes, impor o cumprimento das obrigações fiscais, controlar o recolhimento de tributos, combater a sonegação e, assim, resguardar a supremacia do interesse público.

Além disso, pouco importa que não tenham sido lavrados contra a recorrente o "termo de início de ação fiscal" e o "termo de apreensão e depósito".

Primeiro, porque a ação fiscal foi promovida contra a empresa Atual Confecções Ltda., de modo que eventuais termos deveriam ser lavrados contra aquela e não contra a impetrante, a quem é defeso reclamar direito alheio em nome próprio.

Não fosse isso, Hugo de Brito Machado ensina que

> ordinariamente a ação fiscal tem início com a lavratura de um termo, denominado Termo de Início de Fiscalização, mas pode iniciar-se com atos outros, como a apreensão de mercadorias, livros ou documentos, e, em se tratando de mercadorias importadas, com o começo do despacho aduaneiro (*Curso de Direito Tributário*. 27. ed. Malheiros: São Paulo, p. 457).

Segundo, porque o recibo visto à f. 31 supre satisfatoriamente a lavratura do "termo de apreensão", pois dele constam a discriminação dos documentos apreendidos, a assinatura do agente fiscal apreensor e a assinatura do detentor dos bens apreendidos, tudo em conformidade com o art. 202 do RICMS/MG.

Por último, não se pode olvidar que a apreensão dos documentos prescinde da comprovação de infração tributária, até porque eventuais irregularidades somente poderão ser apuradas e comprovadas após a análise dos elementos retidos.

Não obstante isso, as informações prestadas pela autoridade impetrada revelam a suspeita de "controles

extrafiscais de saídas de mercadorias desacobertadas de documento fiscal" (f. 42), além do fato de a empresa fiscalizada e a empresa recorrente possuírem pessoa comum em seu quadro societário.

Ou seja, os documentos da impetrante possivelmente não estavam no estabelecimento fiscalizado por uma "infeliz coincidência" - alegação, a propósito, não comprovada pela recorrente.

Isso posto, nego provimento ao recurso de apelação, mantendo inalterada a sentença de primeiro grau.

Custas, pela recorrente.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES KILDARE CARVALHO e SILAS VIEIRA.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

...

## Execução fiscal - IPTU - Prescrição - Parcelamento - Comprovação - Não-ocorrência

Ementa: Apelação cível. Direito tributário. Execução fiscal. IPTU. Prescrição. Parcelamento. Comprovação. Inocorrência. Recurso a que se nega provimento.

- Conforme dispõe o art. 174 do CTN, o direito de executar o crédito fiscal tem como marco inicial a data da constituição definitiva do crédito tributário, através do lançamento, que é justamente o ato administrativo destinado a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, outorgando à Fazenda Pública o direito de exigir seu crédito.

- A Lei nº 6.830/80 não tem o condão de dilatar o prazo prescricional previsto no art. 174 do CTN, como se a relação processual pudesse aguardar prazo tão longínquo, ofendendo, assim, a segurança jurídica.

Nega-se provimento ao recurso.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.04.468143-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte - Apelada: Márcia Regina Felicíssimo, representada por Curador Especial Defensor Público - 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, 25 de setembro de 2008. - *Célio César Paduani* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. CÉLIO CÉSAR PADUANI - Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte interpôs apelação em face da sentença de f. 50-TJ, proferida pelo Juiz da 3ª Vara de Feitos da Fazenda Pública Municipal da Comarca de Belo Horizonte, que, nos autos da execução fiscal proposta pela ora apelante em desfavor de Márcia Regina Felicíssimo, extinguiu o processo de execução, em face da ocorrência da prescrição.

A apelante sustenta, às f. 52/63-TJ, em síntese, que houve parcelamento do débito exeqüendo, ocasionando a interrupção do prazo prescricional. Alega que o despacho que determinou a citação interrompe tal prazo e, por fim, colaciona arestos sobre o tema.

Contra-razões às f. 69/70-TJ.

Desnecessária a intervenção da Procuradoria-Geral de Justiça nos autos, ao teor da Súmula nº 189 do colendo STJ.

Decido.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Deflui dos autos que a Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte propôs a presente execução fiscal em 23.12.2004, não sendo possível a citação do devedor, pois não localizado.

Após diversas diligências, foi determinada a citação do executado por edital, sendo nomeado à executada curador especial para embargar a execução.

Conclusos, optou o Magistrado pela prolação de sentença extintiva do processo, por reconhecer de ofício a prescrição dos créditos tributários.

Com efeito, uma vez lançado o crédito, o sujeito passivo é notificado para pagar o tributo ou oferecer impugnação administrativa em tempo hábil, caso discorde da referida cobrança.

Por outro lado, a doutrina e jurisprudência são uníssonas em afirmar que o prazo da prescrição tributária enceta com a constituição definitiva do crédito fiscal, que tanto pode se efetivar na notificação do sujeito passivo ou, na hipótese de impugnação do crédito, no encerramento da instância administrativa. No caso dos autos, verifica-se que o Fisco não observou o prazo de 5 (cinco) anos da data do lançamento para providenciar a citação do contribuinte.

Em se tratando de matéria relativa à prescrição tributária, a Constituição Federal de 1988 determina, *in verbis*:

> Art. 146. Cabe à lei complementar:
> [...]
> III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) [...]
b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários.

Cediço que nosso Código Tributário Nacional, apesar de ter sido instituído como lei ordinária, possui eficácia de lei complementar, mercê do fenômeno da recepção em face ao seu objeto.

A meu ver, a Lei nº 6.830/80 não tem o condão de dilatar o prazo prescricional previsto no art. 174 do CTN, como se a relação processual pudesse aguardar prazo longínquo, ofendendo a segurança jurídica. Ademais, toda matéria relacionada à prescrição tributária representa norma geral de Direito Tributário e, dessarte, somente pode ser veiculada por lei complementar nacional, conforme o art. 146, III, *b*, da Constituição Federal. Não sendo complementar a Lei nº 6.830/80, mas sim lei ordinária, a regra daquele dispositivo não pode ser aplicada à prescrição de crédito tributário, sob pena de malferimento da Carta Maior. E, mesmo antes da Constituição de 1988, no regime constitucional anterior, vigente quando a LEF foi publicada, a prescrição não podia ser regulada por lei ordinária, mas somente por lei complementar.

Portanto, sob qualquer ângulo, tem-se que os créditos reclamados na execução foram fulminados pela prescrição, porquanto o prazo prescricional se conta a partir da data da constituição definitiva do crédito tributário.

Em caso semelhante, transcrevo excerto do voto do Des. Audebert Delage, quando do julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.0024.04.217.449-0/001, *DJ* de 16.02.06:

> No caso, trata-se de execução fiscal de IPTU e taxas referentes aos anos de 1999 e 2000. Não é a data de inscrição na dívida ativa que constitui o crédito tributário. O prazo prescricional conta-se a partir do aperfeiçoamento do lançamento que se dá com a efetiva notificação do contribuinte.

Com efeito, não se pode afirmar que o despacho que determina a citação do contribuinte tem o condão de interromper a contagem do prazo prescricional, conforme previsto no art. 8º, § 2º, da Lei 6.830/80, o que só se verifica com a citação válida.

Registro que a Lei Complementar 118/2005 se aplica tão-somente aos processos interpostos após seu prazo de *vacatio legis*.

De fato, a prescrição indefinida, que escapa das disposições normativas aplicáveis à espécie, afronta os princípios informadores do sistema tributário nacional.

Por fim, ressalto que a apresentação de mera pesquisa de parcelamento não é capaz, por si só, de comprovar a sua ocorrência, porquanto produzida unilateralmente.

No mesmo sentido:

> Tributário e processual civil - Execução fiscal - Parcelamento da dívida - Ausência de comprovação - Prescrição configurada - Extinção do processo, com resolução de mérito - Possibilidade - Improvimento da irresignação - Inteligência do art. 792, parágrafo único, do CPC e art. 151 do CTN. - O parcelamento extrajudicial do débito exeqüendo deve ser comprovado de forma cabal, para que se possa averiguar a ocorrência da interrupção do prazo prescricional, não servindo, para tanto, a mera juntada ao feito executivo de *print* retirado de Sistema Integrado de Dívida Ativa, com o que, decorrido o lapso temporal superior a 5 (cinco) anos da inscrição do crédito tributário, configura-se a prescrição (TJMG, Apelação Cível nº 1.0024.00.088728-1/001, Rel. Des. Dorival Guimarães Pereira, *DJ* de 29.04.2008).

Ademais, ainda que consideremos as informações constantes das CDAs e dos *prints* trazidos aos autos, tenho que estaria comprovada a prescrição da dívida, uma vez que o parcelamento importa no reconhecimento da dívida, interrompendo o prazo prescricional, que recomeça a contar com o término do pagamento ou do descumprimento do acordo firmado entre as partes, denotando-se dos autos que o termo dos últimos parcelamentos ocorreu em 25 de maio de 2003. Considerando que estes últimos parcelamentos não foram cumpridos, denota-se que o prazo de contagem da prescrição foi logo reiniciado, evidenciando, portanto, o decurso do prazo de cinco anos a ensejar a configuração da prescrição, em razão de não haver sido realizada a citação válida do executado.

Nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES AUDEBERT DELAGE e MOREIRA DINIZ.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

...

## Conflito negativo de competência - Vara cível e criminal - Lei Maria da Penha - Medidas protetivas de urgência - Competência do juízo criminal

Ementa: Conflito negativo de competência. Lei Maria da Penha. Vara cível e criminal.

- Tratando-se de procedimento com pedido de medidas protetivas constantes da denominada Lei Maria da Penha, é competente o Juízo Criminal.

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA Nº 1.0000.08.470953-4/000 - Comarca de Manhuaçu - Suscitante: Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Manhuaçu - Suscitado: Juiz de Direito da Vara Criminal

**e de Infância e Juventude da Comarca de Manhuaçu - 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 JULGAR PROCEDENTE O CONFLITO E DECLARAR A COMPETÊNCIA DO JUIZ SUSCITADO.

Belo Horizonte, 21 de agosto de 2008. - *Fernando Bráulio* - Relator.

**Notas taquigráficas**

DES. FERNANDO BRÁULIO - Conheço do conflito negativo de competência, pois presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de conflito negativo de competência entre o Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Manhuaçu (suscitante) e Juiz de Direito da Vara Criminal e de Infância e Juventude da Comarca de Manhuaçu (suscitado), nos autos de inquérito oriundo da Delegacia Especializada de Crimes contra a Mulher, figurando como ofendida J.D.G. e agressor J.C.O.

A ofendida não representou contra o agressor, mas requereu a concessão de medidas protetivas de urgência, conforme f. 05/06.

O ilustre Procurador de Justiça, Dr. Arnaldo Gomes Ribeiro, opina pela fixação da competência para apreciação, processamento e julgamento do feito do Juízo suscitado (Vara Criminal da Comarca de Manhuaçu - f. 30/31-TJ).

J.D.G. alegou sofrer violência física praticada por seu amásio J.C.O. e, apesar de não ter representado contra o agressor, pleiteou medidas protetivas de urgência constantes da denominada Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), que, em seu art. 33, dispõe:

> Art. 33. Enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual pertinente.
> Parágrafo único. Será garantido o direito de preferência, nas varas criminais, para o processo e o julgamento das causas referidas no *caput*.

Ante o exposto, declaro competente o Juízo suscitado da Vara Criminal da Comarca de Manhuaçu.

DES. EDGARD PENNA AMORIM - Trata-se de conflito negativo de competência, nos autos do procedimento para a aplicação de medidas protetivas em favor de J.D.G., instaurado pelo il. Juiz da 2ª Vara Cível em face do il. Juiz da Vara Criminal e de Infância e Juventude da Comarca de Manhuaçu.

Anote-se, de início, que a própria Lei Maria da Penha, ao criar mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, inclui entre eles as ações judiciais penais e cíveis, a cujo processo, julgamento e execução "aplicar-se-ão as normas dos Códigos de Processo Penal e Processo Civil e da legislação específica relativa à criança, ao adolescente e ao idoso que não conflitarem com o estabelecido nesta Lei" (art. 13 c/c os arts. 15 e 16).

Já no âmbito das medidas protetivas de urgência, o Capítulo II do Título IV da aludida Lei disciplina a matéria, arrolando, não exaustivamente, nos arts. 22, 23 e 24, diversas modalidades de medidas, sobre as quais calha transcrever a opinião de Rolf Madaleno:

> Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, uma vez registrada a ocorrência, deverá a autoridade policial, entre outras providências, remeter, no prazo de quarenta e oito horas, expediente apartado ao juiz com o pedido da ofendida, ou a requerimento do Ministério Público (art. 19 da LMP), para a concessão de medidas protetivas de urgência a serem aplicadas isoladas ou cumulativamente, podendo, ainda, ser substituídas a qualquer tempo por outras de maior eficácia (art. 19, § 2º, da LMP). Onde não existirem os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, a competência será das varas criminais para prover e ordenar a tomada das medidas protetivas de urgência, dentre as quais está a de ordenar o afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida (art. 22, II, da LMP) e a separação de corpos (art. 23, IV, da LMP), além da proibição de determinadas condutas, como a aproximação do agressor em relação à ofendida, seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância (art. 22, II, *a*, da LMP); proibição de contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação (art. 22, III, *b*, da LMP); proibição de freqüentar determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida (art. 22, III, *c*, da LMP); restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar (art. 22, IV, da LMP) e, por fim, a prestação de alimentos provisionais ou provisórios (art. 22, V, da LMP) (*Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 223-224).

Há, como visto, medidas protetivas tanto de natureza penal como de natureza cível e, possivelmente, doutrina e jurisprudência identificarão algumas de natureza mista, híbrida ou pelo menos de natureza temporariamente incerta, visto ainda desconhecida a causa principal de que seja preparatória. O autor acima citado, por exemplo, sobre a medida de proteção prevista no art. 22, inc. II, assevera:

> A ordem de afastamento do agressor emana de um juiz criminal e tem a finalidade de proteger a mulher vítima de violência doméstica ou familiar, como igual previsão já existia no parágrafo único do art. 69 da Lei nº 9.099/95, acrescido pela Lei nº 10.455/02, enquanto o afastamento temporário

de um dos cônjuges da morada do casal, ordenado pelo art. 888, inc. VI, do CPC, tem a sua natureza eminentemente cível (Ob. cit., p. 130).

Por outro lado, em relação à competência para conhecer e julgar as causas envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, aquela legislação especial prevê juízos especializados, da seguinte forma:

> Art. 14. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

À guisa de disposição transitória, a propósito do assunto, estabelece a lei:

> Art. 33. Enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual pertinente.

De tudo o que se viu, é possível inferir que as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher serão julgadas, no âmbito da Justiça Estadual, em primeira instância, independentemente da natureza cível, criminal ou mista, quando já criados e instalados, pelos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, ou, transitoriamente, pelos juízos das Varas Criminais. O mesmo raciocínio se aplica relativamente às medidas protetivas previstas na multicitada Lei Maria da Penha, sejam preparatórias, ou incidentais, a procedimentos ou processos judiciais.

Diante do exposto, na esteira do voto do em. Relator, declaro a competência do Juízo suscitado.

DES.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO - De acordo.

*Súmula* - JULGARAM PROCEDENTE O CONFLITO E DECLARARAM A COMPETÊNCIA DO JUIZ SUSCITADO.

...

## Conflito negativo de competência - Ação ordinária - Competência territorial - Relação de consumo - Consumidor - Foro diverso do domicílio - Demanda - Possibilidade

Ementa: Conflito negativo de competência. Ação ordinária. Competência territorial. Relação de consumo. Possibilidade de o consumidor demandar em comarca diversa de seu domicílio. - A competência territorial relativa não pode ser declarada de ofício, mormente quando o consumidor, cuja norma do CDC visa proteger, escolhe foro diverso de seu domicílio para demandar.

**CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA Nº 1.0000.08.471540-8/000 - Comarca de Itamarandiba - Suscitante: Juiz de Direito da Comarca de Itamarandiba - Suscitado: Juiz de Direito da 33ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte - 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 JULGAR PROCEDENTE O CONFLITO E DECLARAR COMPETENTE O JUÍZO DA 33ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE BELO HORIZONTE. FAZER RECOMENDAÇÃO DE PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO

Belo Horizonte, 23 de julho de 2008. - *Saldanha da Fonseca* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. SALDANHA DA FONSECA - Constituem os autos conflito negativo de competência, levantada pelo ilustre Juiz de Direito da Comarca de Itamarandiba, sendo suscitada a ilustre Juíza de Direito da 33ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, visando a manutenção da competência desta em ação ordinária de pleito indenizatório com pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

Alega o suscitante que a competência estabelecida no art. 101 da Lei 8.078/90 seria uma garantia protetiva e poderia ser renunciada pelo consumidor para ajuizamento da ação em local diverso de seu domicílio.

Sustenta que a competência territorial é relativa, somente argüível por meio de exceção, nos termos do art. 112 do CPC e da Súmula 33 do STJ.

A Douta Procuradoria-Geral de Justiça elaborou o parecer de f. 35/38-TJ, opinando pela procedência do conflito negativo.

A MM. Juíza de Direito da 33ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte prestou as informações de f.42/48-TJ, requerendo que seja declarado o suscitante competente para apreciação da presente demanda.

O presente conflito negativo de competência se refere à possibilidade de declínio de ofício da competência em razão do lugar, em caso de demanda proposta por consumidor em foro diverso de seu domicílio.

Em primeiro lugar é importante ressaltar que sobre a matéria há divergências em sede de doutrina e jurisprudência.

Apesar das controvérsias que permeiam o assunto, entendo que, tratando-se de competência territorial e

não ocorrendo a hipótese de atribuição funcional, é vedado ao juiz declinar de ofício da competência. Necessária seria a argüição da exceção de incompetência no prazo legal.

Dispõe a súmula 33 do Superior Tribunal de Justiça *in verbis*: "A incompetência relativa não pode ser declarada de oficio" (*DJ* de 29.10.1991, p. 15.312).

São os precedentes que ensejaram a referida súmula:

> Conflito de competência. Incompetência relativa. - O juiz não pode, de oficio, declinar da competência quando se trata de incompetência relativa. Necessária a provocação da parte (CC 1.506/DF, S1, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, *DJ* 19.08.1991, p. 10.974)
>
> Processual civil. Execução fiscal proposta pela Fazenda Nacional perante o juízo da comarca em que é domiciliado o devedor. A incompetência relativa deve ser argüida pela parte no momento oportuno, sob pena de preclusão e prorrogação da competência, sendo defeso ao juiz declará-la de oficio. Conflito procedente (CC 1.519/SP, S1, Rel. do acórdão Min. Ilmar Galvão, *DJ* 08.04.1991, p. 3.862).
>
> Processual civil. Competência. Incompetência relativa.
> I - Cabe ao réu argüir a incompetência relativa do foro onde o autor ajuizar a ação. A possibilidade de o juiz, de ofício, declarar-se incompetente, ou suscitar conflito negativo de competência, limita-se aos casos de competência absoluta.
> II - Conflito conhecido, para declarar-se competente o juízo de direito da terceira Vara de Cajazeiras-PB, suscitado (CC 1.589/RN, S2, Rel. Min. Waldemar Zveiter, *DJ* de 1º.04.1991, p. 3.413).
>
> Conflito de competência. Execução fiscal.
> - Tratando-se de competência relativa e não sendo oposta exceção declinatória de foro, não pode o juiz, de ofício, declinar de sua competência (CC 1.496/SP, S1, Rel. Min. Hélio Mossimann, *DJ* de 17.12.1990, p. 15.336).
>
> Conflito de competência.
> A possibilidade de o juiz, de ofício, declarar-se incompetente, limita-se aos casos de competência absoluta (CC 872/SP, S2, Rel. Min. Athos Carneiro, *DJ* de 20.08.1990, p. 7.954).

O Código de Defesa do Consumidor traz em seus dispositivos o princípio da facilitação da defesa, que deve ser interpretado da forma mais benéfica ao tutelado.

Neste contexto, é de se admitir que a cláusula de eleição de foro seja declarada nula de ofício pelo magistrado em casos de ações propostas por pessoas jurídicas em face de consumidores, remetendo os autos à comarca referente ao domicílio do demandado. Entretanto, o contrário não deve prevalecer, porque, se nos casos que não envolvem relação consumerista o autor pode demandar em qualquer foro e esta competência não poderá ser conhecida de ofício, por força do art. 112 do CPC, se revelaria verdadeiro absurdo aplicar tal norma em desfavor do destinatário do diploma legal protetivo.

Diante do exposto, entendo que a competência territorial é relativa, e não deve ser conhecida de ofício. Resguardado o direito da autora de demandar onde for mais favorável à defesa de seu direito, caberá à ré argüir exceção de incompetência no prazo legal, sob pena de prorrogação da competência, conforme disposto no art. 114 do CPC.

Com tais razões, julgo procedente o conflito negativo de competência, para declarar a competência do Juízo da 33ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte-MG.

DES. JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA - Com o Relator.

DES. NILO LACERDA - Acompanho o voto do eminente Relator.

DES. JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA - Pela ordem.

Sr. Presidente, gostaria de recomendar a publicação desse voto, porque tem um forte conteúdo pedagógico e seria interessante para servir de baliza a outras decisões.

*Súmula* - JULGARAM PROCEDENTE O CONFLITO E DECLARARAM COMPETENTE O JUÍZO DA 33ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE BELO HORIZONTE. FIZERAM RECOMENDAÇÃO DE PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO.

...

**Mandado de segurança - Reexame necessário - Ipsemg - Menor sob guarda - Inclusão como dependente - Possibilidade - Art. 227 da Constituição Federal e art. 33, *caput*, § 3º, da Lei Federal nº 8.069/90 - Aplicação - Lei Complementar Estadual nº 64/2002 - Revogação de norma federal - Inadmissibilidade - Hierarquia das leis**

Ementa: Previdenciário. Mandado de segurança. Reexame necessário. Inclusão de menores que se encontram sob guarda judicial como dependentes junto ao Ipsemg. Possibilidade. Aplicação do art. 227 da Constituição Federal de 1988 e art. 33, *caput*, § 3º, da Lei Federal nº 8.069/90. Alegação de que somente menores sob tutela judicial podem ser cadastrados como beneficiários do aludido instituto em virtude do art. 4º, § 3º, II, da Lei Complementar do Estado nº 64/2002. Insubsistência em face da hierarquia das leis que não permite que a lei complementar do Estado tenha o condão de revogar norma insculpida na Carta Magna, nem tampouco dispositivo constante de lei federal - Sentença mantida, em reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.527202-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Ipsemg - Apelada: M.G.F.**

- **Autoridade coatora: Presidente do Ipsemg - 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 CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 1º de julho de 2008. - *Ernane Fidélis* - Relator.

**Notas taquigráficas**

DES. ERNANE FIDÉLIS - Reexame necessário.

Com a devida vênia da digna Juíza de primeiro grau, tratando-se de mandado de segurança, mister se faz o reexame necessário (parágrafo único, art.12, Lei 1.553/51), pelo que assim recebo a remessa.

Inicialmente, cumpre ressaltar que é incontroverso nos autos que a impetrante obteve a guarda definitiva do menor F.C.F. mediante sentença transitada em julgado.

O impetrado tenta furtar-se à concessão do benefício com o fundamento de que somente os menores sob tutela judicial podem ser incluídos como dependentes de segurados obrigatórios do Ipsemg em virtude do disposto no art. 4º, § 3º, II, da Lei Complementar Estadual nº 64/02. Tenho, todavia, que a tese é insubsistente, uma vez que os direitos assegurados à criança e ao adolescente se encontram elencados no art. 227 da Carta Magna, senão vejamos:

> É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Ademais, destaca-se, ainda, que a norma insculpida no art. 33, *caput*, § 3º, da Lei Federal nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) estabelece que:

> A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. [...]
> § 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

Portanto, o art. 4º, § 3º, II, da Lei Complementar Estadual nº 64/02 não tem o condão de revogar norma insculpida na Constituição Federal, nem tampouco dispositivo constante de lei federal.

Assim, verifica-se, no presente caso, a ilegalidade do ato praticado pelo Sr. Presidente do Ipsemg em face do direito líquido e certo da impetrante de ter o menor sob sua guarda incluído como seu beneficiário perante o Instituto.

Com essas considerações em reexame necessário, confirmo a sentença, prejudicado o recurso voluntário.

É o meu voto.

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

*Súmula* - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

...

## Manutenção de posse - Cemig - Linhas de transmissão de energia elétrica - Faixa de segurança - Imóvel particular - Construção irregular - Má-fé do proprietário - Servidão administrativa preexistente - Conhecimento - Benfeitorias necessárias - Inexistência - Indenização indevida

Ementa: Constitucional, administrativo, civil e processual civil. Ação de manutenção de posse. Imóvel particular. Construção irregular. Cemig. Faixa de segurança das linhas de transmissão de energia elétrica. Obrigação de demolição. Caracterização da má-fé do proprietário do imóvel na sua efetivação. Conhecimento prévio da servidão administrativa. Benfeitorias necessárias. Inexistência. Indenização indevida. Procedência do pedido. Manutenção. Improvimento da irresignação. Inteligência dos arts. 96 do Código Civil e 927 do CPC.

- Demonstrada a má-fé do proprietário do imóvel ao construir sob faixa de segurança das linhas de transmissão de energia elétrica da Cemig, desrespeitando servidão administrativa preexistente, deve ser demolida parte da construção, sendo-lhe indevida qualquer indenização, já que não comprovou a existência de benfeitorias necessárias.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.05.659226-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Aulus Tarso Barbosa Fantoni - Apelada: Cemig Distribuição S.A. - Relator: DES. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA**

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incor-

porando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 7 de agosto de 2008. - *Dorival Guimarães Pereira* - Relator.

## Notas taquigráficas

DES. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA - Trata-se de apelação à sentença de f. 160/172-TJ, proferida nestes autos de ação de manutenção de posse com pedido liminar movida pela Cemig Distribuição S.A. contra Aulus de Tarso Barbosa Fantoni, com o objetivo de resguardar a posse da autora sobre imóvel existente sob a linha de transmissão de energia elétrica, situada na Rua Ferroviário Oromar Ribeiro, Bairro Nova Vista, nesta Capital, diante da construção irregular promovida pelo réu, tendo o referido *decisum* julgado procedente o pedido exordial, para reintegrar a concessionária de energia elétrica "na posse da servidão da faixa de segurança da linha de transmissão 'LT Horto-Taquaril', devendo o requerido desocupar e demolir a área invadida, correspondente a aproximadamente 6,25 metros, nos termos do laudo pericial" (*litteris*, f. 171-TJ), pleiteou ela sua reforma.

Para tanto, alega que não tinha conhecimento acerca da proibição da construção, pois não recebeu qualquer notificação da requerente e não teve ciência da lavratura da ocorrência policial, salientando a sua evidente boa-fé, insurgindo-se, ainda, em relação à determinação de demolição de parte de sua residência ou, ao menos, a indenização pelas benfeitorias construídas, tudo consoante as razões despendidas às f. 176/189-TJ.

Conheço do recurso, por atendidos os pressupostos que regem sua admissibilidade.

Cuida-se de ação de manutenção de posse ajuizada pela Cemig contra o ora recorrente, sustentando que ele teria construído sua residência dentro da faixa de segurança das linhas de transmissão de energia elétrica "LT Horto-Taquaril", infringindo a servidão administrativa e causando riscos à saúde e à integridade física, razão pela qual requereu a demolição da construção irregular e a imediata manutenção na posse.

O requerido, por sua vez, sustenta nunca ter tido ciência acerca da proibição da construção, já que não foi cientificado da notificação exarada pela Cemig nem participou da lavratura do boletim de ocorrência de f. 15/16-TJ.

A digna Magistrada sentenciante, com base em prova pericial produzida nos autos, determinou a demolição de parte do imóvel do réu, notadamente o correspondente a 6,25 metros, a qual se encontra dentro da faixa de segurança da autora e, quanto ao direito de retenção e indenização por benfeitorias requeridas por aquele, entendeu inexistente o direito, já que caracterizada a má-fé na construção irregular, valendo transcrever trechos do referido *decisum* que retratam bem a conclusão tomada, segundo o qual:

> [...] mesmo notificado o requerido continuou a construção das obras. Logo, não agiu com a boa-fé exigida e, portanto, não faz jus ao direito de retenção e, a indenização, em princípio, limitar-se-ia às benfeitorias necessárias.
> [...] a casa construída não se trata de uma benfeitoria necessária, já que não valorizou ou conservou a região serviente. Se bem se analisar, o que houve foi a construção de uma obra que veio a dificultar o acesso da autora à linha de transmissão.
> Desta forma, não se tratando a construção de uma benfeitoria necessária, não há qualquer ressarcimento a ser promovido (*litteris*, f. 169/170-TJ).

Postula o recorrente, portanto, a reforma do julgado monocrático, ratificando as suas alegações de que agiu de boa-fé, não podendo ser determinada a demolição de sua casa, a menos que lhe sejam indenizadas todas as benfeitorias.

Resta incontroverso do processado que o requerido adquiriu o terreno sobre o qual passam linhas de transmissão de energia elétrica, lá construindo sua residência, respeitando apenas parte do imóvel onde passam exatamente as linhas, tomando-se uma linha vertical, o que motivou a propositura desta demanda pela concessionária de energia elétrica, argumentando ser possuidora da área, com base em servidão administrativa regularmente constituída.

Importante ressaltar que a restrição sofrida pelo réu, em relação à área em que existem as linhas de transmissão de energia elétrica, não corresponde, efetivamente, à perda da propriedade, pois não é a hipótese de desapropriação.

De fato, na constituição de servidão administrativa, não ocorre propriamente ocupação, mas simples uso público do imóvel, que não exclui, é bem verdade, sua utilização pelo proprietário, desde que compatível com a servidão, nos termos da doutrina do saudoso mestre Hely Lopes Meireles, *in verbis*:

> Servidão administrativa ou pública é ônus real de uso imposto pela Administração à propriedade particular para assegurar a realização e conservação de obras e serviços públicos ou de utilidade pública, mediante indenização dos prejuízos efetivamente suportados pelo proprietário *(in Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores 2002, p. 593).

Pode-se perceber, pela certidão de registro de imóvel anexada às f. 53/53-v.-TJ, que a servidão administrativa no terreno do requerido já existe, pelo menos, desde o ano de 1992, ocasião em que Antônio Ramos Gaspar adquiriu o lote da empresa União Rio Empreendimentos S.A., sendo advertido que

> O comprador declarou ter pleno conhecimento de que a parte do lote acima mencionado acha-se gravado com

> escritura de servidão a favor da Cemig para passagem de uma rede de transmissão de energia elétrica, conforme escritura lavrada no livro de transcrição 04 sob nº 552, f. 267, no Cartório do 1º Ofício de Registro de Imóveis-BH, que o ora comprador declara respeitar por si, herdeiros e sucessores (*litteris*, f. 53-TJ).

Por tal razão, não é aceitável que o proprietário do bem alegue desconhecimento da servidão administrativa, nem mesmo pleiteie indenização pelo prejuízo a ele causado, pois, quando o adquiriu, ele já se encontrava gravado, sendo tal fator evidentemente levado em consideração no ajuste do preço do negócio.

Verifica-se, ainda, que, na data de 16.03.2004, o imóvel foi inspecionado pela Cemig, tendo sido constatado o início de construção, em desrespeito à faixa de segurança das linhas de transmissão de energia elétrica, não existindo assinatura do réu tomando ciência deste ato.

Por sua vez, em 30.03.2004, foi lavrado o boletim de ocorrência de f. 15/16-TJ, em que ficou consignado que o responsável pela obra impediu a entrada no imóvel para o fiscal da Cemig fotografar o local, sendo certo que naquela oportunidade o recorrente, proprietário do imóvel, manteve contato telefônico com aquele, tomando ciência das irregularidades constatadas pela autora.

Lado outro, as fotografias juntadas pela apelada em sua exordial, tiradas em 15.04.2004, dão conta de que, naquela época, a construção estava ainda em seu início, conforme se constata às f. 19/20-TJ.

No entanto, no momento do ajuizamento desta ação (15.03.2005, papeleta constante da contracapa) as obras já se encontravam evoluídas, observando-se que as fotografias juntadas pelo réu em sua contestação (datada de 10.05.2005) demonstram a casa praticamente pronta, deixando claro que ele reservou uma parte do lote sem qualquer construção, notadamente o local onde passam as linhas de transmissão.

Ocorre que, como já mencionado, a faixa de segurança abrange não só o local onde as linhas passam, mas também uma área de 12,5 metros para cada lado (croqui de f. 18-TJ), razão pela qual, produzida prova pericial neste feito, ficou comprovado que, efetivamente, a casa do irresignante foi construída dentro da faixa de segurança, sendo válido transcrever trecho do laudo produzido:

> VIII.1) Do local da construção da residência
> Durante diligência pericial, constatamos que a edificação (telhado da residência) do réu está aproximadamente 3,00 metros, na horizontal, da linha de transmissão da Cemig e aproximadamente 6,25 metros, na horizontal, do eixo das linhas de transmissão. Portanto, sendo a faixa de segurança 12,50 metros do eixo (documentação juntada pela autora às f. 14 e 18 dos autos), a residência do réu encontra-se edificada aproximadamente 6,25 metros dentro da faixa de segurança e conseqüentemente dentro da faixa de servidão da autora. Informamos ainda que as linhas de transmissão encontram-se dentro do terreno do réu (f. 120-TJ).

Assim, não há reparo a ser feito no *decisum* monocrático, que impôs a demolição da parte da residência do recorrente, especificamente o correspondente a 6,25 metros, não havendo, pois, violação à sua dignidade e direito de moradia, sendo certo que tal regra deveria ter sido observada desde o início da construção.

Quanto à indenização por benfeitorias, realmente, não deve ser paga ao requerido, ficou demonstrado que ele já tinha ou pelo menos já deveria ter ciência da servidão administrativa existente em seu imóvel, não podendo qualificá-lo, pois, como de boa-fé.

Realmente, sabendo da existência das linhas de transmissão de energia sobre o seu terreno, deveria ele ter tomado todos os cuidados a fim de evitar os inconvenientes, como a demolição da área construída, como também os riscos inerentes a tal tipo de situação.

Assim, demonstrada a má-fé do irresignante, somente poderiam lhe ser indenizadas as benfeitorias necessárias, na forma do art. 96 do Código Civil, o que não é o caso presente, já que a construção da parte da casa que adentra na área da faixa de segurança da Cemig não será em nada aproveitada por esta, conforme muito bem detectado pela ilustre Magistrada *a quo*.

A propósito, este eg. Tribunal de Justiça possui diversos precedentes sobre o assunto em debate, demonstrando que, infelizmente, a situação aqui discutida não é rara, sendo válido transcrever os seguintes arestos:

> Servidão administrativa. Faixa de segurança da linha de transmissão de energia elétrica. Área serviente. Manutenção de posse. Construção irregular. Turbação de posse comprovada (2ª CC, Apelação Cível nº 1.0024.05.699065-8/002, Rel. Des. Brandão Teixeira, j. em 23.01.2007, *DJ* de 09.02.2007).

> Reintegração de posse - Esbulho sobre faixa de segurança das redes de transmissão e distribuição de energia elétrica da Cemig - Obrigação de desfazimento da obra - Edificação irregular e inconveniente ao local - Inexistência de benfeitorias necessárias ou úteis - Improcedência do pedido contraposto de ressarcimento pelos gastos despendidos na construção. - As áreas que cercam os postes, fios e cabos de transmissão de energia elétrica são denominadas 'faixas de segurança' protegidas pelo instituto da servidão administrativa, que cerceia os direitos possessórios do particular em prol de um bem maior, no caso, a transmissão e fornecimento de energia elétrica. A construção na área serviente é vedada, uma vez que dificulta o acesso e a manutenção dos equipamentos, além de trazer risco de vida aos invasores. - A natureza dúplice das ações possessórias permite que haja pedido contraposto pelo réu. O pleito de ressarcimento pelos gastos despendidos na edificação irregular somente será deferido ao ocupante de boa-fé que proceder a gastos úteis e necessários ao bem serviente (1ª CC, Apelação Cível nº 1.0079.03.113992-0/001, Rel.ª Des.ª Vanessa Verdolim, j. em 30.10.2007, *DJ* de 23.11.2007).

Com tais considerações, nego provimento à apelação interposta, confirmando a sentença monocrática, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, pelo apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MARIA ELZA e NEPOMUCENO SILVA.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

...

## Direito autoral - Nulidade da decisão - *Software* pirata - Utilização - *Quantum* - Honorários de advogado

Ementa: Direito autoral. Nulidade da decisão. Utilização de *software* pirata. Indenização. *Quantum*. Verba honorária.

- A identidade física do juiz ocorre quando este preside audiência de instrução e julgamento e procede à colheita de provas, como oitiva de testemunha, depoimento pessoal, esclarecimento de perito, vinculando-o ao processo.

- A exigibilidade da garantia prevista no art. 835 do CPC consiste em faculdade do juiz, que deverá avaliar a pertinência de sua imposição.

- De conformidade com o art. 102 da Lei 9.610/98, que versa sobre os direitos autorais, o titular de obra fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos, sem prejuízo da indenização cabível.

- O *quantum* indenizatório restringe-se à obrigação de reparar os danos efetivamente causados ao titular do *software*, que deixou de lucrar com a venda dos originais do programa pirateado. De conformidade com o art. 20, § 3º, CPC, os honorários advocatícios serão fixados entre o mínimo de dez por cento e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, atendidos o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado e o tempo exigido.

Preliminares rejeitadas. Apelação provida em parte.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.05.874758-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Sonel Sociedade Nacional de Eletricidade Hidráulica Ltda. - Apelada: Microsoft Corporation - Relatora: DES.ª EVANGELINA CASTILHO DUARTE**

### 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 PRELIMINARES E DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 10 de julho de 2008. - *Evangelina Castilho Duarte* - Relatora.

### Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral, pela apelante, o Dr. José Jorge Neder e, pela apelada, o Dr. Eduardo Dinelli Costa Santa Cecília.

DESª. EVANGELINA CASTILHO DUARTE - Tratam os autos de ação cautelar de busca e apreensão cumulada com ação de indenização, ao fundamento de ser a apelada titular de direitos autorais de diversos programas de computador, bem como dos respectivos manuais de usuários utilizados pela apelante sem o devido licenciamento de uso e reprodução.

Pretende a busca e apreensão dos aludidos *softwares*, bem como a fixação de indenização pelo uso e reprodução indevidos.

O MM. Juiz *a quo* julgou procedente o pedido, determinando a cessação do uso dos programas de computador pela apelante, bem como a destruição das respectivas cópias, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00 por programa indevidamente utilizado, condenando a recorrente ao pagamento de indenização equivalente a 50 vezes o valor de mercado do programa para cada cópia irregular, conforme arbitrado em liquidação de sentença.

A apelante foi também condenada ao pagamento de custas e honorários advocatícios, arbitrados em 15% sobre o valor apurado em liquidação.

A apelante opôs embargos de declaração, f. 237/239, que foram rejeitados, conforme decisão de f. 240.

A apelante pretende a reforma integral da decisão recorrida, argüindo a preliminar de nulidade do processo por ausência de caução idônea para assegurar o pagamento de custas processuais e honorários advocatícios de sucumbência, conforme determina o art. 835 do CPC, ressaltando que a apelada é empresa com sede em território estrangeiro.

Argúi, ainda, a nulidade do processo por não ter sido observado o princípio da identidade física do juiz, já que o Magistrado que proferiu a sentença não foi o que presidiu o processo.

No mérito, pretende a redução do valor arbitrado a título de indenização, ressaltando que não fez uso das cópias para fins de comercialização, devendo as perdas e danos se restringir ao que a apelada deixou de lucrar com a venda dos programas.

Pretende a redução dos honorários advocatícios de sucumbência.

Contra a sentença de f. 232/236, foram opostos embargos de declaração, cuja decisão foi publicada em 12 de dezembro de 2007.

A apelante apresentou seu recurso em 4 de janeiro de 2008, no prazo legal, promovendo o devido preparo.

Conheço o recurso porque presentes os requisitos de sua admissibilidade.

I - Identidade física do juiz.

A apelante argúi a nulidade do processo por violação ao princípio da identidade física do juiz, visto que o Sentenciante não é o mesmo Magistrado que presidiu o processo.

Aplica-se o princípio da identidade física do juiz, ou do juiz natural, quando o magistrado preside audiência de instrução e julgamento e procede à colheita de provas, como oitiva de testemunha, depoimento pessoal, esclarecimento de perito, vinculando-se ao processo.

Nesse sentido é pertinente a lição de Humberto Theodoro Júnior:

> h) caberá, finalmente, ao julgador observar o princípio da identidade física do juiz, segundo o qual 'o juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido, ou aposentado, caso em que passará os autos ao seu sucessor' (art. 132). Entende a jurisprudência, com inteira razão, que a vinculação do juiz à causa só ocorre quando, na audiência, houver coleta de prova oral, pois é esta que fundamenta o princípio da identidade física do juiz (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 25. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, v. I, p. 203.)

No caso dos autos, não foram produzidas provas em audiência, tendo ocorrido o julgamento antecipado da lide, razão pela qual não há vinculação do juiz a quem foi apresentada a inicial.

Rejeito, pois, a preliminar.

II - Ausência de caução idônea.

A apelante argúi, ainda, a nulidade do processo, por ausência de prestação de caução idônea, que assegure o pagamento de custas processuais e verba honorária, nos termos do art. 835, CPC, por tratar a apelada de empresa com sede fora do território nacional.

Ressalte-se que a exigibilidade da garantia prevista no art. 835 do CPC consiste em faculdade do juiz, que deverá avaliar a pertinência de sua imposição, conforme leciona Humberto Theodoro Júnior:

> A contracautela não é uma imposição permanente da lei ao juiz, que tenha de ser observada em todo e qualquer deferimento de medida cautelar. É apenas uma faculdade a ele oferecida, cujo exercício dependerá da verificação, no caso concreto, da existência de risco bilateral para ambos os litigantes na situação litigiosa a acautelar (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. II, p. 411/412).

> A caução de que trata o art. 835 do CPC pode ser prestada em caráter incidental. Trata-se de um obstáculo processual que só acarreta a extinção do processo sem julgamento do mérito quando não removido no prazo assinalado pelo juiz (REsp nº 42.424-0-SP, Rel. Min. Costa Leite, *RSTJ* 68/314).

No mesmo sentido é a jurisprudência do extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais:

> Medida cautelar de vistoria e busca e apreensão - Ação ordinária - Caução - Art. 835 do CPC - Cerceamento de defesa - Inocorrência - Pirataria de *software* - Direitos autorais - Violação - Perdas e danos - Pedido ilíquido - Sentença líquida - Impossibilidade.
> - O art. 835 do CPC, ao estabelecer que 'o autor, nacional ou estrangeiro, que residir fora do Brasil ou dele se ausentar na pendência da demanda, prestará, nas ações que intentar, caução suficiente às custas e honorários de advogado da parte contrária, se não tiver no Brasil bens imóveis que lhes assegurem o pagamento', não impõe ao magistrado a obrigação de determinar a prestação desta garantia, mas outorga-lhe a faculdade de assim o fazer, observadas as peculiaridades de cada caso. (...) (TAMG - Apelação Cível nº 2.0000.00.298057-2/000 - Relator: Juiz Edílson Fernandes - *DJ* de 15.04.2000).

Oportuna a transcrição de parte do voto da Apelação Cível nº 298.057-2, acima especificado:

> Na hipótese dos autos, o fato de a liminar de vistoria e busca e apreensão, para confirmar a ocorrência de violação de direitos autorais pela ré, ter sido deferida sem que o Magistrado exigisse caução das autoras, apesar destas terem ressaltado, na peça de ingresso, que a prestariam, tão logo o Juiz singular determinasse o valor e a forma, não pode conduzir à extinção do processo, sem julgamento do mérito, uma vez que a caução de que trata o art. 835 do CPC não exige procedimento específico e pode ser prestada a qualquer momento, até em caráter incidental, se o julgador entender necessário, o que, no entanto, não foi o caso.
> Registre-se, ademais, que não há risco algum para a primeira apelante, porque a finalidade desta caução é assegurar o pagamento das custas e honorários de advogado da parte contrária e, no caso dos autos, o pedido fora julgado procedente, sendo certo que eventual reforma da decisão não trará prejuízo algum para a recorrente, neste sentido, já que as autoras têm domicílio certo e são empresas de âmbito internacional, muito bem-sucedidas e de largo poder econômico, revelando-se muito pouco provável que a parte tenha problemas com o recebimento de eventual verba de sucumbência a que vier a fazer jus.

No caso dos autos, o Magistrado entendeu ser necessária a prestação de caução, conforme decisão de f. 138/139 dos autos da ação cautelar em apenso, o que foi cumprido à f. 150.

A fiança prestada venceu em 17 de outubro de 2006, conforme cláusula 3 da carta de fiança de f. 150, expirando-se, pois, no curso do processo.

Ressalte-se, porém, que a ausência de renovação da garantia não resulta em extinção automática do processo, especialmente quando o pedido foi acolhido, não haven-

do condenação à empresa com sede estrangeira, e que, ademais, no caso concreto, possui forte e inquestionável poder econômico.

Assim, a declaração de nulidade do processo por ausência de pressuposto de desenvolvimento regular afrontaria o princípio da economia processual e implicaria graves prejuízos às partes demandantes.

Ademais, ressalte-se que a apelada já apresentou nova carta de fiança, com vencimento em 10 de fevereiro de 2009, conforme documento de f. 291, salientando-se que a renovação da garantia é condição para a execução do título judicial.

Não se pode, pois, acolher a presente preliminar.

III - Mérito.

A controvérsia cinge-se ao valor da indenização arbitrada para reparar o dano decorrente da utilização indevida de *softwares* sobre os quais a apelada detém direitos autorais, bem como ao valor da verba honorária.

A propriedade intelectual de obra de *software* tem proteção legal nas Leis 9.609/98 e 9.610/98, dispondo os arts. 2º e 3º do primeiro diploma:

> Art. 2º O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta lei.
> (...)
> § 3º A proteção aos direitos de que trata esta lei independe de registro.
> (...)
> Art. 3º Os programas de computador poderão, a critério do titular, ser registrado em órgão ou entidade a ser designado por ato do Poder Executivo, por iniciativa do Ministério responsável pela política de ciência e tecnologia.
> (...)

De conformidade com o art. 102 da Lei 9.610/98, que versa sobre os direitos autorais, o titular de obra fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos, sem prejuízo da indenização cabível:

> Art. 102. O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada, poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível.

No mesmo sentido, dispõe o art. 14, § 1º, da Lei 9.609/98, que trata, especificamente, da proteção da propriedade intelectual de programas de computador:

> Art. 14. Independentemente da ação penal, o prejudicado poderá intentar ação para proibir ao infrator a prática do ato incriminado, com cominação de pena pecuniária para o caso de transgressão do preceito.
> § 1º A ação de abstenção de prática de ato poderá ser cumulada com a de perdas e danos pelos prejuízos decorrentes da infração.

Verifica-se que a legislação aplicável estabelece que o valor da indenização deve corresponder ao valor do prejuízo efetivamente sofrido e demonstrado no caso concreto.

Nesse sentido é a jurisprudência:

> Ação ordinária - Pirataria de *software* - Vistoria, busca e apreensão - Perícia - Utilização de programas de computador sem licença - Indenização - Reprodução não comprovada.
> - Não comprovada a reprodução e divulgação dos programas de computador, funções estas inerentes à edição, mas a mera utilização desprovida de licença, não resta configurada a figura da edição fraudulenta, o que afasta a aplicação da sanção imposta pelo parágrafo único do art. 103 da Lei nº 9.610/98.
> - Estabelece o art. 102 da Lei nº 9.610/98, além da apreensão das obras utilizadas sem autorização, uma indenização, que deve ser o valor do(s) programa(s) indevidamente utilizado(s) (AC nº 1.0672.03.105293-5/001, 12ª CC do TJMG, Rel. Des. Alvimar de Ávila, j. em 14.09.2005.)

> Cautelar busca e apreensão. Indenização. Propriedade intelectual. Edição fraudulenta. Inocorrência. Utilização desprovida de autorização do titular dos direitos autorais. Comprovada. Indenização devida. Multa diária. Possibilidade. - Não restando comprovada a edição fraudulenta de obra literária, artística ou científica, torna-se incabível a imposição da indenização fixada no art. 103 da Lei nº 9.610/98. Entretanto, restando demonstrada a utilização indevida de programas de computador sem a autorização do titular, a aplicação do art. 102 da aludida lei é medida que se impõe. O *quantum* indenizatório devido pela utilização indevida de *software* deve corresponder ao valor do programa indevidamente utilizado, visto que, dessa forma, chega-se a um valor justo que equivale à quantia que o comprador deveria ter pagado e que o titular dos referidos direitos deveria ter recebido pelos produtos pirateados. A imposição de multa diária para o cumprimento de determinação judicial é procedimento legítimo, que tem a finalidade de compelir o devedor a cumprir a obrigação na forma determinada, inibindo-o de negar-se a cumpri-la. Deram parcial provimento ao recurso no processo de conhecimento e negaram provimento no processo cautelar (AC nº 1.0109.04.001242-8/001, 16ª CC do TJMG, Rel. Des. Sebastião Pereira de Souza, j. em 22.09.2006).

> Embargos infringentes - Pirataria de *software* - Direitos autorais - Violação - Perdas e danos - Valor de mercado dos programas - Sucumbência recíproca verificada. - Demonstrada a prática ilícita com a utilização e reprodução de programas de computador, a vítima faz jus a uma indenização, em decorrência da violação dos direitos autorais de obras de que é detentora, reparação esta que deverá levar em conta os prejuízos efetivamente demonstrados, tendo em vista que o texto legal apenas se refere, genericamente, a 'prejuízos decorrentes da infração' (art. 14, § 1º, da Lei 9609/98). Não há que se aplicar a multa prevista no art. 103, parágrafo único, da Lei 9.610/98, se não houve edição fraudulenta de obra literária, artística ou científica, o que pressupõe a reprodução indevida da obra e sua divulgação, porquanto inadmissível a interpretação ampliativa, por se tratar de

norma restritiva (EIAC nº 2.0000.00.447459-1/001, 9ª CC do TJMG, Rel. Des. Tarcísio Martins Costa, j. em 24.04.2007, por maioria.)

Dessarte, o *quantum* indenizatório restringe-se à obrigação de reparar os danos efetivamente causados ao titular do direito autoral do *software*, que deixou de lucrar com a venda dos originais do programa pirateado.

Ausente a prova de outros prejuízos, ônus que incumbia à apelada, nos termos do art. 333, I, CPC, a indenização deve-se limitar ao valor de mercado dos *softwares* indevidamente utilizados, não sendo razoável o arbitramento de quantia mais elevada ante à completa falta de provas de maiores perdas.

Impõe-se, pois, o provimento parcial ao apelo, para reduzir o valor arbitrado a título de indenização.

Pretende a apelante, ainda, a redução da verba honorária de sucumbência.

Ora, o art. 20, § 3º, CPC, dispõe que os honorários advocatícios serão fixados entre o mínimo de dez por cento e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, atendidos o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado e o tempo exigido.

À vista dos critérios legais, é adequada a fixação dos honorários do advogado da apelada em 15% sobre o valor da condenação, considerando a redução deste.

Ressalte-se, ainda, que a verba honorária fixada abrange a remuneração pelo trabalho executado nos autos da cautelar de busca e apreensão em apenso, sendo certo que tal importância remunera com dignidade o trabalho do procurador da apelada, não podendo, pois, ser reduzida.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso apresentado por Sonel - Sociedade Nacional de Eletricidade e Hidráulica Ltda., para determinar que a indenização a ser paga pela apelante seja correspondente ao valor de mercado dos programas de computador indevidamente utilizados, apurada em liquidação de sentença, por arbitramento.

Mantenho íntegra, quanto ao mais, a r. decisão hostilizada.

Custas recursais, pelas partes, à razão de 50% para cada uma.

DES. ANTÔNIO DE PÁDUA - De acordo.

DES.ª HILDA TEIXEIRA DA COSTA - De acordo.

*Súmula* - REJEITARAM PRELIMINARES E DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...

## Ação civil pública - Área de preservação permanente - Desmatamento - Recomposição - Dano moral ambiental - Compensação

Ementa: Ação civil pública. Recomposição de área desmatada. Danos morais ambientais. Apelação

- O dano extrapatrimonial não surge apenas em conseqüência da dor, em seu sentido moral de mágoa, mas também do desrespeito a valores que afetam negativamente a coletividade. A dor, em sua acepção coletiva, é ligada a um valor equiparado ao sentimento moral individual e a um bem ambiental indivisível, de interesse comum, solidário, e relativo a um direito fundamental da coletividade

- Configurado o dano extrapatrimonial (moral), visto que houve um dano propriamente dito, configurado no prejuízo material trazido pela degradação ambiental, e houve nexo causal entre o ato do autuado e este dano.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0132.05.002117-0/001. Comarca de Carandaí - 1º Apelante: Itamar Faria de Paiva Filho - 2º Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelados: Itamar Faria de Paiva Filho, Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. CARREIRA MACHADO

### 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 AO PRIMEIRO RECURSO E DAR PROVIMENTO AO SEGUNDO.

Belo Horizonte, 16 de setembro de 2008. - *Carreira Machado* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. CARREIRA MACHADO - Trata-se de recursos de apelação interpostos por Itamar Faria de Paiva Filho e pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra sentença de f. 59/63, proferida pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de Carandaí, que, nos autos da ação civil pública ajuizada em face do primeiro apelante, julgou parcialmente procedente o pedido inicial para condenar o réu à recomposição ambiental das áreas desmatadas; a apresentar ao juízo, no prazo de noventa dias a contar do trânsito em julgado da decisão, um projeto técnico de recomposição da flora elaborado por engenheiro florestal e aprovado pelo IEF; a apresentar ao juízo relatórios trimestrais, no primeiro ano, e semestrais, no restante do período, sobre correto cumprimento

do projeto de efetiva recuperação do meio ambiente; a proceder à averbação da reserva legal em sua propriedade, no prazo de 90 (noventa) dias a contar do trânsito em julgado da decisão, fazendo juntar aos autos uma certidão do Cartório de Registro de Imóveis, que comprove tal situação, sob pena de multa diária no valor de R$ 500,00 (quinhentos reais), limitada a R$ 50.000,00 (cinqüenta mil reais), para o caso de atraso injustificado no cumprimento de qualquer das cominações estabelecidas. Condenou-o, ainda, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Itamar Faria de Paiva Filho, f. 77/79, alega que não houve desmatamento de área de preservação permanente; que o que aconteceu foi simplesmente uma limpeza de pasto; que não houve qualquer tipo de prejuízo ao meio ambiente; que a área onde foi realizada a limpeza não ultrapassa 4 ha, restando impossibilitado o objeto da presente ação, que se refere a 7 ha; que o local onde foi realizada a limpeza já está regenerado; que é descabido o pedido feito na inicial; que não cometeu qualquer ato contrário à legislação vigente; que não há que se falar em indenização relativa a dano moral ambiental, já que este não ocorreu.

Contra-razões às f. 83/84, o primeiro apelado manifesta-se no sentido de que a apelação interposta traz, na verdade, contra-razões à segunda apelação, considerando-se os argumentos trazidos, que são todos no sentido de rebater esta segunda apelação, e a data em que foi apresentada. Além disso, aduz que não veio acompanhada de preparo.

O Ministério Público de Minas Gerais, segundo apelante, f. 65/75, alega que o segundo apelado deve arcar com danos morais ao meio ambiente e à coletividade, uma vez que se trata de proteção a interesse coletivo, relativo a patrimônio de titularidade difusa; que, quando se fala em dano ambiental, não se pode querer restringir seus efeitos a uma determinada pessoa, pois a ofensa ocorre à coletividade, já que se afronta o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em f. 90/104, opina pelo conhecimento e desprovimento do primeiro recurso e pelo provimento do apelo ministerial.

Reconheço a peça de f. 77/79 como recurso de apelação, restando infundadas as alegações do primeiro apelado em suas contra-razões. A primeira apelação, apesar de autuada em seqüência à segunda, foi protocolizada em data anterior a esta, sendo-lhe impossível rebatê-la. Além disso, a peça não se restringe a argumentar contra a pleiteada indenização por danos morais ao meio ambiente e está devidamente acompanhada de preparo, conforme se verifica à f. 79-v.

Conheço dos recursos voluntários, visto que presentes seus requisitos de admissibilidade.

Itamar Faria de Paiva Filho foi autuado no dia 17.05.2001 por efetuar corte raso sem destoca em uma área de aproximadamente 0,5 hectare de floresta estacional semidecidual, em estágio inicial, sem a devida autorização do IEF. Foram apreendidas, no mesmo ato, 23 (vinte e três) esteves de lenha nativa e 1 (um) metro cúbico de carvão vegetal (f. 17/21).

Posteriormente, foi instaurado procedimento administrativo pela Promotoria de Justiça de Carandaí para apuração de crime informado na autuação. Nesta oportunidade, foi providenciado laudo pericial pelo IEF, a pedido da Promotoria, que constatou ter havido, de fato, "um corte raso em aproximadamente 0,5 ha (meio hectare) de Floresta Estacional Semidecidual estágio médio de desenvolvimento" (f. 24/25).

Assim, o primeiro apelante, notificado a comparecer à Promotoria de Justiça de Carandaí no dia 27.12.2001, assinou termo de declaração, afirmando ter feito o desmate no terreno conforme foi constatado pelos policiais florestais e ter obtido aproveitamento de vinte e poucos metro cúbicos de lenha, comprometendo-se a levar à Promotoria de Justiça um laudo do IEF que comprovasse a recuperação da área desmatada até o dia 30.11.2002 (f. 28).

Em 29.08.2001, o IEF procedeu ao acompanhamento da fiscalização florestal no terreno, quando constatou, conforme laudo pericial de f. 30/32, que na verdade houve corte raso sem destoca em aproximadamente 17 (dezessete) hectares de floresta estacional semidecidual em estágio avançado de desenvolvimento; que, dos 17 (dezessete) hectares, 4 (quatro) são considerados topo de morro e 1 (um) situa-se em beira de córrego; que a área em questão possui volumetria de 1.700 (mil e setecentos) esteves por hectare e que parte do material foi escoado da área de desmate, restando no local apenas 120 (cento e vinte) esteves de lenha. Informou também que o infrator é reincidente e concluiu que a exploração se deu em Mata Atlântica, na qual só é permitido corte seletivo, através de plano de manejo, em áreas passíveis do mesmo.

Em virtude desses fatos, foi proposta a presente ação civil pública, julgada parcialmente procedente, não sendo acolhido apenas o pedido de condenação à pena pecuniária a título de danos morais ambientais.

Tenho que a r. sentença de primeiro grau merece reforma quanto à aplicação de indenização por danos morais ambientais.

Primeiramente, insta salientar a importância do bem juridicamente protegido, de natureza transindividual difusa. O complexo abraçado pelo meio ambiente garante a sobrevivência do ser humano, estendendo-se no tempo e projetando-se às futuras gerações. Dessa maneira, não se relaciona a um sujeito determinado, uma vez que, inevitavelmente, projeta-se na vida de todos, inclusive em nível mundial.

A proteção do ambiente no sistema jurídico brasileiro tem dupla valência, abrangendo tanto um direito do

homem, quanto a manutenção da capacidade do ecossistema. Trata-se de um direito fundamental, intergeracional, intercomunitário, constitucionalmente garantido e ligado ao direito da personalidade, visto que diz respeito à qualidade de vida da comunidade.

O meio-ambiente ecologicamente equilibrado é um dos bens e valores indispensáveis à personalidade humana, considerado essencial à sadia qualidade de vida, portanto, à dignidade social. A existência de um ambiente salubre e ecologicamente equilibrado representa condição especial para um completo desenvolvimento da personalidade humana.

Assim, é consensual o entendimento de que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado deve ser devidamente tutelado, pela relevância que possui.

A respeito, afirma o doutrinador Sérgio Ferraz:

> Assim, uma das primeiras metas do homem do direito e do estadista residirá em formular preceitos que garantem uma tutela ambiental, que garantam amplamente a qualquer cidadão a possibilidade de, ao se sentir ameaçado, buscar proteção do Direito, independentemente de considerações de legitimação lastreadas em critérios de mero prejuízo patrimonial. Até porque o patrimônio maior não é o mero patrimônio econômico, mas o patrimônio de sobrevivência. O ordenamento jurídico tem que ser acordado para essa necessidade gritante, para a qual persistimos, entretanto, tragicamente adormecidos (FERRAZ, Sérgio. Responsabilidade civil por dano ecológico. *Revista de direito público*. São Paulo, 1997, v. 49-50).

No que concerne à equiparação do direito ambiental a direito de personalidade, deve ser levado em conta que este é mutável no tempo e espaço, uma vez que se trata de categoria do direito que foi idealizada para satisfazer exigências da tutela da pessoa, que são determinadas pelas contínuas mutações das relações sociais. Além disso, tal direito deve englobar os elementos psico-físico-sócio-ambientais da personalidade humana.

Assim, e levando-se em consideração o disposto na Lei 7.347/85 e no art. 225 da Constituição Federal, conclui José Rubens Morato Leite:

> No que tange à equiparação do direito ao ambiente com interesses que dizem respeito à pessoa, entende-se que, no sistema brasileiro, esta hipótese transcende a pessoa singularmente considerada e dirige-se a uma personalidade coletiva ou difusa, considerando que a finalidade de proteção diz respeito a todos. O direito ao ambiente é essencialmente um bem difuso e pertence à coletividade de maneira indeterminada, anônima e indivisível. Desta forma, ao lesar o meio ambiente, ofende-se um interesse dúplice e concomitante, isto é, da pessoa singular indeterminada e de toda a coletividade (LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do indivíduo ao coletivo, extrapatrimonial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003).

O dano extrapatrimonial não surge apenas em conseqüência da dor, em seu sentido moral de mágoa, mas também do desrespeito a valores que afetam negativamente a coletividade. A dor, em sua acepção coletiva, é ligada a um valor equiparado ao sentimento moral individual e a um bem ambiental indivisível, de interesse comum, solidário, e relativo a um direito fundamental da coletividade.

No caso em tela, o dano moral é significativo e caracteriza-se por lesão ao valor ecológico da coletividade.

Além disso, não restam mais dúvidas quanto à admissão por nosso ordenamento jurídico da ampla extensão da reparação do dano. Daí que a reparabilidade do dano extrapatrimonial restou consagrada na Constituição de 1988 e no novo Código Civil, que traz os seguintes dispositivos, *in verbis*:

> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.
> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
> Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Ainda, a edição da Súmula 37 do STJ firmou o entendimento jurisprudencial no sentido de aceitar a tese da reparabilidade dos danos não patrimoniais.

E, finalmente, a Lei nº 7.347/85, que rege a presente ação, veio tutelar interesses difusos e coletivos, através da ação de responsabilidade por danos morais e patrimoniais, estabelecendo irrefutável suporte legal à possibilidade de reparação ao dano extrapatrimonial (moral) ambiental. Tanto, que carrega em seu art. 1º o seguinte texto:

> Art. 1º. Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:
> I - ao meio ambiente [...]

Dessa forma, nosso ordenamento jurídico prevê a reparação de toda e qualquer espécie de dano coletivo, podendo a indenização decorrer, inclusive, de ato lícito. A fundamentação trazida pela lei faz surgir um dano extrapatrimonial ambiental sem culpa, em que o agente está sujeito a reparar a lesão por risco de sua atividade, e não pelo critério subjetivo da culpa.

Seguindo esta idéia a Lei nº 6.938/81 consagrou a responsabilidade civil objetiva por danos ao meio ambiente, em seu art. 14, *in verbis:*

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

> I - à multa simples ou diária, nos valores correspondentes, no mínimo, a 10 (dez) e, no máximo, a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTNs, agravada em casos de reincidência específica, conforme dispuser o regulamento, vedada a sua cobrança pela União se já tiver sido aplicada pelo Estado, Distrito Federal, Territórios ou pelos Municípios;
> II - à perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público;
> III - à perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito;
> IV - à suspensão de sua atividade.
> § 1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.
> § 2º No caso de omissão da autoridade estadual ou municipal, caberá ao Secretário do Meio Ambiente a aplicação das penalidades pecuniárias prevista neste artigo.
> § 3º Nos casos previstos nos incisos II e III deste artigo, o ato declaratório da perda, restrição ou suspensão será atribuição da autoridade administrativa ou financeira que concedeu os benefícios, incentivos ou financiamento, cumprindo resolução do Conama.
> § 4º (Revogado pela Lei 9.966/2000.)
> § 5º A execução das garantias exigidas do poluidor não impede a aplicação das obrigações de indenização e reparação de danos previstas no § 1º deste artigo.

A Constituição Federal da República também determinou a responsabilidade objetiva na esfera ambiental, recepcionando a teoria do risco integral, através de seu art. 225, § 3º:

> Art. 225 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
> [...]
> § 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

A responsabilidade objetiva, em termos de dano ecológico, não deve ser aplicada de outra forma senão segundo a teoria do risco integral. Isso porque assim não se admite nenhum excludente de responsabilidade e porque, diante da possibilidade de solidariedade da mesma, irrelevante a mensuração do subjetivismo em face da responsabilidade tripla (civil, penal e administrativa) trazida pela Constituição.

Só dessa maneira é estabelecido um sistema de res-ponsabilidade rigoroso o suficiente para proteger o meio ambiente.

Corroborando esse entendimento, cumpre transcrever o entendimento de Luis Paulo Sirvinskas:

> Não há, pela leitura do dispositivo constitucional, nenhuma incompatibilidade com a lei infraconstitucional (Lei nº 6.938/81). Essa teoria já está consagrada na doutrina e na jurisprudência. Adotou-se a teoria do risco integral. Assim, todo aquele que causar dano ao meio ambiente ou a terceiro será obrigado a ressarci-lo mesmo que a conduta culposa ou dolosa tenha sido praticada por terceiro. Registre-se ainda que toda empresa possui riscos inerentes a sua atividade, devendo, por essa razão, assumir o dever de indenizar os prejuízos causados a terceiros (SIRVINSKAS, Luis Paulo. *Manual de direito ambiental*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007).

Ademais, a jurisprudência tem entendido que a responsabilidade objetiva ambiental é obrigação *propter rem*, ou seja, a obrigação de preservar a área e de repará-la acompanha a propriedade, em busca, também, do meio ambiente sadio e equilibrado, não havendo que se perquirir se foi ou não o proprietário do imóvel o responsável pela degradação ao meio ambiente.

Ainda, dispõe a Lei 6.938/81, que traçou a Política Nacional de Meio Ambiente, senão vejamos:

> Art. 3º. Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:
> [...]
> IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental;
> Art. 4º. A política nacional de meio ambiente visará:
> [...]
> VII - imposição ao poluidor e ao predador da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos;

Corroborando o entendimento acima exposto, peço vênia ao Des. Nilson Reis, para transcrever parte de seu voto:

> A política Nacional do Meio Ambiente, criada pela Lei nº 6. 938, de 31 de agosto de 1981, e regulamentada pelo Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990, tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana. Mais recentemente, a Constituição da República, no art. 225, estabelece que 'todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações'.
> A Lei Federal nº 7.347/85, ao disciplinar a ação civil pública, dispõe, em seu art. 1º e seus incisos, que se regem por ela, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados dentre outros, ao meio ambiente.
> A profunda relação das noções de meio ambiente (item I do art. 1º) e os bens e direitos protegidos no item III do art. 1º, ambos da Lei nº 7.347/85, em muitos casos, como nos concernentes aos bens e direitos de valor estético, turístico e paisagístico, aplicar-se-ão as regras da responsabilidade objetiva.

> Conforme é sabido, o Brasil, como regra, adotou a teoria subjetiva ou da culpa em matéria de ato ilícito. Mas, como exceção, a teoria objetiva é admitida em algumas hipóteses, como é o caso dos autos.
> Nesse passo, cumpre registrar que, em verdade, no plano processual, a distinção entre as duas teorias resume-se em estabelecer de quem é o *onus probandi*. Na teoria subjetiva, o lesado é quem tem que provar que o fato aconteceu por ação ou omissão voluntária, imprudência ou negligência do agente, vale dizer, o nexo causal. Na objetiva, a vítima tem em seu favor a presunção de que o agente foi culpado. A este compete provar a ocorrência de fato que impeça, modifique ou extinga o direito de quem se diz vítima.
> No caso dos autos, o apelante se justifica do desmate realizado, para efeitos de quitação de dívida que possuía, sendo uma pessoa pobre, que tira da terra o sustento de seus filhos, alegando, ainda, que a área desmatada já se encontra quase totalmente regenerada, tentando fazer valer como prova as fotografias juntadas aos autos, de f. 43/47.
> Ora, a condição social do apelante não retira a sua responsabilidade pelo dano ambiental praticado, tendo em vista que foram desmatados 3,0 ha de Floresta Estacional Semidecidual, integrante da Mata Atlântica, que constitui patrimônio nacional, nos termos do art. 225, § 4º, da Constituição da República. E, não obstante o laudo pericial de f. 16/17, informe que a área se encontra em fase inicial de regeneração natural, o próprio perito oficial informou no item 6 de seu trabalho, que a área atingida levará de 8 a 10 anos para atingir um estágio satisfatório de regeneração.
> É justamente pelo enorme período em que a sociedade ficará desprovida do recurso natural que se justifica a imposição de indenização pelo dano moral coletivo, contra o qual se insurge o apelante. A propósito, vale ensinamento de Paulo Affonso Leme Machado, na obra *Direito ambiental brasileiro*, 11. ed., Malheiros, p. 341, *in verbis:*
> *'Não é apenas a agressão à natureza que deve ser objeto de reparação, mas a privação, imposta à coletividade, do equilíbrio ecológico, do bem-estar e da qualidade de vida que aquele recurso ambiental proporciona, em conjunto com os demais. Desse modo, a reparação do dano ambiental deve compreender, também, o período em que a coletividade ficará privada daquele bem e dos efeitos benéficos que ele produzia, por si mesmo e em decorrência de sua interação (art. 3º, I, da Lei nº 6.938/81). Se a recomposição integral do equilíbrio ecológico, com a reposição da situação anterior do dano, depender, pelas leis da natureza, de lapso de tempo prolongado, a coletividade tem direito subjetivo de ser indenizada pelo período que mediar entre a ocorrência do dano e a integral reposição da situação anterior'. (TJMG: AC 1.0183.03.062431-0/001(1), Relator Des. Nilson Reis, data do julgamento: 23.11.2004, data da publicação: 03.12.2004.)*

Nesse sentido, nada mais cumpre analisar *in casu* senão a ocorrência de um dano ao meio ambiente e do nexo causal entre a atividade do primeiro apelante e o dano.

Conforme se extrai dos laudos periciais do IEF às f. 24/25 e 30/32 e das declarações do autuado ao Ministério Público à f. 28, onde afirma ter, de fato, desmatado a área do terreno conforme a autuação, não restam dúvidas de que lhe deve ser imputada responsabilidade ambiental, cabendo-lhe a reparação pelos danos causados.

Também cabe ressaltar que o primeiro apelante não só praticou a degradação, como também não cumpriu o seu compromisso firmado com o *Parquet,* perpetrando o desrespeito ao meio ambiente, chegando a atingir floresta em estágio avançado de desenvolvimento e Mata Atlântica, em desrespeito a mais um preceito constitucional, art. 225, § 4º:

> § 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

O dano ambiental consiste na degradação do equilíbrio ecológico. Duas são as formas de reparação: o retorno ao *status quo ante* e a indenização em dinheiro. A modalidade ideal seria a reconstituição ou recuperação do meio ambiente lesado, cessando-se a atividade lesiva e revertendo-se a degradação.

A propósito, Álvaro Luiz Valery Mirra assevera:

> A reparação, convém insistir neste ponto, tende à compensação do dano. Ora, a reparação do prejuízo ambiental significa a adaptação do meio ambiente degradado e dos seus elementos atingidos a uma situação que possa ser a mais próxima possível daquela anterior à realização do dano ou daquela em que estariam se o prejuízo não tivesse se verificado. A questão, uma vez mais, e como sempre, se resume em encontrar, em cada caso concreto, a melhor forma de compensar o prejuízo causado e de efetivá-la.
> Nesse sentido, os danos ambientais podem até, em certas hipóteses, ser irreversíveis, sob a ótica ambiental e ecológica, mas nunca irreparáveis. Uma compensação pecuniária ou *in natura* sempre poderá (deverá) ser acordada para a recomposição, na medida do possível, do ambiente degradado. (MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002.)

Aqui, o impacto local é irreparável, decorrente da atividade do primeiro apelante, inexistindo técnica que viabilize tal mister. Igualmente ficou caracterizado que o mesmo estava consciente de que o desmatamento era indevido, pois realizado sem licença, com o único objetivo de obter lucro. Além disso, como não se procedeu à reconstituição, faz-se imperativa a indenização em dinheiro.

A prova do dano em questão é cabal e, caso contrário, ou havendo a regeneração do local desmatado, como afirma o primeiro apelante, caberia a ele trazer aos autos a comprovação do alegado, o que não ocorreu.

Finalmente, tenho que configurado o dano extrapatrimonial (moral), visto que houve um dano propriamente dito, configurado no prejuízo material trazido pela degradação ambiental, e houve nexo causal entre o ato do autuado e este dano.

Pelo exposto, e considerando o lucro indevidamente auferido pela exploração ilegal do terreno, nego

provimento ao primeiro recurso e dou provimento ao segundo, reformando a r. sentença de primeiro grau, para condenar Itamar Faria de Paiva Filho ao pagamento de danos morais causados ao meio ambiente e à coletividade no montante de R$ 175.000,00 (cento e setenta e cinco mil reais), que deverão ser recolhidos ao Fundo Estadual de Defesa dos Direitos Difusos (Lei Estadual nº 14.086/01), conforme previsto no art. 13 da Lei nº 7.347/85.

Custas, pelo primeiro apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES NILSON REIS e BRANDÃO TEIXEIRA.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E DERAM PROVIMENTO AO SEGUNDO.

...

## Embargos do devedor - Ônus da prova - Art. 333, inciso I, do CPC - Atividade agrícola - Crédito para fomento - Código de Defesa do Consumidor - Inaplicabilidade - Litigância de má-fé - Não-ocorrência - Sentença - Manutenção

Ementa: Embargos de devedor. Ônus da prova. Art. 333, inciso I, do CPC. Crédito para fomento da atividade agrícola. CDC. Inaplicabilidade. Litigância de má-fé. Inocorrência. Sentença mantida.

- Constitui ônus da parte embargante a prova do fato constitutivo do direito suscitado na ação incidental de embargos à execução, tendo em vista o princípio segundo o qual o ônus da prova incumbe a quem alega, máxime se estiver diante de um título que, *a priori*, consubstancia um direito real e eficaz.

- Tendo sido contraída dívida para ser aplicada na atividade agropastoril, ou seja, para realização de investimento e custeio na propriedade do financiado, inaplicáveis são as disposições do Código de Defesa do Consumidor.

- Não há que se falar em condenação como litigante de má-fé, quando a parte não age de forma desleal no processo.

Apelação não provida.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0133.06.030001-8/001 - Comarca de Carangola - Apelante: Adimar José Soares - Apelada: Fertilizantes Heringer Ltda. - 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.

Belo Horizonte, 29 de julho de 2008. - *Pereira da Silva* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. PEREIRA DA SILVA - Trata-se de recurso de apelação, interposto por Adimar José Soares contra a decisão que julgou improcedentes os embargos de devedor, por ele aviados, em resistência à execução promovida por Fertilizantes Heringer Ltda.

Inconformado, o embargante interpôs recurso de apelação, às f. 48/51, alegando que o valor de R$16.500,00 foi renegociado com a empresa apelada e que não lhe foi entregue uma via do contrato de renegociação da dívida, mediante promessa de entrega da mesma posteriormente.

Alega ainda a aplicabilidade do CDC ao presente caso ante a necessidade de se rever o contrato pactuado firmado entre as partes, por se tratar de consumidor e não ser o apelante o responsável pela baixa na safra de cafeeira.

Contra-razões, às f. 53/58, pugnando a apelada pela manutenção da sentença em face de sua litigância de má-fé.

Este, o breve relatório.

Conheço o recurso porque preenchidas as formalidades legais exigíveis.

Passo, então, à análise das razões recursais.

Os embargos do devedor, na atual sistemática processual brasileira, constituem processo cognitivo incidental conforme ensina o festejado Professor Humberto Theodoro Júnior:

> O devedor será, todavia, o autor da ação de embargos, podendo discutir amplamente o negócio jurídico criador do título executivo, mas terá a seu cargo o ônus da prova de que só será desincumbido mediante produção de elementos de convencimento robustos e concludentes, dada a presunção de legitimidade e certeza que milita em prol do título executivo (*Processo de execução*. 4. ed. São Paulo: Leud, 1978, p. 379).

Compulsando os autos, verifica-se que o apelante confirma a existência da dívida, porém afirma a realização de novo contrato. Contudo, deixou de comprovar a existência de tal negócio jurídico e afirma que permanece inadimplente em virtude de crise financeira que o assola, pleiteando assim a aplicabilidade do CDC em face desses fatos supervenientes, que tornaram impossível o pagamento das prestações.

Tenho que não assiste razão ao apelante, uma vez que não fora trazido aos autos nenhum tipo de comprovação acerca da realização do novo negócio jurídico, bem como não se deve aplicar o CDC ao presente caso,

pois o crédito originário da dívida fora utilizado para o fomento da atividade desenvolvida pelo apelante, não merecendo assim guarida no CDC.

Conforme relatado acima, o autor da ação de embargos poderá discutir amplamente o negócio jurídico, porém, verifica-se que o apelante não se desincumbiu de forma satisfatória de seu ônus, qual seja de comprovar a realização do novo negócio jurídico pactuado entre as partes.

O Professor José Rubens Costa, ao analisar o art. 333 do Código de Processo Civil, preleciona:

> Trata-se do fato, da prova, da comprovação das alegações das partes.
> A sentença deve basear-se nos fatos provados e, a partir destes, dizer qual o direito, qual a conseqüência jurídica.
> Se o direito deve ser do conhecimento do juiz, os fatos devem ser, pelas partes, provados.
> [...]
> Incumbe às partes o ônus da prova: a) ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito (art. 333, I); b) ao réu, quanto à existência de fato impeditivo modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, II) (*Manual de processo civil*, v. I, p. 24/25).

Não cabe a alegação de que a apelada prometeu entregar-lhe posteriormente cópia do novo documento formalizado entre as partes.

Portanto, não basta simplesmente alegar os fatos para que a sentença declare o direito, isto é, para que a relação de direito fique definitivamente garantida pela regra do direito correspondente, preciso é, antes de tudo, que o juiz se certifique da verdade do fato alegado, o que se dá através das provas.

Com relação à aplicabilidade do CDC ao presente caso, tenho entendimento de não ser possível tal medida em face de o crédito financeiro concedido ter por finalidade o fomento da atividade do apelante, qual seja a compra de insumos agrícolas para produção cafeeira.

Acerca do conceito de consumidor, cita-se a seguinte doutrina:

> Conceito de consumidor - Consoante já salientado, o conceito de consumidor adotado pelo Código foi exclusivamente de caráter econômico, ou seja, levando-se em consideração tão-somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria, e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial.
> [...]
> [...] entendemos por 'consumidor' qualquer pessoa física ou jurídica que, isolada ou coletivamente, contrate para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou locação de bens, bem como a prestação de um serviço. (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária - Comentários de José Geraldo Brito Filomeno - nota 2 ao art. 1º - p. 26 e 27).

Dessa forma, a meu sentir, não se aplica à avença celebrada entre as partes a Lei Federal 8.078/90.

Importante tomar-se por empréstimo a lição de Luiz Rodrigues Wambier (*RT* 742):

> A pessoa, física ou jurídica que tome recursos no mercado financeiro para incrementar atividade econômica, será, quando muito, apenas aquilo que respeitável parcela da doutrina chama de destinatário fático dos recursos, categoria absolutamente distinta daquela que o CDC quer proteger, qual seja o efetivo destinatário, ou seja, o destinatário econômico, não mais do serviço bancário, mas de produto ou serviço cujo fomento se deu pelo aporte de recursos tomados junto às instituições financeiras.

Nesse mesmo sentido, colaciona-se o abalizado entendimento de Nelson Nery Júnior (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 302-303):

> As operações bancárias estão abrangidas pelo regime jurídico do CDC, desde que constituam relações jurídicas de consumo.

E, por fim, também não há que se falar em condenação do apelante em litigância de má-fé, como quer a empresa apelada, pois a parte não agiu de forma desleal no processo, capaz de caracterizar a referida conduta processual ilícita.

A propósito, esse o entendimento do colendo STJ: "A litigância de má-fé reclama convincente demonstração". (REsp 28175-0/SP. Relator: Ministro Milton Luiz Pereira.)

Ante o exposto, nego provimento ao recurso aviado, para manter íntegra a bem-lançada sentença, da lavra do eminente Juiz Robert Lopes de Almeida.

Custas recursais, na forma da lei, pelo apelante, salvo se beneficiário da JG, nos termos da Lei Federal 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CABRAL DA SILVA e MARCOS LINCOLN.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

...

## Concurso público - Prova de títulos - Candidatos que exercem cargos públicos - Privilégio - Princípios da isonomia e impessoalidade - Afronta

Ementa: Concurso público. Prova de títulos que beneficia candidatos exercentes de cargos públicos junto ao ente que promove o certame. Afronta aos princípios da isonomia e impessoalidade.

- O edital do concurso público de provas e títulos é a lei do certame. Os critérios objetivos fixados devem ser obedecidos e, no caso de dúvida ou inobservância, caberá ao Judiciário, se acionado, dirimir a questão.

- Mostra malferimento aos princípios da igualdade e da acessibilidade, próprios aos concursos públicos, a previsão editalícia que atribui título pelo exercício de função pública junto à administração que promove o certame, pelo inaceitável privilégio que se dá a algum ou a alguns candidatos em detrimento de outros; por isso que se deve desprezar tal benesse.

Deram parcial provimento ao recurso.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0155.07.013830-2/002 - Comarca de Caxambu - Apelante: Camila Amaral Rodrigues - Apelado: Prefeito Municipal de Caxambu - 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 DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 16 de setembro de 2008. - *José Domingues Ferreira Esteves* - Relator.

**Notas taquigráficas**

DES. JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES - Cuida-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado por Camila Amaral Rodrigues contra ato atribuído à Comissão de Coordenação e Supervisão do Concurso de Caxambu/MG, na pessoa da autoridade coatora, ilustríssimo Sr. Prefeito do Município de Caxambu/MG, Sr. Isaac Rozental, alegando a impetrante, em síntese, que, concorrendo ao cargo de dentista, no concurso público de provas e títulos, regrado pelo Edital nº 01/2006, logrou aprovação, em primeiro lugar na etapa inicial. No entanto, ao ser divulgado o resultado final, sua colocação caiu para quinto lugar, sendo que a nota registrada no resultado para sua prova de títulos foi zero.

Aduz que interpôs recurso administrativo para demonstrar a ilegalidade e erro material das notas de provas e títulos, bem como na classificação final. Todavia, foi divulgado, no dia 1º.04.2007, o resultado final dos recursos, sem alteração das notas.

Ressalta ser inconstitucional o referido edital no que tange à forma de apuração das provas de título (item 9.2.3 e seus subitens 9.2.3.1 e 9.2.3.3), por privilegiar os servidores públicos, estáveis ou não, ferindo os princípios da igualdade, da ampla concorrência e da isonomia.

Assevera que os quatro candidatos que a ultrapassaram no resultado final não são funcionários de nenhum órgão público do Município de Caxambu, nem possuem estabilidade nesses órgãos.

Quanto ao subitem 9.2.3.3, alega a que pontuação por experiência estaria limitada a 2 pontos por doze meses efetivamente trabalhados em atividades prestadas ou correlatas àquela atribuída ao cargo em que o candidato se inscreveu e que nem sequer foram somados à sua nota final os dois pontos referentes ao seu período de experiência profissional.

Por fim, requer a anulação dos referidos itens do edital, que considera ilegais e inconstitucionais, reconhecendo-se a necessidade de retificação das notas atribuídas nas provas de título do impugnado certame. E, ainda, a citação de todos os candidatos que precederam a apelante no resultado final do concurso, após resultado dos recursos administrativos.

A liminar foi indeferida às f. 61/64.

A apelante interpôs agravo de instrumento. No dia 02.08.20007, foi publicada a decisão homologatória da desistência do referido recurso.

Nas informações prestadas, às f. 88/91 e 92/96, pelo Prefeito Municipal de Caxambu, Isaac Rosental, e pela Prefeitura de Caxambu/MG, alegou-se que o referido edital foi devidamente publicado, afixado no saguão da Prefeitura e no local das inscrições, trazendo em seu teor todas as normas e condições que nortearam o certame. E, ainda, que a apelante apresentou como prova de títulos declaração prestada pela empresa Vieira e Bastos Ltda., que não atende ao disposto no subitem 9.2.3.4 do edital. A referida empresa afirma que a apelante lhe prestou serviços desde fevereiro de 2002, no entanto, verificou-se, em seus cadastros, que a mesma foi aberta em 20.06.2006.

O i. representante do Ministério Público, às f. 103/109, opina pela denegação da ordem.

Às f. 110/112, foi proferida a r. sentença de primeiro grau, denegando a ordem à impetrante.

Em suas razões recursais (f. 119/134), a apelante aduz que restaram configurados os institutos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*. Afirma que as informações prestadas foram insuficientes, pois não trouxeram documentos dos candidatos que a preteriram na prova de títulos. E, ainda, que somente com a formação de litisconsórcio a apelante poderia provar que os demais candidatos não exerciam qualquer cargo público como estáveis em nenhum órgão público do Município de Caxambu. Assevera que o título apresentado deveria ter sido somado à sua nota final. Por fim, alega afronta aos princípios da igualdade, isonomia, moralidade, impessoalidade e ampla acessibilidade aos cargos públicos, bem como a inconstitucionalidade da prova de títulos, pelo que requer seja ela declarada, ou seja, anulado o certame.

Contra-razões apresentadas às f. 136/138 dos autos.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 153/156, através do ilustre Procurador de Justiça, Dr. Saulo de Tarso Paixão Maciel, opina pelo desprovimento do recurso de apelação, mantendo-se a r. sentença *a quo*, para denegar a segurança pretendida.

Conheço do apelo, pois presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Inicialmente, faz-se necessário esclarecer que o pedido liminar para a suspensão de qualquer nomeação, posse e exercício dos candidatos que precederam a apelante no resultado final do concurso, até o trânsito em julgado do presente mandado de segurança, bem como a citação dos referidos candidatos para comporem o pólo passivo da demanda foram indeferidos às f. 61/64 dos autos, o que motivou a interposição de agravo de instrumento pela apelante. Ocorre que, como já exposto, houve desistência do referido recurso, cuja decisão homologatória foi publicada em 02.08.2007.

Dessa forma, nos termos do art. 503 do CPC, a apelante aceitou os termos da referida decisão, não podendo no presente apelo apresentar nova irresignação, *in verbis*:

> Art. 503. A parte, que aceitar expressa ou tacitamente a sentença ou a decisão, não poderá recorrer.

Ademais, verifica-se que a pretensão da apelante é a produção de provas, o que não é cabível em sede de mandado de segurança, uma vez que o direito deve ser líquido e certo. Por fim, caso os pretensos litisconsortes venham a ser prejudicados no seu direito, podem valer-se de ação autônoma.

A apelante também aduz que as informações prestadas pelos apelados foram insuficientes e alega afronta aos princípios da igualdade, isonomia, moralidade, impessoalidade e ampla acessibilidade aos cargos públicos, principalmente, no item 9.2.3.1, do Edital nº 01/2006, uma vez que atribui dois pontos, até o limite de 20 pontos, para os servidores estáveis (art. 19 da ADCT), pelo tempo prestado à Prefeitura ou Câmara Municipal e outros órgãos municipais. Já no item 9.2.3.3, para os trabalhadores da iniciativa privada, apenas podem ser atribuídos dois pontos por doze meses de comprovado trabalho. Pugna para que se igualem os critérios de pontuação da iniciativa privada e dos servidores públicos, ou seja, declarada a inconstitucionalidade da prova de títulos. E, ainda, por cautela, requer a anulação do certame.

O edital do concurso público de provas e títulos é a lei do certame. Os critérios objetivos fixados devem ser obedecidos e, no caso de dúvida ou inobservância, caberá ao Judiciário, se acionado, dirimir a questão.

Ressalta-se que a revisão da pontuação pretendida pela apelante foi realizada pela Administração, como se verifica à f. 58 dos autos. No entanto, conforme informações prestadas pelos apelados, a declaração (f. 53) apresentada pela apelante "não corresponde à expressão fiel da verdade". Assim, mesmo que a referida declaração fosse aceita nos termos do edital, não poderia servir como prova de título, diante das dúvidas que pairam sobre sua veracidade, questão que é reservada à discricionariedade da Administração Pública.

No entanto, mostra malferimento aos princípios da igualdade e da acessibilidade, próprios aos concursos públicos, a previsão editalícia que atribui título pelo exercício de função pública junto à administração que promove o certame, pelo inaceitável privilégio que se dá a algum ou a alguns candidatos em detrimento de outros, por isso que se deve desprezar tal benesse.

Dessa forma, não me parece razoável a manutenção dos subitens 9.2.3.1 e 9.2.3.3 do edital, de vez que configura inequívoca condição desproporcional e sem qualquer traço de adequabilidade ao cargo público que se busca prover, incorrendo, ademais disso, em inafastável transgressão ao princípio da isonomia, e igualmente, da impessoalidade, a que está a Administração Pública adstrita (CF, art. 37).

Com efeito, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 221.966/DF, sendo Relator o eminente Ministro Marco Aurélio Melo, considerou-se que ofende o princípio da isonomia a pontuação, no edital do concurso, de 12 pontos, para aqueles candidatos que tenham exercido cargo técnico jurídico em órgãos da administração pública, sem que se adotasse a mesma pontuação para o exercício profissional no cargo técnico jurídico na iniciativa privada, conforme noticiado no Informativo nº 144 do Boletim do STF.

Já na Adin 2.210/AL, sendo Relator o Ministro Sepúlveda Pertence restou assentado que:

> Concurso público para a magistratura. Títulos: plausível a invocação do princípio constitucional da isonomia contra a validade de normas que consideram título o mero exercício de cargos públicos, efetivos ou comissionados, privativos ou não de graduados em Direito (*DJU* de 24.05.02).

Também deve se admitir como comprovação de afronta a direito líquido e certo, a autorizar o manejo de *mandamus*, a não-exibição pelos apelados dos títulos dos demais candidatos, notadamente quando se constata que os candidatos classificados obtiveram nota inferior, na prova escrita, à da candidata insurgente.

Com essas considerações, dou parcial provimento ao recurso, para, em reformando a r. sentença, apenas declarar a ineficácia dos subitens 9.2.3.1 e 9.2.3.3 do edital, determinando que os apelados promovam a reclassificação dos candidatos aprovados no concurso, com as conseqüências legais.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDILSON FERNANDES e ANTÔNIO SÉRVULO.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...

## Execução fiscal - Valor de alçada - Apelação - Cabimento - Prescrição - Reconhecimento de ofício - Possibilidade - Art. 174, I, do Código Tributário Nacional, com redação da Lei Complementar 118/2005 - Inaplicabilidade - Certidão de dívida ativa - Inclusão no curso do processo - Impossibilidade

Ementa: Execução fiscal. Valor de alçada. Recurso de apelação. Cabimento. Prescrição. Reconhecimento de ofício. Possibilidade. Inaplicabilidade do art. 174, I, do CTN, com redação da LC 118/2005. Inclusão de CDA no curso do processo. Impossibilidade.

- A decisão originária de uniformização da jurisprudência pátria levada a efeito pelo Superior Tribunal de Justiça, considerando a alínea c do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, acerca da metodologia do cálculo do valor de alçada a que se refere o art. 34 da Lei nº 6830/80, deve prevalecer sobre cálculo efetuado por contadorias dos Tribunais Estaduais.

- Inaplicável o procedimento descrito no art. 40 da Lei nº 6.830/80, quando não se referir à prescrição intercorrente. Correta a sentença que, de ofício, com fulcro no art. 219, § 5º, do CPC, reconhece a prescrição do crédito tributário.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.00.054514-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte - Apelado: Guilherme Elias Pinto Bedran - 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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 28 de agosto de 2008. - *Manuel Saramago* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. MANUEL SARAMAGO - Conheço do recurso, pois que presentes os pressupostos de sua admissão, especificadamente o valor de alçada do art. 34 da LEF, que, na data do ajuizamento, atingiu o montante de R$ 4.576,13.

Versam os autos sobre ação de execução fiscal ajuizada pela Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte em face de Guilherme Elias Pinto Bedran, cujo feito foi extinto após reconhecimento de ofício da prescrição dos créditos tributários (f. 54), ensejando, assim, a interposição do presente pleito recursal.

Inicialmente, releva considerar que, utilizando-se da faculdade conferida pelo § 8º do art. 2º da Lei nº 6.830/80, o Fisco municipal, às f. 30/34, substituiu as certidões de dívida ativa, pois, como se infere, aquelas acostadas às f. 04, 06, 08 e 10 estavam inquinadas de evidente nulidade, por desrespeito à norma inserta no § 5º do referido art. 2º, tendo-se em vista que destoava a descrição quanto à origem e natureza do débito.

Ocorre que, não se sabe se por mero equívoco ou por torpeza, não somente foram substituídas as quatro certidões de dívida ativa, como foi incluído nos autos novo título executivo, referente a tributos constituídos em 1999, não devendo ser esse, portanto, objeto da presente ação executiva.

Pois bem. Na hipótese em comento, constituídos os créditos tributários relativos ao IPTU e taxas em 01/1995, 01/1996, 01/1997 e 01/1998, o prazo prescricional para a sua cobrança expirou-se em 01/2000, 01/2001, 01/2002 e 01/2003.

Assim, afirma-se, desde já, que o parcelamento conferido por meio de processo administrativo, entre os idos de 02.04.2004 a 04.05.2006, não ocasionou a suspensão da exigibilidade dos referidos créditos tributários (art. 151, VI, do CTN), pois, por óbvio, já estavam prescritos.

Ademais, cumpre ressaltar que, determinada a citação anteriormente à vigência da nova redação conferida ao referido inciso I do art. 174 do CTN, o respectivo despacho ordinatório não interrompeu o prazo prescricional, visto que ainda em vigor anterior exigência da ocorrência da efetiva citação para configuração de uma das hipóteses de interrupção da prescrição, que até o momento, não se concretizou.

Por fim, ao contrário do que afirma o apelante, deve-se salientar que não se está aqui extinguindo o feito executivo pela prescrição intercorrente disciplinada no art. 40 da LEF, na medida em que não ocorrerão quaisquer das hipóteses de interrupção da prescrição para a cobrança do crédito previstas nos incisos insertos no art. 174 do CTN.

Plenamente incidente, portanto, o art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil.

Pelo que, conheço do recurso, negando-lhe provimento.

DES. DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA - Acompanho a conclusão a que chegou o eminente Relator, fazendo, contudo, breves ressalvas.

Conforme entendimento por mim esposado em diversos outros julgados similares, saliento que, em se tratando de execução fiscal, o cálculo para se aferir se o valor de alçada é inferior a 50 Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional (ORTNs) deve ser efetuado segundo a Contadoria dos Tribunais Estaduais, incluindo-se os expurgos inflacionários.

No caso em apreço, após consultar a tabela de Gerência de Controle de Receitas deste Tribunal (disponibilizada no site www.tjmg.gov.br/cgi-bin/servicos/id/indicador.cgi), observa-se que, na data da distribuição da demanda executiva, o valor da dívida na época era superior a 50 ORTNs, sendo cabível, por conseguinte, o recurso de apelação.

Colocadas as ressalvas, quanto ao mais, adiro ao voto da douta relatoria.

DES.ª ALBERGARIA COSTA - De acordo com o Relator.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

...

## Ação de cobrança - Plano de saúde - Mãe da segurada falecida - Legitimidade ativa - Despesas médico-hospitalares - Internação de emergência - Período de carência - Dever de cobertura

Ementa: Ação de cobrança. Plano de saúde. Legitimidade ativa da mãe da segurada falecida. Despesas hospitalares. Internação de emergência ocorrida antes do período de carência. Dever de cobertura.

- Legitimados ao processo são os sujeitos da lide, cabendo a legitimidade ativa ao titular do direito que se busca afirmar no processo, e a passiva, ao titular do interesse que se opõe àquela pretensão, ou seja, contra quem a sentença vai operar seus efeitos.

- É abusiva a cláusula que condiciona a eficácia do negócio a termo futuro, haja vista a natureza adesiva do contrato e a posição do consumidor que, no momento da contratação, diante de sua evidente hipossuficiência, concorda com todas as condições impostas pela prestadora do serviço.

- Assim, comprovada a necessidade de internação de emergência, é obrigatória a cobertura pelos planos de saúde de todas as despesas médico-hospitalares realizadas, ainda que em data anterior ao início da vigência do pacto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.057212-0/001 (em conexão com a Apelação Cível nº 1.0024.06.277073-0/001) - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Unimed Belo Horizonte - Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. - Apelada: Luíza Maria Bones de Souza - 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, EM REJEITAR PRELIMINARES E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 17 de setembro de 2008. - *Duarte de Paula* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. DUARTE DE PAULA - Insurge-se a Unimed Belo Horizonte - Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. contra a r. sentença que, nos autos da ação de obrigação de fazer c/c indenização ajuizada por Luíza Maria Bones de Souza, julgou parcialmente procedente o pedido inicial.

Argúi a recorrente, preliminarmente: a ilegitimidade ativa da autora, por não possuir com esta qualquer vínculo negocial; a inépcia da inicial, haja vista não ter sido trazido aos autos qualquer pedido médico de internação hospitalar de urgência para a filha da autora; e, ainda, a carência da ação, por não ter sido comprovada a negativa do suposto pedido de autorização para internação.

No mérito, aduz ser fato incontroverso nos autos a inadimplência da filha da autora (contratante), iniciada em agosto de 2005, a qual gerou, em 1º.11.05, a rescisão do contrato de plano de saúde celebrado, nos termos do art. 13 da Lei 9.656/98, que prevê a rescisão imediata do contrato em caso de inadimplemento superior a sessenta dias. Afirma que o fato de a contratante haver se consultado em 1º.11.05 não indica que o contrato não estivesse rescindido, uma vez que, naquela época, a consulta ainda era feita com assinatura em folha de consultas, não tendo o cooperado como consultar, *on-line*, a situação do contrato da paciente. Sustenta que o novo contrato de plano de saúde firmado pela filha da autora, em 04.11.05, fixava como data de início da vigência o dia 17.11.05, pelo que, na data da internação, ocorrida em 13.11.05, ainda não se encontrava vigente, inexistindo, conseqüentemente, direito a qualquer tipo de atendimento médico hospitalar, ainda que de urgência.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Inicialmente, quanto à preliminar de ilegitimidade ativa da autora, não merece acolhida.

A ação é direito subjetivo público à prestação jurisdicional do Estado. Mas, para que se obtenha a efetiva solução da lide, deve o autor atender às chamadas condições da ação, que são: a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade de parte para a causa e o interesse jurídico na tutela jurisdicional.

Tais requisitos são denominados doutrinariamente condições da ação, por inegável influência de Liebman,

como se depreende do *Manual de direito processual civil*, Rio de Janeiro: Forense, p. 157, de tradução de Cândido Rangel Dinamarco, cuja lição, no tocante à *legitimatio* das partes, merece ser transcrita:

> Legitimação para agir (*legitimatio ad causam*) é a titularidade (ativa ou passiva) da ação. O problema da legitimação consiste em individualizar a pessoa a que pertence o interesse de agir (e, pois, a ação) e a pessoa com referência à qual ele existe; em outras palavras, é um problema que decorre da distinção entre a existência objetiva do interesse de agir e a sua pertinência subjetiva [...] entre esses dois quesitos, ou seja, a existência do interesse de agir e sua pertinência subjetiva, o segundo é que deve ter precedência, porque só em presença dos dois interessados diretos é que o juiz pode examinar se o interesse exposto pelo autor efetivamente existe e se ele apresenta os requisitos necessários.

Quanto à legitimidade, portanto, tem-se que legitimados ao processo são os sujeitos da lide, cabendo a ativa ao titular do direito que se busca afirmar no processo e a passiva, ao titular do interesse que se opõe àquela pretensão, ou seja, contra quem a sentença vai operar seus efeitos.

Dito isso, *in casu*, apesar de inexistir qualquer vínculo contratual entre a Unimed-BH e a autora, dúvidas não restam quanto à legitimidade desta para a pretensão formulada nos autos, haja vista ser ela quem vem sofrendo a cobrança relativa ao tratamento médico-hospitalar de sua filha, contratante do plano de saúde, pelo Hospital Semper (f. 20/24).

Pelo exposto, rejeito a preliminar.

No que se refere às preliminares de inépcia de inicial e de carência da ação, por versarem sobre fatos intimamente ligados, serão analisadas de forma conjunta.

Segundo o art. 295, parágrafo único, do Código de Processo Civil, considera-se inepta a petição inicial que não contiver pedido ou causa de pedir, que da narração dos fatos não decorra logicamente a conclusão, que tiver pedido juridicamente impossível, ou pedidos incompatíveis entre si.

Como sabido, o pedido traz a matéria sobre a qual a sentença de mérito tem de atuar. É o bem jurídico pretendido pelo autor perante o réu. Já a causa de pedir não é a norma legal invocada pela parte, mas o fato jurídico que ampara a pretensão deduzida em juízo. É o que identifica uma causa, situando-se no elemento fático e em sua qualificação jurídica.

A respeito do tema, José Joaquim Calmon de Passos:

> Inepta é a inicial que falta o pedido. E sem dúvida que o é, porquanto, faltando pedido, faltará conteúdo para a sentença, em sua conclusão, uma vez que não se saberá qual o bem da vida pretendido pelo autor. E, como entre nós vige o princípio dispositivo, segundo o qual não pode o juiz agir de ofício e não pode ele decidir fora, aquém ou além do pedido pelas partes, a ausência do pedido impede, de modo absoluto e irremediável, o exercício da atividade jurisdicional do Estado, conseqüentemente, torna inviável o prosseguimento do processo.
>
> Também determina a inépcia a falta de causa de pedir. Realmente, faltando a causa de pedir, faltará a enunciação do fato jurídico sobre o qual assenta o autor a sua pretensão. Recordemos, aqui, o que já foi dito: causa de pedir, título ou *causa petendi* outra coisa não é que o fato constitutivo do direito do autor e o fato constitutivo da obrigação do réu. Se ao juiz não se oferece um e outro, retirou-se-lhe o poder de exercício, no caso concreto, da sua jurisdição, porquanto sem o fato conhecido não há direito a aplicar (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998, v. 3, p. 213-214).

*In casu*, afirma a recorrente não terem sido demonstrados os fatos constitutivos do direito da autora, quais sejam a existência de um pedido médico de internação hospitalar de Luciana Luíza Bones de Souza e a negativa da Unimed em atendê-lo.

Contudo, em minuciosa análise feita nos autos, percebe-se que, entre a internação e a morte da filha da autora, transcorreu apenas um dia, donde se conclui não ter havido tempo para a emissão, por escrito, de um pedido de autorização de internação ou para se aguardar a resposta da Unimed.

Assim, ausente prova em sentido contrário, não há como negar validade às afirmações da autora de que, chegando com sua filha em estado grave ao hospital, diante da negativa deste em realizar o atendimento médico através da Unimed, por instrução desta, provavelmente por contato telefônico, teria sido obrigada a autorizar a internação particular. Mesmo porque não se pode acreditar que uma pessoa, após contratar um plano de saúde, dele não tentaria fazer uso em caso de necessidade, presentes, assim, a causa de pedir e o interesse processual.

Pelo exposto, rejeito as preliminares.

No mérito, saliento que a saúde foi inserida na Constituição da República como um dos direitos previstos na Ordem Social. Trata-se de bem de extrema relevância à vida e à dignidade humana, constituindo pré-requisito à existência e ao exercício de todos os demais direitos fundamentais.

E, exatamente por isso, a saúde não pode ser tratada como simples mercadoria. Assim, o particular que presta uma atividade econômica correlacionada com os serviços médicos e de saúde possui os mesmos deveres do Estado, devendo seu contrato ser submisso às normas constitucionais e infraconstitucionais diretamente ligadas à matéria.

Isto é, apesar de a assistência à saúde ser livre à iniciativa privada, esta não pode exercer a sua liberdade econômica de forma absoluta, encontrando limitações destinadas a promover a defesa do consumidor dos serviços de saúde, a fim de que seja atingida a finalidade de assegurar a todos uma existência digna conforme os ditames da justiça social (art. 170, CF).

Vale dizer que o contrato de seguro-saúde é marcado pela transferência onerosa e contratual de riscos futuros à saúde do contratante e seus dependentes, mediante a estipulação pela seguradora de um prêmio a ser pago mensalmente pelo segurado. Assim, encontram-se as operadoras de planos de saúde enquadradas no conceito de fornecedor previsto no art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, sendo seus usuários considerados consumidores para todos os fins de direito, conforme ensina Cláudia Lima Marques:

> Apesar da Lei 9.656/98, na sua versão atual, nominar os antigos contratos de seguro-saúde como planos privados de assistência à saúde, indiscutível que tanto os antigos contratos de seguro-saúde, os atuais planos de saúde, como os, também comuns, contratos de assistência médica possuem características e sobretudo uma finalidade em comum: o tratamento e a segurança contra os riscos envolvendo a saúde do consumidor e de sua família ou dependentes. Mencione-se, assim, com o eminente Professor e Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, que: 'dúvida não pode haver quanto à aplicação do Código de Defesa do Consumidor sobre os serviços prestados pelas empresas de medicina em grupo, de prestação especializada em seguro-saúde. A forma jurídica que pode revestir esta categoria de serviços ao consumidor, portanto, não desqualifica a incidência do Código do Consumidor. O reconhecimento da aplicação do Código do Consumidor implica subordinar os contratos aos direitos básicos do consumidor, previstos no art. 6º do Código' (*Contrato no Código de Defesa do Consumidor - O novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 399).

Dessarte, a interpretação sobre a cobertura ou não de determinado atendimento médico-hospitalar deve ser realizada à luz da legislação consumerista, diploma cuja aplicação, diuturnamente solicitada em virtude dos freqüentes abusos das grandes empresas, incluídas as de seguro de saúde, vem sendo irrefutável diante da natureza jurídica dos serviços prestados e da contraprestação exigida.

Importante lembrar que, na elaboração e na execução de contratos de seguro-saúde, devem as seguradoras e empresas do gênero agir com boa-fé, entendida não como mera intenção, mas como imperativo objetivo de conduta, exigência de respeito e lealdade, preservando-se a dignidade, a saúde, a segurança e a proteção dos interesses econômicos do segurado, em face da presunção legal de sua vulnerabilidade.

Feitas tais considerações, depreende-se dos autos que, como afirmado na própria inicial, Luciana Luíza Bones de Souza, titular de um plano de saúde contratado em 07.06.02, a partir de agosto de 2005, por motivos pessoais, parou de efetuar o pagamento das prestações mensais correspondentes, fato que fez com que, em 11.10.05, fosse notificada acerca da possibilidade de rescisão contratual, caso não efetuasse o pagamento das parcelas em atraso no prazo de sessenta dias contados da data do vencimento (f. 51/52). Conseqüentemente, não realizada a quitação em 1º.11.05, houve a rescisão do contrato (f. 53).

Consta do art. 13, parágrafo único, inciso II, da Lei 9.656/98 que os contratos de plano de assistência à saúde têm renovação automática a partir do vencimento do prazo inicial de vigência, sendo vedada a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não-pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado, até o qüinquagésimo dia da inadimplência.

Portanto, ainda que se aprecie o fato com base no Código de Defesa do Consumidor, entendo que, comprovada a inadimplência da contratante por período superior a sessenta dias e sua regular notificação, agiu a ré no exercício regular de um direito ao efetuar a rescisão unilateral do contrato.

Dito isso, a questão trazida aos autos, consistente na suposta ilegalidade praticada pela ré ao negar cobertura ao atendimento médico-hospitalar prestado a Luciana Luíza Bones de Souza, no Hospital Semper, em 13 e 14.11.05, deve ser analisada, apenas, com base no novo contrato de plano de saúde celebrado em 04.11.05, com início de vigência em 17.11.05 (f. 08).

Salienta-se, inicialmente, que o negócio jurídico apresenta elementos essenciais, obrigatórios para sua constituição, e outros que, embora facultativos ou acidentais, apostos ao negócio pela vontade das partes, tornam-se, para este, essenciais. O Código Civil apresenta três tipos de elementos acidentais: condição, termo e encargo.

Quanto ao termo, elemento que interessa à hipótese em análise, vale transcrever a lição de Silvio de Salvo Venosa:

> A eficácia de um negócio jurídico pode ser fixada no tempo. Determinam as partes ou fixa o agente quando a eficácia do ato começará e terminará. Esse dia do início e do fim da eficácia do negócio chama-se termo, que pode ser inicial ou final.
>
> Denomina-se termo inicial (ou suspensivo ou *dies a quo*) aquele a partir do qual se pode exercer o direito; é termo final (ou extintivo ou *dies ad quem*) aquele no qual termina a produção de feitos do negócio jurídico.
>
> O termo inicial suspende a eficácia de um negócio até sua ocorrência, enquanto o termo final resolve seus efeitos. [...]
>
> O termo é modalidade do negócio jurídico que tem por finalidade suspender a execução ou o efeito de uma obrigação, até um momento determinado, ou o advento de um evento futuro e certo.
>
> O termo pode derivar da vontade das partes (termo propriamente dito ou termo convencional), decorrer de disposição legal (termo de direito) ou de decisão judicial (termo judicial).
>
> O termo, portanto, aposto a negócio jurídico, indica o momento a partir do qual seu exercício inicia-se ou extingue-se. Há atos, contudo, que não admitem a oposição de termo. Tal não é possível quando o direito for incompatível

> com o termo, dada sua natureza, bem como nos casos expressos em lei (*Direito civil*. Parte geral. 4. ed., São Paulo: Ed. Atlas, p. 550-552).

Diante de tais ensinamentos, verifica-se claramente tratar-se de termo a data de vigência a aposta no quadro 6 do contrato celebrado entre as partes (f. 08). A meu ver, todavia, dada a natureza do direito protegido (vida) e a evidente hipossuficiência da contratante em face da contratada, mostra-se incompatível com o contrato em questão a fixação de termo inicial de vigência.

Não se pode esquecer estarmos diante de um contrato de adesão, no qual prevalece a vontade da operadora de plano de saúde, que determina o conteúdo da avença, através de cláusulas genéricas e inalteráveis, cujo conteúdo e redação não podem ser discutidos, sendo pré-constituídas e formuladas de modo abstrato. Valendo dizer que, ainda que tais cláusulas não se encontrem previamente preenchidas, é a empresa quem dita as regras, inexistindo livre vontade do contratante.

Conseqüentemente, firmado o contrato com a aceitação pela contratante, sem qualquer discussão, das cláusulas impostas ou previamente estabelecidas pela prestadora do serviço, deve o mesmo ser interpretado de forma mais benéfica àquela. Especificamente acerca do exame das cláusulas de contrato de seguro-saúde ou plano de assistência à saúde, vale transcrever a lição de Luiz Guilherme de Andrade V. Loureiro:

> No exame das cláusulas do contrato de seguro-saúde ou plano de assistência à saúde, para aferição de eventual abusividade, deve o julgador ter em mente o especial objeto deste tipo de contrato, que é o direito à saúde e à vida. Cláusulas excessivamente limitativas de direito do consumidor, que impliquem desequilíbrio do contrato em prejuízo do hipossuficiente, devem ser consideradas abusivas. [...] São consideradas abusivas as cláusulas que estabeleçam obrigações iníquas, lesivas ou de qualquer modo atentatórias aos interesses do segurado ou do consumidor do plano de saúde, ao colocá-lo em desvantagem exagerada, ou por serem incompatíveis com a boa-fé e a eqüidade que se espera do contrato de seguro saúde.
> [...] São consideradas exageradas, na sistemática do Código de Defesa do Consumidor, aplicável às relações de seguro, as vantagens que ofendem os princípios fundamentais do contrato de seguro saúde (assistência à saúde, garantia da tranqüilidade do segurado, etc.), que restringem direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a inviabilizar ou ameaçar seu objeto ou o equilíbrio da avença, entre outras (*Seguro saúde*. Ed. Lejus, 2000, p. 183).

Dito isso, ainda que não exista expressa vedação legal, entendo ser ilegal e abusiva a cláusula sexta do contrato de plano de saúde celebrado entre as partes, que fixa como termo inicial de vigência do contrato o dia 17.11.05: a um, por ter sido imposta à contratante, que não teria como dela discordar; a dois, por ferir a legítima expectativa do consumidor que, ao contratar um plano de saúde espera, desde a assinatura do contrato, ver-se protegido contra eventuais danos sofridos a sua saúde; donde se conclui ter agido com acerto o Magistrado ao determinar que a ré arque com todas as despesas médico-hospitalares descritas à f. 23.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SELMA MARQUES e FERNANDO CALDEIRA BRANT.

*Súmula* - REJEITARAM PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO.

...

## Alienação de bens - Protesto - Cartório de Notas e do Registro Imobiliário - Pedido de notificação - Admissibilidade - Poder geral de cautela do juiz

Ementa: Protesto contra alienação de bens. Pedido de sua notificação aos cartórios de notas e do registro imobiliário. Admissibilidade. Poder geral de cautela do juiz.

- Deferido o protesto contra alienação de bens imóveis, nada obsta, também, o do pedido de sua notificação aos Tabeliães e Notários dos Cartórios de Notas e ao Oficial do Registro Imobiliário da comarca, totalmente justificável pela necessidade de dar-se conhecimento dele a terceiros, prevenindo prejuízos para eventuais adquirentes.

Agravo de instrumento provido.

**AGRAVO Nº 1.0035.07.097723-2/001 (conexão: 1.0035.07.101481-1/001) - Comarca de Araguari - Agravante: Milton Divino Neto - Agravado: Alaimar Vargas Lomeu - 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 DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 9 de setembro de 2008. - Nilson Reis - Relator

### Notas taquigráficas

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

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de liminar, interposto por Milton Divino Neto contra a decisão de f. 54-v-TJ, que, proferida nos autos da medida

cautelar de "protesto contra alienação de bens" requerida em face de Alaimar Vargas Lomeu, deferindo o pedido de notificação do requerido, não se manifestou quanto ao dos Tabeliães e Notários dos Cartórios do 1º e 2º Ofício de Notas e ainda do Oficial do Cartório do Registro de Imóveis daquela comarca, "para darem conhecimento do fato aos pretensos e futuros compradores/adquirentes, para os devidos fins de direito", pedido este ratificado no presente recurso.

Em um exame perfunctório dos autos, considerando ocorrentes na espécie o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, no poder geral de cautela, deferi a liminar requerida

> [...] para que se faça a notificação aos Tabeliães e Notários dos Cartórios do 1º e 2º Ofícios de Notas e do Senhor Oficial do Registro de Imóveis, como requerido (f. 70/71-TJ).

Requisitadas, prestou o ilustre Juiz do feito as informações de f. 80-TJ.

Intimado, o agravado ofereceu as contra-razões de f. 84/92-TJ.

A Procuradoria-Geral de Justiça eximiu-se de emitir parecer (f. 110-TJ).

Este o relatório. Decido.

Justificando o protesto requerido, alegou o agravante que "[...] é senhor, legítimo possuidor do imóvel comercial situado na Rua Rui Barbosa, nº 151 - salas 11 e 12 e sala dos padrões de energia[...]", em Araguari, locado a "Armazzen Scoth Bar Ltda.", representado por seu proprietário, o requerido e ora agravado Alaimar Vargas Lomeu, também seu fiador, há vários anos, que, no entanto, sem que isso fosse do seu conhecimento, vinha "usurpando energia elétrica", através do conhecido "gato", conforme aviso de débito recebido da Cemig - Distribuição S.A., na data de 11.05.2007, no valor de R$ 112.397,04 (cento e doze mil trezentos e noventa e sete reais e quatro centavos), relativo a "acerto de faturamento", estando ameaçado e na iminência de ser acionado judicialmente pela "Cemig" para pagar referido débito, que não é seu, donde o interesse no protesto requerido contra o representante da locatária, e seu fiador, para se abster de alienar seus bens, e na notificação dos Tabeliães e Notários dos Cartórios do 1º e 2º Ofícios de Notas e do Oficial do Cartório do Registro de Imóveis para os devidos fins de direito.

Contra a decisão de f. 54-v-TJ, que deferiu apenas a notificação do requerido e a publicação de editais para conhecimento de terceiros e eventuais interessados no pedido, recorreu o autor, insistindo na pretensão de serem notificados também os Tabeliães e Notários dos Cartórios do 1º e 2º Ofícios de Notas e do Oficial do Registro de Imóveis.

E, com razão, *concessa venia*.

Segundo dispõe o art. 867 do Código de Processo Civil,

> todo aquele que desejar prevenir responsabilidade, prover a conservação e ressalva de seus direitos ou manifestar qualquer intenção de modo formal, poderá fazer por escrito o seu protesto, em petição dirigida ao juiz, e requerer que do mesmo se intime a quem de direito.

É o protesto, portanto, como leciona o mestre Humberto Theodoro Júnior,

> ato judicial de comprovação ou documentação de intenção do promovente. Revela-se, por meio dele, o propósito do agente de fazer atuar no mundo jurídico uma pretensão, geralmente, de ordem substancial, ou material (in *Curso de direito processual civil*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 2, p. 518).

O protesto, observa o mesmo autor,

> não acrescenta nem diminui direitos ao promovente. Apenas conserva ou preserva direitos porventura preexistentes. Não tem feição de litígio e é essencialmente unilateral em seu procedimento. O outro interessado apenas recebe ciência dele (*idem, ibidem*).

Caso comum de pedido de protesto, no entanto, mas que vem suscitando divergências, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, diz respeito àquele promovido contra a alienação de bens imóveis, com pretensão de sua notificação aos titulares dos Cartórios de Notas e do Registro de Imóveis, mais especificamente de sua averbação nas matrículas dos imóveis.

Sobre esta questão, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira e Galeno Lacerda assim se manifestam:

> Mais numerosa apresenta-se a corrente que inadmite a averbação. Os comentadores da Lei dos Registros Públicos geralmente preconizam interpretação estrita de seus dispositivos, inclinando-se por responder negativamente à questão. De nossa parte, entendemos admissível a averbação, conforme as circunstâncias, com amparo no poder cautelar geral, consagrado pelo Código no art. 798. Este autoriza o magistrado a 'determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave de difícil reparação'. Assim, presentes esses pressupostos, nada impede que, como cautela inespecífica, se determine a averbação, a qual, se não expressa na lei dos Registros Públicos, nela certamente não é proibida (in *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. 8, tomo II, p. 513/515).

Ora, *in casu*, após cuidadosa leitura dos autos, convenci-me, *concessa venia*, da possibilidade de ocorrer efetivo prejuízo ao agravante e a terceiros, de modo que se justifica plenamente a notificação do protesto aos Tabeliães e Notários, bem como ao Oficial do Registro de Imóveis da Comarca de Araguari, como postulada.

Nesse sentido, confira-se no trato jurisprudencial:

> 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 nº 146942-SP - Relator Ministro César Asfor Rocha - j. em 02.04.02 - *DJU* de 19.8.02, p. 167).

Medida cautelar inominada. Protesto contra alienação de bens. Anotação na matrícula de imóvel. Possibilidade. Comprovação de lesão grave ou de difícil reparação. - Em razão do poder geral de cautela estabelecido no art. 798 do Código de Processo Civil, é possível a determinação para que se proceda à averbação de protesto no registro imobiliário, desde que seja demonstrado o efetivo prejuízo e que poderá haver lesão grave ou de difícil reparação ao direito alegado (Agravo nº 1.0702.06.278962-4/001 - Rel. Des. Pedro Bernardes - *DJ* de 07.10.2006).

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 (STJ - 4ª Turma, ROMS 14184, Relator Ministro Fernando Gonçalves, *DJ* de 28.04.2003).

Agravo de instrumento. Protesto contra alienação de bens. *Fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Possibilidade. Cancelamento. Legítimo interesse. Ausência. - O protesto contra alienação de bens constitui simples medida processual acautelatória de direitos, não trazendo alteração alguma dos elementos constantes do registro, nem tornando indisponível o bem objeto da matrícula. Para a averbação dessa medida, é necessário ao requerente comprovar interesse legítimo em ressalvar seu direito contra eventual atitude prejudicial da parte contrária. Ausente tal prova, cabe o cancelamento do protesto (Agravo nº 1.0702.06.301928-6/001 - Relator Des. Lucas Pereira - *DJ* de 12.10.2006).

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 (STJ - REsp 440837 - RS - 4ª T. - Rel. Ministro Barros Monteiro - *DJU* de 16.12.2002).

Assim sendo, com esses fundamentos, dou provimento ao agravo de instrumento para confirmar a liminar deferida às f. 70/71-TJ, que determinou fosse feita a notificação dos Tabeliães e Notários dos Cartórios do 1º e 2º Ofícios de Notas e do Oficial do Registro de Imóveis, como requerido.

Custas recursais, *ex lege*.

DES. BRANDÃO TEIXEIRA - De acordo.

DES. CAETANO LEVI LOPES - De acordo.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO.

...

## Serviço extraordinário - Adicional - Previsão - Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Divinópolis - Interpretação

Ementa: Constitucional e administrativo. Serviço extraordinário. Adicional previsto pelo Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Divinópolis. Interpretação.

- Se a carga horária prevista é de 40 (quarenta) horas semanais e o trabalho executado pelo servidor extrapolou esse intervalo, resta evidente o direito ao recebimento pelo serviço extraordinário, sob pena de se legitimar situação de enriquecimento ilícito em proveito da Administração Pública.

- Não obstante ser conferido ao servidor, submetido ao regime estatutário, o direito de perceber pelos serviços extraordinários, não há qualquer impedimento a que a Administração Pública regulamente a matéria, inclusive para vedar sejam aqueles incorporados aos respectivos vencimentos, não havendo que se falar, a propósito, em normatização implícita, decorrente de eventual silêncio do Estatuto dos Servidores, porquanto, como cediço, a Administração encontra-se sujeita ao princípio da legalidade estrita.

APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0223.03.106744-8/001 - Comarca de Divinópolis - Remetente: Juiz de Direito da Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Divinópolis - Apelantes: 1º) Odilon Pinto de Souza, 2º) Município de Divinópolis - Apelados: Município de Divinópolis, Odilon Pinto de Souza - 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 REJEITAR PRELIMINAR E REFORMAR PARCIALMENTE A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADOS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

Belo Horizonte, 30 de agosto de 2007. - *Mauro Soares de Freitas* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. MAURO SOARES DE FREITAS - Presentes os pressupostos processuais de admissibilidade, conheço do reexame necessário, inicialmente.

Versam os autos acerca de pedido de indenização formulado por Odilon Pinto de Souza em desfavor do Município de Divinópolis, no qual o requerente pretende o recebimento da quantia de R$ 8.548,83 (oito mil,

quinhentos e quarenta e oito reais e oitenta e três centavos), referente aos fins de semana e feriados em que trabalhou no período compreendido entre 28 de março de 1998 e 28 de março de 2001, quando supostamente ficava à disposição da Administração Pública, uma vez que encarregado de operar a bomba d'água que abastece a comunidade rural de "Perobas", erigindo o servidor, como fundamento de seu direito, o enunciado 146 da Súmula do colendo Tribunal Superior do Trabalho, bem como o disposto na Lei nº 605/49, tendo afirmado, na inicial, que laborava, diariamente, das 7 às 17 horas, inclusive aos sábados, domingos e feriados.

Consoante sentença fundamentada às f. 67/70, a MM. Juíza da Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Divinópolis, Dr.ª Ana Kelly Amaral Arantes, julgou procedente, em parte, o pedido, ao fundamento de que, conquanto os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais sejam estendidos aos servidores públicos por força do disposto no art. 39, § 3º, da Constituição Federal, os servidores do Município de Divinópolis sujeitam-se ao respectivo Estatuto - Lei Complementar Municipal nº 09/1992 -, cujo art. 107 prevê acréscimo de 50% (cinqüenta por cento) em relação à hora normal de trabalho, para a hipótese de serviço extraordinário.

I - Preliminar: nulidade da sentença por vício *extra petita*.

Em preliminar veiculada com o pedido de nova decisão, o autor diz tratar-se de sentença contaminada por vício *extra petita*, ao argumento de que, *verbis*:

> [...] constata-se, à evidência, que a decisão recorrida, ao deferir a indenização, a título de sobrejornada, com o acréscimo de 50%, fê-lo, pois, *extra petita* ou fora do contexto da causa de pedir e do próprio pedido, já que se postulou indenização em dobro dos sábados, domingos, feriados e dias santificados.
> [...]
> Com efeito, ao decidir o conflito, fê-lo, pois, fora dos limites formulados pelo autor e da causa de pedir apresentada (art. 282, III e IV do CPC). [...] Logo, conclui-se por força da própria lógica que o pedido de sobrejornada não faz parte do comprovado e tampouco se confunde com o labor nos dias de sábados, domingos, feriados e dias santificados, cuja remuneração faz-se de forma dobrada.

Em que pese o inconformismo do requerente, o julgamento não padece do apontado vício. A limitação da indenização no patamar de 50% (cinqüenta por cento) do valor das horas normais de trabalho é mero consectário do direito aplicado ao caso concreto, e não de desvirtuamento ou interpretação do pedido, como faz crer o servidor.

Rejeita-se, dessarte, a preliminar.

II - Mérito.

Com efeito, pretende o autor o pagamento de horas trabalhadas em jornada extraordinária, conquanto as tenha denominado "indenização", com os respectivos reflexos nas férias e décimo terceiro salário, no exercício do cargo de Auxiliar de Serviços I, exercido junto ao Município de Divinópolis.

Pois bem. Dispõe a Constituição Federal (art. 39, § 3º) que se aplica aos servidores ocupantes de cargo público, dentre outros, o disposto no art. 7º, XVI, que garante remuneração pelo serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinqüenta por cento à do normal.

Segundo magistério de Hely Lopes Meirelles:

> A competência do Município para organizar seu funcionalismo é consectário da autonomia administrativa de que dispõe (CF, art.30, I). Assim, a exemplo dos Estados, atendidas as normas constitucionais aplicáveis ao servidor público, os preceitos das leis de caráter nacional e de sua Lei Orgânica, pode o Município elaborar o regime jurídico de seus servidores, segundo as conveniências locais. Nesse campo é inadmissível a extensão das normas estatutárias federais ou estaduais aos servidores municipais. Só será possível a aplicação do estatuto da União ou do Estado-membro se a lei municipal assim o determinar expressamente (*Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. Malheiros Editores, p. 406).

E continua o renomado mestre:

> [...] Como já vimos, em razão de sua autonomia constitucional, as entidades estatais são competentes para organizar e manter seus servidores, criando e extinguindo cargos, funções e empregos públicos, instituindo carreiras e classes, fazendo provimentos e lotações, estabelecendo a remuneração, delimitando os seus deveres e direitos e fixando regras disciplinares. Os preceitos reguladores das relações jurídicas entre a Administração e o servidor constituem o regime jurídico, explicitados nos decretos e regulamentos expedidos para sua fiel execução pelo Poder Executivo ou pelos demais Poderes, pelo Tribunal de Contas e pelo Ministério Público, no exercício das suas respectivas administrações (ob. cit., p. 407).

Na espécie dos autos, no gozo de referida autonomia administrativa, o Município de Divinópolis fez editar seu Estatuto de Servidores (f. 18/29), cuja Subseção V, acerca do adicional por serviço extraordinário, traz, dentre outras, as seguintes disposições, *verbis*:

> Art. 107. O serviço extraordinário será remunerado com acréscimo de 50% (cinqüenta por cento) em relação à hora normal de trabalho.
> Art. 108. Somente será permitido serviço extraordinário para atender a situações excepcionais e temporárias, respeitado o limite máximo de 2 (duas) horas diárias, podendo ser prorrogado por igual período, se o interesse público assim o exigir, conforme dispuser o regulamento.

Com efeito, o pedido de indenização em referência nada mais é senão o adicional pelo serviço extraordinário, decorrente do efetivo exercício das funções além da jornada habitual de oito horas diárias e 40 horas semanais (Estatuto do Servidor, art. 21).

No caso do autor, se a carga horária prevista é de 40 (quarenta) horas semanais, e o trabalho executado pelo servidor extrapolou esse intervalo, resta evidente o direito ao recebimento pelo serviço extraordinário, sob pena de se legitimar situação de enriquecimento ilícito em proveito da Administração Pública.

Nada obstante, quanto ao pedido de "reflexos nas férias e décimos terceiro salários", vê-se que razão não assiste ao servidor. É que, conquanto tais "reflexos" sejam meros consectários da incorporação do serviço extraordinário aos seus vencimentos, o Estatuto dos Servidores é silente quanto ao tema, nada dispondo a respeito.

Assim, não obstante ser conferido ao servidor, submetido ao regime estatutário, o direito de perceber pelos serviços extraordinários, não há qualquer impedimento a que a Administração Pública regulamente a matéria, inclusive para vedar sejam os serviços extraordinários incorporados aos respectivos vencimentos, não havendo que se falar, a propósito, em normatização implícita decorrente de eventual silêncio do Estatuto dos Servidores, porquanto, como cediço, a Administração encontra-se sujeita ao princípio da legalidade estrita.

Assim, a almejada "indenização" requerida pelo servidor encontra-se, *ex vi legis*, limitada a duas horas diárias, que, prorrogadas por exigência do interesse público, conforme permissivo do art. 108 do respectivo Estatuto, não poderão ultrapassar 4 (quatro) horas diárias.

III - Dos honorários de sucumbência.

Finalmente, quanto aos honorários advocatícios fixados pelo douto Juízo de origem, com o novo quadro sucumbencial, tem-se que os mesmos se encontram em consonância com o disposto no art. 20, § 4°, do CPC e, por isso, ficam mantidos em 10% (dez por cento) "sobre o valor da condenação".

IV - Conclusão.

Forte em tais argumentos, rejeita-se a preliminar e, em reexame necessário, reforma-se parcialmente a sentença, mais precisamente para decotar da condenação os chamados "reflexos sobre férias e décimo terceiro salário", limitando-se a "indenização" ao pagamento do valor equivalente ao vencimento do servidor, com acréscimo de 50% (cinqüenta por cento), observadas as 4 (quatro) horas por dia de sobrejornada, restando, dessarte, prejudicados os recursos voluntários.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CLÁUDIO COSTA e DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA.

*Súmula* - REJEITARAM PRELIMINAR E REFORMARAM PARCIALMENTE A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADOS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

...

## Função pública - Designação - Vínculo temporário e precário - Dispensa - Servidora - Período de gestação - Verbas salariais - Previsão constitucional - Indenização devida

Ementa: Ação ordinária. Função pública. Destituição enquanto a servidora estava grávida. Impossibilidade de reintegração ao cargo. Percepção das verbas salariais. Previsão constitucional. Indenização devida.

- A servidora pública que exerce função pública, por meio de designação, mantém vínculo de natureza temporária e precária, podendo ser dispensada do serviço público por simples ato do empregador, uma vez que se trata de vínculo do qual não decorre direito à estabilidade ou à efetividade.

- São reconhecidos às servidoras públicas em geral, inclusive às designadas a título precário, os direitos à licença-gestante e à estabilidade provisória (Constituição Federal - art. 7°, XVIII, art. 39, § 3° e art. 10, II, *b*, do ADCT).

**APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO N° 1.0024.06.216027-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 5ª Vara da Fazenda da Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelada: Daniela Marques Rossetto - 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 CONFIRMAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 1° de julho de 2008. - *Edivaldo George dos Santos* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS - Cuidam os autos de ação ordinária proposta por Daniela Marques Rosseto contra o Estado de Minas Gerais pretendendo a sua reintegração ao cargo de Oficial de Apoio Judicial junto à Comarca de Passos, para o qual foi designada em 03.08.04, ou, sucessivamente, a percepção de respectiva indenização financeira em face da ilegalidade do ato cometido pelo requerido em data de 26.04.06 de ter dispensado a mesma por ocasião de sua gravidez, ferindo direito previsto na CLT, na Lei n° 8.213/91 e nos arts. 7°, XVIII, e 10, II, *b*, da Constituição Federal.

O pedido foi julgado parcialmente procedente pelo ínclito Juiz monocrático às f. 73/80 para

> [...] determinar o pagamento à parte autora de indenização equivalente à remuneração que receberia se estivesse exercendo a função pública da qual foi afastada, desde a data da dispensa até o período de cinco meses depois do parto, acrescida de juros de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação e correção monetária, desde as épocas em que seriam devidos os pagamentos, tudo conforme apurado em liquidação de sentença. Imponho à parte ré o pagamento dos honorários advocatícios no valor de R$ 1.000,00 (mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil. Por ter decaído de parte da pretensão, imponho à parte autora o pagamento de 20% (vinte por cento) das custas processuais e dos honorários advocatícios no valor de R$ 500,00 (quinhentos reais), nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, que fica suspenso por força do art. 12 da Lei nº 1.060/50 [...] (*sic*).

O requerido recorreu às f. 81/92, pugnando pela reforma da decisão pelas razões ali articuladas.

Contra-razões às f. 97/98.

Em detida análise do processado, vejo que a sentença monocrática deve ser inteiramente confirmada.

Do cotejo dos autos, vislumbra-se que a requerente foi designada, a título precário, para desempenhar as funções de Oficial de Apoio Judicial junto à Comarca de Passos a partir da data de 20.08.04 e que, em 26.04.06, quando a mesma se encontrava grávida, foi dispensada das funções através da Portaria nº 12/2006 (f. 31/32).

Contratações como a ora discutida são autorizadas pelos termos do inciso IX do art. 37, da Constituição da República, que preceitua que "a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público". Contudo, uma vez realizado e homologado o concurso para o provimento do cargo público, a rescisão do contrato firmado com seu ocupante temporário é corolário lógico.

Da lição do Mestre Alexandre de Morais a seguir citada, ressalta-se que são apenas três as hipóteses em que o administrador público pode se utilizar da contratação temporária:

> Dessa forma, são três os requisitos obrigatórios para a utilização dessa exceção, muito perigosa, como diz Pinto Ferreira, por tratar-se de uma válvula de escape para fugir à obrigatoriedade dos concursos públicos, sob pena de flagrante inconstitucionalidade:
> 1 - excepcional interesse público;
> 2 - temporariedade da contratação;
> 3 - hipóteses expressamente previstas em lei (in *Direito constitucional*. São Paulo: Ed. Atlas, 2002, p. 329).

É de ressaltar que tais modalidades de nomeação precária não exigem prévio processo administrativo para a dispensa do servidor, tendo em vista que esta prerrogativa é reservada aos servidores efetivos e/ou estáveis.

As modalidades de desligamento do servidor público do serviço são as seguintes, conforme cristalina elaboração do insigne Mestre Hely Lopes Meirelles:

A desinvestidura de cargo pode ocorrer por demissão, exoneração ou dispensa. Demissão é punição por falta grava. Exoneração é desinvestidura: a) a pedido do interessado - neste, caso, desde que não esteja sendo processado judicial ou administrativamente; b) de ofício, livremente (*ad nutum*), nos cargos em comissão; e c) motivada, nas seguintes hipóteses: c1) do servidor não estável no conceito do art. 33 da EC 19, para os fins previstos pelo art. 169, § 4º, II, da CF; c2) durante o estágio probatório (CF, art. 41, § 4º); c3) do servidor estável, por insuficiência de desempenho (CF, art. 41, § 1º, III) ou para observar o limite máximo de despesas com pessoal ativo e inativo (CF, art. 169, § 4º). A dispensa ocorre em relação ao admitido pelo regime da CLT quando não há a justa causa por esta prevista (in *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2002, p. 413/414).

Em função da lição supra, bem como da análise dos documentos acostados a estes autos, percebe-se que o caso da requerente se insere na hipótese de destituição de função, cujo vínculo é de natureza temporária e precária, não havendo que se falar em nulidade do ato administrativo por ofensa aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Por outro lado, como é cediço, a estabilidade no serviço público é restrita aos servidores, na forma disciplinada pelo art. 41 da Carta Magna, só podendo ocorrer sua demissão dentro das limitadas hipóteses legais. Por sua vez, a efetivação refere-se ao cargo público e sua respectiva forma de investidura, que só deve ocorrer na forma do citado art. 37, II, da CF/88, salvo as exceções que a própria Carta Política contempla, nas quais não se insere a requerente.

Cito a doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro sobre condições de ingresso no serviço público, pelo seu relevo e adequação ao caso em tela:

> Uma dúvida que pode ensejar a norma do art. 37, II, é sobre a razão de o dispositivo mencionar a exigência de concurso público apenas para cargo ou emprego público, deixando de lado as funções. José Afonso da Silva (1989:571), comentando esse preceito, diz que 'deixa a Constituição, porém, uma grave lacuna nessa matéria, ao não exigir nenhuma forma de seleção para admissão às funções (autônomas) referidas no art. 37, I, ao lado dos cargos e empregos. Admissões a funções autônomas sempre foram fontes de apadrinhamentos, de abusos e de injustiças aos concursados'. Permitindo-nos discordar do jurista por entendermos que função, em paralelo a cargo e emprego, só existirá para os contratados 'por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público', nos termos do art. 37, IX, e para funções de confiança, de livre provimento e exoneração. Pelo inciso V, na nova redação, essas funções de confiança somente são possíveis nas atribuições de direção, chefia e assessoramento. Já na vigência da Constituição anterior, a admissão só era possível para serviços temporários, com base em seu art. 106 e hoje continua apenas nessas hipóteses, agora mais restringida pela excepcionalidade do interesse público e pela exigência de contratação por tempo determinado (in *Direito administrativo*. 14. ed., São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 442/443).

Sobre estabilidade no serviço público, disciplina a insigne autora:

> Tradicionalmente, a estabilidade, no direito brasileiro, tem sido entendida como a garantia de permanência no serviço público assegurada, após dois anos de exercício, ao servidor nomeado por concurso, que somente pode perder o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa. Excepcionalmente, a Constituição de 1988, a exemplo de Constituições anteriores, conferiu estabilidade a servidores que não foram nomeados por concurso, desde que estivessem em exercício na data da promulgação da Constituição há pelo menos cinco anos continuados (art. 19 das Disposições Transitórias) (obra citada, p. 479).

O seguinte aresto, proferido no âmbito do Excelso Pretório, bem se amolda ao caso vertente:

> Ementa: Investidura em cargo público efetivo. Necessidade de concurso público. Estabilidade excepcional e efetividade. Precedentes. - 1. Ascensão funcional ou acesso a cargos diversos da carreira e possibilidade de transferência ou aproveitamento de serventuários em cargos efetivos do quadro permanente do Tribunal de Justiça. Hipóteses de provimento de cargo público derivado, banidas do ordenamento jurídico pela Carta de 1988 (CF, art. 37, II). Precedentes: RE 179.530-SC, Ilmar Galvão (*DJ* de 7.2.97); ADI 402-DF, Moreira Alves (*DJ* de 20.4.01), *inter pluris*. - 2. A estabilidade excepcional prevista no art. 19 do ADCT/88 não implica efetividade no cargo, para o qual é imprescindível o concurso público. Precedentes: RE nº 181.883-CE, Maurício Corrêa (*DJ* de 27.02.98); ADIs 88-MG, Moreira Alves (*DJ* de 08.09.00) e 186-PR, Francisco Rezek (*DJ* de 15.09.95). - 3. Medida cautelar deferida para suspender a vigência dos §§ 2º, 3º, 4º e 6º do art. 231 da Lei Complementar nº 165, de 28 de abril de 1999, com a redação dada aos §§ 3º, 4º e 6º, pela Lei Complementar nº 174, de 7 de junho de 2000, do Estado do Rio Grande do Norte, até julgamento final da ação (STF: ADI nº 2433 MC/RN, Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 24.08.01)

Assim, forçoso é convir que a requerente não tem direito a ser reintegrada no cargo que anteriormente ocupava.

Por outro lado, a dispensa de servidoras designadas precariamente durante o período de gestação deve ser realizada em consonância com os princípios constitucionais da moralidade e da dignidade da pessoa humana a teor do estabelecido no art. 7º, inciso XVIII, c/c art. 39, § 3º ambos da Constituição da República, que assim dispõem:

> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
> XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias.
> [...]
> Art. 39. [...]
> § 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

Nota-se que o caso debatido recomenda, ainda, a observância ao disposto no art. 10, II, *b*, da Carta Magna, que prevê a estabilidade provisória da gestante:

> Art. 10. [...]
> II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:
> [...]
> b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Amparando o entendimento esposado, o Pretório Excelso já reconheceu a aplicabilidade da estabilidade provisória à gestante às servidoras públicas, como se constata dos arestos adiante colacionados:

> Constitucional. Administrativo. Servidor público. Licença-gestante. Exoneração. CF, art. 7º, XVIII; ADCT, art. 10, II, *b*. - I - Servidora pública exonerada quando no gozo de licença-gestante: a exoneração constitui ato arbitrário, porque contrário à norma constitucional: CF, art. 7º, XVIII; ADCT, art. 10, II, b. - II - Remuneração devida no prazo da licença gestante, vale dizer, até cinco meses após o parto. Inaplicabilidade, no caso, das Súmulas 269 e 271-STF. - III - Recurso provido (RMS nº 24.263/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 09.5.2003).

> Constitucional. Processual civil. Recurso. Fungibilidade. CF, art. 102, II, *a*. Constitucional. Estabilidade provisória. Gravidez. CF, art. 7º, I; ADCT, art. 10, II, *b*. - I - Conversão do recurso extraordinário em ordinário, tendo em vista a ocorrência da hipótese inscrita no art. 102, II, *a*, da Constituição. - II - Estabilidade provisória decorrente da gravidez (CF, art. 7º, I; ADCT, art. 10, II, b). Extinção do cargo, assegurando-se à ocupante, que detinha estabilidade provisória decorrente da gravidez, as vantagens financeiras pelo período constitucional da estabilidade. - III - Recurso improvido (RMS nº 21.328/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 03.5.2002).

Nesse mesmo sentido, colham-se precedentes deste Tribunal:

> Ementa: Constitucional e administrativo. Mandado de segurança. Servidora designada a título precário. Dispensa da função pública. Gravidez. Direito à licença-maternidade e à estabilidade provisória. - São reconhecidos às servidoras públicas em geral, inclusive às designadas a título precário, os direitos à licença-gestante e à estabilidade provisória (Constituição Federal - art. 7º, XVIII, art. 39, § 3º e art. 10, II, *b*, do ADCT), por se tratar de garantias sociais inderrogáveis e protetivas da maternidade e do nascituro ou infante. Concede-se parcialmente a segurança. Mandado de Segurança nº 1.0000.06.439484-4/000 - Relator: Des. Almeida Melo.

> Ementa: Constitucional e administrativo - Ação ordinária - Servidor público em exercício de função pública - Vínculo temporário e precário - Desnecessidade de processo administrativo e motivação para dispensa - Período de gestação - Fruição de licença-maternidade - Dispensa - Impossibilidade

- Negar provimento aos recursos. - A servidora pública que exerce função pública, por meio de designação, mantém vínculo de natureza temporária e precária. A sua dispensa do exercício da função pública prescinde de processo administrativo e motivação, haja vista que esses institutos são assegurados constitucionalmente somente aos servidores efetivos e/ou estáveis. Todavia, não se pode perder de vista que a licença-maternidade de cento e vinte dias, sem prejuízo do emprego ou salário, é uma garantia constitucional dos trabalhadores urbanos e rurais estendida aos servidores públicos, consoante disposto no § 3º do art. 39 da Constituição da República Federativa do Brasil. Apelação Cível nº 1.0024.06.993110-3/001 - Relatora: Des.ª Maria Elza.

Assim, penso que a sentença está a merecer inteira confirmação na medida em que garantiu à requerente o direito à indenização no período estabelecido pelo art. 10, inciso II, alínea *b*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, aplicando-se-lhe a norma relativa ao trabalhador *in genere*, que protege a relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa (art. 7º, inciso I, da CF).

No que tange aos juros de mora, por se tratar de verba de caráter nitidamente remuneratório, entendo serem devidos no montante de 0,5% (meio por cento) ao mês, a contar da citação válida, consoante disposto no art. 1º-F, da Lei Federal nº 9.494/97 e como corretamente definiu o Magistrado sentenciante.

Quanto aos honorários sucumbenciais, a meu ver, observando o disposto no art. 20, § 4º do CPC e tendo a requerente decaído de parte da pretensão, penso que os valores arbitrados pelo Sentenciante, na quantia de R$1.000,00 (mil reais) a favor do patrono da mesma e R$ 500,00 (quinhentos reais) a favor do patrono do requerido, apresentam-se justos e merecem ser confirmados.

Finalmente, quanto à pretensão do requerido de que sejam decotados da condenação que lhe foi imposta eventuais valores percebidos pela requerente a título de licença-maternidade, pagos pelo órgão previdenciário, entendo que o Estado de Minas Gerais não seria credor de supostos valores, razão pela qual não procede tal desconto da quantia efetivamente devida pelo mesmo em favor de sua ex-servidora.

Assim sendo, tenho por correta a decisão prolatada pelo ilustre Sentenciante primário ora em análise.

Diante do exposto, em reexame necessário, confirmo a sentença, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES WANDER MAROTTA e BELIZÁRIO DE LACERDA.

*Súmula* - CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

...

## Ação civil pública - Proteção da ordem urbana - Controle de trânsito - Pretensões - Possibilidade jurídica

Ementa: Processo civil. Ação civil pública. Possibilidade jurídica das pretensões. Proteção da ordem urbanística.

- A impossibilidade jurídica do pedido não se confunde com o seu mérito e, em regra, ocorre somente quando não admitida a pretensão perante o ordenamento jurídico, ou seja, no caso de vedação no direito vigente do que se postula na causa. As normas do art. 129, III, da Constituição Federal e dos arts. 1º, VI, e 5º da Lei Federal nº 7.347/85 viabilizam a propositura de ação civil pública para a proteção da ordem urbanística.

Dá-se provimento ao recurso.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.06.325614-4/002 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Município de Uberlândia - 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.

Belo Horizonte, 18 de setembro de 2008. - *Almeida Melo* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. ALMEIDA MELO (convocado) - Conheço do recurso, porque atendidos os pressupostos de admissibilidade.

A sentença de f. 257/261-TJ julgou extinto o processo, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil, ao entendimento de que o pedido é juridicamente impossível.

O recorrente diz que esta ação civil pública tem o objetivo de impor ao Município de Uberlândia a apresentação de projeto destinado a implantar medidas suficientes ao controle de trânsito no Bairro Shopping Park, mais precisamente na Av. Lidormina Borges Nascimento, seguindo-se sua execução mediante obrigações de fazer, consistentes na construção de retorno, rotatórias, acostamento e afixação de sinalização ao longo do referido logradouro, bem como na sua duplicação. Relata que, a partir do início das atividades de dois estabelecimentos destinados à realização de eventos, que se encontram instalados na referida avenida, surgiram inúmeros transtornos para os moradores do Bairro Shopping Park

e para os transeuntes, em detrimento de sua segurança e de seu conforto. Defende a possibilidade jurídica dos pedidos e invoca o disposto no art. 1º, VI, da Lei nº 7.347/85, que prevê a ação civil pública em defesa da ordem urbanística. Pede o provimento do recurso para a cassação da sentença e a determinação do prosseguimento do processo.

A impossibilidade jurídica do pedido não se confunde com o seu mérito e, em regra, ocorre somente quando não admitida a pretensão perante o ordenamento jurídico, ou seja, no caso de vedação no direito vigente do que se postula na causa (STJ - *RT* 652/183).

No caso, as pretensões constantes da petição inicial envolvem a ordem urbanística do Município de Uberlândia, relativamente à alegada falta de infra-estrutura e de serviços de suporte e de controle de trânsito suficientes para atender à demanda no Bairro Shopping Park, em Uberlândia, especialmente nas Avenidas Nicomedes Alves dos Santos e Lidormina Borges Nascimento, onde se encontram instalados estabelecimentos comerciais de eventos, centros universitários, colégios e clubes de lazer, que atraem elevado número de pessoas e de veículos.

Logo, o princípio constitucional da separação de Poderes, que está invocado na decisão de primeiro grau, por si só, não tem o efeito de determinar a impossibilidade jurídica dos pedidos.

O pronunciamento judicial requerido, que eventualmente possa contrariar o mencionado princípio, é situação que deve ser vista, após instrução regular, no exame de mérito, considerados os fatos e as provas referentes às pretensões deduzidas na inicial, e não em caráter preliminar, com fundamento no art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

A separação de Poderes, destinada a fecundar o Estado Democrático de Direito, mediante o controle recíproco dos agentes estatais, tem sido aplicada, infelizmente, para justificar abusos e incúrias dos responsáveis pela coisa pública e para afastar, liminarmente, pretensões também motivadas em princípios e garantias constitucionais.

Na espécie, a possibilidade jurídica da postulação e a legitimidade do Ministério Público Estadual decorrem das normas do art. 129, III, da Constituição Federal e dos arts. 1º, VI, e 5º da Lei Federal nº 7.347/85, que viabilizam a promoção de ação civil pública para a proteção da ordem urbanística.

A partir da vigência da Lei Federal nº 10.257/01 (Estatuto da Cidade) e do acréscimo do inciso VI ao art. 1º da Lei Federal nº 7.347/85, pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001, a ação civil pública foi confirmada como o instrumento mais eficaz à tutela coletiva da ordem urbanística, por se tratar de bem de caráter difuso.

A Constituição Federal coloca o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar dos seus habitantes como objetivos da política de desenvolvimento urbano executada pelo Poder Público municipal (art. 182, *caput*).

Portanto, não se justifica a extinção do processo, sem resolução do mérito, por impossibilidade jurídica dos pedidos.

Saliento que não é o caso de se aplicar o disposto no art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, tendo em vista que a causa não versa questão exclusivamente de direito e há necessidade de exame da prova requerida e produzida.

Dou provimento ao recurso para cassar a sentença e determinar o prosseguimento deste processo.

Custas, *ex lege*.

DES. CÉLIO CÉSAR PADUANI - De acordo.

DES. AUDEBERT DELAGE - De acordo.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO.

...

## Desapropriação - Posse - Imissão provisória - Reforma da decisão primeva - Obras iniciadas e benfeitorias demolidas - Fato superveniente - Não-autorização da reintegração de posse - Interesse público - Segurança jurídica - Observância - Valor - Diferença - Efetivação do depósito pelo Município - Indenização justa e prévia

Ementa: Constitucional e administrativo. Desapropriação. Imissão provisória do expropriante na posse do bem. Reforma da decisão primeva pelo Tribunal. Obras iniciadas e benfeitorias demolidas. Fato superveniente que não autoriza a reintegração de posse dos expropriados. Observância do interesse público e da segurança jurídica. Efetivação do depósito, pelo Município, da diferença entre o valor apontado pelo perito oficial e pelo assistente técnico dos desapropriados. Justa e prévia indenização garantida. Recurso provido.

- O prazo decorrido entre a imissão provisória do expropriante na posse do bem e a suspensão da aludida decisão pelo Tribunal possibilitou o início das obras da Municipalidade e a descaracterização do terreno, razão pela qual não se mostra aconselhável a reintegração de posse dos expropriados, em observância ao princípio do interesse público e da segurança jurídica, e principalmente quando se verifica que o desapropriante depositou o valor indenizatório sugerido como justo pelos assistentes técnicos dos próprios expropriados.

Recurso ao qual se dá provimento.

**AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0024.07.392778-2/004 em conexão com o Agravo nº 1.0024.07.392778-2/002 e os Embargos de Declaração nº 1.0024.07.392778-2/003 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Município de Belo Horizonte, representado por Sudecap - Superintendência de Desenvolvimento da Capital - Agravados: Deusdedit José Ferreira e outro, Elodina Ferreira - 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 PRELIMINARES E DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 18 de setembro de 2008. - *Dídimo Inocêncio de Paula* - Relator.

**Notas taquigráficas**

Assistiu ao julgamento, pelo agravado, o Dr. Raimundo Cândido Júnior.

DES. DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA - Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de atribuição de efeito suspensivo, interposto contra a r. decisão do digno Juiz de Direito da 2ª Vara de Feitos da Fazenda Pública Municipal da Comarca de Belo Horizonte (reproduzida à f. 15), proferida nos autos da ação de desapropriação que o Município de Belo Horizonte move em face de Elodina Ferreira e Deusdedit José Ferreira.

Insurge-se o agravante contra a decisão proferida pelo douto Julgador *a quo*, que determinou a expedição, com urgência, de mandado de reintegração de posse em benefício dos expropriados.

Inconformado, o Município manejou o presente recurso, sustentando que havia sido imitido na posse do bem aos 15 de fevereiro de 2008, destacando que já iniciou as obras no imóvel expropriando.

Com tais razões, pugna pelo provimento do recurso, para que seja reformada a decisão primeva, sob pena de vulnerar os investimentos já destinados para as obras, salientando, ao final, que os agravados estão a reivindicar "área com características completamente diferentes das apuradas pelo perito oficial do Juízo, em avaliação preliminar" (f. 06).

O agravo acabou processado em virtude da decisão de f. 35/38, que decidiu pela suspensão da decisão objurgada, embora condicionando tal suspensão "ao depósito, pelo Município, da quantia de R$ 79.860,00".

O Julgador monocrático prestou informações às f. 43 e 53, noticiando, a uma, que manteve a decisão agravada e, a duas, que "o Município de Belo Horizonte depositou R$ 79.860,00 nos autos da desapropriação que ele move contra Deusdedit José Ferreira" (f. 53).

Os recorridos contraminutaram às f. 45/49, suscitando preliminares de descumprimento do art. 525 do CPC e de irrecorribilidade da decisão atacada, pugnando, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento.

Sobreveio novo despacho de minha lavra, determinando o apensamento destes autos aos autos do Agravo de Instrumento nº 1.0024.07.392778-2/002 (f. 50).

Desnecessária a intervenção ministerial.

É o relato do essencial.

1. Preliminares.

1.1. Descumprimento do art. 525, inciso I, do CPC.

Os agravados batem-se pelo não-conhecimento do presente recurso, argumentando: a) não ter o Município apresentado cópia da procuração outorgada por Deusdedit José Ferreira aos seus advogados; b) que o agravo não se encontra instruído com todas as peças necessárias para a compreensão da controvérsia.

Ora, considerando que os interesses dos agravados estão sendo defendidos em juízo pelos mesmos advogados (f. 54/55 e 57/58 do agravo em apenso), não há que se invocar qualquer descumprimento da norma legal, razão pela qual inexiste prejuízo a ser suportado por quaisquer das partes.

A meu juízo, poderiam os agravados, quando muito, requerer o não-conhecimento do recurso apenas em relação ao expropriado Deusdedit José Ferreira, fato esse que, por certo, seria completamente inócuo, uma vez que a decisão proferida em relação à outra desapropriada certamente repercutiria no direito subjetivo daquele, diante do litisconsórcio passivo necessário retratado nos autos da ação de desapropriação.

Quanto à suposta ausência de juntada de peças imprescindíveis para a compreensão da controvérsia, melhor sorte não socorre os agravados.

Como se vê, o agravante pretendeu demonstrar, apenas e tão-somente, que as obras no imóvel expropriando já se encontram em andamento, razão pela qual, no seu entender, não seria factível determinar a reintegração dos agravados na posse do imóvel.

Sendo assim, tenho que a questão aqui suscitada se encontra devidamente delimitada, sendo indispensável a juntada de quaisquer outros documentos para a exata compreensão do tema.

Por fim, trago, aqui, uma citação do brilhante jurista Cândido Rangel Dinamarco, para quem

> mais vale a preservação da ordem jurídico-material com produção de resultados justos apesar do sacrifício dos dogmas do processo do que o culto a estes quando isso importa em denegação de justiça (*Litisconsórcio*. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 1997).

Ante o exposto, rejeito a aludida preliminar.

1.2. Inadmissão do agravo.

A segunda preliminar levantada em contraminuta versa sobre suposta inadmissibilidade do agravo, com a qual afirmam os recorridos que a decisão que aqui se agrava se resumiu a cumprir o acórdão proferido no Agravo de Instrumento nº 1.0024.07.392778-2/002.

Também aqui a razão não se encontra com os recorridos, *data venia*.

E isso porque o Município manejou o presente agravo em razão de fato superveniente, qual seja o início das obras e a demolição das benfeitorias que existiam no imóvel, trazendo a este Tribunal novos fatos que podem, em tese, implicar a reforma da decisão agravada.

Não é demais lembrar, a uma, que a decisão agravada encerra nítida natureza interlocutória em seu bojo, desafiando a interposição de agravo, e, a duas, que o acórdão proferido no Agravo nº 1.0024.07.392778-2/002 não determinou a reintegração dos desapropriados na posse do imóvel, tendo-se resumido a indeferir a imissão provisória requerida pelo Município.

Neste tempo, não vislumbro a alegada "inadmissão do agravo" sustentada pelos agravados, o que me leva a rejeitar mais essa preliminar.

2. Mérito.

Vencidas as questões preliminares, adentro no mérito do recurso, que se cinge ao exame dos fatos supervenientes narrados pelo agravante, que, a meu sentir, autorizam a reforma da decisão hostilizada.

Extrai-se de todo o processado que o Município de Belo Horizonte ingressou com uma ação de desapropriação em face de Deusdedit José Ferreira e Elodina Ferreira, oferecendo, a título de depósito prévio, o valor de R$ 72.000,00.

Sobreveio, então, a primeira decisão do Juiz de primeiro grau (reproduzida à f. 45 do Agravo nº 1.0024.07.392778-2/002), nomeando perito de sua confiança, que, após avaliação preliminar do imóvel, arbitrou como valor prévio da justa indenização a quantia de R$ 209.840,00 (f. 97 dos autos daquele mesmo agravo).

Inconformados, os expropriados formularam 12 (doze) quesitos de esclarecimento, apresentando, inclusive, laudo confeccionado por assistente técnico de sua confiança, no qual foi apontado como justo o montante de R$ 289.700,00 (f. 139 do Agravo nº 1.0024.07.392778-2/002).

Entretanto, o Juiz primevo deixou de intimar o perito do Juízo para responder aos quesitos apresentados pelos expropriados e ignorou o laudo do assistente técnico, determinando a imediata imissão do Município na posse do bem em razão da comprovação do depósito do valor sugerido pelo perito oficial, qual seja R$ 209.840,00 (f. 177 do Agravo nº 1.0024.07.382778-2/002).

A referida decisão deu azo ao Agravo nº 1.0024.07.392778-2/001, que acabou provido à unanimidade pela Turma Julgadora, ao argumento de que a imissão provisória do Município "sem sequer abrir vista ao perito para os esclarecimentos postos pela parte contrária significaria inviabilizar a correta avaliação das benfeitorias constantes no imóvel, que poderão ser destruídas tão logo ocorra a imissão" (f. 213 do Agravo nº 1.0024.07.392778-2/002).

Em cumprimento ao acórdão proferido por esta 3ª Câmara Cível, o Julgador de primeiro grau intimou o perito oficial para prestar os esclarecimentos formulados pelos expropriados. Em resposta, o perito resumiu-se a ratificar o argumento por ele já apresentado, deixando de responder aos quesitos formulados.

Na seqüência, sobreveio nova decisão do MM. Juiz, deferindo, novamente, a imissão do expropriante na posse do imóvel (f. 248 do Agravo 1.0024.07.392778-2/002), cujo auto de imissão na posse restou lavrado e cumprido aos 15.02.2008 (auto reproduzido à f. 287 daquele mesmo agravo).

Os expropriados interpuseram novo agravo, desta vez o de nº 1.0024.07.392778-2/002, no bojo do qual foi concedido novo efeito suspensivo, o que ocorreu em 28.02.2008, com comunicação ao Juiz de primeiro grau somente aos 03.03.2008. Em sessão de julgamento realizada aos 29.05.2008, o recurso foi provido em sua integralidade e de forma unânime.

Sendo assim, e em razão da decisão deste Tribunal de Justiça, o Juiz de primeiro grau não teve alternativa a não ser determinar a expedição de mandado de reintegração dos expropriados na posse do bem, gerando, por conseqüência, a interposição deste novo agravo, desta vez pelo Município de Belo Horizonte, que afirma que já demoliu as benfeitorias e que as obras no local se encontram em estágio avançado.

Ora, diante de tais informações, pontuo, inicialmente, que, entre a lavratura do auto de imissão da posse e a concessão do efeito suspensivo nos autos do Agravo nº 1.0024.07.392778-2/002, decorreu mais de 15 dias, razão pela qual o Município agiu dentro da legalidade, de modo que lhe era lícito, naquele período, implementar obras e destruir as benfeitorias existentes no local, uma vez que agiu com respaldo em decisão judicial ainda não suspensa pelo Tribunal.

Desse modo, e diante da comprovação do atual estágio em que se encontram as obras, não me parece prudente determinar a reintegração dos réus na posse do imóvel, uma vez que estes poderiam, em tese, demolir as construções já efetivadas e causar grande prejuízo aos cofres municipais.

Todavia, e para não tornar letra morta o acórdão proferido no Agravo 1.0024.07.392778-2/002, determinei, em sede de efeito suspensivo, que o Município depositasse em juízo a diferença entre o valor sugerido

pelo assistente técnico e pelo perito oficial, o que foi devidamente cumprido pela Municipalidade (f. 53/55).

Dessa forma, tenho que a "justa" e "prévia" indenização garantida aos expropriados pela CR/88 se encontra, ao menos por ora, assegurada aos agravados, não sendo factível que os mesmos sejam reintegrados na posse do bem, uma vez que, em tese, poderiam destruir tudo aquilo que já foi realizado pelo Poder Público.

Ora, o estágio avançado das obras permite concluir pela impossibilidade de reconstituição das partes ao *status quo ante*, seja pelos danos ao erário público que poderiam advir da reintegração dos agravados na posse do bem, seja pela prevalência do interesse público sobre o particular, principalmente quando se observa que a Municipalidade está a construir um Centro Cultural no Bairro São Geraldo.

Como se não bastasse, deve imperar o princípio da segurança jurídica, que consiste

> naquela tranqüilidade de espírito, própria de quem não teme o outro (Montesquieu). O direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada são manifestações do direito à segurança jurídica. Do ponto de vista comunitário, a segurança é condição do bem comum; consiste na paz, a tranqüilidade da ordem (Santo Tomás de Aquino). O homem, elucida Canotilho, necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar, autônoma e responsavelmente, a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do Estado de direito. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexionada com elementos objetivos da ordem jurídica - garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito - enquanto a proteção da confiança se prende mais às componentes subjetivas da segurança, designadamente, a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança são exigíveis perante qualquer ato de qualquer poder - Legislativo, Executivo e Judiciário (CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 14 ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, p. 744).

Sendo assim, reputo prudente o provimento do recurso para salvaguardar o interesse público e a segurança jurídica, principalmente quando se constata que o valor sugerido pelo perito dos próprios agravados se encontra depositado em juízo, o que os livraria, ao final, e eventualmente, da indigitada fila dos precatórios.

3. Dispositivo.

Diante das razões acima expostas, rejeito as preliminares e dou provimento ao recurso, para reformar a decisão agravada e indeferir a reintegração dos agravados na posse do imóvel, devendo permanecer bloqueado o depósito efetuado pelo Município até a decisão definitiva da demanda expropriatória.

Custas recursais, pelos agravados.

É como voto.

DES.ª ALBERGARIA COSTA - Acompanho o voto do eminente Relator para rejeitar as preliminares.

No mérito, tem-se que o retorno dos agravados à posse do imóvel restou inviabilizado em razão da existência de obras públicas no local.

É necessário, portanto, compatibilizar o interesse público em dar continuidade às obras, que já se encontram em estágio avançado, com o interesse particular dos cidadãos que têm direito ao depósito prévio a que alude o art. 15 do Decreto-lei nº 3.365/41.

Ressalte-se que tal depósito não se confunde com a indenização. O primeiro é um valor provisório, arbitrado pelo Juízo antes da efetiva instrução do processo, oportunidade em que será conhecido o valor justo da indenização decorrente da perda de propriedade experimentada.

Nesse sentido, a lição de Odete Medauar (in *Direito administrativo*. 10. ed., p. 348):

> Desapropriação é a figura jurídica pela qual o poder público, necessitando de um bem para fins de interesse público, retira-o do patrimônio do proprietário, mediante prévia e justa indenização. A desapropriação atinge o caráter perpétuo do direito de propriedade, pois extingue o vínculo entre proprietário e bem, substituindo-o por uma indenização.

Assim, o depósito prévio do valor pretendido pelos agravados impede que a expropriação seja concluída sem a devida satisfação do interesse patrimonial dos recorridos e, ao mesmo tempo, permite que o Município seja mantido na posse do imóvel.

Com tais considerações, dou provimento ao recurso, nos termos do voto do eminente Relator.

É como voto.

DES. KILDARE CARVALHO - De acordo com o Relator.

*Súmula* - REJEITARAM PRELIMINARES E DERAM PROVIMENTO.

...

## Concurso público - Gabarito oficial - Regularidade de respostas - Discussão judicial - Impossibilidade - Limites da legalidade - Extrapolação - Proibição

Ementa: Concurso público. Discussão sobre regularidade de respostas do gabarito oficial. Impossibilidade. Questão que extrapola os limites de legalidade.

- Em matéria de concurso público, não é possível abrir-se discussão judicial sobre a eventual regularidade/irregularidade das respostas constantes do gabarito oficial,

consideradas pela banca examinadora, porque não se pode transferir ao Judiciário questão que extrapola os limites da legalidade.

- O exame e alteração sobre questões das provas, suas formulações e respostas, extrapolam os limites de competência do Poder Judiciário, constituindo ingerência indevida no ato da autoridade administrativa, representado, na hipótese, por banca examinadora que, ademais, utilizou critério único dirigido a todos os candidatos.

**MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.0000.07.460240-0/000 - Comarca de Belo Horizonte - Impetrante: Sandro Alexander Ferreira - Autoridades Coatoras: Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Comissão Especial de Coordenação do Concurso do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais - Litisconsorte: Glaydson Santo Soprani Massaria - Relator: DES. GERALDO AUGUSTO**

## Acórdão

Vistos etc., acorda o 1º 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 REJEITAR PRELIMINARES E DENEGAR A SEGURANÇA.

Belo Horizonte, 3 de setembro de 2008. - *Geraldo Augusto* - Relator.

## Notas taquigráficas

DES. GERALDO AUGUSTO - Tratam os autos do mandado de segurança impetrado por Sandro Alexander Ferreira contra o Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais e Comissão Especial de Coordenação do Concurso do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, aduzindo que se inscreveu para prestar concurso para o cargo de Procurador do Ministério Público perante o Tribunal de Contas do Estado.

Argumenta o impetrante que, após a divulgação dos gabaritos preliminares da prova de conhecimentos específicos, apresentou recurso administrativo, porquanto discordou do resultado em relação às questões 02, 37 e 58 da prova tipo 5; que também discordou do gabarito preliminar da questão 79, da qual outros candidatos recorreram; todavia a banca examinadora julgou improcedentes os recursos, visto que não houve alteração do gabarito, contudo, sem qualquer fundamentação quanto à rejeição das razões, além de não comunicar oficialmente o resultado.

Assim, aduz que esta impetração ataca o ato administrativo que, sem a devida fundamentação, negou provimento aos recursos, mantendo o vício do resultado que não corresponde ao direito objetivo aplicável; que outros dois candidatos obtiveram liminar em pedido de anulação de questões, e que também tem o direito líquido e certo para tanto, sendo, ademais, evidente a incorreção do gabarito oficial.

Pediu, por fim, o impetrante, fosse concedida a segurança com o fim de anular as quatro questões, bem como lhe fossem atribuídos os pontos respectivos, validando-se a nova pontuação alcançada por ele e respectiva classificação final.

Juntou os documentos de f. 30/127.

A liminar foi indeferida pelo Desembargador a quem os autos foram distribuídos em regime de plantão (f. 135/136).

Foram notificadas as autoridades apontadas como coatoras, sendo apresentadas as informações de f. 162/176 e com elas a alegação de ilegitimidade passiva dos Presidentes do Tribunal de Contas e da Comissão Especial do Concurso, visto que não têm autoridade para corrigir a suposta ilegalidade impugnada, já que o concurso se realiza sob a responsabilidade da Fundação Carlos Chagas, que o edital vincula candidatos e a administração, e o que pretende o impetrante, em verdade, é violar essas normas, o que não é possível, impondo-se a extinção do processo.

Quanto ao mérito, aduzem os impetrados que os recursos administrativos interpostos pelo impetrante foram examinados e indeferidos com fundamentação adequada e que em relação à questão 79 ocorreu a decadência, porquanto não interposto o recurso administrativo; ademais, que o exame de notas e formulação de questões são prerrogativas da banca examinadora no exercício de suas funções.

Vieram aos autos os documentos de f. 178/180.

O representante do Ministério Público manifestou-se (f. 189/191), em resumo, pela extinção dessa impetração sem resolução de mérito, por ausência de interesse processual.

O candidato Glaydson Santo Soprani Massaria pediu sua integração à lide, como litisconsorte passivo necessário, trazendo, outrossim, preliminares e pugnando pela denegação da ordem, conforme fls. e fls.

Examino a questão.

De plano, não se vê a necessidade de integração à lide, na qualidade de litisconsorte, do Sr. Glaydson Santo Soprani Massaria, desde que não há pelo menos, em tese, a possibilidade de ser prejudicado na eventualidade de se acolher a pretensão exordial de anulação das questões, pois que o próprio edital do concurso prevê que anulada uma questão de prova os pontos respectivos devem ser atribuídos a todos os candidatos.

Assim, rejeito, de plano, a integração do referido litisconsorte na lide.

Também, de pronto, rejeita-se a preliminar de ilegitimidade passiva das autoridades apontadas como

coatoras: Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais e Presidente da Comissão Especial de Coordenação do Concurso.

O argumento dos impetrados de que a responsabilidade pelo concurso é da Fundação Carlos Chagas não afasta a legitimidade dos mesmos para fins de mandado de segurança, mesmo porque a referida fundação, que se afigura como mera contratada para operacionalizar a realização do concurso, não possui o poder de decisão (poder de autoridade) para retificar qualquer nota atribuída aos candidatos do concurso.

Autoridade coatora, na hipótese, é aquela que determina a execução do ato, uma vez que é ela quem dispõe do poder decisório. "O executor não é autoridade, para fins de mandado de segurança" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 509).

Assim, rejeita-se a preliminar.

As questões aduzidas sobre impossibilidade jurídica do pedido e ausência do direito líquido e certo deduzido e, portanto, carência de ação, fundam-se em argumentos que se confundem com a análise do próprio mérito do mandado de segurança, pelo que assim serão examinados.

Rejeita-se a preliminar.

De plano, vê-se que o impetrante já havia interposto antes outro mandado de segurança contra prova desse mesmo concurso, especificamente sobre adequação da questão nº 01 da Prova de Direito Constitucional com o edital do concurso, cujo objeto desapareceu com a decisão proferida no Mandado de Segurança nº 1.0000.07.462305-9/000, que já havia reconhecido a anulação da questão com imposição de pontuação específica a todos os candidatos.

Neste caso concreto, discute agora o impetrante sobre as questões objetivas nº 02, de Direito Constitucional; questão 37, de Direito Administrativo; questão 58, de Direito Penal e questão 79, de Direito Civil.

Com a análise detida dos autos, vê-se que o edital do concurso previa a interposição de recursos fundamentados especificamente no que tange ao gabarito e questão da prova objetiva de múltipla escolha, tendo o impetrante se utilizado dessa faculdade em relação às questões de nº 2, 34, 37 e 58; não houve qualquer irresignação sua em relação à questão nº 79; assim, de plano, verifica-se que a discussão sobre ausência de formalidade em relação à referida questão preclusa está prejudicada. Quanto às demais questões, trouxe a autoridade apontada como coatora reprodução da decisão proferida pela comissão do concurso em ofício dirigido ao candidato, na qual se observa a devida fundamentação em cada uma das questões postas, sendo que em uma delas, a de nº 34, a anotação de que a questão foi anulada e foram atribuídos os pontos a todos os candidatos (f. 179/180).

Conclui-se que os argumentos trazidos pelo impetrante com a finalidade de invalidar o ato jurídico - falta de fundamentação e de informação - são improcedentes. Como se viu, a revisão das questões em recurso próprio não foi impedida e efetivamente se fez, via de recurso administrativo, com decisão fundamentada e comunicada ao recorrente.

Aliás, a despeito de anotar em seu pedido que teria interposto recurso administrativo contra as referidas questões e que tais recursos foram indeferidos sem que tenha havido fundamentação adequada e informação sobre o seu resultado, observa-se que a verdadeira pretensão do impetrante, revelada por seu pedido e razões de pedir, é de ver anuladas as questões de prova referidas, atribuindo em caráter definitivo a si a pontuação equivalente, validando-se, via de conseqüência, a nova pontuação alcançada por ele e respectiva pontuação, por não concordar com a decisão administrativa proferida pela banca examinadora.

Nesta seara, de se anotar que não é possível abrir-se discussão judicial sobre a eventual regularidade/irregularidade das respostas constantes do gabarito oficial, consideradas pela banca examinadora, porque não se pode transferir ao Judiciário questão que extrapola os limites da legalidade, sendo-lhe defesa a análise de mérito da referida decisão.

O exame e alteração sobre questões das provas, suas formulações e respostas, extrapolam os limites de competência do Poder Judiciário, constituindo ingerência indevida no ato da autoridade administrativa, representado, na hipótese, por banca examinadora que, ademais, utilizou critério único dirigido a todos os candidatos.

Com efeito, atente-se para o fato de que os mesmos critérios foram utilizados para todos os candidatos, de modo a evitar favoritismos, não havendo nos autos nenhuma evidência de eventual discriminação, pois que a resposta final ao gabarito das provas objetivas foi utilizado como único critério para se aferir a nota para o universo de candidatos inscritos, com observância dos princípios da isonomia e da razoabilidade.

Acrescenta-se, como bem lembrou o douto Procurador de Justiça junto a esta Câmara, em seu lúcido parecer, que inócua se revela a ordem reclamada neste mandado de segurança, desde que o impetrante se apresenta como o 15º colocado num concurso que deveria classificar apenas 4 candidatos e mesmo que, na eventualidade, se reconhecesse pontuação nas três questões discutidas, a pontuação específica seria atribuída a todos os candidatos, por determinação do próprio edital e, assim, tal lhe garantiria o 7º lugar ou talvez não lograsse sair da colocação em que se encontra.

Fato é, entretanto, que, como se anotou acima, não há como o Judiciário enveredar pelo caminho da análise dos critérios utilizados pela banca examinadora na correção das provas.

Com tais razões, adotando, no mais, o parecer da D. Procuradoria de Justiça junto a este Grupo de Câmaras, denega-se a segurança.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE, ALBERTO VILAS BOAS, RONEY OLIVEIRA, CARREIRA MACHADO, NILSON REIS, BRANDÃO TEIXEIRA e EDUARDO ANDRADE.

*Súmula* - REJEITARAM PRELIMINARES E DENEGARAM A SEGURANÇA.

...

## Medida cautelar - Exibição de documento - Conta-poupança - Extratos - Cautelar com efeito satisfativo - Ação principal - Desnecessidade

Ementa: Ação cautelar de exibição de documentos. Extratos bancários. Cautelar com efeito satisfativo. Ação principal. Desnecessidade.

- O correntista de banco pode requerer que a instituição financeira lhe exiba documentos de seu interesse por meio de ação cautelar nominada.

- A cautelar em caso que tal tem natureza satisfativa e *ipso facto* prescinde de ação principal.

APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0024.07.539466-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 5ª Vara da Fazenda da Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelada: Liége Passos Mendes - 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, 8 de julho de 2008. - *Belizário de Lacerda* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - Cuida-se de reexame necessário e de recurso voluntário à r. sentença de f. 39/44, a qual julgou procedente a ação cautelar de exibição de documentos determinando à parte requerida que forneça à parte requerente todos os extratos das contas-poupança em seu nome, conforme descritas na exordial, condenando o apelante ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R$ 500,00, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

O recorrente pugna pela reforma da r. decisão, conforme razões recursais lançadas às f. 45/47, pugna pela reforma da r. sentença, alegando a improbidade da via eleita, caso seja mantida a r. sentença pugna pela redução dos honorários.

Apresentadas contra-razões às f. 49/51.

Conheço do recurso, pois que satisfeitos seus pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

A ação cautelar de exibição de documentos caracteriza-se como um procedimento cautelar específico, cabível nas hipóteses elencadas no art. 844 do Código de Processo Civil, dentre elas a exibição de documento próprio ou comum em poder do banco.

O art. 356 do CPC estabelece os requisitos para que haja a exibição de documentos, *in verbis*:

> Art. 356. O pedido formulado pela parte conterá:
> I - a individuação, tão completa quanto possível, do documento ou da coisa;
> II - a finalidade da prova, indicando os fatos que se relacionam com o documento ou a coisa;
> III - as circunstâncias em que se funda o requerente para afirmar que o documento ou a coisa existe e se acha em poder da parte contrária.

Dessa feita, no caso dos autos, a apelada especificou os documentos, isto é, extratos bancários dos períodos.

A apelada apontou ainda a finalidade da exibição, que é para ajuizar ação de cobrança dos expurgos da poupança.

Por fim, cumpriu o último requisito que se encontra no fato de o banco, na qualidade de credor, ter em sua posse os extratos bancários da apelada.

Desse modo, está claro o interesse processual da apelada e a necessidade do provimento jurisdicional, sendo legítima a medida requerida pela apelada.

Ora, a parte pode ajuizar ação cautelar com o objetivo de evitar uma ação mal-instruída e, também a própria ação de exibição de documentos tem caráter satisfativo.

Nesse sentido, já decidiu o STJ:

> Recurso especial. Ação cautelar de exibição de documentos. Medida de natureza satisfativa. Propositura de ação principal. Desnecessidade.
> 1. A ação cautelar de exibição é satisfativa, não garantindo eficácia de suposto provimento jurisdicional a ser buscado em outra ação. Exibidos os documentos, pode haver o desinteresse da parte em interpor o feito principal, por constatar que não porta o direito que antes suspeitava ostentar.
> 2. O direito subjetivo específico da cautelar de exibição é o dever. Assim, entendendo o Juízo que a parte requerente é possuidora de tal direito, a ponto de determinar a exibição, é decorrência lógica que julgue a medida procedente.
> 3. Recurso especial conhecido, mas improvido. (REsp 244517-RN, Recurso Especial 2000/0000451-0 Relator Ministro João Otávio de Noronha.)

A propósito, o TJMG:

> Ação de exibição de documentos. Contratos bancários e extratos. Caráter satisfativo. Procedência.
> 1 - As ações de exibição de documentos podem ter natureza cautelar e também natureza satisfativa, dependendo da hipótese em questão.
> 2 - É direito do correntista requerer da instituição financeira a apresentação dos contratos e extratos bancários, a fim de apurar eventual irregularidade perpetrada, ajuizando para tanto a competente ação de exibição de documentos.
> 3 - Não tendo o banco se prontificado a entregar todos os documentos quando requeridos pelo correntista, extrajudicialmente, está evidente que o ajuizamento da ação de exibição se mostra necessário, devendo ser julgado procedente o pedido inicial. (AC 1.0525.04.048050-7/001, Relator Des. Pedro Bernardes.)

> Cautelar de exibição de documentos - Instituição bancária - Interesse de agir do correntista. - O correntista tem interesse na exibição de documentos referentes às operações que realizou com a instituição bancária, mormente quando estes forem necessários a comprovar seu direito em uma ação a ser ajuizada. (AC 1.0145.03.082615-3, Relator Des. Alvimar de Ávila.)

O correntista de banco pode requerer que a instituição financeira lhe exiba documentos de seu interesse por meio de ação cautelar nominada.

A cautelar em caso que tal tem natureza satisfativa e *ipso facto* prescinde de ação principal.

Quanto à fixação dos honorários advocatícios no valor de R$ 500,00, entendo que foram em consonância com o que preceitua o art. 20, § 4º, do CPC, em valor fixo e razoável, assim entendo não merecer motivo para que seja alterado.

Em tais termos, nego provimento ao recurso.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES HELOÍSA COMBAT e ALVIM SOARES.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

...

## Ação cominatória - Medicamento - Pedido de obtenção - Município - Legitimidade passiva *ad causam* - Interesse processual - Ausência

Ementa: Apelação cível. Ação cominatória. Município. Legitimidade passiva *ad causam* e interesse de agir ausentes. Recurso não provido.

- A pretensão dirigida contra a Municipalidade para obtenção de remédios que devem ser fornecidos por outras pessoas políticas patenteia a ilegitimidade passiva *ad causam*.

- O interesse de agir consiste na imprescindibilidade de o autor vir a juízo para que o Estado decida a controvérsia existente entre as partes e, ainda, na utilidade que o provimento jurisdicional poderá proporcionar a elas.

- Todavia, a presença do interesse de agir não é suficiente quando a pretensão é dirigida à parte passiva ilegítima.

Apelação cível conhecida e não provida, mantida a sentença que extinguiu o processo sem resolução de mérito, feita recomendação.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.999542-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Pedro Barbosa Morato representado p/ pai Vander Morato de Barcelos - Apelado: Município de Belo Horizonte - 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 NEGAR PROVIMENTO E FAZER RECOMENDAÇÃO.

Belo Horizonte, 9 de setembro de 2008. - *Caetano Levi Lopes* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. CAETANO LEVI LOPES - Conheço da apelação, porque presentes os requisitos de admissibilidade.

O apelante aforou esta ação cominatória contra o apelado. Afirmou que é portador de Diabetes Mellitus tipo 1 e de Lupus Eritematoso Sistêmico, suscetível de suas piores conseqüências caso não receba o tratamento adequado. Afirma que o Lupus é doença crônica que afeta o sistema imunológico, podendo gerar lesões nos rins, na pele, articulações e outros órgãos, e ele está sofrendo a perda dos rins. Asseverou necessitar, de modo contínuo e para uso diário, dos medicamentos: Predinisona 5mg; Furosemida 40mg; Captopril 25mg; Micofenolato Mofitil 500mg; Carbonato de Cálcio 600mg + Vit D3 200 Ui; Calman; hormônio de crescimento Genotoprin 2.3mg ou 6.9 unidades; caneta apropriada e agulhas descartáveis para aplicação subcutânea. Acrescentou necessitar, para uso mensal, no controle da Diabetes de: 10 cateteres de infusão de insulina, 9 baterias para bomba de infusão, 10 reservatórios de insulina, 1 aplicador para conjunto de infusão, Insulina Humalog 1.500 unidades, 200 fitas de teste de glicose, aparelho compatível com as fitas fornecidas e uma caixa de lancetas para furar os dedos. Acrescentou, ainda, que é hipossuficiente financeiro e não conseguiu obter os referidos medicamentos na rede

pública de saúde. O apelante voluntário, além de matéria processual, defendeu a regularidade de sua conduta. Pela r. sentença de f. 325/337, foram acolhidas as preliminares de ilegitimidade passiva *ad causam* e a falta de interesse de agir e decretada a extinção do processo sem resolução do mérito.

O *thema decidendum* consiste em verificar se o apelado tem legitimidade passiva para a causa, se existe interesse de agir.

É de geral ciência que o legitimado para a causa é aquele que integra a lide como possível credor ou como obrigado, mesmo não fazendo parte da relação jurídica material.Enfim, é quem está envolvido em conflito de interesses.

Esclarece Humberto Theodoro Júnior (*Curso de direito processual civil*. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 1, 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.

Embora zelar pela saúde pública seja da competência comum das três pessoas políticas - Município, Estado de Minas Gerais e União Federal -, a Lei nº 8.080, de 1990, distribui as atribuições. E, conforme exaustivamente analisado na excelente sentença da lavra do Dr. Renato Luís Dresch, os medicamentos reclamados pelo apelante devem ser fornecidos por outra pessoa política, e não pelo apelado. Nesse aspecto, sem razão o recorrente.

Quanto ao interesse de agir, não se confunde com a existência de direito material que ampara a pretensão deduzida. Este consiste na imprescindibilidade de o autor vir a juízo para que o Estado decida a controvérsia existente entre as partes e, ainda, na utilidade que o provimento jurisdicional poderá proporcionar a elas. Sobre a hipótese ensina Humberto Theodoro Júnior (*Curso de direito processual civil*. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, p. 52):

> 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)'. Vale dizer: o processo jamais será utilizável como simples instrumento de indagação ou consulta acadêmica. Só o dano ou o perigo de dano jurídico, representado pela efetiva existência de uma lide, é que autoriza o exercício do direito de ação.

O conflito de interesses, ou seja, pretensão resistida, deve existir para justificar a procura pela tutela jurisdicional. Em regra, sem conflito de interesses, não há motivo para provocar o Estado-juiz.

O apelado nega a própria responsabilidade pelo fornecimento dos medicamentos pretendidos, atribuindo-a ao Estado de Minas Gerais, o que torna patente a resistência à pretensão do apelante.

Ora, o apelante é hipossuficiente financeiro e necessita ser medicado de forma ininterrupta, o que patenteia seu interesse de agir. Logo, também nesse aspecto, a sentença não pode subsistir. Mas, apesar de presente o interesse de agir, a pretensão foi dirigida, conforme anotado, contra o ente federado que não tem obrigação de atendê-la. Portanto, está correta a sentença, o que torna inagasalhável o inconformismo.

Com esses fundamentos, nego provimento à apelação. Recomendo a publicação integral da sentença.

Sem custas.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES RONEY OLIVEIRA e CARREIRA MACHADO.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO E FIZERAM RECOMENDAÇÃO.

**Sentença prolatada pelo Dr. Renato Luís Dresch, Juiz de Direito da Comarca de Belo Horizonte.**

**Obrigação de fazer - Medicamento**

**FEITO Nº 0024 06 999542-1 - 4ª Vara de Feitos da Fazenda Pública Municipal - Comarca de Belo Horizonte - Juiz RENATO LUÍS DRESCH**

Vistos.

Pedro Barbosa Morato, representado por seu pai, ajuizou ação cominatória de obrigação de fazer em face do Município de Belo Horizonte, alegando, em síntese, que é diabético, portador da chamada "Diabetes Mellitus" tipo 1 (insulino-dependente) (DM 1); há 6 anos, é portador de "Lupus", há 1 ano e meio, sofrendo de suscetíveis pioras caso não receba o medicamento. Afirma que tem apresentado glicose muito acima da média, correndo o risco de morte. Descreve em que consiste a Lupus Eritematoso Sistêmico (LES), dizendo que se trata de doença crônica que afeta o sistema imunológico, podendo gerar lesão nos rins, na pele, articulações e outros órgãos, e que o tratamento está sendo acompanhado por médica reumatologista. Também descreve a

Diabetes como sendo uma doença crônica que causa diversas seqüelas e que lhe foi receitada a utilização de bomba de infusão de insulina, cujo funcionamento especifica. Afirma não possuir recursos financeiros para o tratamento adequado e que necessita de tratamento constante. Indica um custo de R$ 10.400,00 para a aquisição da bomba de insulina, além de um gasto mensal de R$ 4.000,00 em medicamentos. Afirma que o responsável possui renda mensal de R$ 2.000,00. Invoca o direito à saúde previsto no art. 196 da Constituição Federal e no art. 2º da Lei nº 8.080/90. Invoca a universalização do atendimento à saúde, apresenta fundamento legal e colaciona jurisprudência sobre a matéria. Pede liminar e processamento até final procedência com a sua confirmação com o fornecimento de uma bomba de insulina de infusão e ainda mensalmente: 10 cateteres de infusão de insulina; 9 baterias para bomba de infusão; 10 reservatórios de insulina, na forma de seringa de 3 ml, para a bomba de infusão; 1 aplicador para conjunto de infusão; 1.500 unidades mensais de Insulina Humalog; 200 fitas de teste de glicose de 30; e dos medicamentos: a) Predinisona 5mg, 2 ½ comprimidos ao dia; b) Forosemida 40mg, 1 comprimido ao dia; c) Captopril 25mg, 2 comprimidos ao dia; d) Micofenolato Mofitil 500mg, 2 comprimidos ao dia; e) Carbonato de Cálcio 600mg + Vit D3 - 200Ui, 2 comprimidos ao dia; f) Calman, 2 comprimidos ao dia; e, ainda, diariamente: 2.3mg ou 65.9 unidades do hormônio do crescimento Genotropin, caneta e agulha apropriada para aplicação subcutânea; Predinisona 5mg, 2,5 ao dia; Furosemida 40mg, 1 comprimido ao dia; Captopril 25mg, 2 comprimidos ao dia; Micofenolato Mofitil 500mg, 2 comprimidos ao dia; Carbonato de Cálcio 600mg + Vit D3 -200Ui, 2 comprimidos ao dia. Pede a gratuidade, requer provas, atribui à causa o valor de R$ 40.000,00 e junta documentos.

A tutela específica foi deferida (f. 130/134).

O Município de Belo Horizonte contestou e juntou documentos (f. 137-155), alegando, em síntese, que é parte passiva ilegítima, porque os medicamentos são considerados de caráter excepcional, estando a sua aquisição e distribuição vinculadas às competências do gestor do SUS, de competência da União e dos Estados, depois de análise técnico-administrativa, conforme previsto no item 3.3 da Portaria nº 3.916/98, sendo o pedido dependente de exame pela Secretaria Estadual de Saúde. Ainda argumenta que o Estado de Minas Gerais editou a Lei Estadual nº 14.533, de dezembro de 2002, que regulamenta a política de prevenção do Diabetes e de assistência integral à pessoa portadora da doença e que o Município não possui o dever legal de fornecer esse medicamento. Afirma que o autor deve pleitear o medicamento na Secretaria Estadual de Saúde. No mérito, pede a improcedência, invocando a uniformidade nos benefícios da saúde em razão da equivalência na sua prestação, porque o atendimento privilegiado estaria prejudicando os demais necessitados. Também argumenta que estaria sendo violado o princípio da legalidade pela inexistência de norma legal obrigando o fornecimento do medicamento reclamado. Argumenta que o meio de prestação dos serviços de saúde está regulamentado nas Portarias Federais nº 3.916/98 e nº 176/99, que fixam diretrizes e responsabilidades relacionadas à implementação e distribuição de medicamentos no âmbito federal, estadual e municipal. Assevera que cabe aos Estados o fornecimento de medicamentos considerados excepcionais, de modo que não cabe ao Município o fornecimento dos medicamentos em questão. Também entende que está sendo violado o princípio federativo em razão do patrocínio do serviço de saúde pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Ainda faz críticas ao Poder Judiciário, que não estaria preocupado com a repartição de competência da responsabilidade para o fornecimento de medicamentos, penalizando os Municípios, que têm dificuldades financeiras e menos recursos. A cláusula da reserva do possível também estaria sendo violada, argumentando também que as normas consagradoras de direitos sociais ensejando prestações positivas do Estado são complexas e de efetividade limitada, de modo que estaria submetido à cláusula da reserva do possível e que sua execução depende de meios materiais disponíveis para a sua implementação. Entende que a pretensão do autor estaria violando a cláusula da reserva do possível, ao passo que o Poder Público não estaria obrigado a fornecer o medicamento pretendido. Pede, enfim, a improcedência da pretensão. Depois o Município juntou novos documentos sobre a matéria (f. 157-174).

O Ministério Público se manifestou nos autos, opinando pela produção de provas (f. 174-v.).

O autor replicou e juntou documentos (f. 176/187), dizendo que o Município não nega o mérito quanto ao estado de saúde do autor e que o fornecimento dos medicamentos e dos equipamentos é de responsabilidade constitucional do Município. Reitera o seu pedido inicial.

Foi designada perícia (f. 195). O perito apresentou laudo (f. 219/257), e o Município juntou cópia de laudo produzido em processo de caso similar ao dos autos (f. 258/276). As partes se manifestaram, e o perito prestou esclarecimentos (f. 293/294), manifestando-se o autor (f. 295/296).

Em memorial, o autor afirmou que as alegações iniciais estão comprovadas, sendo recomendada a utilização da bomba de infusão de insulina. Reporta-se à responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios e pede a final procedência da pretensão (f. 299-303).

Pelo Município foi dito que há medicamento similar e de igual desempenho no tratamento que é fornecido

pelo Município. Ainda diz que é de sua responsabilidade o fornecimento de medicamentos destinados à atenção básica à saúde da população, conforme a Portaria nº 3.916/98. Afirma que a responsabilidade é do Estado de Minas Gerais. Pede, enfim, a improcedência da pretensão (f. 304/308).

O Ministério Público apresentou parecer pela rejeição da preliminar e procedência da pretensão, sustentando a solidariedade entre os gestores da saúde. Quanto ao mérito, sustenta o acesso universal à saúde e que a perícia concluiu que alguns pacientes têm melhora no resultado com o uso da bomba de infusão de insulina, promovendo mais conforto e bem-estar aos seus usuários (f. 310/322).

É o relatório.

Fundamento e decido.

Trata-se de ação ordinária de obrigação de fazer ajuizada por Pedro Barbosa Morato em face do Município de Belo Horizonte.

No que se refere à questão de direito sobre a matéria em discussão nos autos, os arts. 6º e 196 da Constituição Federal asseguram a saúde como direito fundamental do cidadão, sendo dever do Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

Cumpre ao Estado, em todas as esferas (Federal, Estadual e Municipal), implementar as políticas necessárias para o atendimento integral ao serviço de saúde.

A Constituição da República estabelece no art. 198, § 1º:

> O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Não obstante a solidariedade, os gestores (União, Estados, Distrito Federal e Município) subdividiram a responsabilidade entre si para cumprir o mandamento constitucional.

A Lei nº 8.080/90 (Lei do SUS) dispõe:

> Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).
> Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):
> I - a execução de ações:
> [...]
> d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;
> [...].
> Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS) são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no artigo 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:
> I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;
> II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema; [...].
> Art. 9º A direção do Sistema Único de Saúde (SUS) é única, de acordo com o inciso I do artigo 198 da Constituição Federal, sendo exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos:
> I - no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde;
> II - no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente; e
> III - no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente.
> [...]
> Art. 15. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições:
> [...]
> II - administração dos recursos orçamentários e financeiros destinados, em cada ano, à saúde;
> [...];
> XXI - fomentar, coordenar e executar programas e projetos estratégicos e de atendimento emergencial.
> [...]
> Art. 17. À direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) compete:
> I - promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde;
> II - acompanhar, controlar e avaliar as redes hierarquizadas do Sistema Único de Saúde (SUS);
> III - prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde;
> Art. 18. À direção municipal do Sistema de Saúde (SUS) compete:
> I - planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde;
> II - participar do planejamento, programação e organização da rede regionalizada e hierarquizada do Sistema Único de Saúde (SUS), em articulação com sua direção estadual [...];
> X - observado o disposto no artigo 26 desta Lei, celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, bem como controlar e avaliar sua execução; [...]
> Art. 35. Para o estabelecimento de valores a serem transferidos a Estados, Distrito Federal e Municípios, será utilizada a combinação dos seguintes critérios, segundo análise técnica de programas e projetos:
> I - perfil demográfico da região;
> II - perfil epidemiológico da população a ser coberta;
> III - características quantitativas e qualitativas da rede de saúde na área;
> IV - desempenho técnico, econômico e financeiro no período anterior;
> V - níveis de participação do setor saúde nos orçamentos estaduais e municipais;
> VI - previsão do plano qüinqüenal de investimentos da rede;
> VII - ressarcimento do atendimento a serviços prestados para outras esferas de governo.
> § 1º Metade dos recursos destinados a Estados e Municípios será distribuída segundo o quociente de sua divisão pelo número de habitantes, independentemente de qualquer procedimento prévio.

Toda pessoa que estiver padecendo de males que comprometam a sua existência digna e não tiver condições financeiras para suportar o tratamento pode reclamar dos Poderes Públicos o fornecimento dos medicamentos ou o tratamento necessário para tanto.

Quando o Poder Público se abstém do fornecimento do medicamento ou do tratamento terapêutico necessário, cumpre ao Poder Judiciário assegurar a garantia constitucional de acesso à saúde.

A cláusula da reserva do possível não se presta como argumento de que os direitos sociais consagrados na Constituição Federal são meramente programáticos ou de que estariam submetidos à disponibilidade material orçamentária. Essa cláusula poderia ser invocada pelo ente federativo desde que comprovada a ausência de recursos para implementar o direito constitucional de acesso universal à saúde.

A subdivisão da competência entre os gestores.

É possível aos gestores do SUS distribuir entre os três entes federativos (União, Estados e Municípios) as atribuições para cada tipo de tratamento, desde que isso não dificulte ou impeça o acesso à saúde.

O art. 198, II, da Constituição Federal impõe o dever de assistência integral ao cidadão por parte do Estado, não importando qual ente federativo está sendo provocado para a prestação do serviço, pois, como asseverado, a responsabilidade é solidária, como estabelecido expressamente no § 1º do dispositivo mencionado.

O art. 7º, II, c/c o art. 35, § 1º, ambos da Lei Federal nº 8.080/90, impõem o dever ao sistema de integralidade da assistência em nível curativo individual e importa em destinação de recursos orçamentários da União independentemente de procedimento prévio das demais unidades. As diretrizes do Sistema Único de Saúde incorporadas ao texto constitucional e reguladas pela Lei nº 8.080/90 constituem normas de eficácia plena.

A subdivisão da competência para o fornecimento de medicamentos ou o tratamento de saúde entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios em função de portarias expedidas pelo Ministério da Saúde se insere na atividade administrativa de organização dos gestores de saúde. Trata-se de um modo de racionalização para a distribuição das receitas, de acordo com a competência de cada responsável, desde que essa distribuição de atribuições não comprometa o acesso à saúde.

Em razão das discussões que a matéria em foco tem gerado, é necessário que se façam algumas considerações sobre as normas de subdivisão da competência entre os órgãos gestores da saúde.

A Portaria MS nº 675, de 30 de março de 2006, que aprova a Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde, visando consolidar os direitos e deveres do exercício da cidadania na saúde em todo o País, estabelece a responsabilidade pela gestão do Sistema Único de Saúde, distribuindo as competências do seguinte modo:

> I - Dos governos municipais e do Distrito Federal:
> a) gerenciar e executar os serviços públicos de saúde;
> b) celebrar contratos com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, bem como avaliar sua execução;
> c) participar do planejamento, programação e organização do SUS em articulação com o gestor estadual;
> d) executar serviços de vigilância epidemiológica, sanitária, de alimentação e nutrição, de saneamento básico e de saúde do trabalhador;
> e) gerir laboratórios públicos de saúde e hemocentros;
> f) celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, assim como controlar e avaliar sua execução; e
> *g) participar do financiamento e garantir o fornecimento de medicamentos básicos* (Grifei).
> II - Dos governos estaduais e do Distrito Federal:
> a) acompanhar, controlar e avaliar as redes assistenciais do SUS;
> b) prestar apoio técnico e financeiro aos municípios;
> c) executar diretamente ações e serviços de saúde na rede própria;
> d) gerir sistemas públicos de alta complexidade de referência estadual e regional;
> e) acompanhar, avaliar e divulgar os seus indicadores de morbidade e mortalidade;
> *f) participar do financiamento da assistência farmacêutica básica e adquirir e distribuir os medicamentos de alto custo em parceria com o governo federal;* (Grifei).
> g) coordenar e, em caráter complementar, executar ações e serviços de vigilância epidemiológica, vigilância sanitária, alimentação e nutrição e saúde do trabalhador;
> h) implementar o Sistema Nacional de Sangue, Componentes e Derivados juntamente com a União e Municípios; e
> i) coordenar a rede estadual de laboratórios de saúde pública e hemocentros.

Ainda a Portaria GM nº 3.916, de 30 de outubro de 1998, que aprova a Política Nacional de Medicamentos, estabelece entre outras coisas:

> 4.2. Assistência farmacêutica
> [...]
> O gestor estadual deverá coordenar esse processo no âmbito do Estado, com a cooperação técnica do gestor federal, de forma a garantir que a aquisição realize-se em conformidade com a situação epidemiológica do Município, e que o acesso da população aos produtos ocorra mediante adequada prescrição e dispensação [...].
> 5.3. Gestor estadual
> Conforme disciplinado na Lei nº 8.080/90, cabe à direção estadual do SUS, em caráter suplementar, formular, executar, acompanhar e avaliar a política de insumos e equipamentos para a saúde.
> Nesse sentido, constituem responsabilidades da esfera estadual:
> - coordenar o processo de articulação intersetorial no seu âmbito, tendo em vista a implementação desta Política;
> - promover a formulação da política estadual de medicamentos;
> - prestar cooperação técnica e financeira aos Municípios no desenvolvimento das suas atividades e ações relativas à assistência farmacêutica;
> - coordenar e executar a assistência farmacêutica no seu âmbito;
> - apoiar a organização de consórcios intermunicipais de

saúde destinados à prestação da assistência farmacêutica ou estimular a inclusão desse tipo de assistência como objeto de consórcios de saúde;
- promover o uso racional de medicamentos junto à população, aos prescritores e aos dispensadores;
- assegurar a adequada dispensação dos medicamentos, promovendo o treinamento dos recursos humanos e a aplicação das normas pertinentes;
- participar da promoção de pesquisas na área farmacêutica, em especial aquelas consideradas estratégicas para a capacitação e o desenvolvimento tecnológico, bem como do incentivo à revisão das tecnologias de formulação farmacêuticas;
- investir no desenvolvimento de recursos humanos para a gestão da assistência farmacêutica;
- coordenar e monitorar o componente estadual de sistemas nacionais básicos para a Política de Medicamentos, de que são exemplos o de Vigilância Sanitária, o de Vigilância Epidemiológica e o de Rede de Laboratórios de Saúde Pública;
- implementar as ações de vigilância sanitária sob a sua responsabilidade;
- definir a relação estadual de medicamentos, com base na RENAME, e em conformidade com o perfil epidemiológico do Estado;
- *definir elenco de medicamentos que serão adquiridos diretamente pelo Estado, inclusive os de dispensação em caráter excepcional, tendo por base critérios técnicos e administrativos referidos no Capítulo 3, "Diretrizes", tópico 3.3. deste documento e destinando orçamento adequado à sua aquisição* (Grifei).
- utilizar, prioritariamente, a capacidade instalada dos laboratórios oficiais para o suprimento das necessidades de medicamentos do Estado;
- investir em infra-estrutura das centrais farmacêuticas, visando garantir a qualidade dos produtos até a sua distribuição;
- receber, armazenar e distribuir adequadamente os medicamentos sob sua guarda;
- orientar e assessorar os Municípios em seus processos de aquisição de medicamentos essenciais, contribuindo para que esta aquisição esteja consoante à realidade epidemiológica e para que seja assegurado o abastecimento de forma oportuna, regular e com menor custo;
- coordenar o processo de aquisição de medicamentos pelos Municípios, visando assegurar o contido no item anterior e, prioritariamente, que seja utilizada a capacidade instalada dos laboratórios oficiais.

5.4. Gestor municipal

No âmbito municipal, caberá à Secretaria de Saúde ou ao organismo correspondente as seguintes responsabilidades:
- coordenar e executar a assistência farmacêutica no seu respectivo âmbito;
- associar-se a outros Municípios, por intermédio da organização de consórcios, tendo em vista a execução da assistência farmacêutica;
- promover o uso racional de medicamentos junto à população, aos prescritores e aos dispensadores;
- treinar e capacitar os recursos humanos para o cumprimento das responsabilidades do Município no que se refere a esta Política;
- coordenar e monitorar o componente municipal de sistemas nacionais básicos para a Política de Medicamentos, de que são exemplos o de Vigilância Sanitária, o de Vigilância Epidemiológica e o de Rede de Laboratórios de Saúde Pública;
- implementar as ações de vigilância sanitária sob sua responsabilidade;
- assegurar a dispensação adequada dos medicamentos;
- *definir a relação municipal de medicamentos essenciais, com base na RENAME, a partir das necessidades decorrentes do perfil nosológico da população* (Grifei).
- assegurar o suprimento dos medicamentos destinados à atenção básica à saúde de sua população, integrando sua programação à do Estado, visando garantir o abastecimento de forma permanente e oportuna;
- *adquirir, além dos produtos destinados à atenção básica, outros medicamentos essenciais que estejam definidos no Plano Municipal de Saúde como responsabilidade concorrente do Município* (Grifei).
- utilizar, prioritariamente, a capacidade dos laboratórios oficiais para o suprimento das necessidades de medicamentos do Município;
- investir na infra-estrutura de centrais farmacêuticas e das farmácias dos serviços de saúde, visando assegurar a qualidade dos medicamentos;
- receber, armazenar e distribuir adequadamente os medicamentos sob sua guarda.

Nesse contexto, denota-se que cumpre ao Estado definir elenco de medicamentos que serão adquiridos diretamente além daqueles de dispensação em caráter excepcional, considerados os critérios técnicos e administrativos respectivos.

Ao Município cumpre a responsabilidade de definir a relação municipal de medicamentos essenciais, com base na Rename, a partir das necessidades decorrentes do perfil nosológico da população, assegurando o suprimento desses medicamentos básicos destinados à saúde da população, podendo ainda incluir produtos e medicamentos essenciais que estejam definidos no Plano Municipal de Saúde como responsabilidade concorrente do Município.

Denota-se, com isso, que, por força das Portarias nº 675/2006 e 3.969/1998, os medicamentos excepcionais que estejam incluídos no Rename ou no Plano Municipal de Saúde não são de responsabilidade do Município, devendo ser fornecidos pelo Estado.

O que se deduz de tudo isso é que a subdivisão administrativa de competências entre a União, Estados e Municípios não redunda em descumprimento da universalização.

Acontece que o Sistema Único de Saúde (SUS) é constituído por uma rede regionalizada e hierarquizada, organizado de forma descentralizada e com direção única em cada esfera de governo, a fim de que haja o atendimento integral e prioritário à atividade preventiva.

De outro lado, a hierarquia e a subdivisão da universalização da saúde não afasta a responsabilidade solidária, mas, por uma questão de racionalização do serviço da Administração Pública, deve o cidadão tentar suprir as necessidades de saúde com o Gestor ao qual foi atribuída a responsabilidade para que nasça o interesse jurídico em obter a tutela jurisdicional.

Provocado o Gestor responsável para determinado tratamento ou fornecimento de medicamento, é que

nasce o interesse jurídico de agir, sendo que nesse caso a tutela poderá ser reclamada em face de qualquer um dos gestores de saúde.

Essa distribuição de competência nada mais é que a racionalização do tratamento de saúde para a sua otimização. As portarias ministeriais servem de orientação para a descentralização das verbas da saúde.

Sobre a matéria é oportuno reportar algumas considerações apresentadas pelo Relator, Des. Armando Freire, no julgamento do Recurso Cível nº 1.0707.06. 123540-4/001(1), da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, j. em 12.6.2007 e pub. em 19.06.2007:

> Em adoção da forma igualitária de acesso à saúde, estabelece-se uma relação nacional de referência, a partir de mecanismos estabelecidos pelo Ministério da Saúde (questão política) que permitam a contínua atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - Rename, na medida em que contempla um elenco de produtos necessários ao tratamento e controle da maioria das patologias prevalentes no País (vide Lei nº 6.360/76 e Portaria nº 3.916/98 do Ministério da Saúde). No sistema único de saúde idealizado e no âmbito de repartição de responsabilidades das esferas de governo, cabe ao gestor federal, por meio do Ministério da Saúde, a implementação e a avaliação da Política Nacional de Medicamentos e, inclusive, a aquisição e distribuição de produtos em situações especiais. Ao gestor estadual incumbe assegurar a adequada dispensação dos medicamentos e definir o elenco de medicamentos que serão adquiridos diretamente pelo Estado, inclusive os de dispensação em caráter excepcional. Ao gestor municipal cumpre definir a relação municipal de medicamentos essenciais, com base na Rename, assegurando o suprimento dos medicamentos destinados à atenção básica à saúde de sua população.

Por isso, deve haver prévia tentativa de satisfação junto ao Gestor designado. Sendo infrutífera essa tentativa, é que nasce o direito de postular a tutela jurisdicional para obter a satisfação do direito à saúde em relação a qualquer um dos demais responsáveis.

A disciplina do tratamento de Diabetes.

No que diz respeito ao tratamento dos diabéticos, a Lei Federal nº 11.347, de 27.09.2006, estabelece:

> Art. 1º Os portadores de Diabetes receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde - SUS os medicamentos necessários para o tratamento de sua condição e os materiais necessários à sua aplicação e à monitoração da glicemia capilar.
> § 1º O Poder Executivo, por meio do Ministério da Saúde, selecionará os medicamentos e materiais de que trata o *caput*, com vistas a orientar sua aquisição pelos gestores do SUS.

O Estado de Minas Gerais assumiu a responsabilidade pelo tratamento integral dos diabéticos. De acordo com o que dispõe a Lei Estadual nº 14.533, de 27.12.2002:

> Art. 1º O poder público adotará *política de prevenção do Diabetes e de assistência integral à pessoa portadora da doença*, em qualquer de suas formas, incluído o tratamento dos problemas de saúde com ela relacionados.
> Art. 2º São diretrizes da política a que se refere o artigo 1º:
> I - a universalidade, a integralidade, a eqüidade, a descentralização e a participação da sociedade na definição e no controle das ações e dos serviços de saúde, nos termos da Constituição Federal, da Constituição Estadual, do Código de Saúde do Estado de Minas Gerais e das leis reguladoras;
> II - a ênfase nas ações coletivas e preventivas, na promoção da saúde e da qualidade de vida, na multidisciplinaridade e no trabalho intersetorial em equipe;
> III - o desenvolvimento de instrumentos de informação, análise, avaliação e controle por parte dos serviços de saúde, abertos à participação da sociedade;
> IV - o apoio ao desenvolvimento científico e tecnológico voltado para o enfrentamento e o controle do Diabetes, dos problemas com ele relacionados e de seus determinantes, assim como à formação permanente dos trabalhadores da rede de serviços de saúde;
> V - o direito às medicações, aos instrumentos e aos materiais de auto-aplicação e autocontrole, visando a garantir a maior autonomia possível por parte do usuário (Grifei).

Denota-se que o Estado de Minas Gerais assumiu a responsabilidade pelo tratamento dos diabéticos.

Como acima ponderado, a subdivisão de competências para o tratamento da saúde é lícito desde que não infrinja o direito de acesso à saúde.

Da ilegitimidade passiva e do interesse de agir.

Embora a princípio possa parecer que o caso é de ilegitimidade passiva, não é o caso. Como afirmado, a universalização da saúde leva à responsabilidade solidária, de modo que a subdivisão de competência não exclui a responsabilidade do Município, desde que buscado o medicamento com o gestor responsável.

Por isso, na ausência de tentativas de obter a satisfação dos medicamentos e equipamentos com o gestor administrativamente responsável, que no caso dos autos é o Estado de Minas Gerais e a União, não há como responsabilizar o Município de Belo Horizonte.

Também inexiste o interesse jurídico para agir, que nasce apenas depois de tentada a obtenção do medicamento pela via administrativa com o Gestor responsável para o caso específico.

Tratando-se de fornecimento de medicamento que integre a lista da Rename ou de outros medicamentos essenciais que estejam definidos no Plano Municipal de Saúde, existe a responsabilidade municipal. Contudo, quando se tratar de medicamento fora dessas hipóteses, ou seja, medicamento excepcional de alto custo, a responsabilidade passa a ser dos Estados e do Distrito Federal.

No caso dos autos, trata-se de medicamento excepcional, cuja aquisição é de responsabilidade do Estado. Ademais, o Estado de Minas Gerais se comprometeu, mediante lei ordinária, em fornecer o tratamento integral dos diabéticos.

Inexiste qualquer indicativo de que a parte autora tenha tentado obter administrativamente com o Estado a satisfação da sua pretensão para que nasça a responsabilidade para Município.

Portanto, modificando entendimento anterior, deve ser reconhecido que o Município é parte passiva ilegítima e inexiste interesse jurídico para agir por não ter havido tentativa de obter o medicamento excepcional com a Secretaria de Saúde do Estado de Minas Gerais ou mesmo perante a União.

A conclusão pericial foi no sentido de que a bomba de infusão de insulina é "uma modalidade terapêutica efetiva e segura, mostrando melhores resultados de controle metabólico". Entretanto, embora mantenha o entendimento exteriorizado em decisões precedentes de que o tratamento integral à saúde deve permitir condições igualitárias a todos os enfermos, de modo que todos tenham direito ao tratamento mais eficaz, no caso dos autos a obrigação pelo medicamento não é do Município.

Dispositivo.

Diante do exposto e considerando o mais que dos autos consta, com fundamento no art. 267, VI, do CPC, julgo extinta, sem resolução do mérito, a presente ação de obrigação de fazer ajuizada por Pedro Barbosa Morato em face do Município de Belo Horizonte e, por via de conseqüência, fica sem efeito a liminar concedida, mas atribuo efeito *ex nunc* a essa revogação.

Ainda condeno o autor no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que arbitro em R$ 800,00.

Como o autor é beneficiário da gratuidade, fica suspensa a execução da multa na forma do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

P.R.I.

Belo Horizonte, 8 de abril de 2008. - *Renato Luís Dresch* - Juiz de Direito.

...

## Indenização - Responsabilidade civil - Erro médico - Conduta culposa - Não-ocorrência - Nexo causal - Ausência - Dano moral - Inexistência

Ementa: Ação de indenização. Responsabilidade civil. Erro médico. Ausência de verificação de conduta culposa. Danos morais. Inexistência.

- A obrigação de reparar por erro médico exige a comprovação de que o profissional tenha agido com imperícia, negligência ou imprudência, além da demonstração do nexo de causalidade entre a conduta médica e as conseqüências lesivas à saúde do paciente, sem o que não se pode atribuir responsabilidade civil.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0515.02.002351-8/002 - Comarca de Piumhi - Apelantes: 1os) Fundação Geraldo Corrêa, Hospital São João de Deus; 2º) Liberato Sávio Siqueira de Souza - Apelada: Arlete José da Silva - 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 NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO, REJEITAR A PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO A AMBAS AS APELAÇÕES.

Belo Horizonte, 27 de setembro de 2008. - *Alvimar de Ávila* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. ALVIMAR DE ÁVILA - Trata-se de dois recursos de apelação, o primeiro interposto por Fundação Geraldo Corrêa - Hospital São João de Deus e o segundo interposto por Liberato Sávio Siqueira de Souza, nos autos da "ação ordinária de indenização por danos morais e materiais" movida em seu desfavor por Arlete José da Silva.

Insurgem-se os recorrentes contra decisão que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, para condenar os requeridos, solidariamente, ao pagamento de indenização por danos morais à autora, no valor de R$25.000,00 (vinte e cinco mil reais), acrescidos de juros de mora e correção monetária (f. 286/292).

O primeiro apelante, em suas razões recursais, alega que a apelada, pessoalmente, no dia da audiência, não apresentava qualquer limitação ou seqüela visível, sendo injustificável a fixação dos danos morais no montante arbitrado. Sustenta que, em se tratando de obrigação de meio, é impossível atribuir a médico experiente qualquer procedimento incompatível com a boa prática da medicina ou atos que tenham acarretado o suposto dano. Ressalta que o perito oficial não é especialista em cardiologia, não obstante seu alto nível técnico. Afirma que as alegações periciais no sentido de que seria necessário exame de cateterismo para assegurar a necessidade da cirurgia são totalmente desprovidas de conhecimento médico apurado, por ser este um procedimento altamente invasivo, que traz riscos de infecção, do qual não havia necessidade diante da credibilidade do conjunto de exames apresentados pela paciente. Assevera que o laudo do perito oficial em momento

algum aponta seqüela decorrente da intervenção cirúrgica realizada ou indica falha no procedimento. Argumenta que a cirurgia realizada na apelada, com sucesso, não foi desnecessária, ainda que utilizada para corrigir defeito diverso daquele indicado nos exames preparatórios. Defende que o médico requerido agiu corretamente e com inquestionável profissionalismo, compatível com sua especialidade médica. Aponta que descaracterizada a culpa do médico, também não há que se falar em responsabilidade do hospital. Salienta que o compromisso assumido pelos médicos consiste em obrigação de meio, e não de resultado, competindo à autora o ônus da prova, tanto para responsabilizar o profissional quanto o hospital. Aduz que em nenhum momento a apelada logrou êxito em demonstrar que vivenciou situações de desconforto emocional, aptas a comprovar a existência do efetivo dano moral. Pede a reforma da sentença, com a improcedência do pedido inicial. Eventualmente, requer a minoração da indenização fixada a título de danos morais, porque excessiva (f. 296/311).

O segundo apelante, por sua vez, pugna, preliminarmente, pelo conhecimento e provimento do agravo retido nos autos (f. 195/198), aviado contra decisão que indeferiu o pedido de realização de nova prova pericial (f. 190). Ainda em sede de preliminar, alega a inépcia da petição inicial, por não conter a causa de pedir, uma vez que a autora não declinou em suas razões qual o ato praticado pelos réus que teria lhe causado danos, o que prejudicou sobremaneira a sua defesa. No mérito, sustenta que o laudo pericial oficial se encontra em desacordo com o laudo do assistente técnico e com a literatura médica juntada aos autos. Afirma que a cirurgia realizada não foi desnecessária, ainda que tenha corrigido defeito diverso do inicialmente constatado através dos exames. Assevera que o exame que deixou de ser realizado apenas complementaria os outros apresentados, não podendo ser responsabilizado por falha administrativa do hospital e do SUS por manterem equipamento estragado. Defende a inexistência do dano, pois a cirurgia foi realizada com sucesso e a paciente não teve qualquer seqüela ou impedimento para as suas atividades da vida diária. Pede a reforma da sentença, com a improcedência do pedido inicial. Eventualmente, requer a redução da indenização fixada a título de danos morais, porque excessiva (f. 313/325).

A apelada apresentou contra-razões de f. 331/333 e 349/351, pugnando pelo desprovimento dos recursos, pela inclusão dos danos materiais na condenação e pela majoração dos honorários de sucumbência fixados em primeiro grau.

Conhece-se dos recursos, por estarem presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Inicialmente, examina-se o agravo retido nos autos de f. 195/198, aviado pelo segundo apelante contra a decisão interlocutória de f. 190, que indeferiu o pedido de realização de nova perícia médica.

Alega o agravante que é necessária a realização de nova perícia médica, porquanto o laudo pericial apresentado às f. 146/177 foi elaborado por profissional que não é especialista em cardiologia, em desconformidade com o laudo do assistente técnico (f. 184/186) e com a literatura médica juntada aos autos.

Em que pese a inteligência dos argumentos apresentados pelo agravante, tem-se que não há como se afastar a perícia técnica oficial, que foi realizada por profissional de confiança do juízo, unicamente por ter sido desfavorável aos interesses da parte.

Competia ao agravante a prova de que o perito oficial foi parcial na elaboração do laudo, o que não se verificou no caso dos autos.

Sabe-se que cabe ao juiz da matéria decidir sobre a necessidade da produção de provas (art. 130 do Código de Processo Civil), pois toda prova é dirigida a ele e incumbe ao mesmo sua direção e deferimento.

Nesse sentido, os escólios jurisprudenciais:

> O art. 130 do CPC preceitua caber ao juiz, de ofício ou a requerimento das partes, a determinação das provas necessárias à instrução do processo, devendo zelar para que a controvérsia seja deslindada e reste perfeita e acabada a prestação jurisdicional (ac. un. da 3ª Câmara do TJCE de 22.11.1995, na Ap. 27.598, Rel. Des. Edgar Carlos de Amorim; Adcoas, de 30.7.1996, n. 815066-8).

> Toda prova é dirigida ao juiz e somente a ele incumbe a sua direção em ordem ao esclarecimento da controvérsia, não se podendo imputar, em face dos aspectos da cognição posta em juízo, que tal prova seja acoimada de desnecessária (ac. un. da 6ª Câmara do TJSP de 12.05.1994, na Ap. 219.448-1, Rel. Des. Munhoz Soares; *JTJSP* de 164/161).

> Sendo o Juízo o destinatário da prova, somente a ele cumpre aferir sobre a necessidade ou não de sua realização (ac. un. da 3ª Câmara do TJSP de 25.6.1996, no Ag. 13.811-5, Rel. Des. Hermes Pinotti; *JTJSP* 186/241).

No caso dos autos, convencido o il. Magistrado de primeiro grau da desnecessidade de nova prova pericial para a formação de sua convicção pessoal acerca da lide, deve ser mantida a decisão que desacolheu o pedido de nova prova pericial, conforme julgados:

> Só ao juiz cabe avaliar a necessidade de nova perícia (*JTJ* 142/220).

> O art. 437 do CPC não impõe ao juiz a realização de uma segunda perícia quando houver divergências entres os *experts* (*JTJSP* 155/115).

Ademais, o julgador não fica adstrito às conclusões do laudo pericial, podendo externar posição diversa, desde que condizente com os demais fatos e provas presentes nos autos.

Com tais considerações, nega-se provimento ao agravo retido nos autos, aviado pelo requerido, para que seja mantida a r. decisão interlocutória que indeferiu a produção de nova prova pericial.

O segundo apelante alega, ainda, preliminar de inépcia da petição inicial, por não conter a causa de pedir, uma vez que a autora não declinou em suas razões qual o ato praticado pelos réus que teria lhe causado danos, o que prejudicou sobremaneira a sua defesa.

Ora, observa-se que tal questão já foi apreciada e devidamente rejeitada em grau de recurso de agravo de instrumento, aviado pelo hospital requerido (AI nº 2.0000.00.392449-8/000), como reconhecido pelo próprio recorrente, que junta cópia do acórdão às f. 102/103.

Naquela oportunidade, entendeu-se que a petição inicial de f. 02/09, ainda que não absolutamente perfeita, permite a compreensão da causa de pedir, bem como o teor e a extensão do pedido formulado, não prejudicando a defesa dos requeridos, que foi devidamente apresentada às f. 32/44 e 52/41.

Assim tem considerado a jurisprudência majoritária:

> É inepta a inicial ininteligível (*RT* 508/205) salvo se, embora singela, permite ao réu respondê-la integralmente (*RSTJ* 77/134), inclusive quanto ao mérito (*RSTJ* 71/363) ou, embora confusa e imprecisa, permita a avaliação do pedido. (*JTJ* 141/37) (NEGRÃO, Theotonio. *CPC anotado*. 28. ed., p. 276).

Logo, não é inepta a petição inicial que narra fatos e deduz pedido suficientemente conseqüente em relação aos mesmos, ainda que seja omissa em alguns pontos.

Com tais considerações, rejeita-se a preliminar argüida pelo segundo apelante e passa-se à análise do mérito de ambos os recursos de apelação, porque convergentes em sua argumentação.

Cuidam os autos de ação de indenização promovida pela ora apelada contra o médico e o hospital responsáveis pela cirurgia cardíaca a que teve de se submeter, alegando que o primeiro teria agido com culpa ao realizar uma intervenção cirúrgica desnecessária, com base em exames imprecisos, expondo sua vida a um grande risco, com o agravamento de seu estado clínico.

O art. 186 do Código Civil de 2002 dispõe que todo aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo, *verbis*:

> Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Da análise desse texto legal, extraem-se três elementos essenciais da responsabilidade civil: culpa, dano e nexo de causalidade.

Sobre a culpa, tem-se que o ato contrário à ordem jurídica que viole direito subjetivo privado é uma infração civil e induz à responsabilidade civil. Havendo deliberada violação, tem-se caracterizado o dolo; o desrespeito a um dever preexistente, quer seja relativo à pessoa ou bens, ou a um contrato, caracteriza a culpa. Ambos são conhecidos no direito brasileiro pela nomenclatura de atos ilícitos e geram o mesmo efeito: a obrigação de indenizar, que é medida pelo prejuízo causado.

Quanto ao dano, tem-se que, sem a sua prova, ninguém pode ser responsabilizado civilmente. O dano pode ser material (sentido estrito), simplesmente moral, ou seja, sem repercussão na órbita financeira do ofendido (sentido amplo), ou, ainda, cumulativamente, material e moral.

No que se refere ao nexo causal, tem-se que, para que seja caracterizada a responsabilidade civil, não basta que o agente tenha procedido contra *jus*, pois esta não se define pelo fato de cometer um "erro de conduta". Não basta que a vítima sofra um dano, que é o elemento objetivo do dever de indenizar, já que, se não houver um prejuízo, a conduta antijurídica não gera obrigação de indenizar. Para que surja a obrigação de reparar, mister se faz prova da existência de uma relação de causalidade entre a ação ou omissão culposa do agente e o dano experimentado pela vítima. Se a vítima experimentar um dano, mas não se evidenciar que o mesmo resultou do comportamento ou da atitude do réu, o pedido de indenização, formulado por aquela, deverá ser julgado improcedente.

Sem a coexistência dessa trilogia, portanto, não há como se cogitar de obrigação indenizatória.

Todavia, no direito brasileiro, a responsabilidade civil do médico encontra-se expressamente consagrada no art. 1.545 do Código Civil de 1916, que preceitua:

> Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que, por imprudência, negligência ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir ou ferimentos.

Sobre tal norma Miguel Kfouri Neto expõe:

> O art. 1.545 do CC pátrio esposou inteiramente a teoria da culpa, no que diz respeito à responsabilidade médica. Havendo dano - morte, incapacidade ou ferimento -, a vítima deve provar que o médico agiu com culpa *stricto sensu* - imperícia, imprudência ou negligência - para poder ser ressarcida (A responsabilidade civil do médico - *RT* 654/93, in *Ajuris* - edição especial).

Então, a vítima do dano, para ser ressarcida, deverá provar de modo irrefutável a imprudência, negligência ou imperícia do profissional.

Ademais, cumpre afirmar que a relação existente entre paciente e médico é de natureza contratual e se trata de uma relação de consumo. Nesse sentido, estabelece o art. 14, § 4º, do CDC:

"A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante verificação de culpa".

A responsabilidade objetiva, consagrada no Código de Defesa do Consumidor, prevê como exceção o art. 14, § 4°, do CDC. Dessa forma, para que possa haver a responsabilização do médico, é preciso que haja a comprovação da existência de culpa, ou seja, é preciso demonstrar que o médico agiu com negligência, imprudência ou imperícia.

Enfatize-se que os médicos, como seres humanos, têm o direito de errar. O erro profissional resulta da incerteza ou da imperfeição da arte, e não da negligência ou incapacidade de quem a exercita, salvo, é claro, em se tratando de erro grosseiro.

O erro profissional não deve ser conceituado como culposo, exceto se o médico, comprovadamente, agir com culpa ou dolo. Não se considera erro profissional, conforme já dito, o que resulta da imprecisão, incerteza ou imperfeição da arte, sendo objeto de controvérsia ou dúvida. Além disso, as questões puramente técnicas escapam ao âmbito dos tribunais, que não podem decidir sobre a oportunidade de uma intervenção cirúrgica, sobre o método preferível a empregar, ou sobre o melhor tratamento a seguir.

Cabe aqui, portanto, perquirir a respeito da culpabilidade do segundo apelante e, por conseqüência, da sua responsabilidade civil perante a paciente, solidária àquela do nosocômio em que foi realizado o procedimento. Oportuno é ponderar-se na lição de Irany Novah Moraes:

> Sendo a verdade das ocorrências de certa forma interpretativa e dependendo muito do ponto de vista pelo qual ela é encarada, o julgamento de um fato envolve responsabilidade muito grande. Em se tratando de assunto de natureza humana, envolvendo o médico que trabalha com o objetivo maior de fazer o bem para seu semelhante, resultados não satisfatórios por parte do paciente exigem averiguação cautelosa para que não se cometa injustiça maior. (*Erro médico e a lei*. 3. ed. Revista dos Tribunais, p. 226).

Assim, no que diz respeito à responsabilidade dos médicos, elucida o festejado Ulderico Pires dos Santos:

> Sua responsabilidade decorre é de sua ação profissional manifestamente errônea, de sua omissão sobre o que deveria ser feito para evitar o mal e não o fez, porque a sua atuação não é de resultado e sim de meio, e também porque ao aceitar o cliente não assume com ele a obrigação de curá-lo, e sim de atuar com acerto e correção, ministrando-lhe o tratamento terapêutico ou operatório exigido pelo seu mal e indicado pela ciência médica. (*A responsabilidade civil na doutrina e na jurisprudência*. Forense, 1984, p. 79).

E acrescenta:

> Logo, para responsabilizá-lo pelos insucessos no exercício de seu mister que venha a causar aos seus clientes em conseqüência de sua atuação profissional, é necessário que resulte provado de modo concludente que o evento danoso se deu em razão de negligência, imprudência, imperícia ou erro grosseiro de sua parte (*op. cit.*, f. 361).

É que, como se sabe, tratando-se de responsabilidade médica, torna-se relevante observar que o objeto do contrato é a prestação de cuidados conscienciosos, atentos e, salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com as aquisições da ciência. Dessa forma, o que se impõe é que o médico atue com zelo, cuidado e atenta vigilância na prestação seus serviços profissionais.

Depreende-se dos autos que a apelada foi inicialmente examinada por médico de sua confiança, Dr. Luís Augusto Rodrigues, que diagnosticou o seu problema de "dispnéia suspirosa", de fundo emocional, e determinou a realização de exames complementares para detectar outras disfunções eventuais. Referido profissional constatou, através da realização de um exame denominado "Ecodopplercardiografia", ser a requerente portadora de uma disfunção cardíaca conhecida como *ostium secundum*, encaminhando a paciente para a realização de cirurgia (f. 66).

Dessa forma, portando os exames até então realizados, a requerente procurou o profissional médico requerido, ora segundo apelante, quando foi clinicamente examinada, confirmando a indicação anterior, e submetida à cirurgia, realizada em 25.04.2000, pelo requerido e sua equipe, no nosocômio réu.

Alega a autora que, após a realização da intervenção cirúrgica, constatou-se a desnecessidade do procedimento, sendo que foi exposta a grave risco de vida, sem que o profissional médico requerido tenha analisado corretamente o seu caso, tendo, inclusive, agravamento de seu estado clínico.

Foi realizada perícia médica oficial, cujo laudo se encontra às f. 146/177, onde o il. *expert* constatou que "Não houve seqüela em relação ao ato cirúrgico realizado" (quesito 14, de f. 151), mas entendeu que era necessária, para o seguro diagnóstico da doença da autora, a realização de outros exames antes de submeter a paciente à cirurgia, com indicação para "cateterismo cardíaco" (quesito 04, de f. 150).

Afirmou o il. perito oficial do juízo, ainda, que:

> a cirurgia realizada constou da abertura e fechamento dos átrios, sem a constatação do diagnóstico pré-operatório, segundo relatório médico do cirurgião, valorizado por refletir a verdade dos fatos,

concluindo que:

> o ato operatório refletiu em imprudência ao expor a periciada a um risco cirúrgico de elevada complexidade, sem a devida confirmação diagnóstica por métodos propedêuticos seguros, especialmente o cateterismo cardíaco (conclusão de f. 152).

A despeito da conclusão externada pelo il. perito oficial, entende-se que o laudo técnico deve ser avaliado em cotejo com as demais provas produzidas nos

autos, pelo que se chegou a um resultado diverso daquele apresentado pela r. sentença de primeiro grau, *data venia*.

Ocorre que, apesar de constar no exame realizado pela apelada a sua prejudicialidade técnica, em virtude da dispnéia sofrida pela paciente, as demais provas conduzem à conclusão de que a conduta do médico requerido foi condizente com a situação apresentada.

Na espécie, entende-se que a prova testemunhal produzida é de grande valia, mormente quando a própria testemunha da autora, seu médico de confiança, afirma que o resultado dos exames realizados era confiável e preciso, não sendo indicada à paciente, à época com apenas 18 (dezoito) anos de idade, a realização de cateterismo, esse sim um procedimento complexo e arriscado de diagnóstico (f. 204/205). Do mesmo modo se manifestaram os demais profissionais ouvidos pelo juízo (f. 240/241 e 242/243), no sentido de que a paciente levou exames já prontos, de procedência confiável, sendo desnecessária qualquer outra indicação que não a intervenção cirúrgica devidamente realizada. Apontaram também a contra-indicação do cateterismo sugerido pelo il. perito oficial, ante a tenra idade da paciente, de acordo com a literatura médica de f. 245/260.

Há que se ressaltar que os profissionais ouvidos como testemunhas, bem como o médico requerido, são especialistas na área cardiológica, sendo que o mesmo não ocorre com o il. *expert* nomeado pelo juízo, nada obstante o seu alto e indiscutível nível técnico.

Como se não bastasse, os profissionais que realizaram a intervenção cirúrgica informaram que, apesar de não ter sido confirmado o diagnóstico pré-operatório de *ostium secundum*, no momento da cirurgia constatou-se um outro problema cardíaco na requerente, denominado "Forame Oval Patente", devidamente corrigido, que poderia levar a paciente, em um futuro próximo, a sofrer trombose ou embolia.

Finalmente, para fechar o relato dos acontecimentos narrados, observa-se que a requerente não sofreu qualquer seqüela da cirurgia realizada, conclusão unânime, constatada inclusive pelo il. perito oficial, sendo que o agravamento do estado clínico narrado pela autora se refere à sua dispnéia, havendo melhora considerável após tratamento psiquiátrico.

Destaca-se que não há que se falar em culpa presumida. E, no caso em tela, imputá-la aos apelantes é presumir que os problemas apresentados pela autora foram causados pela intervenção cirúrgica, quando se sabe que podem ter causa diversa, emocional.

Nesse sentido, os escólios jurisprudenciais:

> Responsabilidade civil. Indenização. Erro médico. Ação de indenização proposta contra médico e hospital onde o autor foi atendido, visando indenização pela perda de visão em um dos olhos, atribuindo ao primeiro imperícia profissional. Utilização de adesivo doméstico. Prova pericial, corroborada por declaração de professor de oftalmologia, dando conta de que tal tipo de produto é utilizado em oftalmologia. Ausência de prova de nexo causal. Ação improcedente. Apelação improvida, restando prejudicado o agravo retido (Apelação Cível nº 55.547-4 - Guarulhos - 10ª Câmara de Direito Privado do TJSP, Rel. Des. Marcondes Machado, j. em 11.08.98).

> Indenização. Erro médico. Conjunto probatório que não corrobora a imputada responsabilidade do hospital pelo evento lesivo, que carece de nexo causal, indispensável para se reconhecer a obrigação de indenizar. Ação improcedente. Sentença mantida. Recurso não provido (Apelação Cível nº 77.388-4, Garça, 6ª Câmara de Direito Privado do TJSP, Rel. Des. Mohamed Amaro, j. em 27.05.99).

Portanto, no caso dos autos, entende-se que o ônus probatório não foi desempenhado pela autora, não resultando prova da conduta culposa do profissional médico em optar pela realização da cirurgia, tampouco do nexo de causalidade entre o seu ato e as conseqüências à saúde da paciente.

A obrigação de reparar por erro médico exige a comprovação de que o profissional tenha agido com imperícia, negligência ou imprudência, além da demonstração do nexo de causalidade entre a conduta médica e as conseqüências lesivas à saúde do paciente, sem o que não se pode atribuir responsabilidade civil, devendo ser reformada a r. sentença de primeiro grau que condenou os requeridos ao pagamento de indenização por danos morais à autora.

Pelo exposto, nega-se provimento ao agravo retido nos autos, rejeita-se a preliminar de inépcia da petição inicial e dá-se provimento aos recursos, para reformar a r. sentença recorrida, julgando-se improcedentes os pedidos iniciais e condenando a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, ora arbitrados em R$800,00 (oitocentos reais) para cada um dos requeridos, suspensa a sua exigibilidade por litigar sob o pálio da justiça gratuita.

Custas recursais pela apelada, suspensa sua exigibilidade, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50.

DES. SALDANHA DA FONSECA - De acordo com o Relator.

DES. DOMINGOS COELHO - Na condição de Vogal, o bem-elaborado voto do ilustre Relator - a quem recomendo publicação e publicidade, tanto no Tribunal de Justiça, na Revista dos Tribunais como também na Escola Judicial Edésio Fernandes - examinou a prova pericial, bem como a prova testemunhal produzida por médico cardiologista, que confirmaram a recomendação de operação. Do exame que fiz, e em análise da prova e da recomendação do próprio médico da apelada, concluí, como também o fez o eminente Relator, pela inexistência de qualquer culpa do médico

do hospital ou não comprovado o erro, razão por que não deve ser mantida a decisão, *data venia*.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO, REJEITARAM A PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO A AMBAS AS APELAÇÕES.

...

## Sentença - Cumprimento - Apelação - Recebimento - Recurso - Extinção da execução - Art. 475-J do Código de Processo Civil - Intimação do devedor - Desnecessidade - Multa - Processo - Instrumento ético - Honorários de advogado - Cabimento - Princípio da causalidade - Voto vencido

Ementa: Cumprimento de sentença. Preliminarmente. Recebida a apelação. Recurso próprio. Decisão recorrida que importou na extinção da execução. Art. 475-J do CPC. Intimação do devedor. Desnecessidade. Multa. Processo. Instrumento ético. Honorários advocatícios. Cabimento. Princípio da causalidade.

- Preliminarmente, cabível o recurso de apelação contra a r. decisão *a qua*, pois esta importou na extinção da execução, tal como predica o § 3º do art. 475-M do CPC.

- As modificações do processo de execução, introduzidas pela Lei nº 11.232/2005, se coadunam com a garantia contida no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal (com a redação da Emenda 45/2004): "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

- Conforme a lição de Athos Gusmão Carneiro, "em lugar da longa *via crucis* do processo de execução instituído em 1973, com suas demoras, formalismos, meandros procedimentais e sucessivos percalços, poderemos já agora afirmar alvissareiros a simplificação do procedimento e dos meios executórios. O credor passou a dispor de instrumento legal adequado ao pronto recebimento do que lhe é devido, com a observância da promessa constitucional (art. 5º, LXXVIII) de 'razoável duração' do processo".

- A intimação da sentença que condena ao pagamento de quantia certa consuma-se mediante publicação, pelos meios ordinários, a fim de que tenha início o prazo recursal.

- Desnecessária a intimação pessoal do devedor. Transitada em julgado a sentença condenatória, não é necessário que a parte vencida, pessoalmente ou por seu advogado, seja intimada para cumpri-la. Cabe ao vencido cumprir espontaneamente a obrigação, em quinze dias, sob pena de ver sua dívida automaticamente acrescida de 10%.

- O devedor já sabe há muito tempo que está devendo ao exeqüente e continua a procrastinar o pagamento. Não é o processo apenas instrumento técnico, é instrumento sobretudo ético. É posto à disposição das partes para a eliminação de seus conflitos, a obtenção de resposta às suas pretensões, a pacificação geral na sociedade e a atuação do direito. Diante dessas suas finalidades, que lhe outorgaram uma profunda inserção sociopolítica, deve o processo se revestir de uma dignidade que corresponda a seus fins. O princípio da lealdade processual impõe esses deveres de moralidade e probidade a todos aqueles que participam do processo: partes, juízes, auxiliares da Justiça, advogados e membros do Ministério Público. O fato de se ter alterado a natureza da execução de sentença, que deixou de ser tratada como processo autônomo e passou a ser mera fase complementar do mesmo processo em que o provimento é assegurado, não trouxe nenhuma modificação no que tange aos honorários advocatícios.

- A interpretação literal do art. 20, § 4º, do CPC não deixa margem para dúvidas. Consoante expressa dicção do referido dispositivo legal, os honorários são devidos "nas execuções, embargadas ou não". Ademais, a verba honorária fixada na fase de cognição leva em consideração apenas o trabalho realizado pelo advogado até então. Também na fase de cumprimento de sentença, há de se considerar o próprio espírito condutor das alterações pretendidas com a Lei nº 11.232/05, em especial a multa de 10% prevista no art. 475-J do CPC. De nada adiantaria a criação de uma multa de 10% sobre o valor da condenação para o devedor que não cumpre voluntariamente a sentença se, de outro lado, fosse eliminada a fixação de verba honorária, arbitrada no percentual de 10% a 20%, também sobre o valor da condenação.

- Pelo princípio da causalidade, aquele que causa a instauração de um procedimento e/ou fase do processo, deve responder pelas despesas decorrentes.

- V.v.: - Em conformidade com a nova sistemática do procedimento executivo instaurado pela Lei nº 11.232/05, art. 475-J do CPC, não são cabíveis honorários advocatícios fixados na execução de sentença.

- O termo inicial para o pagamento da quantia certa fixada em 2º grau é o momento em que o processo retorna à

comarca ou ao juízo de origem, intimando-se as partes do acórdão a ser cumprido.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0317.02.001527-5/002 - Comarca de Itabira - Apelante: Adair Soares Sobrinho - Apelado: Losango Promoções e Vendas Ltda. - Relatora vencida: DES.ª HILDA TEIXEIRA DA COSTA. Relator para o acórdão: 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 DAR PROVIMENTO, VENCIDA A RELATORA.

Belo Horizonte, 25 de setembro de 2008. - *Hilda Teixeira da Costa* - Relatora vencida. *Rogério Medeiros* - Revisor e Relator para o acórdão.

## Notas taquigráficas

DES.ª HILDA TEIXEIRA DA COSTA - Trata-se de recurso de apelação, interposto por Adair Soares Sobrinho, contra a r. decisão de f. 194/195, prolatada no cumprimento da sentença da ação ordinária de indenização, ação esta movida pelo apelante contra Losango Promoções de Vendas Ltda., a qual ensejou a condenação desta última ao pagamento de danos morais, no valor de R$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais), acrescidos de correção monetária, honorários advocatícios, etc.

Em referida decisão apelada, a douta Julgadora monocrática houve por bem reconhecer o pagamento espontâneo pela requerida, ora apelada, não havendo que se falar em fixação de honorários advocatícios na fase de execução, tal como requerera o apelante em seu pedido de cumprimento de sentença (f. 181/182 e f. 189/190).

Também entendeu a MM. Juíza *a qua*, no mesmo *decisum*, ser incabível a multa de 10% (dez por cento), uma vez que o depósito do valor da condenação e da sucumbência, ora em fase de execução, ocorrera tempestivamente, pois o termo *a quo* do pagamento se dá quando os autos retornam à comarca de origem, no momento em que as partes são intimadas da chegada do processo ao juízo da causa.

Assim, indeferiu a douta Julgadora os pedidos de f. 192/193 do apelante, determinando a baixa do processo, em razão de já ter sido satisfeita a obrigação perseguida no cumprimento da sentença.

O apelante, em suas razões de recurso (f. 198/207), preliminarmente, aduz que a decisão recorrida tem natureza de sentença, cabível, pois, o presente apelo. Porém, na eventualidade de se entender cabível o agravo de instrumento, pugna pela adoção do princípio da fungibilidade recursal.

No mérito, alega o requerente apelante que o depósito do valor da condenação só fora feito 30 (trinta) dias após o trânsito em julgado do acórdão, portanto, intempestivamente, sendo esta a inteligência do art. 475-J do CPC, inclusive tendo sido a empresa apelada intimada do acórdão, não havendo que se falar, após o trânsito em julgado, em nova intimação para pagamento, de forma que devida a multa de 10% (dez por cento).

Quanto aos honorários relativos à execução, argumenta que, para a instauração da fase de cumprimento da sentença, faz-se necessário que haja um requerimento da parte vencedora no processo de conhecimento, instruindo seu pedido com memória discriminada e atualizada do cálculo, o que exige conhecimento e preparação adequada.

Pugna, portanto, pela reforma da decisão e, caso este Tribunal entenda que não se completou a relação processual, que voltem os autos à instância inferior para o prosseguimento do cumprimento da sentença, possibilitando ao executado a oportunidade para apresentar impugnação.

A apelada apresentou contra-razões às f. 209/213, pedindo a manutenção da r. decisão *a qua*.

Preliminarmente, verifico que cabível o recurso de apelação contra a r. decisão *a qua*, pois esta importou na extinção da execução, tal como predica o § 3º do art. 475-M do CPC, *in verbis*:

> Art. 475-M. [...]
> § 3º. A decisão que resolver a impugnação é recorrível mediante agravo de instrumento, salvo quando importar extinção da execução, caso em que caberá apelação.

Assim, mesmo não tendo havido impugnação no caso em tela, a r. decisão proferida pela douta Juíza primeva deu por extinta a obrigação perseguida pelo cumpri-mento de sentença.

O recurso é, pois, próprio, tempestivo, regularmente processado, estando sem preparo, pois o apelante encontra-se sob o pálio da justiça gratuita (f. 13).

No mérito, sem razão o requerente apelante quando exige a fixação de honorários na fase de cumprimento da sentença.

Ora, após o advento da Lei nº 11.232/05, a questão em torno da fixação de honorários, anteriormente patente no sentido de que eram devidos em se tratando de execução de sentença, sofreu interferências. Basicamente, a controvérsia gira em torno de se saber se no cumprimento de sentença do art. 475-J do CPC é possível ou não o acréscimo de honorários advocatícios.

Assim prevê o novel art. 475-J do Código de Processo Civil e seu § 1º:

> Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no

> prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.
> § 1º Do auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze dias.

Conforme se depreende do supracitado dispositivo, não há mais que se falar em citação do devedor "para, no prazo de 24 horas pagar ou nomear bens a penhora". A nova sistemática, trazida pela Lei 11.232/05, cria um dever processual para o devedor dar cumprimento voluntário a sua obrigação no prazo de quinze dias, de tal modo que, em não ocorrendo o pagamento nesse lapso temporal, há a incidência de multa de 10%, automaticamente, pelo simples decurso do prazo. Em ato contínuo, a requerimento do credor, será expedido mandado de penhora e avaliação, dispensando-se, assim, a *actio iudicati*.

Trata-se, assim, não mais de um processo autônomo de execução, como antes previsto, mas de mera fase executiva. Por essa razão, torna-se inviável a exigibilidade de pagamento de honorários advocatícios pelo devedor.

Nesse sentido, é a lição do professor Humberto Theodoro Júnior:

> Dir-se-á que os honorários continuam a incidir sobre o cumprimento da sentença relativa às obrigações por quantia certa, porque o art. 475-I determina que dito cumprimento deverá ser realizado sob a forma de execução, e o § 4º do art. 20 prevê honorários nas 'execuções, embargadas ou não', os quais 'serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz'. O dispositivo em questão tem inegável incidência sobre a execução de títulos extrajudiciais, não só porque há expressa previsão de que o pagamento perseguido nessa modalidade executiva deve compreender, segundo se prevê nos arts. 659 e 710, o principal, juros, custas e honorários advocatícios. No sistema, porém, do título judicial, o cumprimento (execução) da condenação não mais se faz por ação, mas por simples incidente no próprio processo em que a sentença foi prolatada (*As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006).

Nesse diapasão, colacionamos a jurisprudência deste Tribunal sobre o tema:

> Sendo a ação de execução de título judicial continuidade do processo de conhecimento, incabível a fixação de honorários advocatícios no caso de a mesma não ser impugnada, ante a nova sistemática do processo de execução instaurado pela Lei 11.232/05 (Agravo de Instrumento nº 1.0024.06. 146118-2/001, Rel. Domingos Coelho, 12ª Câmara Cível, j. em 18.10.2006).

Nesse contexto, por ser o cumprimento de sentença atualmente uma continuidade do processo de conhecimento, entendo ser incabível, *in casu*, a fixação da verba honorária.

Quanto à multa fixada para o caso de não-pagamento, tenho que acertado o posicionamento da douta Julgadora *a qua*, uma vez que o termo inicial para o pagamento é o momento em que o processo retorna à comarca ou ao juízo de origem, intimando-se as partes da sentença ou acórdão a ser cumprido.

Não há que se falar, como quer o apelante, que o termo inicial para contagem do prazo para pagamento de quantia certa é o trânsito em julgado da sentença ou do acórdão. Ora, no momento do trânsito em julgado, não há intimação das partes, havendo somente uma certidão de trânsito em julgado, que é seguida da remessa dos autos à comarca ou ao juízo de origem. E é exatamente no momento em que o processo chega ao juízo originário que as partes tomam ciência do trânsito em julgado, tal como se pode verificar nos presentes autos às f. 180 e 180-v. (intimação f. 180-v.).

Assim, correta a contagem da MM. Julgadora primeva, pois a publicação do retorno dos autos se deu no dia 06.10.2006 (f. 180-v.), e, em se tratando de comarca do interior, considera-se efetivada a intimação dois dias úteis após a publicação, qual seja dia 10.10. 2006, começando a fluir o prazo de 15 (quinze) dias no dia 11.10.2006, findando apenas no dia 25.10.2006.

Tendo o pagamento se dado no dia 19.10.2006, ele é tempestivo, como bem entendera a nobre Juíza de 1º grau, não havendo que se falar em aplicação de multa de 10% (dez por cento).

É esse o posicionamento que a doutrina e a jurisprudência vêm adotando. Confira-se julgado recente deste egrégio Tribunal, nos seguintes termos:

> Processo civil - Apelação - Agravo retido - Unicidade recursal - Execução de título judicial - Alterações da Lei nº 11. 232/2005 - Ausência de cumprimento espontâneo - Multa - Inteligência do art. 475-J - Honorários advocatícios - Impossibilidade de fixação - Voto vencido. - Não há violação da regra da unicidade recursal quando o agravo retido impugna provimento interlocutório anterior à sentença que extinguiu o processo em face do pagamento da obrigação. O termo inicial do prazo de 15 dias previsto no art. 475-J, CPC, ocorre com a publicação do despacho judicial que comunicou às partes o retorno dos autos à comarca de origem, incidindo a multa quando o devedor não realiza o pagamento espontaneamente. A reforma implementada pela Lei nº 11.232/2005 eliminou parcialmente a autonomia do processo de execução de sentença judicial, razão pela qual não incidem novos honorários advocatícios quando o devedor não cumpre voluntariamente a obrigação. Preliminar rejeitada, agravo retido provido e apelo parcialmente provido. - V.v.: - São devidos os honorários advocatícios, independentemente de ausência ou não de defesa do executado, pelo simples fato de haver execução de sentença, ou seja, por não haver o cumprimento espontâneo e imediato da sentença transitada em julgado. (Des. Alberto Aluízio Pacheco de Andrade) (TJMG, AC 1.0672.02.085195-8, Des. Rel. Alberto Vilas Boas, j. em 7.5.2007, *DJ* de 25.5.07).

Sobre o tema, afirma Humberto Teodoro Júnior, *in verbis*:

> É do trânsito em julgado que se conta dito prazo, pois é daí que a sentença se torna exeqüível. Se, porém, o recurso pendente não tiver efeito suspensivo, e, por isso, for cabível a execução provisória, o credor poderá requerê-la com as cautelas respectivas, sem, entretanto, exigir a multa. Se o trânsito em julgado ocorre em instância superior (em grau de recurso), enquanto os autos não baixarem à instância de origem, o prazo de 15 dias não correrá, por embaraço judicial. Será contado a partir da intimação às partes, da chegada do processo ao juízo da causa. (*As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 143).

Assim, acertada a r. sentença *a qua*, não merecendo qualquer reforma.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pelo apelante, suspenso o pagamento das mesmas por força do art. 12 da Lei 1.060/50.

DES. ROGÉRIO MEDEIROS - Ouso divergir da culta Relatora, no referente à necessidade de intimação do devedor na nova sistemática do processo de execução.

Com efeito, as modificações do processo de execução, introduzidas pela Lei nº 11.232/2005, se coadunam com a garantia contida no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal (com a redação da Emenda 45/2004):

"A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

Luiz Guilherme Marinoni destaca ser a morosidade dos processos o principal problema da Justiça Civil em nosso País. O procedimento ordinário é injusto às partes mais pobres, que não podem esperar, sem dano grave, a realização dos seus direitos. Todos sabem que os mais fracos ou pobres aceitam transacionar sobre seus direitos, em virtude da lentidão da Justiça, abrindo mão de parcela do direito que provavelmente seria realizado, mas depois de muito tempo. A demora no processo, na verdade, sempre lesou o princípio da igualdade. Conclui o processualista paranaense (in *A antecipação da tutela*. 4. ed., Malheiros Editores, 1998, p. 20-21).

Sobre a nova execução, discorreu com a costumeira maestria Athos Gusmão Carneiro (in A nova execução dos títulos extrajudiciais. Mudou muito? *Revista Forense,* Rio de Janeiro, v. 391, maio-junho de 2007, p. 13-24):

> Em lugar da longa *via crucis* do processo de execução instituído em 1973, com suas demoras, formalismos, meandros procedimentais e sucessivos percalços, poderemos já agora afirmar alvissareiros a simplificação do procedimento e dos meios executórios. O credor passou a dispor de instrumento legal adequado ao pronto recebimento do que lhe é devido, com a observância da promessa constitucional (art. 5º, LXXVIII) de 'razoável duração' do processo.
>
> Diga-se, de início, que no alusivo ao 'cumprimento da sentença' já se encontra em vigor, desde 24 de junho de 2006, a Lei nº 11.232 (de 22.12.2005), a qual reinstituiu o medieval e saudável princípio *sententia habet paratam executionem*; desapareceu de nosso sistema processual, destarte, a desnecessária dicotomia processo de conhecimento/processo de execução [...].
>
> Publicada (tornada processualmente pública) a sentença (ou o acórdão), consideram-se as partes intimadas da 'ordem' judicial, dela cientes; assim, tudo se segue sem precisão de novas intimações, excetuadas aquelas expressamente previstas na lei processual. Alegam alguns a quebra, neste passo, do princípio do contraditório, preconizando a intimação do devedor (quer na pessoa do seu advogado, quer pessoalmente) para que comece a correr o prazo para o pagamento; todavia, cremos que não lhes assiste razão, pois o contraditório já se exerceu, em cognição plena, quando do anterior juízo de conhecimento, e defesas eventuais posteriores devem ser opostas na fase de 'impugnação'. A tônica do processo de execução é a sujeição do condenado à execução 'forçada'.

Em outras palavras, o devedor já sabe há muito tempo que está devendo ao exeqüente e continua a procrastinar o pagamento...

Assim dispõe o art. 475-J do Código de Processo Civil:

> Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.

Coligi jurisprudência:

> Lei 11.232/2005. Art. 475-J, CPC. Cumprimento da sentença. Multa. Termo inicial. Intimação da parte vencida. Desnecessidade. - 1. A intimação da sentença que condena ao pagamento de quantia certa consuma-se mediante publicação, pelos meios ordinários, a fim de que tenha início o prazo recursal. Desnecessária a intimação pessoal do devedor. - 2. Transitada em julgado a sentença condenatória, não é necessário que a parte vencida, pessoalmente ou por seu advogado, seja intimada para cumpri-la. - 3. Cabe ao vencido cumprir espontaneamente a obrigação, em quinze dias, sob pena de ver sua dívida automaticamente acrescida de 10% (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 954. 859-RS, Min. Humberto Gomes de Barros, *DJU de* 27.08. 2007).

> Agravo de instrumento. Cumprimento de sentença. Prazo para o cumprimento voluntário. Multa do art. 475-J do CPC. Termo inicial. Intimação. Desnecessidade. Recurso provido. - No que concerne à incidência da multa prevista no art. 475-J do CPC, insta consignar que o referido dispositivo legal não faz qualquer menção à necessidade de prévia intimação do devedor, para o início do prazo de cumprimento voluntário da sentença condenatória. Tendo em vista as finalidades das reformas introduzidas no Diploma Processual Civil, em especial nos procedimentos executórios, buscando garantir maior celeridade e eficácia à satisfação dos direitos das partes, o prazo para o cumprimento voluntário da sentença condenatória começa a fluir a partir do trânsito em julgado da decisão, independentemente da intimação do devedor ou dos seus procuradores. Recurso provido (Tribunal de Justiça

de Minas Gerais, Agravo nº 1.0525.06.095265-8/003, Des.ª Márcia De Paoli Balbino, j. em 13.06.2008).

> Agravo de instrumento. Cumprimento de sentença. Multa. Pagamento parcial. - Segundo a lei processual civil, notadamente do art. 475-J, quando o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetuar no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação. Desnecessária a intimação pessoal da parte para o cumprimento da sentença. Havendo pagamento parcial do débito, a multa de 10% do art. 475-J do CPC incidirá sobre o saldo, e não sobre o total devido, nos termos do § 3º do mesmo artigo. Agravo provido em parte. Decisão monocrática (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento nº 70024798209, Des.ª Walda Maria Melo Pierro, j. em 25.06.2008).

De resto, o processo civil deve ser elaborado e aplicado sob a perspectiva dos direitos fundamentais, encarece C. A. Álvaro de Oliveira (in O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais, *Revista de direito processual civil*, nº 26, out.-dez./2002, p. 653-664):

> Se o processo, na sua condição de autêntica ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, não pode ser compreendido como mera técnica, mas como instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais, impõe-se considerá-lo como direito constitucional aplicado. [...] Não se trata mais, bem entendido, de apenas conformar o processo às normas constitucionais, mas também de empregá-las no próprio exercício da função jurisdicional, com reflexo direto no seu conteúdo, naquilo que é decidido pelo órgão judicial e na maneira como o processo é por ele conduzido. Esse último aspecto, ressalte-se, de modo geral, é descurado pela doutrina. Tudo isso é potencializado por dois fenômenos fundamentais de nossa época: o afastamento do modelo lógico próprio do positivismo jurídico, com adoção de lógicas mais aderentes à realidade jurídica, como a tópica-retórica, e a conseqüente intensificação dos princípios, sejam eles decorrentes de texto legal ou constitucional, ou não.
>
> No contexto antes delineado ressalta a importância dos direitos fundamentais, visto que criam os pressupostos básicos para uma vida na liberdade e na dignidade humana. [...]
>
> É claro que não basta apenas abrir a porta de entrada do Poder Judiciário, mas também prestar jurisdição tanto quanto possível eficiente, efetiva e justa, mediante um processo sem dilações ou formalismos excessivos.
>
> Exatamente a perspectiva constitucional do processo veio a contribuir para afastar o processo do plano das construções conceituais e meramente técnicas e inseri-lo na realidade política e social.

Não é o processo apenas instrumento técnico, é instrumento sobretudo ético. É posto à disposição das partes para a eliminação de seus conflitos, a obtenção de resposta às suas pretensões, a pacificação geral na sociedade e a atuação do direito. Diante dessas suas finalidades, que lhe outorgaram uma profunda inserção sociopolítica, deve o processo se revestir de uma dignidade que corresponda a seus fins. O princípio da lealdade processual impõe esses deveres de moralidade e probidade a todos aqueles que participam do processo: partes, juízes, auxiliares da Justiça, advogados e membros do Ministério Público (Araújo Cintra, Ada P. Grinover e Cândido R. Dinamarco, in *Teoria geral do processo*. 7. ed. São Paulo: Editora RT, 1990, p. 69 e 75).

O inesquecível José Frederico Marques também discorria (in *Manual de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1976, v. 1, p. 377):

> As partes não podem pedir de má-fé a tutela jurisdicional, e tampouco atuar com arbítrio e sem ética no curso do procedimento.
>
> A intervenção estatal, através da jurisdição, não deve estar sujeita a atos abusivos do litigante, nem admite a ordem jurídica que as partes procurem intencionalmente adulterar os fatos, ou desviar o processo de seus legítimos fins, para transformá-lo em instrumento de alicantinas ou objetos ilícitos.
>
> Quem se comportar como *improbus litigator*, usando de má-fé ou práticas antijurídicas, responderá por perdas e danos e a outras sanções específicas (arts.16 a 18), uma vez que compete às partes e aos seus procuradores 'proceder com lealdade e boa-fé' (art.14, II).

No concernente aos honorários advocatícios, também colacionei jurisprudência:

> Processo civil. Cumprimento de sentença. Nova sistemática imposta pela Lei nº 11.232/05. Condenação em honorários. Possibilidade.
>
> O fato de se ter alterado a natureza da execução de sentença, que deixou de ser tratada como processo autônomo e passou a ser mera fase complementar do mesmo processo em que o provimento é assegurado, não traz nenhuma modificação no que tange aos honorários advocatícios.
>
> A própria interpretação literal do art. 20, § 4º, do CPC não deixa margem para dúvidas. Consoante expressa dicção do referido dispositivo legal, os honorários são devidos 'nas execuções, embargadas ou não'.
>
> O art. 475-I do CPC é expresso em afirmar que o cumprimento da sentença, nos casos de obrigação pecuniária, se faz por execução. Ora, se haverá arbitramento de honorários na execução (art. 20, § 4º, do CPC) e se o cumprimento da sentença se faz por execução (art. 475-I do CPC), outra conclusão não é possível, senão a de que haverá a fixação de verba honorária na fase de cumprimento da sentença.
>
> Ademais, a verba honorária fixada na fase de cognição leva em consideração apenas o trabalho realizado pelo advogado até então.
>
> Por derradeiro, também na fase de cumprimento de sentença, há de se considerar o próprio espírito condutor das alterações pretendidas com a Lei nº 11.232/05, em especial a multa de 10% prevista no art. 475-J do CPC. De nada adiantaria a criação de uma multa de 10% sobre o valor da condenação para o devedor que não cumpre voluntariamente a sentença se, de outro lado, fosse eliminada a fixação de verba honorária, arbitrada no percentual de 10% a 20%, também sobre o valor da condenação

(Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n° 978.545-MG, Min.ª Nancy Andrighi, *DJU* de 1°.04.2008).

Impugnação ao cumprimento da sentença. Brasil Telecom. Valor patrimonial a ser considerado das ações. Incidência da multa do art. 475-J do CPC. Verba honorária devida. Princípio da causalidade. Legitimidade para buscar execução de honorários. - A legitimidade para buscar o crédito decorrente de honorários fixados em sentença transitada em julgado é dos advogados, concorrentes ao da parte, por se tratar de direito autônomo, a teor do que dispõe o art. 23 da Lei 8.906/94. O art. 475-J do CPC determina que o prazo para pagamento do débito será de 15 dias, a contar da intimação do devedor, ou de seu procurador, caso constituído. Em não sendo realizado o pagamento nesse prazo, será acrescido ao valor do débito o percentual de 10%, a título de multa. Multa incidente na espécie, pois houve intimação do procurador do agravante. Não há falar em excesso de execução quando a decisão exeqüenda determina, expressamente, os critérios para conversão das ações em valores, considerando a data de aporte do capital. Inviável alterar o comando sentencial que embasa a execução para considerar outra forma de correção do valor. Mesmo não se tratando de um novo processo, como era na antiga sistemática processual, o advogado continua atuando, devendo ser remunerado pelo seu trabalho. Pelo princípio da causalidade, aquele que causa a instauração de um procedimento e/ou fase do processo, deve responder pelas despesas decorrentes. Negaram provimento (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento n° 70024773137, Des. Marco Aurélio dos Santos Caminha, j. em 19.06.2008).

Agravo de instrumento. Cumprimento de sentença. Honorários advocatícios. Cabimento. Adoção do princípio da causalidade. Inadimplência do executado. Necessidade do advogado. Execução de títulos extrajudiciais. Previsão expressa de imposição da verba honorária. Semelhança com a sistemática anterior. - Se o devedor não satisfaz a obrigação líquida e certa, consubstanciada em um título judicial, é óbvio que o requerimento do exeqüente será necessário, já que a fase executiva não é ato de ofício do magistrado e assim exige o artigo 475-J do Estatuto Processual. Logo, a inadimplência do executado rende ensejo à atuação do credor, por intermédio de seu advogado, que, mesmo com as diversas reformas implantadas, não foi dispensado de postular em juízo. A Lei 11.382/06, ao inserir o artigo 652-A, reformulando a execução de títulos extrajudiciais, determinou expressamente a estipulação de honorários quando do despacho da petição inicial. Por uma questão analógica, perfeitamente aplicável à espécie o regramento ali previsto, notadamente porque o art. 20, § 4°, Código de Processo Civil, não sofreu qualquer modificação, utilizando a expressão execução, e não processo de execução. A bem da verdade, não houve modificação estrutural do instituto da execução. Foram, sim, feitas algumas modificações, com a dispensa de um processo autônomo, exigindo-se, tão-somente, a instauração de uma fase executiva. Contudo, o arcabouço permanece inalterado, salvo alterações pontuais, tanto que se possibilita, ainda, o oferecimento da impugnação de sentença, que guarda fortes semelhanças com os embargos à execução. Ademais, se o legislador previu a multa de 10%, como mecanismo de intimidação do devedor, parece contraditório excluir a verba honorária, sob pena de retirar a efetividade do instituto. Na sistemática anterior, a jurisprudência já havia pacificado o cabimento da condenação honorária nas execuções judiciais, com muito razão deve ser aplicada no novo regramento, cuja principal finalidade é forçar o cumprimento da obrigação, em razão da necessidade de efetividade do provimento jurisdicional. -V.v.: - Por não se tratar de processo de execução propriamente dito, é descabida a fixação de honorários advocatícios pela instauração da fase de cumprimento de sentença condenatória (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Agravo n° 1.0596.02.003278-2/002, Des. Renato Martins Jacob, j. em 06.09.2007).

Pelo exposto, dou provimento ao recurso, para impor à apelada, na fase de cumprimento da sentença, a condenação ao pagamento de multa e honorários advocatícios, correspondentes, respectivamente, a 10% (dez por cento) e 20% (vinte por cento) sobre o valor do débito executado.

Custas recursais, pela apelada.

DES. VALDEZ LEITE MACHADO - Pedindo vênia à ilustre Desembargadora Relatora, ouso divergir do entendimento por ela exposto, pois entendo que é cabível a fixação de honorários advocatícios na fase de cumprimento da sentença.

A nova sistemática processual introduzida pela Lei n° 11.232/05 passou a considerar a execução como um procedimento incidental, e não como ação própria. Na esteira dessa mudança, alguns passaram a entender que é descabido o arbitramento de honorários advocatícios para a fase de cumprimento de sentença.

Contudo, em que pese o fato de a matéria ora em análise ser objeto de divergências doutrinárias e jurisprudenciais, por decorrer de disposições legais ainda recentes no sistema processual pátrio, tenho como cabível e necessária a fixação de honorários ao profissional que promove o cumprimento da sentença. Ora, o fato de o advogado da parte que obteve êxito processual ter de peticionar novamente a fim de assegurar o cumprimento da obrigação, diante da inércia da parte sucumbente, enseja a fixação de honorários em seu favor.

Nessa linha, imperativo destacar que, ao analisar o cabimento dos honorários advocatícios diante das alterações introduzidas pela Lei 11.232/05, Athos Gusmão Carneiro menciona que o dever de fixação dos honorários permanece

> [...] mesmo sob a nova sistemática de cumprimento de sentença, porquanto irrelevante, sob este aspecto, que a execução passe a ser realizada em fase do mesmo processo, e não de processo autônomo.

Ainda segundo o Ministro:

> Assim, ao receber o requerimento do credor (art. 475-J, *caput*), acompanhado da planilha de cálculo, cumpre ao magistrado fixar, a título provisório, os honorários a serem pagos pelo devedor, correspondentes a esta fase do processo (que pode,em certos casos, revelar-se muito trabalhosa para o procurador judicial) (in *Cumprimento da sentença civil*. Ed. Forense, p. 108).

No mesmo sentido, colaciono os seguintes julgados que também reconhecem a pertinência da fixação de honorários advocatícios na fase de cumprimento da sentença:

> Agravo de instrumento. Cumprimento e liquidação de sentença. Nova fixação de honorários advocatícios. Possibilidade. Regra geral do art. 20, § 4º, do CPC. Observância do espírito da lei 11.232/2005, de evitar a execução, tornando mais onerosa a procrastinação do pagamento pelo devedor. Recurso provido. Unânime. (TJRS, AI nº 70019454875, 2ª Câmara Especial Cível, Rel. Des. Sergio Luiz Grassi Beck, j. em 19.06.2007.)

> Execução de sentença. Honorários provisórios para a hipótese de pronto-pagamento. - Não obstante se trate de execução de título judicial (cumprimento de sentença), há que se fixar honorários provisórios para a hipótese de pagamento posterior ao requerimento do credor e ao mandado de penhora e avaliação. Não se pode deixar de remunerar o trabalho do advogado da parte que tem como única opção para haver seu crédito a execução, se vendo obrigado a movimentar a máquina judicial, peticionar e a cuidar prazos, independente de serem ou não opostos os embargos. Inteligência do art. 20, § 4º, do CPC. Agravo de instrumento provido de plano (TJRS, AI nº 70019950799, 9ª Câmara Cível, Rel.ª Des.ª Marilene Bonzanini Bernardi, j. em 06.06.2007).

> Agravo em agravo de instrumento. Impugnação ao cumprimento da sentença. Honorários advocatícios. Pretensão dos agravantes à fixação de honorários advocatícios face à instauração da fase de cumprimento da sentença, bem como da impugnação. Decisão que entendeu pelo não cabimento dos honorários advocatícios na impugnação ao cumprimento da sentença. Irrelevante fato da nova sistemática de cumprimento da sentença passe a ser realizada no mesmo processo, e não mais em processo autônomo, visto que não se pode deixar de remunerar o trabalho do advogado nessa fase do processo, que continuará movimentando a máquina judiciária, independente de ser ou não oferecida a impugnação, a fim de haver o crédito do seu constituinte na execução. Assim também, poder-se-ia preferir e arbitrar, na impugnação ao cumprimento da sentença, os honorários advocatícios individualmente, sem prejuízo dos honorários advocatícios a serem arbitrados no cumprimento da sentença em si (TJRS, AI nº 70019074509, 20ª Câmara Cível, Rel. Des. Carlos Cini Marchionatti, j. em 11.04.2007).

Assim, entendo devida a fixação de honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença, diante da regra geral contida no § 4º do art. 20 do CPC.

Em relação à multa de 10% sobre o valor do débito, nesse ponto também assiste razão ao apelante, pois a contagem do prazo para o cumprimento da obrigação começa a fluir a partir do trânsito em julgado da decisão que a instituiu. Assim, como o trânsito em julgado da decisão se deu em 22.09.2006 e o pagamento foi efetuado apenas em 19.10.2006, depois de decorridos os 15 dias previstos no art. 475-J do CPC, a aplicação da multa é medida que se impõe.

A esse respeito, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in *Código de Processo Civil comentado e legislação extragavante*, 10. ed., Ed. RT, p. 735, colacionam decisão proferida pelo colendo Superior Tribunal de Justiça:

> Multa. Termo inicial. Desnecessidade de intimação. - Independe de intimação pessoal a contagem do prazo de 15 (quinze) dias para pagamento de condenação de quantia certa, após o que será acrescida a multa de 10 % prevista no CPC 475-J. O termo inicial do prazo de 15 (quinze) dias deve ser o trânsito em julgado da sentença. Passado o prazo, independentemente de nova intimação do advogado ou do devedor para cumprir a obrigação, incide a multa de 10% sobre o valor da condenação. [...] (STJ, 3ª T., REsp 958459-RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 16.8.2007, v.u., *DJU* de 27.08.2007, p. 252).

Diante do exposto, mais uma vez peço vênia à il. Desembargadora Relatora para dela divergir, dando provimento ao recurso, para fixar honorários advocatícios em 10% do valor do débito, acrescentando-se também ao valor do débito a multa prevista no art. 475-J do CPC.

Custas recursais, pela apelada.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO, VENCIDA A RELATORA.

...

## ISS - Lista de serviço - Taxação - Interpretação extensiva - Possibilidade - Serviços correlatos - Ônus da prova

Ementa: ISSQN. Lista de serviços. Taxatividade. Interpretação extensiva. Possibilidade. Serviços correlatos aos expressamente previstos. Ônus da prova.

- À incidência do ISSQN, exige-se que os serviços estejam relacionados na lista anexa ao Decreto-lei nº 406/68; todavia, embora taxativa, a "lista" admite interpretação extensiva, no intuito de impedir que a instituição financeira, alterando nomenclatura de atividades, frustre a tributação, mormente em dias como os atuais, em que a automação dos serviços bancários alterou qualificação e tipologia dos mesmos, a exigir do intérprete da norma tributária integração interpretativo-analógica dos itens da "lista" que digam respeito a essa modalidade de serviços.

- Ante a inexistência de provas de que operações praticadas pela instituição financeira, enquadradas pela Municipalidade nos itens 95 e 96 da lista do referido decreto-lei, não são correlatas aos serviços ali previstos, subsiste o lançamento administrativo de ofício, com a conseqüência da incidência do ISSQN, em face da presunção de certeza e liquidez da dívida ativa.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0327.02.002625-5/001 - Comarca de Itambacuri - Apelante: Fazenda Pública do Município de Itambacuri - Apelado: Banco Itaú S.A. - Relator: DES. FERNANDO BOTELHO**

## 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, 24 de julho de 2008. - *Fernando Botelho* - Relator.

## Notas taquigráficas

DES. FERNANDO BOTELHO - Trata-se de apelação interposta em face da r. sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara Cível da Comarca de Itambacuri, que julgou procedentes os embargos à execução aviados pelo Banco Itaú S.A. contra o Município de Itambacuri, por entender que os serviços tributados não estão inseridos na lista anexa ao Decreto-lei 406/68, e, sendo esta taxativa, tornou insubsistente a constrição e extinguiu a execução fiscal.

Inconformado, o embargado interpôs recurso, alegando que a lista contida no mencionado decreto-lei há que ser interpretada de forma analógica, pois não deve ser negada a possibilidade da incidência do tributo sobre serviços da mesma natureza dos expressamente previstos, utilizados com nomenclatura diversa.

Aduz que o embargante não cuidou de provar o caráter acessório dos serviços objeto da tributação, tendo o Fisco analisado a própria natureza daquela atividade bancária.

Contra-razões, às f. 209/218, pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos de admissibilidade, dispensada a remessa necessária por força do art. 475, § 2º, do Código de Processo Civil.

Sem preliminares, passo à analise do mérito recursal.

O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) recebe balizas de definição e tipologia da Constituição da República de 1988, em seu art. 156, inciso III, e da lei complementar nela referida (LC 116/2003), dotados os Municípios da competência para sua instituição.

Devem os Municípios, ao editar suas leis ordinárias de instituição do tributo, respeitar limites genéricos cominados ao poder de tributar, delineados na própria Carta, e a especificidade tipológica do imposto, sacramentada, infraconstitucionalmente, na norma complementar, adstringindo-se o exercício da competência instituidora às atividades tratadas na LC 116/2003, sob pena de violação da legalidade (estrita) em matéria tributária.

Este, o princípio.

Atualmente, consoante o disposto nos arts. 1º e 7º da Lei Complementar 116/2003, o ISSQN tem, como fato gerador, a prestação, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, dos serviços elencados na lista que lhe é também anexa, e, como base de cálculo, o preço do serviço. As disposições, *in verbis*:

> Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.
> [...]
> Art. 7º A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

Jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça, amparada em precedentes do Supremo Tribunal Federal, sedimentou entendimento no sentido da taxatividade da Lista de Serviços anexa ao Decreto-lei 406/68, sucedido, na definição do imposto sobre serviços, pela LC 116/2003.

Admite-se, porém, interpretação extensiva dos serviços listados, com o objetivo de conferir mínima atualidade aplicativa à lei definidora do tributo - princípio da integração da norma ao fato, a que alude Michael Rosenfeld (*The constitutional subject*, ed. pela Harward Law School) - e para que se assegure compreensão da natureza da atividade exercida e da nomenclatura para ela adotada.

O contrário equivale a impedir que a norma, ao elencar atividades em dado momento de sua elaboração histórica, quando presente não mais que um instante da vida prestacional-empresarial do país, seja interpretada, na aplicação, com atualidade mínima, esta que os mais modernos princípios de hermenêutica jurídica hoje recomendam.

A investigação da *mens legis*, mesmo da *mens legislatoris*, em suporte da aplicação da norma, não pode mais, mesmo em matéria de legalidade estrita, como que grava, com profundidade, a análise da tipologia tributária, estancar-se na valoração convencional de dados puramente históricos do momento de elaboração da lei.

Se a gramaticalidade da estrutura normativa já não atende ao mínimo integracionista que se exige hoje para sua aplicação em cenários do direito positivo, que reclamam visões teleológicas de maior atualidade, a porem em destaque a destinação realística da aplicação, tem-se que ter em conta certos detalhes da modernidade. Eles não estão presentes, necessariamente, no ato editor da lei.

Setores e segmentos econômico-sociais que receberam contemporânea alteração estrutural, fruto de in-

terferências que radicalizaram mudanças em suas clássicas estruturas, como, por exemplo, o emprego da automação de serviços e atividades (da indústria e do sistema financeiro) não podem ser tratados, analisados, medidos, para ajuste de legalidade, sem realismo, sem atualidade interpretativa. O conhecimento de seus níveis atuais de implemento prático há de ser considerado.

Particularmente o setor de serviços financeiros, especificamente as atividades bancárias, brasileiras e mundiais, terminaram, há não muito tempo, seu mais profundo processo de reestruturação, e o fizeram via de densa e extensa automação.

O *e-banking*, o *Internet Banking*, o uso de conexões eletrônicas/Internet para consumo de serviços bancários, o SPB - Sistema de Pagamentos Brasileiro (denominação do Sistema Eletrônico de Liquidação financeira em tempo real, instituído pela Resolução 2.882, do Conselho Monetário Nacional, concedendo competência ao BACEN - Banco Central do Brasil para regulamentar, autorizar o funcionamento e supervisionar os sistemas de compensação e de liquidação - dados extraídos do site/Internet do Banco Central do Brasil - http://www.bcb.gov.br/?SPBLEG), que trouxe, com um dos seus mais significativos benefícios, o emprego, hoje generalizado, da TED -Transferência Eletrônica Disponível (uso de serviços bancários por meio eletrônico; emprego da Internet para transferências de valores financeiros em tempo real, pela via do *Internet Banking*, por telefone e mesmo por postos eletrônicos de auto-atendimento - ATM), simbolizam alguns dentre os mais significativos pontos da automação de serviços de que se tem notícia na história nacional, na medida em que permitiram que profundas atividades dos serviços bancários migrassem do meio físico-convencional-analógico (escrituração, pagamentos, transferências financeiras, investimentos, resgates, compra-e-venda de produtos bancários, colocação de títulos no "mercado de balcão", etc.) para a virtualização quase literal do meio eletrônico.

Postos físicos de atendimento bancário foram suprimidos, atendentes físico-presenciais foram substituídos, no país inteiro, por ATMs (postos eletrônicos de auto-atendimento); o "bancário" - o caricato-burocrata conhecido das décadas do século passado - foi maciçamente trocado por portentosos CPDs - Centros de Processamento de Dados, conexões *wide-band* (banda-larga) de sinais eletrônicos, equipamentos de interface computacional de última geração, que põem hoje o "cliente" frente a um banco totalmente novo, sob formato de "cyber-agência", desabitado por vezes e em algumas delas integralmente computadorizado, pronto para acesso-consumo por via digital, e contratação (24 horas) com uso de meros *smart-cards*, que passaram a identificar, esses, o ferramental da vigorante vinculação clientela-serviços.

O *e-banking* brasileiro cresceu, multiplicou seus serviços bancários eletrônicos, dinamizou a troca de riquezas na economia, posicionou o país, nos ranqueamentos internacionais, como das mais expressivas economias ancoradas, na atualidade, em atividades econômicas automatizadas (Brasil é campeão no acesso a *e-banking*, reportagem da *Info-on-line*, da Info-Exame, de 23.10.2001, noticiando o Brasil como o maior país em taxa de consumo de serviços bancários eletrônicos (49%), comparativamente com outros de grandes taxas de uso, como Estados Unidos (29%) e Japão (14%) - dados do site/Internet http://info.abril.com.br/aberto/infonews/102001/23102001-24.shl).

Esta realidade não pode ser posta à margem quando da análise de legalidade das atividades bancárias.

Ao contrário, ao intérprete da lei, mesmo o da lei tributária acerca de serviços bancários, é exigida, pela amplidão da nova realidade desses, visão atualizada, realística, que não mais considere, como expressão da predominância na atividade essencializadora da prestação, o papel, o clássico boleto, o histórico atendimento humano-físico presencial; a visão há de ser, agora, a do ATM, da conexão *on-line*, pela Internet, do emprego das contratações-padrão eletrônicas de serviços que se sofisticalizam, que ganham, como "nome" de batismo, nomenclaturas novas, sofisticadas, envoltas por embalagem aguda de *marketing* promocional.

Dentro desta realidade - que não pode ser apartada do espectro da lei tributária - deve ser então enfrentada a *quaestio iuris* da tipicidade das atividades bancárias, sempre, por óbvio, com base na higidez da "lista de serviços" (re)editada, há mais de cinco anos, pelo legislador complementar.

A medida possibilitará *deductio* de incidência do ISS sobre serviços efetivos e não puramente nominais, ainda que prestados eletronicamente; assim se fixará a correlação ou não desses à lista gramatical, evitando-se que graves efeitos tributários de atos materiais se percam por engano de cognição da forma ou do *nomen juris* que o contribuinte confira a seus negócios.

O contrário equivale a estabelecimento de *bill* de indenidade fiscal, ou canal livre à evasão fiscal, fora, completamente, da realidade estrutural-material (por isso, jurígena) dos serviços bancários.

Nesse sentido, moderna jurisprudência do eg. STJ:

> Processual civil. Tributário. Agravo regimental. Imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISS. Instituição financeira. Enquadramento de atividade na lista de serviços anexa ao Decreto-lei nº 406/68. Analogia. Impossibilidade. Interpretação extensiva. Possibilidade. Súmula 07 do STJ.
> 1. A lista de serviços anexa ao Decreto-lei nº 406/68, para fins de incidência do ISS sobre serviços bancários, é taxativa, admitindo-se, contudo, uma leitura extensiva de cada item, a fim de enquadrarem-se serviços idênticos aos expressamente

previstos. (Precedentes do STF: RE 361829/RJ, publicado no *DJ* de 24.02.2006; e RE 75952/SP, publicado no *DJ* de 02.10.1974. Precedentes do STJ: AgRg no Ag 770170/SC, publicado no *DJ* de 26.10.2006; AgRg no Ag 577068/GO, publicado no *DJ* de 28.08.2006; REsp 711758/GO, desta relatoria, Primeira Turma, publicado no *DJ* de 20.03.2006; REsp 611983/SC, publicado no *DJ* de 29.08.2005; e AgRg no Ag 639029/MG, publicado no *DJ* de 18.04.2005).
2. O Imposto sobre Serviços é regido pelo DL 406/68, possuindo, como fato gerador, a prestação de serviço constante na lista anexa ao referido diploma legal, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo [...] (AgRg no REsp 855323 / RJ - Min. Luiz Fux - 1ª Turma - pub. em 15.10.2007).

Tributário - ISS - Lista de serviços anexa do Decreto-lei 406/68 - Lista taxativa, mas que comporta interpretação ampla e analógica de cada item - Revolvimento do contexto fático-probatório (Súmula 7/STJ).
1. A jurisprudência sedimentada é no sentido de entender como taxativa a enumeração da lista de serviços que acompanha a LC 56/87.
2. Embora taxativa, admite a lista interpretação extensiva para abrigar serviços idênticos aos expressamente previstos, mas com diferente nomenclatura.
3. Análise das alegações da recorrente que esbarram no óbice da Súmula 7/STJ
4. Recurso especial não conhecido (REsp 775741/PA - Minª. Eliana Calmon - 2ª Turma - pub. em 02.10.2007).

Imperioso ressalvar, em profilática defesa do argumento, que interpretação analógica/extensiva, em matéria tributária, não se confunde com analogia integrativa de lei fiscal não explícita sobre tributo; esta constitui técnica de integração vedada pelo parágrafo primeiro do art. 108 do Código Tributário Nacional (Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada: § 1° O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei) para criação de tributos; aquela sintetiza não mais que o objetivo de "...desvendar o sentido e o alcance da norma, para então definir-lhe, com certeza, a extensão" (Ministro Castro Meira, REsp n° 586739/MG, pub. em 19/09/2005).

Para José de Oliveira Ascenção:

> A interpretação extensiva pressupõe que dada hipótese, não estando compreendida na letra da lei, o está todavia no seu espírito: há ainda regra, visto que o espírito é que é o decisivo. Quando há lacuna, porém, a hipótese não está compreendida nem na letra nem no espírito de nenhum dos preceitos vigentes (A integração das lacunas do sistema normativo, *Revista dos Tribunais*, v. 489, julho/1976, p. 12/3).

Ricardo Lobo Torres também pontua:

> [...] a grande diferença entre interpretação e integração, portanto, está em que, na primeira, o intérprete visa a estabelecer as premissas para o processo de aplicação através do recurso à argumentação retórica, aos dados históricos e às valorizações éticas e políticas, tudo dentro do sentido possível do texto; já na integração o aplicador se vale dos argumentos de ordem lógica, como a analogia e o argumento a contrário, operando fora da possibilidade expressiva do texto da norma (*Normas de interpretação e integração do direito tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 23).

Embora se fale, aqui, de modernidade, a lição não é nova. Clóvis Beviláqua, de sua consagrada cátedra, já o dizia:

> [...] as leis devem estabelecer as máximas gerais, os princípios fecundos em conseqüências, para que o aplicador, diante das exigências dos fatos, possa deduzir, dessa generalidade, os preceitos particulares que se acomodem às circunstâncias (*Teoria geral do direito*, p. 56, *apud* Francisco de Souza Mattos, A interpretação da lei tributária e a analogia, *Revista de Direito Administrativo*, v. 21:12-23, 1950).

No âmbito tributário, onde, por muito já se pede uma reforma que dê dinamismo e praticidade ao sistema, a medida se revela imprescindível, particularmente na análise de serviços sobre os quais o noticiário nacional, editando fato notório, a dispensar prova, avisa, diariamente, dados da alta arrecadação com emprego de tarifas, cobradas de "produtos" aparentemente novos mas editados sob rótulos sofisticados, cuja compreensão essencial só será possível por uma visão voltada para a nova realidade da indústria, cujo poder de mudança, fruto da intensa automação, não permite acompanhamento por processo convencional-legislativo.

Hasteados todos estes pilares de balisamento da análise, vamos ao caso presente.

Cumpre auferir, aqui, se os serviços sobre os quais incidiram o tributo questionado encontram ou não correlatos a habilitar a exação.

A divergência se estabeleceu quanto à incidência do imposto (o ISSQN) sobre determinadas operações realizadas pelo apelado, enquadradas formalmente pelo fisco municipal apelante nos itens 95 e 96 da lista de serviços anexa ao Decreto-Lei 406/68, revogada pela Lei Complementar 116/2003, porém vigente à época em que o apelado foi tributado.

A norma, quanto aos itens 95 e 96 - serviços prestados por instituições financeiras - *in verbis:*

> 95. Cobranças e recebimentos por conta de terceiros, inclusive direitos autorais, protestos de títulos, sustação de protestos, devolução de títulos não pagos, manutenção de títulos vencidos, fornecimentos de posição de cobrança ou recebimento de outros serviços correlatos da cobrança ou recebimento (este item abrange também os serviços prestados por instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central);
> 96. Instituições financeiras autorizadas a funcionar pelo Banco Central: fornecimento de talão de cheques; emissão de cheques administrativos; transferência de fundos; devolução de cheques; sustação de pagamento de cheques; ordens de pagamento e de crédito, por qualquer meio; emissão

> e renovação de cartões magnéticos; consultas em terminais eletrônicos; pagamentos por conta de terceiros, inclusive os feitos fora do estabelecimento; elaboração de ficha cadastral; aluguel de cofres; fornecimento de segunda via de avisos de lançamento de extrato de contas; emissão de carnês (neste item não está abrangido o ressarcimento, a instituições financeiras, de gastos com portes do Correio, telegramas, telex e teleprocessamento, necessários à prestação de serviços).

Está nos autos (f. 123) que o apelado foi autuado pelo não-recolhimento do imposto sobre: (I) as rendas de comissão de colocação de títulos, (II) tarifa sobre manutenção de contas correntes, (III) tarifa sobre depósitos, (IV) tarifa sobre abandono de firma/atestado de idoneidade, (V) tarifa sobre saques com cartão no caixa e *cash dispenser*, (VI) taxa de inclusão/exclusão CCF/SPC.

De se lembrar, desde logo, que o art. 204 do Código Tributário Nacional estatui que:

> Art. 204. A dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída. Parágrafo único. A presunção a que se refere este art. é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo ou do terceiro a que aproveite.

O apelado impugna o lançamento, ao fundamento de que estas operações não seriam passíveis de tributação municipal, uma vez que de tipologia diversa da dos serviços previstos nos itens 95 e 96, pois tratar-se-iam de atividades intermediárias bancárias.

Esse, o argumento.

Contudo, limita-se ao campo das alegações, visto que discorre sobre a definição que ele próprio atribui a tais atividades, sem evidenciar, de fato, comprovação de sua narrativa.

Ou seja, não restou demonstrado, pelo embargante-apelado, que os serviços tributados estejam livres de vinculação ou correspondência com sua atividade-fim e, por conseqüência, com aqueles previstos na lista anexa ao Decreto-lei 406/68.

Vem a calhar, neste momento, trecho do voto no julgamento do REsp 325.344/PR (*DJ* de 08/09/03), da lavra do insigne Ministro Franciulli Netto, que assim asseverou:

> Não importa a nomenclatura dada pela contabilidade ao serviço realizado. Desde que este se amolde perfeitamente a determinado item da lista, será procedente a tributação pelo ISS. Assim, não é preciso que estejam elencadas expressamente na lista [...] todas as espécies de serviços a serem prestados, mesmo porque a realidade é dinâmica, bastando que o legislador conste os gêneros dos quais o intérprete extrai as espécies.

Competia, então, ao apelado provar que os serviços autuados refogem à correlação com os itens discriminados, ou à própria incidência do ISSQN - como, por exemplo, se sobre eles incide outra modalidade de imposto, como o IOF - mormente porque, como dito, a Certidão de Dívida Ativa goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída da exatidão da exação.

Ao contrário, instado à especificação de provas, o apelante desistiu voluntariamente da produção de prova pericial (f.146), deixando, desse modo, subsistir o ônus de provar o fato constitutivo do direito alegado nos embargos (art. 333, I, do CPC) - a ilegitimidade da cobrança.

Não havendo, pois, prova inequívoca de irregularidade do auto de infração e da execução fiscal, a rejeição dos embargos é medida que se impõe.

Nesse sentido se manifestou este Colegiado:

> Ementa: Embargos do devedor. Tributário. Imposto sobre serviços de qualquer natureza. Serviços bancários. Incidência. Ônus da prova. - Os serviços bancários tributáveis encontram-se elencados nos itens 95 e 96 da lista de serviços constante do Decreto-lei nº 406/68, com redação determinada pela Lei Complementar nº 56/87, sendo da instituição financeira o ônus de comprovar que os tributados na espécie não se encontram entre eles (Apel. Cível nº 1. 0672.04.143931-2/001 - Rel. Wander Marotta - 7ª C. Cível - p. em 21/06/2007).

> ISSQN - Lista de serviços - Taxatividade - Interpretação extensiva - Possibilidade desde que os serviços específicos sejam correlatos aos expressamente previstos - Ônus da prova. - Embora a lista de serviços anexa ao Decreto-lei 406/68 seja taxativa quanto ao gênero dos serviços ali constantes, admite-se a sua interpretação extensiva para abrigar serviços específicos com a mesma natureza jurídica dos expressamente consignados. Se não há provas de que as operações praticadas pela instituição financeira, enquadradas pela municipalidade nos itens 95 e 96 da lista do referido decreto-lei, não são correlatas aos serviços ali previstos, incide o ISSQN, ante a presunção de certeza e liquidez da dívida ativa (Apel. Cível nº 1.0079.05.219418-4/001 - Rel. Edilson Fernandes - 6ª C. Cível - p. em 06/10/2006).

Não bastasse, aliás, a ausência de provas, tem-se de destacar que os autos fornecem "Termo de Verificação Fiscal", f. 92 - que também dá lastro ao lançamento de ofício cuja inscrição é executada na medida aparelhada (f. 95 dos embargos) - no qual consignam os agentes fazendários municipais, em cumprimento do TIAF - Termo de Início de Atuação Fiscal de f. 98, que apurada queda de receita do ISS a cargo do mesmo embargante, o que motivou a ação fiscal. Esta visou, exatamente, aferir então receitas advindas de atividades materiais do apelado, "... de Cobrança, de Transferência de Fundos, de Outros Serviços, de Comissões de Colocação de Títulos..." (f. 93).

Àquela ação fiscal não foi apresentada demonstração de despesas "... com utilização de serviço de terceiro, para que pudéssemos comprovar a incidência do

imposto retido na fonte...", o que também escancara a impossibilidade com que deparou o próprio fisco para integral conferência da natureza das atividades, vale dizer, para aferição, mesmo, da regularidade interna-contábil do ente financeiro, quanto ao cumprimento de elementar dever instrumental (obrigação acessória: escrituração e fornecimento da escrita ao fisco, para atendimento do poder de polícia administrativo, relativamente ao tributo ora debatido, que, tendo caráter escritural, se submete a regime de autolançamento, ou, a lançamento por homologação).

Acentuou, inclusive, a autoridade fazendária municipal, à f. 112 - no âmbito do PTA de revisão do lançamento - ser "... de obrigação do contribuinte escriturar com clareza os atos e fatos patrimoniais de maneira analítica, ocorridos na empresa; não o fazendo, deve suportar as conseqüências de sua incúria...".

Dessa forma, inexistindo prova de inadequação do enquadramento dos serviços a que correspondem as receitas do apelado, apuradas pelo fisco à luz dos itens 95 e 96 da lista anexa ao Decreto-lei nº 406/68, subsiste o lançamento de ofício e, por ele, a inscrição executada, pelo que o apelo merece provimento, para que seja reformada a r. sentença objurgada.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso interposto, para julgar improcedentes os embargos, determinando o prosseguimento da execução fiscal, invertidos os ônus da sucumbência estabelecidos no juízo de origem.

Custas, pelo apelado.

DES. FERNANDO BRÁULIO - De acordo.

DES.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO - Não obstante entenda pela taxatividade da lista de serviços anexa ao Decreto-lei nº 406/68, o que, a princípio, não admite analogia e interpretação ampliativa, acompanho o eminente Desembargador Relator, na hipótese específica dos autos, reservando-me a oportunidade de um exame mais acurado sobre a incidência do tributo sobre os serviços bancários, na medida em que deixou o apelado de comprovar que os serviços autuados refogem à correlação com os itens discriminados na lista, consoante explicitou o Relator.

É o recente posicionamento do colendo Superior Tribunal de Justiça:

> Processual civil. Tributário. Agravo regimental. Imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISS. Instituição financeira. Enquadramento de atividade na lista de serviços anexa ao Decreto-lei nº 406/68. Analogia. Impossibilidade. Interpretação extensiva. Possibilidade. Súmula 07 do STJ.
> 1. A lista de serviços anexa ao Decreto-lei nº 406/68, para fins de incidência do ISS sobre serviços bancários, é taxativa, admitindo-se, contudo, uma leitura extensiva de cada item, a fim de enquadrar-se serviços idênticos aos expressamente previstos (Precedentes do STF: RE 361829/RJ, publicado no *DJ* de 24.02.2006; e RE 75952/SP, publicado no *DJ* de 02.10.1974. Precedentes do STJ: AgRg no Ag 770170/SC, publicado no *DJ* de 26.10.2006; AgRg no Ag 577068/GO, publicado no *DJ* de 28.08.2006; REsp 711758/GO, desta relatoria, Primeira Turma, publicado no *DJ* de 20.03.2006; REsp 611983/SC, publicado no *DJ* de 29.08.2005; e AgRg no Ag 639029/MG, publicado no *DJ* de 18.04.2005).
> 2. O Imposto sobre Serviços é regido pelo DL 406/68, possuindo, como fato gerador, a prestação de serviço constante na lista anexa ao referido diploma legal, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo. [...] (AgRg no REsp 855323/RJ, AgRg no REsp 2006/0115303-2, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 11/09/2007).

Não discrepa o entendimento desta egrégia Corte de Justiça:

> Apelação cível. Embargos à execução. ISSQN. Serviços bancários. Lista de serviços. Interpretação extensiva. Alcance de serviços correlatos. - A lista de serviços sujeitos ao ISSQN é taxativa, admitindo, não obstante, interpretação extensiva.
> - A taxa de manutenção de contas, exigida periodicamente, se refere a serviços de expediente que compõem a infra-estrutura administrativa do Banco, inserindo-se no item 29 da lista de serviços.
> - A tarifa exigida pela compensação de títulos em operações interbancárias constitui base de cálculo do Imposto Sobre Serviços, por se relacionar a serviços de recebimento, de acordo com o item 95 da lista.
> - O ISS não incide sobre tarifas por operações ativas e adiantamento aos depositantes, cuidando-se de serviços acessórios à concessão de crédito, sujeita ao IOF (Processo nº 1.0079.03.089588-6/001, Rel. Des. Heloísa Combat, j. em 23/10/2007).

> Tributário. ISSQN. Taxatividade da lista de serviços. Interpretação analógica e extensiva dos itens. Legitimidade da incidência sobre serviços bancários correlatos. A taxatividade da lista de serviços anexa ao Decreto-lei nº 406/65 não impede que seus itens sejam interpretados (processo diverso da integração) de forma extensiva ou analógica (o que não se confunde com a vedada utilização da analogia), pois o próprio legislador federal, em algumas situações, pretendendo dar maior amplitude ao poder de tributar municipal, permitiu a extensão da tributação a serviços congêneres e correlatos àqueles expressamente previstos (Processo nº 1.0672.05.181979-1/001, Rel. Des. Audebert Delage, j. em 29/03/2007).

Com tais considerações, acompanho o Relator para dar provimento ao recurso, reconhecendo a improcedência dos presentes embargos.

Custas, *ex lege*.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

## CRLV - Expedição - Multa de trânsito - Notificação prévia - Recurso administrativo - Julgamento - Pagamento da multa - Exigência - Legalidade - Mandado de segurança - Denegação da ordem - Apelação - Advogado subscritor - OAB cancelada - Atos praticados - Ratificação - Ausência - Nulidade

Ementa: Mandado de segurança. Apelação. Advogado subscritor. OAB cancelada. Ratificação dos atos praticados. Inexistência. Não-conhecimento do recurso. Código de Trânsito Brasileiro. Expedição de certificado de registro e licenciamento de veículo. Condicionamento ao pagamento de multas. Recurso administrativo pendente de julgamento. Inexistência. Ato legal. Sentença parcialmente reformada.

- O cancelamento de inscrição de advogado junto à OAB implica a nulidade dos atos por ele praticados, sobretudo se não foram ratificados pelo procurador a quem foram substabelecidos os poderes conferidos pela parte.

- A defesa prévia somente se aplica e é exigível às infrações de trânsito posteriores à data da entrada em vigor da Resolução nº 149/03 do Contran, que regulamentou o instituto após a vigência da Lei nº 9.503/97.

- Apresenta-se legal o condicionamento da expedição do certificado de registro e licenciamento do veículo ao pagamento de multas quando tenha sido o proprietário regularmente notificado das infrações, tendo os recursos administrativos sido indeferidos.

Em reexame necessário, não se conhece do primeiro recurso e reforma-se parcialmente a sentença, prejudicado o segundo recurso voluntário.

**APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0245.04.055248-2/002 - Comarca de Santa Luzia - Remetente: Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Santa Luzia - Apelantes: 1º) Terezinha Morais Simões, 2º) Município de Santa Luzia - Apelados: Terezinha Morais Simões, Município de Santa Luzia, Município de Belo Horizonte - Autoridades coatoras: Delegado de Trânsito Municipal de Santa Luzia, Prefeito Municipal de Belo Horizonte, Prefeito do Município de Santa Luzia, Presidente da Jari do Município de Santa Luzia - 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 NÃO CONHECER DO PRIMEIRO RECURSO E REFORMAR PARCIALMENTE A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O SEGUNDO RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 14 de agosto de 2008. - *Kildare Carvalho* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. KILDARE CARVALHO - Trata-se de reexame necessário, bem como de recursos de apelação interpostos contra a r. sentença proferida pelo MM. Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Santa Luzia, que, nos autos do mandado de segurança impetrado por Terezinha Morais Simões contra ato do Delegado de Trânsito de Santa Luzia, "denegou parcialmente a segurança, entendendo legal a exigência do pagamento de multa para o fim de expedição do Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo - CRLV. Contudo, concedeu a segurança, para considerar inexigível a multa aplicada com fulcro no AIT 252268, [...], por ausência de notificação prévia nos termos do art.131, parágrafo único, II, do CTB" (*sic*).

A primeira apelante, Terezinha Morais Simões, suscita preliminar de litisconsórcio passivo necessário das demais autoridades apontadas na inicial. No mérito, reedita a tese da necessidade de notificação prévia, à luz do previsto nas Súmulas nº 127 e 312 do Superior Tribunal de Justiça. Cita julgados que entende aplicáveis à espécie e finaliza requerendo a reforma da sentença, desconstituindo todas as multas de trânsito apontadas na inicial.

Já o segundo apelante, Município de Santa Luzia, alega que a sentença nega vigência a texto de lei federal, consubstanciado no art. 280 do Código de Trânsito Brasileiro. Quanto à multa considerada inexigível na sentença, informa que a notificação foi regularmente expedida, mas o recebimento foi recusado pela pessoa de nome Adalgisa. Aduz que a Deliberação nº 55/2004 do Cetran/MG estabelece que, em caso de notificação recusada, eventual alegação de ausência de notificação fica suprida, de forma que a infração de trânsito seria plenamente válida. Requer, ao final, a reforma parcial da sentença, no sentido de considerar exigível e legal a multa aplicada com fulcro no AIT nº 252268.

Conheço da remessa oficial do processo.

Em contra-razões, o Município de Santa Luzia argúi preliminar de não-conhecimento do recurso interposto pela autora, por entender que estariam apócrifas as razões do apelo, sendo que a Procuradoria de Justiça em seu parecer suscita a mesma questão.

Tenho que, de fato, a hipótese é de não-conhecimento do primeiro recurso, mas não por este motivo, já que a folha de apresentação do apelo se encontra assinada (f.165-TJ), suprindo eventual nulidade (a respeito, confira-se STJ, REsp nº 40.420/RS), mas sim por outros dois motivos.

O primeiro deles diz respeito ao fato de a OAB da procuradora da apelante encontrar-se cancelada desde 24.05.2007, conforme informações deste Tribunal à f. 233-TJ e consulta ao *site* da OAB/MG.

Com efeito, dispõe o art. 4º, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto dos Advogados):

> Art. 4º - São nulos os atos privativos de advogado praticados por pessoa não inscrita na OAB, sem prejuízo das sanções civis, penais e administrativas.
> Parágrafo único. São também nulos os atos praticados por advogado impedido - no âmbito do impedimento - suspenso, licenciado ou que passar a exercer atividade incompatível com a advocacia.

Por sua vez, prevê o art. 37 do Código de Processo Civil:

> Art. 37. Sem instrumento de mandato, o advogado não será admitido a procurar em juízo. Poderá, todavia, em nome da parte, intentar ação, a fim de evitar decadência ou prescrição, bem como intervir no processo, para praticar atos reputados urgentes. Nestes casos, o advogado se obrigará, independentemente de caução, a exibir o instrumento de mandato no prazo de 15 (quinze) dias, prorrogáveis até outros 15 (quinze), por despacho do juiz.
> Parágrafo único. Os atos, não ratificados no prazo, serão havidos por inexistentes, respondendo o advogado por despesas e por perdas e danos.

Da leitura dos dispositivos legais transcritos, e ao cotejo dos elementos presentes no feito, pode-se concluir que, desde 24 de maio de 2007, a Sr.ª Sandra Simone Morais Simões Augusto encontra-se sem legitimidade para o exercício da advocacia no Estado de Minas Gerais, sendo nulos todos os atos por ela praticados após tal data.

Assim, a apelação subscrita pela procuradora inabilitada em 1º de junho de 2007 (f. 165-TJ) padece da eiva da nulidade e não pode ser apreciada.

Poder-se-ia argumentar acerca do substabelecimento sem reserva de poderes firmado pela causídica em 13 de setembro de 2007 (f. 217-TJ), outorgando todos os poderes a ela conferidos ao advogado Emanuel Vítor de Castro Leite, uma vez que há jurisprudência, mesmo que não uníssona, admitindo a possibilidade de saneamento do vício da irregularidade da representação, de modo a não prejudicar o cliente de boa-fé.

Ocorre que nem mesmo tal intervenção teve o condão de afastar a nulidade perpetrada, na medida em que a necessária ratificação pelo procurador substabelecido dos atos praticados pela advogada impedida não se fez presente nos autos, enfeixando de vez a questão.

Mas não é só.

Verifica-se, ainda, que o recurso se encontra sem o recolhimento do preparo, caracterizando-se a deserção.

Com efeito, durante todo o curso do processo, não requereu a impetrante nem lhe foram concedidos os benefícios da assistência judiciária gratuita, tendo, inclusive, recolhido as custas prévias (f. 31-TJ).

Ocorre que, ao interpor o recurso de apelação, requereu a primeira apelante, na penúltima frase de suas razões, que "tudo fosse processado sob o pálio da justiça gratuita" (*sic*, f. 175-TJ) sem, no entanto, demonstrar ou sequer alegar que houve alteração em situação financeira nesta fase processual, capaz de impedi-la de arcar com o preparo recursal.

Não juntou declaração de necessidade, nem tampouco afirmou não possuir condições de pagar as custas do processo sem prejuízo de sua subsistência ou de sua família.

Dessarte, entendo que, não estando a apelante sob o pálio da assistência judiciária gratuita e deixando de apresentar qualquer documento para justificar a concessão da benesse nesta fase processual, não vejo como conhecer do presente apelo, também em razão da ausência de preparo.

Conheço, todavia, do recurso interposto pelo Município de Santa Luzia, presentes os pressupostos para sua admissão.

Passo ao exame da questão de fundo da lide.

Ao que se vê dos autos, Terezinha Morais Simões impetrou o presente *mandamus*, pretendendo ver anuladas cinco infrações de trânsito que lhe foram aplicadas, em virtude da inobservância do Código de Trânsito Brasileiro, que imporia a defesa prévia para a cobrança das multas, bem como a expedição do Certificado de Registro e Licenciamento (CRLV) do veículo Honda Civic LX, placa GWK 9999, da qual é proprietária, independentemente do pagamento das multas existentes.

O MM. Juiz de origem denegou a segurança quanto à expedição do CRLV e concedeu parcialmente a ordem, para tornar inexigível apenas a infração aplicada com fulcro no AIT nº 252268.

Como ponto inicial, um registro sobre os autos se faz imperioso. É que, a despeito de conter no feito informações de que existem mais de dez multas atribuídas ao veículo de que a impetrante é proprietária, na hipótese em comento, insurge-se a requerente apenas quanto a cinco delas, conforme indicação na inicial.

Assim, sem me olvidar das demais infrações de trânsito existentes, cumpre delimitar o pedido feito na exordial, sobretudo porque o consectário de eventual procedência seria a expedição do Certificado de Registro e Licenciamento de Veículos referente apenas a 2004, ano-base da impetração.

Pois bem. Em que pese a divergência doutrinária e jurisprudencial que existe sobre a matéria, tenho que a sentença está a merecer reparo, sendo caso de denegação integral da ordem.

Isso porque as Resoluções nº 568/80 e nº 829/97 do Contran invocadas pela impetrante e que disciplinavam a defesa prévia na hipótese de autuação de trânsito, são anteriores à Lei nº 9.503, de 23.09.1997 e, portanto, não podem ser aplicadas ao presente feito.

Por outro lado, a Resolução nº 149, de 19 de setembro de 2003, do Contran, que regulamentou o instituto após a vigência da Lei nº 9.503/97, não é aplicável à hipótese dos autos, senão vejamos.

Ao que se extrai do feito, as multas atribuídas à impetrante e que nesta via são questionadas foram cometidas entre agosto de 2003 e março de 2004, portanto, antes do prazo concedido aos órgãos para se adequarem ao novo procedimento.

Explico-me melhor: A invocada Resolução nº 149/2003 foi publicada em 16 de outubro de 2003. Porém, em seu art.14, foi feita a seguinte ressalva: "os órgãos e entidades executivos de trânsito e rodoviários terão o prazo de até 180 dias, contados da publicação desta Resolução, para adequarem seus procedimentos".

Por sua vez, a Resolução nº 156/2004 alterou novamente este prazo, ao resolver, em seu art.1º, "prorrogar até o dia 15 de julho de 2004, o prazo máximo para os órgãos e entidades de trânsito adequarem seus procedimentos à Resolução do Contran nº 149, de 19 de setembro de 2003, publicada no DOU em 16 de outubro de 2003".

Pois bem. No caso dos autos, como se disse alhures, as multas impugnadas foram cometidas em 23.08.2003 (f. 23-TJ), 12.12.2003 (f. 25-TJ), 02.03.2004 (f. 27-TJ), 03.03.2004 (f. 28-TJ), e 06.03.2004 (f. 30-TJ), portanto, todas antes do prazo fatal concedido ao Município para que fosse imposta a obrigatoriedade de cumprir os ditames da Resolução, que se deu somente em 15 de julho de 2004.

Assim, não pode a impetrante valer-se das normas contidas na Resolução nº 149/2003 do Contran, visto que não aplicável à hipótese dos autos.

Como ressaltado, embora esta resolução estabeleça a necessidade da notificação da autuação e da penalidade, com prazo para defesa prévia, é sabido que não possui o condão de alcançar as penalidades anteriores à sua vigência, como se dá no caso dos autos.

Em conseqüência, de acordo com o entendimento majoritário deste Tribunal, legítima se mostra a vinculação da expedição do certificado de registro e licenciamento do veículo, tendo em vista ainda a existência de multas não pagas.

Segundo se extrai dos informativos de f. 64/77-TJ, das cinco multas objeto de discussão, foi comprovado que:

- em relação a quatro infrações, houve regular notificação da proprietária, e o recurso administrativo interposto foi indeferido (f. 64/65, 67/68, 70/71 e 73/74-TJ);

- quanto a uma infração, não houve regular notificação, mas foi apresentado recurso administrativo, cujo resultado foi o indeferimento, suprindo eventual nulidade (f. 76/77-TJ).

Lado outro, cumpre consignar que todas as multas nesta via questionadas foram pagas regularmente, informando o órgão de trânsito que estas não constituem o motivo para o indeferimento do licenciamento do veículo, mas sim as demais infrações cometidas, e que não são objeto desta demanda.

Dessarte, a possibilidade de exigência do pagamento de uma infração que seja já autoriza a autoridade coatora a negar a expedição do CRLV em razão da existência de multa, quando dela não haja recurso administrativo pendente de julgamento e tenha o infrator sido devidamente notificado. Como na hipótese o pagamento das autuações já foi efetuado, cingindo-se a limitação do CRLV à existência de outras multas não objeto desta ação, nada há a fazer.

No entanto, por entender não ser imprescindível a oportunidade da defesa prévia antes da Resolução nº 149/2003, entendo estar ausente o direito líquido e certo da impetrante em ver as multas em comento anuladas.

Diante de tais fundamentos, em reexame necessário, não conheço do primeiro recurso e reformo parcialmente a r. sentença, para denegar integralmente a segurança, prejudicado o segundo recurso voluntário.

Dê-se ciência do teor deste acórdão à autoridade impetrada, para adoção das providências pertinentes ao caso.

Sem honorários, por aplicação das Súmulas nº 105 do STJ e nº 512 do STF.

Custas, pela primeira apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SILAS VIEIRA e MANUEL SARAMAGO.

*Súmula* - NÃO CONHECERAM DO PRIMEIRO RECURSO E REFORMARAM PARCIALMENTE A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O SEGUNDO RECURSO VOLUNTÁRIO.

...

## Ação de cobrança - Arrendamento de terras devolutas - Contrato - Inadimplemento - Condenação - Possibilidade - Petição inicial - Inépcia - Não-configuração - Cerceamento de defesa - Não-caracterização - Valor devido

Ementa: Ação de cobrança. Contrato de arrendamento de terras devolutas. Inadimplemento. Condenação. Possibilidade. Inépcia da inicial não configurada. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Recurso improvido. Ação de cobrança. Arrendamento de terras devolutas. Inépcia da inicial. Inocorrência. Cerceamento de defesa não caracterizado. Valor devido.

- "Não é inepta a petição inicial onde é feita descrição suficiente dos fatos que servem de fundamento ao pedi-

do, ensejando ao réu o pleno exercício de sua defesa" (STJ, REsp 343.592/PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

- "Tratando-se de questão de direito ou, se, de direito ou de fato, entender o Juiz estar o processo suficientemente instruído, possibilitando a decisão, sem que se realizem as provas requeridas, fica a seu critério deferir ou não a produção de outras, dispensando aquelas que entender meramente protelatórias ou desnecessárias.

- Provada a existência do contrato de arrendamento, que pode ser demonstrado por qualquer meio, por não possuir forma solene prevista em lei, é devido o valor da parcela anual não adimplida pelo arrendatário" (Apelação Cível n. 1.0024.07.486546-0/001, Rel. Des. Wander Marotta, *DJ* de 18.07.08).

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.486570-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Planta 7 Empreendimentos Rurais Ltda. - Apelado: Iter - Instituto de Terras do Estado de Minas Gerais - 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 fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINARES E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 23 de setembro de 2008. - *Alvim Soares* - Relator.

**Notas taquigráficas**

DES. ALVIM SOARES - Perante a Segunda Vara da Fazenda Pública e Autarquias desta Capital, o Iter - Instituto de Terras de Minas Gerais ajuizou a presente ação de cobrança de arrendamento em face de Planta 7 - Empreendimentos Rurais Ltda., afirmando que a requerida, na qualidade de participante do programa de terras devolutas, submeteu-se ao Regulamento dos Distritos Florestais e, adimplidas as formalidades legais firmou Contratos de Arrendamento de Terras devolutas; aduziu que, vencido o arrendamento referente ao contrato 265/82, referente ao ano de 2005, não houve o devido adimplemento; após narrar o direito que entende aplicável, requereu que fosse a requerida condenada a pagar o arrendamento do contrato 265/82, no valor de R$ 7.201,00; juntou documentos.

Devidamente citada, a requerida apresentou a contestação de f. 30/44TJ, argüindo preliminares de inépcia da inicial e nulidades dos contratos; no mérito, sustentou que já se encontrava na posse mansa e pacífica dos imóveis, razão pela qual não deve pagar pelo uso de terras que são de sua propriedade.

Após as partes agirem com desenvoltura, a MM. Juíza de Direito *a qua* prolatou, às f. 156/164-TJ, a sentença revisanda, julgando procedente o postulado, condenando a requerida ao pagamento da importância de R$ 7.201,00, acrescidos de juros de 1%, correção monetária, de acordo com a tabela CGJ, a partir da citação, e multa de 20% do valor do arrendamento.

A requerida edificou os embargos de declaração de f. 165/169-TJ, rejeitados às f. 170-TJ.

Irresignada, a requerida interpôs o recurso de apelação de f. 171/195-TJ; contra-razões de f. 200/204-TJ.

Conheço do recurso interposto, visto que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

A preliminar de inépcia da inicial não prospera, uma vez que os documentos juntados nos autos possibilitaram à apelante compreender a delimitação da *vexata quaestio*, podendo, assim, exercer o contraditório e a ampla defesa da forma mais elástica possível.

Ora, o Regulamento de Transferência do uso da terra devoluta de propriedade do Estado de Minas Gerais, em áreas integrantes dos distritos florestais, as notificações extrajudiciais enviadas à ré, a planilha de contratos firmados, os comprovantes de recebimento das correspondências (ARs) e a planilha de preços referenciais de terras em Minas Gerais, juntados às f. 09/23-TJ, permitiu à apelante compreender a delimitação da causa.

Ademais, a própria apelante se insurge contra cláusula do aludido contrato, em sua defesa de f. 30/44-TJ, mostrando que tem conhecimento de sua existência.

Rejeito a preliminar.

A preliminar de cerceamento de defesa também não merece prosperar, pois, apesar de a hipótese vertente tratar-se de matéria de fato e de direito, o feito já se encontrava devidamente instruído, podendo ser decidido no estágio em que se encontrava.

As provas testemunhais nada poderiam acrescentar ao que já se encontra elucidado nos autos; de ser dito, por relevante, que, de acordo com o art. 130 do Código de Processo Civil, "caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias".

Nossos tribunais já sedimentaram o entendimento de que, "sendo o juiz o destinatário da prova, somente a ele cumpre aferir sobre a necessidade ou não de sua realização", como se pode observar na *RT* 305/121.

Rejeito essa preliminar.

No mérito, propriamente dito, a apelante nada acrescenta ao que foi discorrido na preliminar de inépcia da inicial, batendo, reiteradamente, que a ação deve ser julgada improcedente, uma vez que o autor não juntou aos autos, segundo seu entendimento, documento indispensável para a solução da lide.

Ora, pretende o autor receber a importância de R$ 7.201,00, referente ao arrendamento do contrato

265/82, do ano de 2005; provado que o contrato foi firmado e que a apelante restou inadimplente, sua condenação é medida que se impõe, uma vez que nosso ordenamento não admite o locupletamento ilícito.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, para manter incólume a respeitável sentença hostilizada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS e WANDER MAROTTA.

*Súmula* - REJEITARAM PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO.

...

## Servidor público - Programa de Assistência Materno-Infantil - Suspensão de benefícios - Deliberação - Ausência de motivação - Nulidade - Filho de zero a seis anos - Direito à assistência - Preceitos constitucionais - Violação - Honorários de advogado

Ementa: Administrativo. Servidor. Programa de Assistência Materno-Infantil. Inclusão de filho de zero a seis anos. Possibilidade. Ato que suspendeu o benefício. Ausência de motivação. Nulidade. Honorários advocatícios. Majoração.

- É nula a Deliberação 09/03, que suspende a concessão de benefícios relativos ao Programa de Assistência Materno-Infantil, desprovida de qualquer motivação.

- O direito à assistência em creche e pré-escola aos filhos de servidores, que se tiverem entre zero a cinco anos, é assegurado no art. 208, IV, da Constituição Federal e no art. 31, IV, da Constituição do Estado.

- Quando se tratar de ação em que a Fazenda Pública saiu vencida, ou mesmo as de baixo valor, os honorários advocatícios devem ser fixados com base no art. 20, § 4º, do CPC.

**APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0024.07.486928-0/002 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz da 1ª Vara de Fazenda da Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Ipsemg - Apelante adesiva: Natália Moreira Peres - Apelados: Ipsemg e Natália Moreira Peres - 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 NEGAR PROVIMENTO AO 1º RECURSO E DAR PROVIMENTO AO APELO ADESIVO, PREJUDICADO O REEXAME NECESSÁRIO.

Belo Horizonte, 8 de julho de 2008. - *Heloísa Combat* - Relatora.

### Notas taquigráficas

DES.ª HELOÍSA COMBAT - Conheço do reexame necessário e dos recursos voluntários, estando presentes os pressupostos subjetivos e objetivos de sua admissibilidade.

Trata-se de reexame necessário, de apelação cível interposta pelo Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais e de apelação adesiva interposta por Natália Moreira Peres, nos autos da ação ordinária ajuizada contra o Ipsemg, pretendendo a reforma da r. sentença proferida pela MM. Juíza da 1ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias, que julgou procedente o pedido, para declarar o direito da autora de ter seus dois filhos inscritos no Programa de Assistência Materno-Infantil do Ipsemg, a partir de 04.10.2006, bem como para condenar o réu ao pagamento das parcelas do benefício vencidas desde então, acrescidas de correção monetária e juros de mora de 6% ao ano, desde a citação, mais honorários advocatícios de 10% sobre o valor da condenação.

A r. sentença fundamentou-se no art. 31, IV, da Constituição Estadual, que assegura a assistência gratuita, em creche e pré-escola, aos filhos e aos dependentes dos servidores, desde o nascimento até os cinco anos de idade, tratando-se de direito social do servidor.

Embasou-se na ausência de motivação do ato que indeferiu o pedido da autora, bem como na necessidade de se motivar o ato de deliberação do Ipsemg destinado à revogação de benefício.

Respaldou-se no fato de que o auxílio é devido a partir da inscrição do filho junto à Divisão de Recursos Humanos, que, no caso, é a data do protocolo do requerimento administrativo feito pela requerente.

Não havendo preliminares a serem apreciadas, passo ao exame do mérito dos recursos.

I - Primeiro recurso: Ipsemg.

Nas razões apresentadas às f. 89/94, sustenta o requerido/primeiro apelante que o auxílio-creche é devido a partir da inscrição do filho junto à Divisão de Recursos Humanos, e não desde a data do nascimento.

Argumenta que a Deliberação nº 09, de 15 de outubro de 2003, suspendeu a concessão de novos benefícios de que tratavam a Deliberação nº 05/89 e a

Portaria nº 10/95, relativos ao Programa de Assistência Materno-Infantil, a partir de 1º de novembro de 2003.

Salienta que o requerimento da autora de concessão do auxílio materno-infantil foi protocolizado após a sua suspensão, justificando-se o seu indeferimento.

Aduz que o benefício foi criado e extinto por normas da mesma espécie, a saber, a deliberação.

Alega que o ato que suspendeu o benefício obedeceu aos princípios constitucionais e administrativos que regem o Poder Público, além de estarem devidamente motivados.

Afirma que a Administração Pública não está obrigada a prover a assistência aos filhos de seus servidores entre zero e seis anos de idade, tratando-se de mera liberalidade, sendo perfeitamente possível que editem normas restringindo o benefício.

Invoca em seu favor o princípio da legalidade, que impediria a concessão do benefício, por ausência de previsão legal.

Pois bem.

Pretende a autora a inclusão de seus filhos gêmeos, Otávio Moreira Peres e Bruna Moreira Peres, nascidos em 03.07.2006, no Programa de Assistência Materno-Infantil do Ipsemg, instituído pela Deliberação nº 05/89 e pela Portaria nº 10/95.

Previa a Deliberação nº 05/89 que o referido programa se concretizaria mediante a utilização de creches existentes na comunidade ou de serviços de terceiro (art. 2º), tendo a Portaria nº 10/95 transformado a prestação material do benefício em auxílio pecuniário (art. 1º).

Constata-se que a requerente formulou administrativamente o pedido de inclusão dos menores no mencionado programa em outubro de 2006, tendo seu pedido negado em virtude da Deliberação nº 09/2003, editada pelo Conselho Deliberativo da autarquia ré, que suspendeu o benefício a partir de 1º.11.03, nos seguintes termos:

> Art. 1º Fica suspensa a concessão de novos benefícios de que trata a Deliberação nº 05/89 e a Portaria 10/95, a partir de 1º de novembro de 2003, ambas normativas referentes ao Programa de Assistência Materno-Infantil.

O Programa de Assistência Materno-Infantil foi criado com o objetivo de assegurar aos filhos menores dos servidores cuidados especiais, principalmente durante a jornada de trabalho da mãe.

A criação de tal programa encontra-se em consonância com o texto constitucional federal, especialmente com os arts. 7º, XXV, e 208, IV, da Carta da República.

O art. 7º da Constituição Federal, ao tratar dos direitos dos trabalhadores em geral, elenca, no inciso XXV, a "assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até os cinco anos de idade em creches e pré-escolas".

Por sua vez, o art. 208, IV, da Lei Maior estabelece:

> Art. 208 [...]
> XXV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade [...].

No âmbito do Estado de Minas Gerais, a Constituição de 1989 dispôs, no art. 31, IV, que:

> Art. 31. [...]
> IV - assistência gratuita, em creche e pré-escola, aos filhos e dependentes, desde o nascimento até seis anos de idade [...].

Dessarte, a assistência gratuita em creche e pré-escola aos filhos de servidores encontra-se assegurada no texto constitucional federal como direito dos trabalhadores em geral e, na Constituição Estadual, como direito expresso dos servidores públicos civis.

Assim, a concessão do benefício não decorre de liberalidade do órgão ao qual está vinculado o servidor, tratando-se de direito constitucional que deve ser efetivado pela Administração.

Por conseguinte, a Deliberação nº 05/89, ao suspender a concessão de benefícios relativos ao Programa de Assistência Materno-Infantil, incorreu em afronta ao texto constitucional, tanto federal quanto estadual.

Ademais, a referida deliberação, que suspendeu direito do servidor de inscrever seu filho no Programa de Assistência Materno-Infantil, carece de qualquer motivação, o que a macula de nulidade.

A despeito de se tratar de direito assegurado ao servidor pelo texto constitucional, entende-se que o ato destinado a revogar ou restringir benefício anteriormente instituído em seu favor deve, necessariamente, ser motivado, restando demonstradas as razões fáticas e jurídicas nas quais se embasou a Administração ao editá-lo.

Sobre a necessidade de motivação dos atos administrativos, esclarecedora a exposição feita por Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

> Entendemos que a motivação é, em regra, necessária, seja para os atos vinculados, seja para os atos discricionários, pois constitui garantia de legalidade, que tanto diz respeito ao interessado como à própria Administração Pública; a motivação é que permite a verificação, a qualquer momento, da legalidade do ato, até mesmo pelos demais Poderes do Estado (*Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2005, p. 221).

Portanto, não tendo sido indicados os motivos que levaram a Administração a suspender a inscrição dos filhos de servidores no Programa de Assistência à Maternidade, por meio da Deliberação nº 09/2003, evidencia-se a nulidade desse ato.

Nesse sentido, já decidiu este Tribunal:

Ação ordinária com pedido de tutela antecipada. Auxílio materno-infantil. Deliberação nº 05/89. Suspensão da Deliberação nº 09/03. Violação a preceitos fundamentais da Constituição da República. Juros moratórios. Sentença parcialmente reformada.
- A pretensão da apelada encontra amparo no art. 208, inciso IV, da Constituição da República e no art. 31, inciso IV, da Constituição Estadual; assim como se constata que a Deliberação nº 09/2003, ato administrativo que fundamentaria a não-inclusão dos filhos da apelada no Programa de Assistência Materno-Infantil do Ipsemg, não se encontra motivado, o que conduz a sua nulidade.
- Os juros moratórios impostos contra a Fazenda Pública devem ser fixados em 0,5% ao mês, conforme determinação expressa do art. 1º - F da Lei 9.494/97, acrescentado pela Medida Provisória 2.180-35 (Apelação Cível nº 1.0024.07.383178-6/002 - Sétima Câmara Cível - Rel. Des. Alvim Soares - *DJ* de 1º.02.08).

Ementa: Ação ordinária. Inclusão de filha de servidora pública no Programa de Assistência Materno-Infantil do Ipsemg. Benefício suspenso através de deliberação. Ausência de motivação. Nulidade do ato administrativo. - É nula de pleno direito a Deliberação nº 09/2003, do Conselho Deliberativo do Ipsemg, que, sem qualquer motivação, suspendeu o direito da servidora de inscrever sua filha no Programa de Auxílio Materno-Infantil criado pela Deliberação nº 05/89. O benefício é devido a partir da data do requerimento junto ao órgão competente e foi indeferido (Apelação Cível nº 1.0024.06.266811-6 - Sétima Câmara Cível - Rel. Des. Wander Marotta - *DJ* de 26.02.08).

Ementa: Administrativo. Servidora pública. Programa de Assistência Materno-Infantil. Inclusão de filho e restituição de parcelas não creditadas. Ato administrativo de suspensão. Ausência de motivação. Ilegalidade. Sentença confirmada.
- A suspensão de auxílio materno-infantil regularmente instituído ao servidor não é livre. Em se tratando de ato que restringe direito anteriormente concedido ao servidor, deve estar motivado, ou seja, justificadas as razões de fato e de direito que o ensejou, sob pena de invalidade. Em reexame necessário, confirma-se a sentença.
- Prejudicado o recurso voluntário (Reexame Necessário e Apelação Cível nº 1.0024.06.992612-9/001 - Terceira Câmara Cível - Rel. Des. Kildare Carvalho - *DJ* de 13.03.08).

Dessa forma, deve o Ipsemg incluir os filhos da autora no Programa de Assistência Materno-Infantil instituído pela Deliberação nº 05/89 e Portaria nº 10/95, bem como pagar os benefícios já vencidos.

Com relação ao termo inicial do pagamento do benefício, entendo que este ocorre na data em que o pedido foi formulado pela servidora junto à autarquia, já tendo, inclusive, julgado nesse sentido na Apelação Cível nº 1.0024.06.266811-6, em que atuei como Revisora. No caso concreto, a determinação da MM. Juíza singular foi nesse sentido, carecendo a autarquia de interesse recursal quanto a esse aspecto.

Posto isso, nego provimento ao primeiro recurso.

II - Recurso adesivo: Natália Moreira Peres.

A requerente aviou recurso adesivo (f. 107/113), pretendendo a majoração dos honorários advocatícios.

No que concerne aos honorários advocatícios, assiste razão à recorrente.

Registre-se, de início, que, quando se tratar de ação em que a Fazenda Pública saiu vencida, ou mesmo nas de baixo valor, os honorários advocatícios devem ser fixados com base no art. 20, § 4º, do CPC, que prescreve:

> Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas *a*, *b* e *c*, do parágrafo anterior.

As alíneas do § 3º, por sua vez, estabelecem:

> a) o grau de zelo do profissional;
> b) o lugar da prestação do serviço;
> c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

No caso em comento, os honorários foram fixados em desacordo com os artigos acima prescritos, o que conferiu aos honorários advocatícios valor aquém do que requerem as circunstâncias no caso concreto, sendo certo que a quantia equivalente a 10% sobre o valor da condenação (aproximadamente R$ 100,00, considerando-se o valor de cada parcela devida e o curto tempo em que deixou de ser paga) não remunera adequadamente o trabalho desenvolvido pelo advogado da requerente nesta ação de cobrança.

Embora a causa não apresente grande complexidade, de melhor alvitre fixar os honorários em valor certo, considerando o disposto no art. 20, § 4º, do CPC.

Ponderando todos esses aspectos, arbitro a verba advocatícia no valor de R$ 1.200,00 (mil e duzentos reais).

Isso posto, nego provimento ao primeiro recurso e dou provimento ao recurso adesivo, para fixar os honorários advocatícios em R$ 1.200,00 (mil e duzentos reais), julgando prejudicado o reexame necessário.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES ALVIM SOARES e EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO 1º RECURSO E DERAM PROVIMENTO AO APELO ADESIVO, PREJUDICADO O REEXAME NECESSÁRIO.

...

## Mandado de segurança - Posto de venda de combustíveis - Atividade exercida há décadas - Aquiescência e fiscalização pelo Poder Público - Alvará de localização e funcionamento - Licença ambiental - Estipulação de condições - Ação ajuizada - Trâmite - Recursos administrativos - Julgamento pendente - Interdição do estabelecimento - Sanção desarrazoada - Medida drástica - Princípio da razoabilidade e proporcionalidade - Ofensa a direito líquido e certo - Correção mandamental

Ementa: Mandado de segurança. Posto de venda de combustíveis. Atividade exercida há quase quatro décadas. Aquiescência e fiscalização pelo Poder Público. Alvará de localização e funcionamento. Licença ambiental. Emissão condicionada à retificação de área do imóvel. Ação ajuizada, ainda em trâmite. Recursos administrativos pendentes de julgamento. Interdição do estabelecimento. Sanção desarrazoada. Medida drástica. Afronta ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade. Ofensa a direito líquido e certo. Correção mandamental que se impõe. Recurso provido.

- A demora do trâmite processual não pode alcançar o administrado, atribuindo-lhe, em razão desse pesado fardo, vultosos prejuízos, mediante o nefasto abalo na sua imagem e competitividade mercadológica. A drástica interdição do estabelecimento representaria, em verdade, seu fechamento definitivo, não se podendo olvidar que "os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa" configuram princípio da República Federativa do Brasil e fundamento do Estado Democrático de Direito e da ordem econômica. A interdição, consideradas as evidências e circunstâncias dos autos, revela afronta à razoabilidade, restando preterida a proporcionalidade entre as condutas administrativa e empresarial, visto que o administrado atua no mercado há quase quatro décadas, sob aquiescência e fiscalização do Poder Público, tendo adotado as providências administrativo-judiciais que lhe competiam.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.575113-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Posto França Campos Ltda. - Apelado: Município de Belo Horizonte - Autoridade coatora: Gerente Regional de Fiscalização Urbanística e Ambiental Oeste Município de Belo Horizonte, Secretária Municipal Adjunta de Regulação Urbana de Belo Horizonte - 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.

Belo Horizonte, 24 de julho de 2008. - *Nepomuceno Silva* - Relator.

### Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo apelado, a Dr.ª Camila Maia Pyramo Costa.

DES. NEPOMUCENO SILVA - Presentes os requisitos de sua admissibilidade, conheço do recurso.

Trata-se de recurso contra sentença (f. 301/304) proferida pelo MM. Juiz de Direito da 4ª Vara de Feitos da Fazenda Pública Municipal, da Capital, nos autos de mandado de segurança impetrado por Posto França e Campos Ltda. contra ato reputado ilegal, praticado pelo Gerente Regional de Fiscalização Urbanística e Ambiental Oeste e pela Secretária Municipal Adjunta de Regulação Urbanística de Belo Horizonte, a qual denegou a segurança, tornando sem efeito a liminar, e condenou o apelante ao pagamento das custas processuais.

Nas razões recursais (f. 311/320), erige-se o inconformismo do apelante, argumentando, em síntese: que a atividade da empresa é desempenhada no local desde 1969; que é impossível obter novo alvará definitivo antes do julgamento da ação de retificação de área do imóvel onde está sediada (autos nº 024.06.085326-4), por culpa da burocracia da legislação municipal; que apresentou documentação comprovando que não causa dano ambiental; que tem segurança (laudo aprovado pelo Corpo de Bombeiros) e seguro de responsabilidade civil; que a interdição não respeitou os princípios do contraditório e da ampla defesa, sendo que os recursos administrativos ainda não foram julgados; e que não pode um órgão conceder o direito de regularização (SMAMA) e outro (Regional Oeste) determinar o encerramento sumário da atividade empresarial.

Contra-razões, em óbvia infirmação (f. 335/341).

Colheu-se o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça.

Ausentes preliminares a expungir, adentra-se o mérito.

O *writ* tem por objeto o enfrentamento do ato administrativo de interdição das atividades do Posto França e Campos Ltda. (Posto Pica-Pau), que exerce o comércio varejista de produtos derivados do petróleo, álcool etílico hidratado carburante, lubrificantes e acessórios para automóveis, há quase quatro décadas.

Aqui, nada mais faço que repisar o posicionamento que tenho adotado em casos símiles como, por exemplo, na Apelação Cível e Reexame Necessário nº 1.0024.04.520398-1, cujo modesto voto que proferi foi acompanhado na íntegra pelos eminentes Desembargadores

Cláudio Costa e José Francisco Bueno (j. em 25.05.006, *DJ* de 13.06.2006), restando ementado, *verbis*:

> Mandado de segurança. Posto de combustíveis. Licenciamento e alvará. Pedidos regulares. Processo administrativo. Morosidade e inércia da Administração. Interdição do estabelecimento. Sanção desarrazoada. Medida drástica e inopinada. Afronta ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade. Ofensa a direito líquido e certo. Correção mandamental que se impõe. Sentença mantida. - Os efeitos do moroso e burocrático processo administrativo não podem alcançar o administrado, atribuindo-lhe, em razão do pesado fardo da ineficiência, vultosos prejuízos, mediante nefasto abalo na sua imagem e competitividade mercadológica. A drástica e abrupta interdição do estabelecimento, portanto, representaria, em verdade, seu fechamento definitivo, não se podendo olvidar que 'os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa' configuram princípio da República Federativa do Brasil e fundamento do Estado Democrático de Direito e da ordem econômica. A interdição revela, pois, afronta à razoabilidade, pois não evidencia proporcionalidade entre as condutas do administrado - que atua no mercado há mais de 15 anos, sob aquiescência e fiscalização do Poder Público - e da Administração, máxime porque tomadas todas as providências que lhe competiam.

A interdição foi motivada pelo "exercício de atividade perigosa sem o alvará de localização e funcionamento" (auto de interdição, f. 231).

O apelante acostou aos autos farta documentação: apólice de seguro de responsabilidade civil (f. 30); auto de vistoria do Corpo de Bombeiros, válida até novembro/2008 (f. 32); contrato de coleta de resíduos sólidos (f. 34-40); certificado da Agência Nacional do Petróleo - ANP (f. 43); alvará (originário) de localização e funcionamento, emitido em 1969 (f. 45); guias de recolhimento de IPTU e taxas de funcionamento (f. 47); laudo das condições de estanqueidade de tanque e de suas instalações subterrâneas ou aéreas para armazenagem de combustível (f. 49/66); plano de controle ambiental (f. 108/183); Orientação para o Licenciamento Ambiental - OLA (f. 185); alegando, ainda, a existência de recursos administrativos pendentes de julgamento.

A tradição do apelante, que exerce a sua atividade há quase quatro décadas, a documentação acostada aos autos e o recurso administrativo pendente de julgamento recomendam cautela, bom senso e razoabilidade no exame da alegada afronta ao seu direito líquido e certo.

A Orientação para o Licenciamento Ambiental (OLA), recebida pelo empreendedor em 02.07.2007, exigiu para a formalização do processo ambiental, dentre inúmeros documentos, a apresentação, no prazo de 60 (sessenta) dias, de "parecer da Secretaria Adjunta de Regulação Urbana - SMARU sobre a conformidade legal do empreendimento frente à legislação urbanística" (f. 185).

A apelante esclareceu à Secretaria Municipal Adjunta de Regulação Urbana que, cumprindo determinação administrativa, ajuizou, em 30.05.2006, a competente ação judicial de retificação de área (f. 213/221), que ainda se encontra em trâmite, assim como o recurso administrativo interposto.

Esse o nó górdio da questão.

A Administração exigiu, para a formalização do processo ambiental, a prévia retificação judicial da área do imóvel, sendo que essa licença (ambiental) condiciona o indispensável alvará de localização e funcionamento.

Ou seja: o apelante tomou todas as providências que estavam ao seu alcance, não podendo, à obviedade, estabelecer prazo para que o Judiciário decida definitivamente o feito condicionante, consubstanciado na ação de retificação de registro imobiliário.

Os desarrazoados entraves administrativos e a demora do trâmite processual não podem alcançar o administrado, atribuindo-lhe, em razão desse pesado fardo, vultosos prejuízos, tendo em vista o abalo na sua imagem e na competitividade mercadológica, com falta de faturamento e perda dos clientes já conquistados, ao longo de quase quatro décadas.

A drástica e abrupta interdição do estabelecimento representaria, em verdade, o seu fechamento definitivo, não se podendo olvidar que "os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa" configuram princípio fundamental da República Federativa do Brasil e fundamento do Estado Democrático de Direito e da ordem econômica (CF, arts. 1°, IV, e 170).

A extrema medida adotada pela Administração afronta o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, que deve, sempre, nortear o Direito, como bem preleciona Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*. 17. ed., p. 99), citado pelo culto Julgador e aqui reproduzido, *verbis*:

> Com efeito, o fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discrição) significa que lhe deferiu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. Não significa, como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu líbito, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos e muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra de Direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicanda.

Dessarte, *in casu*, a extrema medida de interdição do estabelecimento não se justifica, porquanto a sociedade empresária atua nesse segmento, repito, há quase 40 (quarenta) anos, com aquiescência e fiscalização do Poder Público, mormente porque há recursos administrativos ainda pendentes de julgamento.

Ante tais expendimentos, reiterando vênia, dou provimento ao recurso para, reformando a sentença, conceder a segurança, convalidando a liminar, a fim de

permitir o funcionamento da empresa apelante até o julgamento final do processo administrativo.

Custas recursais, *ex lege*.

É como voto.

DES. MAURO SOARES DE FREITAS - De acordo.

DES. ANTÔNIO HÉLIO SILVA - De acordo.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO.

. . .

## Ação ordinária - Cheque de terceiro - Garantia em contrato de empréstimo - Restituição - Pedido - Dívida não paga - Impossibilidade

Ementa: Restituição de cheques de terceiros dados em garantia. Impossiblidade. Dívida não paga.

- Não é possível a restituição de cheques de terceiros dados em garantia em contrato de empréstimo se a dívida não foi paga.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0177.06.006026-2/001 - Comarca de Conceição do Rio Verde - Apelante: Banco ABN Amro Real S.A. - Apelada: Vilela's Real Vigas Comércio Indústria Ltda. - 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 DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 17 de setembro de 2008. - *Batista de Abreu* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. BATISTA DE ABREU - Vilela´s Real Vigas Comércio Indústria Ltda. propôs ação ordinária em face de Banco ABN Amro Real S.A. ao fundamento de que apresentou vários cheques emitidos por Jarder Cardoso Alves e Dalva Elena da Silva; de que os cheques foram apresentados para serem cobrados em nome da requerente; de que a conta dos emitentes não tinha fundos suficientes; de que arcou com a responsabilidade dos pagamentos em sua conta; de que foram debitados todos os títulos no valor de R$ 53.564,85 (cinqüenta e três mil quinhentos e sessenta e quatro reais e oitenta e cinco centavos) constantes da execução judicial; de que pretende a restituição dos cheques para ajuizar ações para obter o ressarcimento das importâncias executadas.

O réu contestou, suscitando preliminar de carência de ação para no mérito alegar que pactuou com o apelado um contrato de financiamento; que foram dados em garantia do empréstimo cheques de terceiros; que os cheques foram devolvidos por falta de fundos; que ajuizou ação monitória; que nos embargos o autor admitiu a existência de débitos; que o autor não garantiu o pagamento da dívida; que o autor não apresentou bens em garantia; que tem o direito de executar a dívida que lhe for mais favorável; que não pode ser impedido de protestar os títulos não pagos (f. 46/56).

A sentença de f. 89/91 rejeitou a preliminar de carência de ação e, no mérito, ao fundamento de que o réu tem em seu favor um título judicial no valor de R$ 53.568,85 (cinqüenta e três mil quinhentos e sessenta e oito reais e oitenta e cinco centavos); de que não existem motivos para se recusar a devolver os cheques; de que a retenção do cheque significa dupla garantia de uma única dívida; de que a restituição dos cheques não acarretará prejuízo para o réu, julgou procedente o pedido, determinando ao réu que promova a restituição dos cheques originais que fazem parte do contrato. Em sede declaratória (f. 92), fixou-se o prazo de 30 dias ao réu a partir do trânsito em julgado, para promover a devolução dos títulos, sob pena de multa diária no valor de R$ 1.000,00 (mil reais), e indenização por perdas e danos no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Nas razões da apelação, o recorrente alega que pactuou com o apelado um contrato de financiamento; que foram dados em garantia do empréstimo cheques de terceiros; que o contrato não foi quitado; que os cheques dados em garantia foram devolvidos por falta de fundos; que o apelado admitiu a existência de débito; que tem o direito de executar a garantia que lhe for mais favorável; que o apelado não pode cobrar de terceiros aquilo que não pagou ao banco; que já pagou o valor real do título na data do desconto; que é possuidor de boa-fé dos títulos, devido ao efeito translativo do referido endosso (f. 101/108).

Contra-razões nas f. 112 e 113.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença que julgou procedente ação ordinária, condenando o réu à restituição dos cheques originais que fazem parte do contrato firmado entre as partes.

No caso em exame, a autora pretende a restituição de cheques de terceiros dados em garantia do empréstimo, alegando que o réu já tem um título executivo judicial proveniente de uma ação monitória ajuizada contra ela.

Extrai-se dos autos que a autora se encontra inadimplente com o réu e que utilizou o crédito disponibilizado. Portanto, para que os cheques dados em garantia fossem devolvidos, seria necessário o pagamento do crédito garantido. É óbvio. A garantia foi livremente pactuada, conforme contratos acostados às f. 18/24. Para que seja jurídica a pretensão de restituição, é

necessário o pagamento da dívida. Antes da satisfação do crédito do apelante, é necessário que a garantia dada seja mantida.

A existência de título judicial não dá certeza do pagamento e, por conseqüência, não faz inócuas ou excessivas outras garantias. Concretamente, no mundo real, o réu não receberá o valor que lhe é devido simplesmente pelo fato de estar com um título executivo judicial. É o deslocamento patrimonial do devedor para o credor que satisfaz o crédito. Logo, os cheques dados em garantia poderão ser necessários para que o réu posteriormente ajuíze outra ação para a satisfação do crédito. A garantia dada no contrato tem por escopo a responsabilidade patrimonial de terceiros, caso não seja liquidada a dívida. Dessa forma, o contrato deve ser cumprido em sua integralidade, uma vez que tal avença foi livremente pactuada entre as partes e que eventual restituição dos referido títulos de crédito poderia acarretar prejuízos ao banco. Em síntese, enquanto não for quitada a dívida, o apelado não tem direito de reaver a garantia que deu.

Assim sendo, dou provimento ao recurso de apelação, reformando a r. sentença para julgar improcedente o pedido, condenando a autora ao pagamento das custas processuais, inclusive as recursais, e honorários advocatícios fixados em R$ 500,00 (quinhentos reais).

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA e WAGNER WILSON.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

## Ação ordinária - Plano de saúde - Prótese - Colocação - Necessidade de intervenção cirúrgica - Contrato de adesão - Cláusula contratual - Análise - Código de Defesa do Consumidor - Aplicabilidade - Dano moral - Reconhecimento

Ementa: Ação ordinária. Plano de saúde. Necessidade de intervenção cirúrgica para colocação de prótese. Contrato de adesão. Análise de cláusula contratual. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

- Sendo de adesão o contrato de prestação de serviços médico-hospitalares, sujeita-se o mesmo aos princípios, fundamentos e dispositivos da Lei nº 8.078/90, devendo suas cláusulas ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor, usualmente pessoa leiga, desconhecedora das especialidades da área médica.

- O contrato de plano de saúde deveria ser adaptado às disposições da Lei nº 9.656/98, em seu art. 10, § 2º, que determina que o consumidor teria que ter recebido a oferta do plano ou seguro referência, cuja adoção importaria em possibilitar a revisão da exclusão de cobertura do tratamento pleiteado.

- Não havendo nos autos prova de que a oferta obrigatória foi feita ao apelado e de que ele tivesse recusado, a presunção negativa milita em favor do consumidor, seja por ser a parte hipossuficiente, seja porque a obrigação legal de oferecer era da operadora do serviço.

- Comprovada a presença dos requisitos autorizadores do deferimento do pleito indenitário, por dano moral efetivamente experimentado pelo apelado, correto se revela o seu acolhimento.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0015.07.037688-2/002 - Comarca de Além Paraíba - Apelante: Federação Interfederativa Cooperativa de Trabalho Médico do Estado de Minas Gerais - Apelado: Reynaldo Teixeira - 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 fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO

Belo Horizonte, 24 de setembro de 2008. - *Nilo Lacerda* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. NILO LACERDA - Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de f. 180/189, que julgou procedente a ação ordinária proposta por Reynaldo Teixeira contra a Federação Interfederativa das Cooperativas de Trabalho Médico do Estado de Minas Gerais, condenando a requerida a arcar com as cirurgias de próteses em ambos os joelhos do autor, tornando definitiva a liminar deferida, bem como a pagar indenização por danos morais no valor de R$5.000,00 (cinco mil reais), com correção monetária e juros, condenando ainda a requerida ao pagamento das custas do processo e honorários advocatícios, estes em 20% do valor da condenação.

Pelas razões de f. 191/204, a apelante, após postular a correção de seu nome para Federação Interfederativa das Cooperativas de Trabalho Médico do Estado de Minas Gerais, argúi preliminar de ilegitimidade ativa, ao entendimento de que o autor não teria qualidade para figurar no pólo ativo da ação, por ser

mero aderente a contrato de prestação de serviços médicos que foi firmado entra a apelante e a Grande Oriente de Minas Gerais, pessoa única que poderia questionar, em juízo, o contrato.

Em face de tal argumento, pede a extinção do feito, sem julgamento do mérito.

No âmbito meritório da espécie, fixa a apelante que o contrato levado a efeito entre as partes não revela qualquer ilegalidade passível de anulação de cláusulas, sendo certo que o apelado, chamado para adaptar o contrato às disposições constantes da Lei 9.656/98, quedou-se inerte, sendo válida, outrossim, a cláusula que exclui da cobertura de prótese, nesta incluída aquela pretendida pelo apelado.

Citando posicionamento jurisprudencial, inclusive do egrégio STJ, assevera a apelante que a assistência médica e hospitalar a ser prestada é aquela legalmente prevista no contrato, não sendo proibido por lei o contrato de adesão, que às suas condições se submete aquele que adere.

Questiona, lado outro, a sua condenação por danos morais, sustentando inexistir nos autos a comprovação da ocorrência dos requisitos autorizadores da medida, exatamente porque não há qualquer prova de que tenha o recorrido sido submetido a sofrimento físico ou psicológico decorrente do ato inquinado de danoso.

Finda, pois, postulando o acolhimento da preliminar argüida ou, no mérito, pelo provimento do apelo a que a ação seja julgada improcedente, requerendo, alternativamente, que seja reduzida a verba indenizatória por dano moral.

Preparo às f. 205.

Contra-razões às f. 224/225.

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos legais.

Da preliminar de ilegitimidade ativa.

Apreciando a preliminar deduzida pela apelante de ilegitimidade ativa, ao entendimento de que o autor, sendo mero aderente ao contrato de prestação de serviços médicos firmado entre ela e a Grande Oriente de Minas Gerais, entendo que razão não lhe assiste, visto que a apuração da legitimidade ativa ou passiva para um dado processo se faz através da verificação da relação de direito material em discussão que, no caso, é revelada pela percepção do vínculo entre as partes pelo direito material discutido, que é a prestação do serviço médico pela apelante ao apelado.

Sobre a matéria, ensina Humberto Theodoro Júnior:

> 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 (*Curso de direito processual civil*. 41. ed., v. I, p. 57).

Este egrégio Tribunal de Justiça, em caso semelhante, fixou que:

> Contrato coletivo de plano de saúde. Legitimidade ativa do beneficiário. Recurso conhecido e provido. Sentença desconstituída. I - Beneficiário de contrato coletivo de plano de saúde possui legitimidade para buscar a tutela jurisdicional dos direitos decorrentes do referido contrato. Precedentes no Superior Tribunal de Justiça (Apelação Cível nº 1.0702.06. 298156-9/001, Relator Des. Bitencourt Marcondes, *DJ* de 15.03.2007).

Dessarte, caracterizada se faz a legitimidade ativa do autor para a propositura da presente ação, sendo inconsistente a preliminar argüida.

Rejeito a preliminar.

Mérito.

Analisando o âmbito meritório da espécie, necessário se faz ressaltar, inicialmente, que a incidência do Código de Defesa do Consumidor ao presente caso é incontestável, enquadrando-se a apelante perfeitamente no conceito de fornecedora, conforme dispõe o art. 3º, § 2º, da Lei nº 8.078/90, e o apelado na qualidade de consumidor do serviço prestado.

Note-se que sobre a relação entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Assistência e Seguros de Saúde discorre José Reinaldo de Lima Lopes:

> Entendido que a Lei 9.656/98 encontra-se dentro do direito do consumidor, seus dispositivos devem ser interpretados dentro dos princípios gerais ou contratuais da Lei 8.078/90. Em primeiro lugar, o consumidor do plano de saúde (ou seguro-saúde) continua a ter o direito de ver reconhecida sua vulnerabilidade (art. 4º, I) tanto na esfera da regulamentação administrativa quanto na esfera judicial. Tem ainda aplicação muito relevante o inciso V do art. 4º, já que os fornecedores dos planos e seguros se responsabilizam pela qualidade de seus serviços, inclusive tendo em conta a natureza continuativa da relação (cf. art. 17, IV, da Lei 9.656/98) (in *Saúde e responsabilidade, seguros e planos de assistência privada à saúde*, Ed. RT, Biblioteca de direito do consumidor, v. 13, p. 29).

É evidente que deve ser respeitado o equilíbrio dos contratos, mas o *pacta sunt servanda* deve sofrer abrandamentos quando se tratar de situações *sui generis*, como a ora analisada. O autor paciente não procurou infringir a cláusula contratual para o tratamento cirúrgico de colocação de prótese em seus joelhos, mas foi surpreendido com a necessidade de fazê-lo, não havendo sustentação para que a prestadora de serviços médicos não cubra os imprescindíveis gastos.

Como se viu acima, o consumidor do plano de saúde (ou seguro-saúde) continua a ter o direito de ver reconhecida a sua vulnerabilidade (art. 4º, I), tanto na esfera da regulamentação administrativa, quanto na esfera judicial. Tem ainda aplicação muito relevante o inciso V do art. 4º, já que os fornecedores dos planos e seguros se responsabilizam pela qualidade de seus

serviços, inclusive tendo em conta a natureza continuativa da relação (cf. art. 17, IV, da Lei 9.656/98.

Esse é o entendimento da jurisprudência:

> O contrato adesivo que coloca no mercado planos de saúde, avença regulada através de um contrato de prestação de serviços médicos, na sua execução, está sujeito à aplicação do estatuto consumerista, posto evidenciada a condição de fornecedora de serviços da cooperativa contratada, tendo figurado como destinatária a consumidora final, elementos que caracterizam uma relação de consumo, nos moldes dos arts. 2º e 3º do CDC. A saúde, bem relevante à vida e à dignidade da pessoa humana, foi elevada na atual Constituição Federal à condição de direito fundamental, não podendo ser, portanto, caracterizada como simples mercadoria e nem pode ser confundida com outras atividades econômicas. Sendo detectada a natureza abusiva de cláusula contratual, possibilita ao Judiciário declarar a sua ineficácia, [...] (TAMG - Apelação Cível nº 324.266-6 - Rel. Juiz Edilson Fernandes - *DJ* de 14.02.01).

Sendo assim, tal contrato deve ser interpretado em favor do consumidor, tal qual inteligência que se extrai do seguinte aresto:

> Ementa: Plano de saúde - Lei 9.656/98 - Código de Defesa do Consumidor - Aplicabilidade - Saúde - Bem jurídico constitucionalmente resguardado - Cláusula limitativa de direitos que exclui prótese coronariana da cobertura - Redação em desacordo com o CDC - Nulidade - Honorários advocatícios.
> - Irrelevante é a discussão acerca da aplicação ou não da Lei 9.656/98 aos planos de saúde anteriores à chamada Lei de Plano e Seguro Saúde, porquanto a saúde fora tutelada pelo legislador constituinte, sendo elevada a cânone máximo da garantia à existência humana digna e em consonância com os demais postulados previstos na Carta Política.
> - A cláusula que exclui "próteses de qualquer natureza" dos contratos de plano de saúde estabelece evidente contradição relativamente à finalidade e natureza do instrumento de prestação de assistência médico-hospitalar, além de estabelecer desconformidade abusiva, por desvantagem exagerada no que concerne ao conveniado, de forma incompatível com os princípios da boa-fé e da eqüidade, agasalhados pelo Código do Consumidor.
> - A sentença que decidir o mérito do processo cautelar condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios, porquanto, não obstante ser estranha à natureza das ações preparatórias, a litigiosidade poderá surgir em qualquer momento, dando ensejo aos ônus sucumbenciais a serem suportados pelo perdedor (Apelação Cível nº 406.208-8, Terceira Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, negaram provimento, Relator Juiz Mauro Soares de Freitas).

Dessa forma, a cláusula do contrato que exclui a realização de tratamento cirúrgico de colocação de prótese, de modo a facilitar o favorecimento contratual apenas do plano de saúde, agravando a posição da parte mais frágil, que é o consumidor, não encontra fundamento de validade ainda no princípio da vulnerabilidade do consumidor, pois esse princípio, que permeia as relações de consumo, está em dar realce específico ao princípio constitucional da isonomia, dando tratamento desigual aos desiguais, de modo a se alcançar o equilíbrio contratual.

Denota-se, da análise dos documentos carreados à inicial, que o apelado se filiou ao "Contrato de Prestação de Serviços Médicos e Hospitalares", conforme f. 138/143, merecendo descrever a cláusula VII, letra *n*:

> Cláusula VII - Serviços não assegurados: [...]
> - marca-passo, lente intra-ocular, aparelhos ortopédicos, válvulas, próteses e órteses de qualquer natureza;

Essa possibilidade de limites tão amplos de exclusão de serviços levou à edição da Lei nº 9.656, de 03.06.98, que eliminou a maior parte da longa listagem de "serviços não assegurados" dos planos de saúde em geral.

A obrigatoriedade de ampla cobertura está expressa no art. 10 da lei mencionada que instituiu o plano ou seguro-referência de assistência à saúde (com as exigências mínimas indicadas no art. 12 do mesmo diploma) e cujo § 2º determina:

> Art. 10 (...)
> § 2º As operadoras definidas nos incisos I e II do § 1º do art. 1º oferecerão, obrigatoriamente, o plano ou seguro-referência de que trata este artigo a todos os seus atuais e futuros consumidores.

E o art. 35 da lei em comento arremata:

> Art. 35. Aplicam-se as disposições desta Lei a todos os contratos celebrados a partir de sua vigência, assegurada ao consumidor com contrato já em curso a possibilidade de optar pelo sistema previsto nesta Lei.
> § 1º No prazo de até noventa dias a partir da autorização para funcionamento prevista no art. 19, as operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde adaptarão aos termos desta legislação todos os contratos celebrados com seus consumidores.

Como se verifica, desde setembro/1998, o aludido contrato deveria ter sido adaptado às disposições da Lei n. 9.656/98, e o consumidor teria que ter recebido a oferta do plano ou seguro-referência, cuja adoção importaria em rever a exclusão de cobertura do referido tratamento cirúrgico, bem como as demais outras cláusulas de exclusão.

Todavia, nos autos, não há qualquer prova de que a oferta obrigatória tenha sido feita diretamente ao apelado e de que ele a tivesse recusado ou aderido. A presunção negativa milita em favor do consumidor, seja por ser a parte hipossuficiente, seja porque a obrigação legal de oferecer era da operadora do serviço.

Os ilustres professores Orlando Gomes e Cláudia Lima Marques demonstram qual a destinação desses contratos, respondendo à indagação feita acima:

> a cobrir o risco de doença, com o pagamento de despesas hospitalares e o reembolso de honorários médicos, quando

se fizerem necessários. (GOMES, Orlando, in Seguro saúde - regime jurídico - seguro de reembolso de despesas de assistência médico-hospitalar - contrato semipúblico - *RDP* 76/250).

O objeto principal destes contratos é a transferência (onerosa e contratual) de riscos referentes a futura necessidade de assistência médica ou hospitalar. A efetiva cobertura (reembolso, no caso dos seguros de reembolso) dos riscos futuros à sua saúde e de seus dependentes, a adequada prestação direta ou indireta dos serviços de assistência médica (no caso dos seguros pré-pagamento ou de planos de saúde semelhantes) é o que objetivam os consumidores que contratam com estas empresas (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor.* 3. ed., Ed. RT, p. 192/193).

Como se depreende, há uma tripla razão para não prevalecerem as malsinadas cláusulas: primeiro, porque elas impõem obrigação incompatível com a boa-fé ou a eqüidade, trazendo desvantagem exagerada ao consumidor, estando em desacordo com o sistema de proteção a este e restringindo direitos fundamentais inerentes à natureza e conteúdo do contrato (art. 51, inc. IV e XV, § 1°, inc. II, do CDC); segundo, por desatenderem às normas impostas pela Lei n° 9.656/98, cujas disposições desfavoráveis ao consumidor teriam que ser levadas à sua opção pela apelante, não havendo prova de que o foram; e, por último, por tratar-se de um contrato de cláusulas gerais, estabelecendo apenas as condições gerais do seguro, devendo ser interpretadas restritivamente.

A questão de fundo não é meramente de respeito a cláusula contratual, mas sim dizer se determinada cláusula não viola os direitos básicos do consumidor; se havendo dúvida sobre a validade ou a vigência da cláusula, a interpretação teria que ser a mais favorável ao consumidor (art. 47 do CDC).

Assim, por considerar que a cláusula contratual que exclui a cobertura de tratamento da apelante não encontra fundamento de validade na Constituição Federal e nos princípios consumeristas, correta se me afigura a inteligência posta na sentença questionada, que impôs à apelante arcar com os custos das cirurgias de colocação de próteses nos joelhos do autor/apelado.

Noutro giro, no que respeita à condenação da autora por danos morais, entendo absolutamente correta a decisão questionada, uma vez que o autor efetivamente comprovou a sua submissão a situação vexatória de profunda angústia, em face da negativa da apelante em arcar com o procedimento cirúrgico descrito nestes autos que, embora deferido pela decisão cuja cópia se encontra às f. 52/53 e acórdão juntado às f. 212/219, este, proferido há quase um ano, não foi cumprido pela recorrente, impondo mais sofrimento ao recorrido, que teve que amealhar meios para pagar as cirurgias cujo custeio foi determinado que a apelante cumprisse e que deliberadamente não o fez.

Assim sendo, restando efetivamente comprovado o dano moral imposto ao apelado pela atitude negativa da apelante, justificada se fez a sua condenação pelos danos morais experimentados, acrescentando-se que o valor estipulado a tal título, no importe de cinco mil reais (R$5.000,00), revela justa e criteriosa fixação.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso e confirmo a sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, pela apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALVIMAR DE ÁVILA e DOMINGOS COELHO.

*Súmula* - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

## Indenização - Liberdade de imprensa - Publicação - Caráter informativo - Ofensa à honra - Inexistência - Dano moral - Não-configuração

Ementa: Indenização. Danos morais. Liberdade de imprensa. Caráter informativo das publicações. A notícia veiculada em jornal que não ultrapassa os limites de divulgação, da informação, da expressão de opinião e livre discussão dos fatos, não atinge a honra do requerente, não sendo passível de reparação de ordem moral.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0693.06.053041-9/001 - Comarca de Três Corações - Apelante: Consita Ltda. - Apelados: Gráfica e Editora Folha do Sul Minas Gerais Ltda. e outro - 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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 07 de agosto de 2008. - *Mota e Silva* - Relator.

### Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento pela apelante, o Dr. Octávio de Castro Maia.

DES. MOTA E SILVA - Cuida-se de recurso de apelação interposto nos autos da ação indenizatória aviada por Consita Ltda. em detrimento de Gráfica e Editora Folha do Sul Minas Gerais Ltda. e Paulo César Pereira.

A autora ajuizou a presente ação alegando que o Jornal Folha do Sul, cujo editor chefe é o réu Paulo César Pereira, efetuou publicações ofensivas e inverídicas com relação à empresa, evidenciando as seguintes publicações: artigo publicado entre os dias 31.01.2005 e 06.02.2005 intitulado "Escândalo do Lixo pára Prefeitura"; matéria que circulou entre os dia 21 e 27 de março de 2005 com a manchete "Promotoria e Polícia entram na investigação do 'Escândalo do Lixo' ", com a ilustração de um caminhão de lixo com a marca da empresa; Publicação veiculada na edição nº 531, que circulou entre 08 e 14.08.2005 na qual constou "Escândalo do Lixo - Delúbio mandou Consita para TC". Pleiteou a procedência de seus pedidos, para que a ré fosse condenada ao pagamento de indenização em face dos danos morais sofridos em decorrência das citadas publicações que reputa inverídicas e ofensivas.

A decisão recorrida julgou improcedente o pedido inaugural, razão pela qual a autora interpõe o presente recurso de apelação, explicitando os danos sofridos ao pugnar pelo provimento do presente recurso, com a conseqüente reforma da decisão impugnada.

Nos termos da certidão de f. 563-verso não foram apresentadas contra-razões.

É o breve relato. Decido.

Passo a apreciar a existência de responsabilidade civil ensejadora do dever de indenizar.

Pela análise dos autos, constata-se que as publicações são provenientes de caráter informativo.

As notícias veiculadas apenas informam ao leitor os fatos investigados, como segue:

A contratação do serviço de limpeza pública ensejou a abertura de uma sindicância na Prefeitura Municipal de Três Corações, com a conseqüente instauração de um processo administrativo (f. 182-485), que culminou com o bloqueio dos pagamentos e instauração de procedimento para a declaração de inidoneidade da autora.

Ressalto que nos depoimentos colhidos na sindicância, como consta dos termos de f. 345-353 e do seu termo de encerramento (f. 354-367), os funcionários da Prefeitura e da apelante reconheceram a ausência de lisura na contratação dos serviços de coleta de resíduos.

Dito isso, todas as notícias veiculadas refletiram a crise no sistema de limpeza urbana operado pela ré em virtude de contratos formulados com a Prefeitura de Três Corações, ente municipal que, através de processos administrativos, reconheceu a irregularidade da contratação, como consta da decisão de f. 484-485.

As publicações constantes às f. 42 e 43, que possuem as manchetes "Máfia do lixo manda Consita para Três Corações já com tudo arranjado" e "Delúbio mandou Consita para TC", tiveram como fundamento a reprodução de fita cuja gravação foi feita pelo Ministério Público de São Paulo.

A matéria acima mencionada resumiu o seu conteúdo na reprodução das informações prestadas, tendo, portanto, o nítido caráter informativo.

Neste sentido é a posição do STJ:

> Direito civil. Indenização por danos morais. Publicação em jornal. Reprodução de cognome relatado em boletim de ocorrências. Liberdade de imprensa. Violação do direito ao segredo da vida privada. Abuso de direito. - A simples reprodução, por empresa jornalística, de informações constantes na denúncia feita pelo Ministério Público ou no boletim policial de ocorrência consiste em exercício do direito de informar. - [...] Recurso especial provido (REsp 613.374/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 17.05.2005, *DJ* de 12.09.2005, p. 321).

> Dano moral. Notícias veiculadas pela imprensa. Circunstâncias peculiares. Falta de fundamentação dos dispositivos apontados como violados. Notícia que divulga denúncia feita por promotor público. Precedentes da corte. 1. Não serve para sustentar o especial a simples relação de dispositivos de lei federal que teriam sido violados, sem a fundamentação apropriada para cada um. 2. Indicando o Acórdão recorrido que as notícias veiculadas limitaram-se a reproduzir denúncia feita por Promotor Público, não há falar em conduta ilícita das empresas jornalísticas, não detectada distorção maliciosa. 3. Não colhe o dissídio, na linha de precedentes da Corte, 'quando adotada a decisão recorrida em face de circunstâncias fáticas peculiares do caso'. 4. Recurso especial não conhecido (REsp 299846/MG, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, j. em 25.09.2001, *DJ* de 04.02.2002, p. 350).

No mesmo sentido é o posicionamento deste Tribunal:

> Ação de indenização por danos morais. Notícia jornalística. Venda de carteiras de habilitação. Afastamento de policiais. Decisão temporária. Término de investigação. Inexistência de abuso. Exercício regular de direito. Liberdade de informação. Dever de indenizar. Não-configurado. - Não cabe indenização quando a informação é fornecida, sem abuso, apenas no exercício regular de direito assegurado pela Constituição Federal, a qual garante à imprensa a liberdade de informação, desde que, sem excessos. - O afastamento do policial antecede à data de publicação da matéria jornalística, razão pela qual não há que se falar em dano. - Inexiste ofensa à honra, quando se divulga matéria de interesse coletivo, mormente quando envolve cidadãos que têm visibilidade perante a sociedade em virtude do papel que desempenham na teia social (1.0024.05.749221-7/001, Rel. Fábio Maia Viani, j. em 18.05.2007).

As demais notícias veiculadas tiveram como fundamento supostas fraudes na licitação para a contratação da apelante para o serviço de coleta de lixo na Cidade de Três Corações.

A reportagem de f. 34-35 tem como escopo informar o leitor a respeito da probabilidade da entabulação de contratos superfaturados entre a Prefeitura e a empresa apelante, superfaturamento que, como dito, foi evidenciado em processo administrativo.

Já a opinião constante da publicação datada de 06 a 12 de fevereiro de 2005 (f. 36-37) não tem nenhum caráter agressivo, haja vista que esboça, como dito, a

opinião do veículo de informação em face da nota de esclarecimento feita pela empresa autora.

A ilustração da publicação constante às f. 38-40 não extrapola os limites da informação ao constar da reportagem um caminhão da empresa apelante, haja vista que tinha como escopo comunicar à população local a respeito das investigações para a contratação da Consita.

No que se refere às matérias de f. 42-43, como as anteriores, visava à informação com relação ao processo de licitação para a contratação da empresa apelante.

Inexistiu atentado ao nome da autora, haja vista que não demonstrada a alegada transparência de suas condutas, que foram, inclusive, objeto de análise nos órgãos de fiscalização regional, como consta do documento de f. 45, que, embora conste a ausência de menção a respeito dos resultados da inspeção, não nega a irregularidade dos contratos, irregularidade investigada na sindicância instaurada.

Os documentos carreados pelos apelados às f. 78-86 e 93 demonstram a ampla divulgação a respeito da contratação da autora, com a publicação em outros órgãos de imprensa, constando, inclusive, às f. 486 e 487-489, veiculação no jornal *Estado de Minas* e na *Folha de São Paulo*.

Logo, as publicações se revestem de nítido caráter informativo, dando ciência à população local sobre a gestão do dinheiro público. Portanto, se outros veículos dissiparam a informação e se o contrato foi interrompido em decorrência dos fatos noticiados, não há nenhum ataque do órgão de publicação apelado, e sim a prestação de informação útil à comunidade.

Neste aspecto, não há dúvidas de que o dano moral, em face da Lei de Imprensa, só se caracteriza quando, ao exercer a liberdade de manifestação de pensamento ou de informação, alguém publique notícia ofensiva à reputação, à honra ou à dignidade de outrem. A publicação que tem nítido caráter informativo e não extrapola as informações fornecidas não caracteriza o dano moral, como pretende o apelante.

Constata-se que, apesar de o art. 16 da Lei 5.250/67 dispor que constitui crime publicar ou divulgar fatos verdadeiros, truncados ou deturpados, não foi esse o caso dos autos, não havendo elementos para afirmar que houve intenção dos réus em prejudicar o autor.

Portanto, afirmar que a conduta dos apelados foi ilícita seria uma forma de ferir a liberdade de imprensa, restando claro que o autor não conseguiu demonstrar, de forma segura, que os réus tivessem o intuito de deturpar as informações.

É sabido que a liberdade de imprensa não é plena, sendo limitada pelas garantias constitucionalmente previstas. Porém, no caso dos autos, não sendo extrapolado o nítido caráter da informação, inexiste lesão aos direitos e garantias fundamentais, pois, se assim for entendido, estar-se-á dando guarida à ocultação de atitudes lesivas à moralidade administrativa, acobertando condutas que deveriam ser públicas e transparentes.

Assim, não há como amparar o inconformismo recursal, visto que não se encontra caracterizado o abuso da liberdade de expressão de modo a acarretar a responsabilidade indenizatória pretendida.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso de apelação.

Custas recursais, pelo apelante.

DES. MAURÍLIO GABRIEL - De acordo.

DES. WAGNER WILSON - De acordo.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

...

## Indenização - Dano moral - Segurança de *shopping* - Conduta abusiva - Serviço terceirizado - Condomínio contratante - Culpa *in eligendo* - Atos de prepostos - Responsabilidade - *Quantum* indenizatório - Fixação

Ementa: Ação de indenização. Conduta abusiva e inadequada de segurança de *shopping*. Serviço terceirizado. Responsabilidade do condomínio contratante. Dano moral comprovado. *Quantum* indenizatório. Honorários advocatícios.

- O estabelecimento (*shopping*) que contrata serviço de segurança através de empresa terceirizada é responsável pelos atos praticados pelos funcionários da mesma, porquanto também atuam como seus prepostos.

- O montante da indenização, por danos morais, deve ser suficiente para compensar o dano e a injustiça que a vítima sofreu, proporcionando-lhe uma vantagem, com a qual poderá atenuar parcialmente seu sofrimento.

Agravo retido e apelos não providos.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.072460-6/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: 1º) Chubb do Brasil Cia. de Seguros, 2º) Condomínio Complexo Imobiliário Paragem - Apelados: G.F.J., representado pelo pai E.S.J. - 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 NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E ÀS APELAÇÕES.

Belo Horizonte, 26 de agosto de 2008. - *Roberto Borges de Oliveira* - Relator.

## Notas taquigráficas

DES. ROBERTO BORGES DE OLIVEIRA - Cuida-se de apelações cíveis interpostas, respectivamente, por Chubb do Brasil Cia. de Seguros e Condomínio do Complexo Imobiliário Paragem contra sentença prolatada pelo Juízo da 20ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, nos autos da "Ação de Indenização por Dano Moral" (sic) que lhes é movida por G.F.J., representado por seu pai, E.S.J.; figurando a primeira apelante como denunciada à lide.

O MM. Juiz julgou procedente a lide principal, para condenar o suplicado a pagar ao suplicante, indenização por dano moral, no importe de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), corrigidos monetariamente pelos índices da tabela da CJMG, desde a data da sentença, e acrescidos de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação.

Condenou-o, ainda, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que foram fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

Quanto à lide secundária, julgou-a procedente, para condenar a seguradora denunciada a reembolsar ao condomínio denunciante os valores objeto da condenação na lide principal, até o limite do contrato de seguro entre eles celebrado.

Condenou-a, também, ao pagamento dos honorários advocatícios do patrono do condomínio denunciante, arbitrando-os em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação na lide principal.

Inconformada, a primeira apelante insurge-se contra a sentença, aduzindo que não há prova nos autos de que o segurança do *shopping* tenha empurrado o apelado contra a parede e apertado o seu braço.

Salienta que a única testemunha arrolada pelo apelado, Sr. Geraldo Adilson de Castro, prestou depoimento totalmente contraditório aos fatos narrados na inicial, demonstrando a ausência de veracidade das alegações.

Assevera que o depoimento da citada testemunha deve ser visto com a mesma reserva que se viu o do segurança Gilson, suposto agressor do menor, uma vez que o Sr. Geraldo Adilson de Castro é pai de um dos amigos do apelado e estava presente em festa familiar; circunstância que denota parcialidade e interesse no êxito de uma das partes.

Ressalta, outrossim, que o dano moral não restou comprovado.

Alternativamente, pugna pela redução do *quantum* indenizatório, ao argumento de que o importe de R$ 5.000,00 enseja patente enriquecimento sem causa do apelado.

Pleiteia, ainda, a redução do percentual dos honorários advocatícios fixados na lide principal e secundária para 10% (dez por cento).

O segundo apelante, por seu turno, requer, preliminarmente, que seja conhecido e julgado o agravo retido interposto contra a decisão do Juiz *a quo* que afastou a preliminar de ilegitimidade passiva.

No mérito, defende a inexistência de prova nos autos que embase a alegação do apelado de que o segurança o teria agredido.

Enfatiza que a única testemunha ouvida em juízo, Sr. Geraldo Adilson de Castro, afirma ter visto o segurança em frente ao apelado com a mão em seu ombro, posicionando-o contra a parede.

E que tal ato não constituiu qualquer agressão ou ilícito, uma vez que o segurança estava apenas retendo o apelado, visto que este, juntamente com seus colegas, estava fazendo algazarra no banheiro do *Shopping* Paragem.

Acrescenta que o depoimento da citada testemunha é frágil, pois, enquanto ela afirma ter presenciado o suposto fato, na inicial, o apelado registra que o Sr. Geraldo Adilson de Castro somente foi falar com o segurança quando avisado pelo próprio apelado do ocorrido.

Sustenta, de outro lado, que, mesmo que se entenda que restou configurado, na hipótese, um ilícito, tal constituiu mero dissabor ou transtorno, que não dá respaldo ao pagamento de indenização.

Alternativamente, pugna pela redução do valor da indenização fixado na sentença.

Postulam o provimento dos recursos, com a conseqüente reforma da decisão *a qua*.

Devidamente intimado, o apelado apresentou contra-razões às f. 352/365 e 366/378.

Aberta vista à d. Procuradoria de Justiça, a mesma opinou pelo desprovimento dos recursos.

Considerando que o segundo apelo traz matéria prejudicial ao primeiro, inverto a ordem dos julgamentos.

Segunda apelação.

Agravo retido.

Insurge-se o agravante contra a decisão de f. 255, que rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva por ele argüida.

Aduz, para tanto, que o agravado alega que foi agredido sem qualquer motivo pelo Sr. Gilson Geraldo de Matos, empregado do *Shopping* Paragem, o que ensejaria a responsabilidade do citado estabelecimento pela indenização por danos morais pleiteada.

No entanto, o Sr. Gilson não é, e nunca foi, empregado do *Shopping* Paragem, mas sim da empresa Seris Serviços Técnicos Industriais Ltda., única responsável pela segurança do empreendimento naquela época.

Dessa forma, o agravante não influía na contratação, direção ou treinamento dos agentes de segurança,

que se relacionavam exclusiva e diretamente com a empresa Seris, inexistindo entre o condomínio e o pretenso agressor qualquer relação diretiva ou mesmo pessoal.

Alega, outrossim, que, se restar admitida a ocorrência do fato narrado na inicial, é certo que o segurança agiu além de suas funções, sendo, portanto, o único responsável pelos seus atos.

Sem razão o agravante.

De fato, o Sr. Gilson Geraldo de Matos é empregado da empresa Seris Serviços Técnicos Industriais Ltda., e não do Condomínio Paragem, conforme se extrai dos documentos de f. 49/54.

Não obstante, a opção de realizar a segurança do *Shopping* Paragem, através de empresa terceirizada, foi do agravante.

Manifesta, portanto, a sua culpa *in eligendo*, pois escolheu mal a empresa responsável por tais serviços, a qual se revelou incapaz de manter a ordem e a tranqüilidade no estabelecimento, da maneira adequada.

Impende destacar que o estabelecimento (*shopping*) que contrata serviço de segurança através de empresa terceirizada é responsável pelos atos praticados pelos funcionários da mesma, porquanto também atuam como seus prepostos.

No mesmo sentido, é a orientação do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sendo exemplar o posicionamento adotado no seguinte aresto:

> [...] É parte passiva legítima *ad causam* o clube réu na ação de indenização por danos patrimoniais e extrapatrimoniais, por violência praticada pelos seguranças de evento, pois responsável por atos de seus prepostos e, decorrentemente, pelos atos dos seguranças da empresa terceirizada, porquanto também atuaram como seus prepostos. Inteligência dos artigos 1.521, III, e 1.522, ambos do Código Civil de 1916, vigente à época do fato. Responsabilidade da empresa que contrata a empresa de segurança. Culpa *in eligendo*, ao escolher, entre as diversas do ramo, uma que não possuía profissionais suficientemente preparados para o exercício da atividade [...]. (AC nº 70010684686, 9ª Câmara Cível, Relatora Des.ª Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira, j. em 28.12.2005).

Flagrante, pois, a responsabilidade do agravante quanto ao ato praticado pelo segurança Gilson, contra o agravado, devendo ser mantida a decisão que afastou a preliminar argüida.

Nego provimento ao agravo retido.

Mérito.

No mérito o recurso também não merece prosperar.

Ao contrário do que sustenta o apelante, o depoimento da única testemunha ouvida em juízo, Geraldo Adilson de Castro, é forte o suficiente a demonstrar o ato ilícito praticado pelo seu segurança, que pressionou o apelado, que é menor, contra a parede, sob o pretexto de que o mesmo e seus amigos estariam fazendo algazarra no corredor e no interior das instalações sanitárias do *shopping*:

> [...] que no dia dos fatos estavam no *shopping* o depoente, seu filho, o autor da ação e ainda dois outros colegas do autor; que em dado momento foi chamado pelo filho para ir ao local próximo à saída do banheiro porque segundo seu filho 'o segurança do shopping estava arrumando confusão com eles'; que se dirigiu até a entrada do banheiro e pôde presenciar quando o segurança empurrava o autor contra a parede; que questionado sobre sua atitude pelo depoente o segurança disse que assim agia porque os garotos estavam fazendo bagunça no banheiro; que o segurança disse que havia, inclusive, uma câmera que teria filmado os garotos; que o depoente pediu para ver a fita; que se dirigiu a uma sala do *shopping* onde vários visores foram mostrados, mas o depoente nada viu que comprometesse os garotos; que o segurança, para conter o autor, posicionou-se à frente do mesmo e colocou a mão em seu ombro posicionando-o contra a parede; que os demais colegas do autor presenciaram essa cena; que sabe que o pai do autor, ao saber dos fatos, procurou a gerência do *shopping* para esclarecimentos (f. 268).

Deve ser ressaltado que a referida testemunha presenciou o fato e esclareceu a contento o ocorrido, sendo de grande importância para o deslinde do feito; notadamente quando cada uma das partes apresenta uma versão diferente.

Observo, ainda, que a contradita formulada pelo apelante, sob o argumento de que a mesma seria amiga íntima do autor e de sua família foi rejeitada pelo Juízo *a quo*, sendo que tal decisão não foi objeto de recurso, tornando legítimo o depoimento prestado.

Ademais, inquirido pelo Juiz naquela oportunidade, o Sr. Geraldo Adilson de Castro negou a amizade íntima, dizendo ser apenas conhecido da família, o que reforça a validade e idoneidade de tais declarações.

Impõe registrar, outrossim, que, conquanto o apelante alegue que o apelado e seus amigos faziam algazarra no banheiro, nada comprovou nesse sentido, ignorando a norma do art. 333, II, do CPC.

Nesse contexto, é certa a violação aos direitos do apelado, menor relativamente incapaz, que foi abordado de maneira inadequada e agressiva pelo segurança do *shopping*, ao ser prensado contra a parede, em local público e na presença de seus colegas, sem qualquer motivo.

Na hipótese, o ato ilícito praticado pelo segurança do apelante consubstanciou-se no abuso no exercício da sua profissão.

Tanto isso é verdade, que 5 (cinco) dias após o evento, que ocorreu em 1º.03.2006, o apelante o demitiu, conforme reconhecido pelo próprio segurança em seu depoimento (f. 269).

Essa circunstância, inclusive, corrobora a alegação inicial de que, no dia 6 de março, a Sr.ª Rose, gerente geral do condomínio apelante, ligou para a residência dos pais do apelado, pedindo novas desculpas pelo ocorrido e informando que o segurança Gilson havia sido dispensado. O que demonstra que o próprio apelante admitiu o excesso perpetrado pelo seu preposto.

Não se pode entender, outrossim, que o ato ilícito em voga tenha causado apenas dissabor ou transtorno ao apelado.

Como bem ressaltou o il. representante do Ministério Público, a conduta abusiva do segurança colocou o mesmo em situação vexatória, acarretando-lhe, também, constrangimento perante os seus amigos.

Não se pode olvidar, ainda, conforme salientou, por seu turno, o il. Juízo *a quo*, que uma situação como essa gera emoções negativas, angústia, perturbação na tranqüilidade e nos sentimentos do ofendido.

Portanto, são patentes a ocorrência de dano moral e o dever de indenizar.

No que concerne ao *quantum* indenizatório, é cediço que o arbitramento do valor é subjetivo, mas hão de se levar em conta as circunstâncias particulares de cada caso.

O montante da reparação deve ser razoavelmente expressivo para satisfazer ou compensar o dano e a injustiça que a vítima sofreu, proporcionando-lhe uma vantagem, com a qual poderá atenuar parcialmente seu sofrimento.

Não obstante, a condenação tem um componente punitivo e pedagógico, refletindo no patrimônio do ofensor, como um fator de desestímulo à prática de novas ofensas.

Examinando a questão, o insigne professor Caio Mário da Silva Pereira proclama:

"Na determinação do prejuízo de afeição cumpre ter em vista o limite do razoável, a fim de que não se enverede pelo rumo das pretensões absurdas", haja vista que "na ausência de um padrão ou uma contraprestação que dê o correspectivo da mágoa, o que prevalece é o critério de atribuir ao juiz o arbitramento de uma indenização" (*Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, p. 317/318).

É imprescindível que se faça um juízo de valoração da gravidade do dano, dentro das circunstâncias do caso concreto, de modo que não se arbitre uma indenização exorbitante, nem insignificante, mas dentro de limites razoáveis, jamais podendo converter-se em fonte de enriquecimento sem causa.

*In casu*, diante dos aspectos narrados, entendo que o valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), fixado na sentença, se mostra condizente e deve ser mantido.

Nego provimento à apelação.

Custas recursais, pelo apelante.

Primeira apelação.

As questões relativas à prova do ato ilícito, à prova do dano moral e ao valor da indenização já foram objeto de exame no julgamento da segunda apelação.

Resta apenas analisar, assim, o pedido de redução dos honorários advocatícios fixados na lide principal e secundária.

E, quanto ao mesmo, entendo que não assiste razão à apelante.

Em face dos parâmetros estabelecidos nas alíneas *a, b* e *c* do § 3º do art. 20 do CPC, entendo que o percentual de 20% (vinte por cento) é adequado à conjuntura do caso em questão.

Nego provimento à apelação.

Custas recursais, pela apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALBERTO ALUÍZIO PACHECO DE ANDRADE e PEREIRA DA SILVA.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E ÀS APELAÇÕES.

...

## Furto em agência bancária - Dano moral - Não-caracterização

Ementa: Apelação. Furto. Dependências do banco. Dano moral. Indeferido.

- A negativa do gerente em disponibilizar, de imediato, o acesso da autora às filmagens da agência bancária não caracteriza dano moral, uma vez que tal atitude poderia colocar em risco a segurança de toda a agência durante o horário do expediente bancário.

- Como é cediço, simples aborrecimentos, dissabores e incômodos não ensejam indenização por dano moral.

Apelação não provida.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0647.07.075711-5/001 - Comarca de São Sebastião do Paraíso - Apelante: Cristiane Maria da Silveira - Apelado: Banco do Brasil S.A. - 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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 22 de julho de 2008. - *Alberto Aluízio Pacheco de Andrade* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. ALBERTO ALUÍZIO PACHECO DE ANDRADE - Adoto o relatório da sentença de f. 93/98, acrescentando tão-somente que o MM. Juiz julgou parcialmente procedente o pedido inicial para condenar o réu a indenizar a

autora pelos danos materiais suportados, no valor de R$130,00 (cento e trinta reais), com correção desde a data do fato (14.05.07), com juros de 1% ao mês a contar da citação. A sentença julgou improcedente a pretensão de condenação por danos morais.

Inconformada com a decisão, sustenta que, por culpa do banco, os marginais não foram localizados, o que teria diminuído a dor da apelante.

Afirma que os policiais militares deixaram claro que a falta da fita prejudicou a investigação.

Alega que o gerente agiu arbitrariamente ao negar aos policiais a fita, deixando que a apelante passasse por constrangimentos por ser vítima de um furto dentro da agência.

Aduz que os prepostos do apelado não a orientaram acerca do ocorrido, tendo tão-somente sugerido que procurasse a polícia.

Sustenta que toda a situação causou grande prejuízo a apelante que teve que passar por tratamento psicológico para superar o trauma, uma vez que a todo o momento precisava dar explicações para as pessoas da situação vexatória a que foi submetida, o que lhe causou grande dor moral.

Por fim, pleiteia a reforma da sentença, com a condenação do apelado pelos danos morais sofridos pela apelante e ainda no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios no patamar de 20% do valor da condenação.

Feito o breve relatório, passo ao exame do recurso.

Inicialmente, destaco que a sentença reconheceu que de fato houve a subtração do envelope de depósito dentro da agência bancária do apelado e que o banco teria responsabilidade de indenizar o usuário pelo dano material.

Entretanto, quanto ao dano moral, não vejo como compensar a autora pelo fato de o apelado não ter disponibilizado a fita no momento seguinte ao furto, até porque a identificação do agente infrator não teria o condão de reparar a situação, como muito bem ressaltou o douto Sentenciante.

Ademais, a apelante, não demonstrou ter-se o banco negado a fornecer a gravação de segurança após o expediente bancário e que tenha empreendido esforços nesse sentido. Nem mesmo se tem notícia nos presentes autos acerca da instauração de inquérito criminal para apurar os fatos.

Assim, não vejo como a situação narrada tenha causado mais do que meros aborrecimentos à apelante.

É induvidoso que o ordenamento jurídico pátrio veda a conduta lesiva aos atributos da personalidade da pessoa, sendo que, caso haja tal violação, assegura à vítima a compensação pelos danos daí decorridos (CRFB/88, art. 5º, V e X; CC/02, arts. 186 e 927).

Entretanto, para fins de reparação civil por danos morais, não bastam os meros dissabores como aqueles enfrentados pela autora diante da negativa de apresentação imediata da fita de segurança do banco, devendo ser indenizável apenas a humilhação, a dor e o constrangimento que atinja tal grau de intensidade que fuja ao piso mínimo de normalidade e interfira de forma decisiva no comportamento psicológico do indivíduo.

*A contrario sensu*, banaliza-se o instituto da reparabilidade civil pelo dano extrapatrimonial e, como efeito multiplicador, provoca-se uma corrida desenfreada ao Poder Judiciário por parte de melindrosos e oportunistas na busca do enriquecimento ilícito a partir de meros aborrecimentos do cotidiano.

Ademais, não se pode olvidar que é exatamente a ausência de critérios racionais e proporcionais na condenação por danos morais que fomenta a famigerada indústria do dano moral, prática que deve ser repudiada com veemência.

Desse modo, tenho que o fato narrado na inicial, qual seja o imediato acesso à filmagem de segurança da agência, não tem o condão de provocar o dano narrado pela apelante.

A propósito, assim ensina Rui Stoco sobre a matéria em questão (in *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 1.691):

> Mas não basta a afirmação da vítima de ter sido atingida moralmente, seja no plano objetivo como no subjetivo, ou seja, em sua honra, imagem, bom nome, intimidade, tradição, personalidade, sentimento interno, humilhação, emoção, angústia, dor, pânico, medo e outros.
> Impõe-se que se possa extrair do fato efetivamente ocorrido o seu resultado, com a ocorrência de um dos fenômenos acima exemplificados.

Na mesma linha, veja-se o entendimento jurisprudencial:

> Civil - Dano moral - Não-ocorrência.
> - O recurso especial não se presta ao reexame da prova.
> - O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige.
> Recurso especial não conhecido (STJ - REsp 403919/MG - Rel. Min. César Asfor Rocha - j. em 15.05.2003).

> Ementa: Dano moral - Caracterização - Débitos indevidos em conta - Salário.
> 1. Cabe à parte autora a demonstração de que a conduta do agente atingiu algum de seus direitos da personalidade, causando-lhe dor, inquietação espiritual etc.
> 2. Meros dissabores, aborrecimentos, percalços do dia-a-dia, não são suficientes à caracterização do dever de indenizar (TJMG - Apelação Cível nº 1.0106.06.024081-4/001 - Rel. Des. Wagner Wilson - j. em 23.08.2007).

Pelo exposto, nego provimento à apelação, mantendo, por conseguinte, a sentença recorrida.

Custas recursais, pela apelante, suspensas por litigar amparada pelos benefícios da justiça gratuita.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PEREIRA DA SILVA e CABRAL DA SILVA.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

...

## Execução por título extrajudicial - Penhora - Bem imóvel - Substituição - Pedido - Depósito em dinheiro - Bloqueio *on-line* - Previsão legal - Possibilidade

Ementa: Agravo de instrumento. Ação de execução. Título extrajudicial. Penhora. Bem imóvel. Bloqueio *on-line*. Possibilidade.

- Buscando dar maior celeridade e efetividade ao procedimento executório, o legislador previu a possibilidade de realização da penhora sobre dinheiro em depósito ou aplicação financeira. Não impôs condições ou requisitos para utilização de tal medida.

AGRAVO Nº 1.0024.05.647975-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Maurício Brandi Aleixo - Agravado: Lídio de Freitas Ramos - Relator: DES. JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA

### 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, 10 de setembro de 2008. - *José Flávio de Almeida* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA - Assistiu ao julgamento, pelo agravante, o Dr. Máriston G. Lavigne.

Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

Revelam os autos que, na ação de execução de título extrajudicial, ajuizada pelo agravante em face do agravado, foi realizada a penhora de um imóvel indicado pelo agravante, avaliado em R$ 700.000,00.

Contudo, um ano após a inscrição da penhora no Cartório de Registros de Imóveis (f.16/17-TJ), o agravante requereu a expedição de ofício ao Banco Central com a finalidade de substituir a penhora do imóvel por dinheiro, penhora *on-line*, pois afirma que o agravado realizou a venda de um outro imóvel, havendo, portanto, a possibilidade de ter depositado o dinheiro da alienação. O Juízo *a quo* indeferiu o pedido de penhora *on-line*. Esta a decisão recorrida.

Com o advento da Lei 11.232/05, que alterou o art. 655 do Código de Processo Civil, o exeqüente passou a ter o direito de indicar bens à penhora. Com a alteração pode penhorar dinheiro depositado em instituição financeira, preferencialmente.

Acerca do tema:

> Agravo de instrumento. Ação de execução de título judicial. Bloqueio de valores disponíveis em contas correntes e investimentos. Expressa previsão legal. Possibilidade. Recurso improvido. -Dentre as alterações estatuídas pelas Leis nºs 11.232/05 e 11.382/06, merece destaque a incidente sobre o art. 652, § 2º, do CPC, em que foi facultado ao credor exeqüente, já em sua peça vestibular, indicar os bens a serem penhorados para a satisfação do seu crédito. Observa-se que o legislador, buscando dar maior celeridade e efetividade aos feitos executivos, previu expressamente a possibilidade de realização da penhora sobre dinheiro em depósito ou aplicação financeira, na redação dada ao art. 655-A do CPC. Afere-se, outrossim, que não houve, em qualquer momento, por parte do legislador, a imposição de condições ou requisitos para a utilização da aludida medida. Assim, após o advento da Lei nº 11.382/06, entendo que a constrição *on-line*, incidente sobre depósitos em dinheiro ou investimentos, pode ser deferida pelo julgador, independentemente da demonstração do esgotamento de outros meios para a satisfação do crédito exeqüendo. (Agravo 0024. 99.029361-5/001(1), Des. Eduardo Mariné da Cunha, *DJ* de 10.04.2008.)

O art. 656, I, do Código de Processo Civil faculta à parte requerer a substituição da penhora para adequá-la à ordem de preferência legal.

> A parte poderá requerer a substituição da penhora:
> I - se não obedecer à ordem legal; [...] (NEGRÃO, Theotônio e GOUVÊA, José Roberto. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor.* 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

À luz da norma inscrita no art. 655, I, do CPC, o dinheiro em espécie ou em depósito, ou aplicação em instituição financeira, tem preferência sobre todos os outros bens na ordem de nomeação à penhora. Essa ordem legal de preferência, embora não tenha caráter absoluto, há de ser observada, já que a opção para garantir a execução por outro bem que não o dinheiro implica uma série de dificuldades práticas, tal qual levar o processo a não atingir o seu fim, ou seja, a satisfação do direito do credor.

Segundo Luiz Guilherme e Sergio Cruz:

> A penhora de dinheiro é a melhor forma de viabilizar a realização do direto de crédito, já que dispensa todo o procedimento destinado a permitir a justa e adequada transformação do bem penhorado - como o imóvel - em dinheiro, eliminando a demora e o custo de atos como a avaliação e a alienação do bem a terceiro. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Curso de processo civil*. Execução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, v. 3, p. 270.)

E, ainda, a penhora de valores depositados em conta bancária, sobretudo na sua modalidade eletrônica, representa uma economia para o próprio devedor, que não tem que arcar com custos com registro da penhora, publicação de editais, honorários de avaliador e leiloeiro, como também com outras despesas que possam surgir ao final do procedimento, por exemplo: praça e leilão para conversão de outros bens em dinheiro.

No caso dos autos, o pedido de realização da penhora *on-line* se mostra de acordo com o ordenamento jurídico. Se efetivada com sucesso, substituirá a penhora do bem imóvel.

Diante do exposto, nos termos da fundamentação adotada e em observância ao art. 93, IX, da Constituição da República e art. 131 do Código de Processo Civil, dou provimento ao recurso para deferir o pedido de bloqueio *on-line*.

Custas recursais pelo agravado.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES NILO LACERDA e ALVIMAR DE ÁVILA.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO.

...

## Adjudicação compulsória - Promessa de compra e venda - Contrato - Prestações - Quitação junto à construtora - Comprovação - Requisitos preenchidos - Hipoteca - Pretensão adjudicatória - Não-constituição de óbice

Ementa: Ação de adjudicação compulsória. Contrato de promessa de compra e venda. Quitação das prestações à construtora. Comprovação. Requisitos preenchidos. Hipoteca. Não-constituição de óbice à pretensão adjudicatória.

- A garantia hipotecária do financiamento concedido por agente financeiro para a construção de imóveis não atinge o terceiro adquirente da unidade.

- A prova da quitação do contrato de promessa de compra e venda é requisito essencial para o deferimento da adjudicação compulsória, conforme Decreto-Lei nº 58, de 1937, comprovados os requisitos exigidos por lei, impera o êxito da pretensão adjudicatória.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.245425-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Banco ABN AMRO Real S/A - Apelados: Teodoro Augusto Serra da Silva e outro - Litisconsorte: Elo Engenharia Empreendimentos Ltda. - 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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 27 de agosto de 2008. - *Fernando Caldeira Brant* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT - Cuida-se de apelação cível interposta por Banco ABN AMRO ReaL S/A, em face da r. sentença de f. 575/584 proferida pelo MM. Juiz de Direito da 30ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, nos autos da ação de adjudicação compulsória ajuizada por Teodoro Augusto Serra da Vila e outro.

A sentença julgou procedente o pedido autoral para adjudicar os imóveis descritos na inicial em favor dos autores.

Condenou a parte ré ao pagamento das custas e honorários advocatícios.

Em suas razões recursais de f. 585/597, o réu Banco ABN AMRO Real Ltda. alega em preliminar a ausência de pressuposto processual em razão da falta de uma descrição detalhada dos imóveis em litígio, bem como da comprovação da quitação integral do preço dos bens e do contrato de compra e venda. No mérito, sustenta o direito real da coisa alheia e o prévio conhecimento dos autores sobre a existência do gravame. Pugna pela reforma da sentença.

Preparo de f. 599. Recurso recebido à f. 600.

Contra-razões de f. 601/607.

Presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conheço do recurso.

A princípio, insta dizer que a preliminar será analisada no mérito, por confundir-se com ele.

O pedido inicial possui fulcro em contrato de promessa de compra e venda firmado entre os autores e a ré Elo Engenharia Empreendimentos Ltda., promitente vendedora.

Sustentam haver quitado integralmente o preço estipulado, terem sido imitidos na posse do imóvel, sem conseguir, contudo, lhes fossem outorgados a escritura pública definitiva e o competente registro imobiliário, por recair sobre o bem hipoteca, dada em garantia do financiamento firmado entre a construtora ré e a Cia. Real de Crédito Imobiliário, hoje Banco ABN AMRO Real S/A, para a construção do prédio no qual se encontra o imóvel.

O cerne da questão posta no recurso diz respeito à possibilidade de liberação da hipoteca da unidade imobiliária adquirida pelos autores.

Não se pode olvidar que a ré Elo Engenharia e Empreendimentos Ltda. requereu financiamento junto à Cia. Real de Crédito Imobiliário com o único objetivo de

subsidiar a construção do edifício no qual se encontra o imóvel objeto da lide, cujas unidades seriam destinadas à venda a terceiros, que pagariam suas prestações diretamente à construtora.

Logo, não se pode impedir que o banco tenha uma garantia real sobre o bem cuja construção foi por ele financiada. Por outro lado, não se pode excluir do consumidor adquirente o direito de, após a quitação do imóvel correspondente à sua fração ideal, obter a liberação de qualquer ônus real que incida sobre a sua unidade.

Conforme ponderou o insigne Magistrado, o consumidor que adquire fração ideal de um imóvel em condomínio e que paga a totalidade dele não pode ficar à mercê de uma dívida existente entre a construtora e o banco que financiou a obra.

Isso porque a dívida existente entre a empresa construtora e o banco financiador é estranha aos direitos que o consumidor tem em relação à unidade por ele adquirida e plenamente quitada.

Neste sentido o voto do Ministro Ruy Rosado Aguiar, no julgamento do REsp. 187.940/SP:

> A hipoteca que o financiador da construtora instituir sobre o imóvel garante a dívida dela enquanto o bem permanecer na propriedade da devedora; havendo transferência, por escritura pública de compra e venda ou de promessa de compra e venda, o crédito da sociedade de crédito imobiliário passa a incidir sobre os "direitos decorrentes dos contratos de alienação das unidades habitacionais integrantes do projeto financiado" (art. 22 da Lei 4.864/65), sendo ineficaz em relação ao terceiro adquirente a garantia hipotecária instituída pela construtora em favor do agente imobiliário que financiou o projeto. Assim foi estruturado o sistema e assim deve ser aplicado, especialmente para respeitar os interesses do terceiro adquirente de boa-fé, que cumpriu com todos os seus compromissos e não pode perder o bem que lisamente comprou e pagou em favor da instituição que, tendo financiado o projeto de construção, foi negligente na defesa do seu crédito perante a sua devedora, deixando de usar dos instrumentos próprios e adequados previstos na legislação específica desse negócio.
>
> As regras gerais sobre a hipoteca não se aplicam no caso de edificações financiadas por agentes imobiliários integrantes do sistema financeiro da habitação, porquanto estes sabem que as unidades a serem construídas serão alienadas a terceiros, que responderão apenas pela dívida que assumiram com o seu negócio, e não pela eventual inadimplência da construtora. O mecanismo de defesa do financiador será o recebimento do que for devido pelo adquirente final, mas não a excussão da hipoteca, que não está permitida pelo sistema (4ª Turma, *DJ* de 18.02.99).

Ademais, é patente que existe perigo real ao adquirente, que, mesmo após ter quitado todo o preço de sua unidade, pode vir a perdê-la em virtude de arrematação e/ou adjudicação em eventual execução da instituição financeira contra a construtora ora recorrida.

Ressalta-se que o prévio conhecimento da garantia que esta deu ao agente financeiro pelos autores, envolvendo as unidades imobiliárias, não impediria o exercício dos direitos do recorrente, enquanto consumidor. Pois, além de advir a hipoteca de relação jurídica estranha ao contrato que firmou, o Código de Defesa do Consumidor lhe garante, com o pagamento integral do preço combinado, o direito de efetuar o registro da unidade imobiliária adquirida no cartório competente, sem ônus ou embaraços.

Desse modo, conforme mais uma vez ponderou o digno Magistrado, o risco isoladamente assumido pela construtora não pode distorcer a relação jurídica estabelecida com o apelante, sob pena de ofensa a preceitos constitucionais de proteção do consumidor e da ordem econômica, não se afigurando correto transferir a responsabilidade da recorrida para os adquirentes, com a constrição de seu imóvel já quitado, para solver uma dívida da qual não faz parte.

A obrigação da promitente vendedora de outorgar a escritura definitiva do imóvel, uma vez cumprida a parte dos adquirentes, resulta do próprio contrato, tratando-se de uma obrigação de fazer que, não satisfeita por quem deveria cumpri-la, é substituível por decisão judicial.

Destarte, deve ser assegurado ao consumidor o direito de efetuar o registro imobiliário de seu bem, sem que sobre ele pese qualquer ônus real que tenha sido objeto de contrato entre a construtora da obra e o banco que a tenha financiado.

A prova da quitação do contrato de promessa de compra e venda é requisito essencial para o deferimento da adjudicação compulsória, conforme Decreto-Lei 58, de 1937; destarte, verifica-se a comprovação dos requisitos exigidos ante a prova da quitação integral dos preços dos imóveis, bem como a presença do contrato de compra e venda nos autos (f. 62/71 e 72).

Destarte, pelo exposto alhures e diante da existência do contrato de compra e venda, a pretensão autoral merece provimento, conforme entendeu o insigne Magistrado.

Diante de todo o exposto, nego provimento ao recurso para manter incólume a sentença de primeiro grau.

Custas recursais, pelo apelante.

DES. AFRÂNIO VILELA - A garantia hipotecária de financiamento concedido pela instituição financeira não atinge o terceiro, adquirente da unidade imobiliária, que é pessoa estranha a esse contrato. Dessa forma, o adquirente do imóvel cujo contrato de compra e venda foi integralmente quitado não pode ser penalizado pelo inadimplemento da relação creditícia entre a construtora e o banco, especialmente porque são relações contratuais distintas e independentes.

Isso posto, acompanho na íntegra o voto do eminente Relator, Des. Fernando Brant.

DES. MARCELO RODRIGUES - De acordo.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

...

## Ação declaratória - Taxa de Fiscalização, Localização e Funcionamento - *Shopping center* - Condomínio - Atividade comercial - Prestação de serviços - Sujeição passiva - Possibilidade - Poder de polícia - Base de cálculo da TFLF - Base de cálculo do IPTU - Identidade - Não-ocorrência

Ementa: Direito tributário. Apelação. Ação declaratória. Taxa de Fiscalização, Localização e Funcionamento. *Shopping center*. Condomínio. Atividade comercial. Prestação de serviços. Sujeição passiva. Possibilidade. Exercício do poder de polícia. Base de cálculo própria do IPTU. Inocorrência. Recurso desprovido.

- Os condomínios dos *shoppings centers* são sujeitos passivos da Taxa de Fiscalização, Localização e Funcionamento - TFLF, porque desenvolvem atividade comercial, na medida em que gerenciam o empreendimento a fim de que a atividade dos lojistas seja lucrativa, devendo a referida taxa ser cobrada com base na área total a ser fiscalizada, ou seja, toda a área comum do centro comercial administrada pelo condomínio.

- Legítima se mostra a exigência, pelo Município, da TFLF, porque fundada exclusivamente no poder de polícia, então materializado por atos administrativos dirigidos à disciplina da vida coletiva, assim como no quadro permanente de fiscais voltados à sua observância, que, de acordo com o disposto na Constituição da República e no Código Tributário Nacional, não está adstrito aos requisitos da especificidade e divisibilidade.

- Não há que se falar em identidade entre a base de cálculo da TFLF e a base de cálculo do IPTU, quando a área total do estabelecimento a ser fiscalizado constitui apenas um dos elementos levados em consideração para a base de cálculo do IPTU; não havendo, pois, inconstitucionalidade na exigência da referida taxa, por ofensa ao disposto no art. 145, § 2º, da Constituição da República.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.06.279470-7/002 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Condomínio Uberlândia Shopping Center - Apelado: Município de Uberlândia - 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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 14 de agosto de 2008. - *Moreira Diniz* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. MOREIRA DINIZ - Cuida-se de apelação contra sentença do MM. Juiz da 2ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Uberlândia, que julgou improcedente a "ação declaratória de inexistência de relação jurídica" promovida por Condomínio Uberlândia Shopping Center contra o Município de Uberlândia.

A sentença considerou que a Taxa de Fiscalização, Localização e Funcionamento, exigida pelo Município, é legal e deve ser calculada sobre toda a área do condomínio e não apenas sobre a área da sala sede da administração (f. 179). Por outro lado, considerou que a taxa deveria ser paga integralmente "independentemente do mês em que o contribuinte entrou em exercício de suas atividades" (f. 180).

O apelante alega, como preliminar, que a sentença é *citra petita*. No mérito, alega que o condomínio "não é prestador de serviços e nem realiza qualquer atividade comercial ou industrial" (f. 188); que a sentença não se manifestou sobre a necessidade de comprovação, pela Municipalidade, da efetiva realização do exercício do poder de polícia; que é vedada a exigência de taxa de fiscalização baseada na potencialidade do poder de polícia; que a sentença também não se manifestou sobre a ilegalidade da taxa de fiscalização em razão da utilização de base de cálculo própria do IPTU; que, ainda que devido o tributo, a área a ser utilizada como base de cálculo deve ser aquela efetivamente utilizada pelo condomínio; que também não houve manifestação sobre a impossibilidade da exigência do valor integral da taxa no ano de 2005, porque as atividades do apelante somente se iniciaram no segundo semestre daquele ano.

Constituem preliminar de nulidade da sentença as alegações de que não houve manifestação sobre a ilegalidade da taxa de fiscalização em razão da utilização de base de cálculo própria do IPTU, sobre a necessidade de comprovação pela Municipalidade da efetiva realização do exercício do poder de polícia; e sobre a impossibilidade da exigência do valor integral da taxa no ano de 2005.

No que diz respeito à ausência de manifestação sobre a ilegalidade da taxa de fiscalização, não há como falar em nulidade.

Com efeito, o Sentenciante entendeu que a taxa exigida pelo Município está em consonância com o disposto no art. 145, II, da Constituição Federal, e art. 77 do Código Tributário Nacional. Cabe registrar que o juiz não está obrigado a responder a todas as alegações das partes, ainda mais quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundamentar a decisão; e nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder, um a um, a todos os seus argumentos. Confira-se jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> Destarte, não está obrigado o Magistrado a julgar a questão posta a seu exame de acordo com o pleiteado pelas partes,

> mas, sim, com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, aspectos pertinentes ao tema, jurisprudência pacificada e da legislação que entender pertinente ao caso concreto (STJ, Emb. Decl. nos Emb. Decl. no REsp 141604-RS, Ministro Rel. José Delgado, 1ª Turma).

Por outro lado, ao contrário do que alega o recorrente, houve apreciação da questão relativa à impossibilidade da exigência do valor integral da taxa no ano de 2005. Na sentença constou que

> a incidência da taxa não está consubstanciada na proporcionalidade dos meses em exercício do ano, mas na atividade do poder público no exercício de sua função fiscalizadora e controladora de suas atividades provadas (f. 180).

Enfim, não há que se falar em nulidade da sentença.

No mais, a questão discutida limita-se a verificar a legalidade da Taxa de Localização e Funcionamento exigida pelo Município de Uberlândia e se o condomínio apelante pode ser sujeito passivo do referido tributo.

Em conformidade com o art. 145, inciso II, da Constituição da República, prevê o Código Tributário Nacional, em seu art. 77, a cobrança de taxas pelos Municípios, em decorrência do exercício regular do poder de polícia ou da prestação, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível.

A Lei 4.016/83, do Município de Uberlândia (f. 56/87), disciplina, em seu art. 17, a cobrança da Taxa de Fiscalização, Localização e Funcionamento, que tem como fato gerador a fiscalização exercida pelo Município sobre a localização e funcionamento dos estabelecimentos comerciais, industriais e de prestação de serviços, em observância à legislação do uso e ocupação do solo urbano e às posturas municipais relativas à segurança, à ordem, à tranqüilidade pública e ao meio ambiente.

Tal taxa, portanto, funda-se exclusivamente no poder de polícia, então materializado por atos administrativos dirigidos à disciplina da vida coletiva, assim como no quadro permanente de fiscais voltados à sua observância, que, de acordo com o disposto na Constituição da República e no Código Tributário Nacional, não está adstrito aos requisitos da especificidade e divisibilidade.

As taxas de polícia administrativa não se confundem com as taxas de serviço. Na hipótese da fiscalização, o beneficiário é o Poder Público, a coletividade; e não o contribuinte.

O exercício do poder de polícia tem por finalidade coibir ou prevenir atividade nociva à coletividade, ou que seja contrária ao interesse público. Portanto, o exercício desse poder não é dirigido a uma pessoa determinada, mas a todos de forma indistinta, razão pela qual não há como pretender a realização de uma atividade específica para que possa o ente tributante exigir a contraprestação.

Não se exige que o contribuinte sofra intervenção para a cobrança desse tributo, mesmo porque não se trata de contraprestação de um serviço público específico e divisível, mas de meio de custeio para o aparato estatal que exerce a atividade de fiscalização, com a finalidade de coibir ou prevenir qualquer atividade tida como nociva.

Assim, para a cobrança da taxa em comento, basta que essa atividade de fiscalização seja potencial, seja colocada à disposição do contribuinte através do órgão administrativo competente, sendo desnecessária sua contraprestação de forma efetiva.

Ao contrário do que se possa entender, o exercício do poder de polícia se evidencia na atividade do Município de fiscalizar, autuar, definir posturas a serem seguidas pelo contribuinte, dentre outras, a fim de restringir o exercício das liberdades individuais em prol da coletividade.

Nesse raciocínio, a base de cálculo da taxa irá guardar estreita relação com a medida da atuação estatal em relação ao contribuinte. No caso da Taxa de Fiscalização, Localização e Funcionamento, o seu valor tem ligação intrínseca com o custo das diligências realizadas pela municipalidade, ou seja, com o tamanho do imóvel fiscalizado.

A área do estabelecimento é a área fiscalizada pelo Município, o que, portanto, determina a intensidade e a extensão do poder de polícia.

Não há que se falar, pois, em identidade entre a base de cálculo da Taxa de Fiscalização, Localização e Funcionamento e a base de cálculo do Imposto Predial Territorial Urbano - IPTU. A área total do imóvel a ser fiscalizado constitui apenas um dos elementos levados em consideração para a base de cálculo do Imposto Predial Territorial Urbano - IPTU; não havendo inconstitucionalidade na exigência da referida taxa, por ofensa ao disposto no art. 145, § 2º, da Constituição da República.

Este é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

> Município de Belo Horizonte. Taxa de Fiscalização, Localização e Funcionamento. Alegada ofensa ao artigo 145, § 2º, da Constituição. - Exação fiscal cobrada como contrapartida ao exercício do poder de polícia, sendo calculada em razão da área fiscalizada, dado adequadamente utilizado como critério de aferição da intensidade e extensão do serviço prestado, não podendo ser confundido com qualquer dos fatores que entram na composição da base de cálculo do IPTU, razão pela qual não se pode ter por ofensivo ao dispositivo constitucional em referência, que veda a bitributação (STF, Tribunal Pleno, RE 220316/MG, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 12.08.1999, *DJ* de 29.06.2001).

Assim, não há ilegalidade na cobrança da Taxa de Fiscalização, Localização e Funcionamento, porque sua base de cálculo não se confunde com aquela do Imposto Predial Territorial Urbano - IPTU.

Por outro lado, não há dúvida de que a referida taxa pode ser exigida dos condomínios dos *shopping centers*, ou centros comerciais, no que se refere à fiscalização das áreas comuns.

Com efeito, é o condomínio o responsável pela administração das áreas comuns do centro comercial, tais como praças de alimentação, corredores, estacionamentos, sanitários, entre outros. Embora, em tese, o condomínio não se enquadre como estabelecimento comercial, industrial ou de prestação de serviços, em se tratando de condomínio de centro de compras é inequívoco o seu caráter comercial porque visa gerenciar o empreendimento a fim de que a atividade dos lojistas seja lucrativa.

Portanto, como mencionado, cabe ao condomínio realizar o gerenciamento, incluídas limpeza, eventuais reformas, etc, de todas as áreas comuns do centro comercial. Ademais, cabe ao condomínio promover ações no sentido de agregar valor às atividades desenvolvidas pelos condôminos, restando clara sua natureza comercial e de prestação de serviços.

Aliás, ao contrário do que entende o apelante, não há *bis in idem* na cobrança da taxa pela Municipalidade, porque o que se está a exigir é o tributo relativo à fiscalização das áreas não ocupadas pelos lojistas. Portanto, não tem cabimento a alegação de que a taxa de fiscalização deve ser cobrada com base na área da sala ocupada pelo condomínio. A taxa deve ser cobrada com base na área total a ser fiscalizada, ou seja, toda a área comum do centro comercial.

Aliás, a questão já foi enfrentada neste egrégio Tribunal de Justiça em diversos julgamentos, dos quais destaco as seguintes ementas:

> Tributário - Taxa de localização e funcionamento - *Shopping* - Cobrança - Possibilidade. - O Município pode e deve exercer efetivo poder de polícia e fiscalização sobre as áreas comuns de *shopping*, principalmente quanto à segurança, ordem, tranqüilidade públicas, além da proteção ao meio ambiente. Reconhecida a capacidade tributária do condomínio, como prestador de serviços, e havendo previsão legal no Código Tributário do Município, fica legitimada a tributação pela Taxa de Fiscalização, Localização e Funcionamento - TFLF (Apelação Cível 1.0079.05.208306-4/001, Relator Des. Wander Marotta, p. em 22.05.2007).

> Apelação cível e reexame necessário - Ação declaratória com pedido de repetição de indébito - *Shopping center* - Taxa de Fiscalização, Localização e Funcionamento - Exigibilidade. - Em que pese o condomínio de *shopping center* não se tratar, precipuamente, de pessoa jurídica que vise à atividade empresarial, o fim dos serviços prestados por este é eminentemente comercial, eis que a administração do *shopping* busca, de forma cediça, facilitar o acesso e comodidade dos consumidores que o freqüentam, por meio de serviços de segurança, limpeza e estacionamento, a fim de que o objeto das atividades ali desenvolvidas, consubstanciado no comércio e na prestação de serviços, seja mais facilmente alcançado. Assim, por exercerem serviços adstritos ao poder de polícia da administração, os condomínios de centros comerciais se encontram sujeitos à TFLF (Apelação Cível e Reexame Necessário 1.0024.06.150939-4/001, Relator Des. Jarbas Ladeira, p. em 11.03.2008).

Por fim, há que se dizer que o fato gerador da Taxa de Fiscalização e Funcionamento é único, ou seja, basta que o empreendimento inicie suas atividades, independentemente da época do ano, para que seja devida. A questão foi bem esclarecida pelo Sentenciante, ao afirmar que a cobrança do tributo está baseada "na atividade do poder público no exercício de sua função fiscalizadora e controladora de suas atividades provadas", portanto, a partir do momento em que a fiscalização pode ser levada a efeito - com o início das atividades - a taxa é devida na sua integralidade.

Com tais apontamentos, nego provimento ao recurso.

Custas, pelo apelante.

DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES - Trata-se de apelação interposta pelo Condomínio Uberlândia Shopping Center contra sentença proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Uberlândia que, nos autos da ação declaratória de inexistência de relação jurídica com pedido de antecipação de tutela proposta em face do Município de Uberlândia, julgou improcedentes os pedidos, condenando o autor no pagamento de custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios arbitrados em R$ 1.500,00.

Assim como o ilustre Relator, conheço do recurso, presentes os seus pressupostos de admissibilidade, bem como lhe nego provimento, apresentando tão-somente as seguintes razões de mérito.

Estabelece o art. 145, inciso II, da Constituição da República de 1988, que:

> Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:
> (*omissis*)
> II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

O art. 77 do Código Tributário Nacional, recepcionado pela Magna Carta, da mesma forma, dispõe que:

> 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.

Assim, a exação consiste em subespécie de taxa, sujeita ao regime jurídico-tributário previsto no art. 145, inciso II, da CF/ 88, cumulado com o art. 77 do Código Tributário Nacional.

Trata-se, pois, de tributo vinculado à atuação estatal, especificamente na atividade administrativa de ordenamento dos serviços urbanos, na forma de intervenção nos direitos, interesses ou liberdades dos administrados, impondo-lhes comportamentos comissivos ou omissivos, em prol do interesse geral, no que concerne à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes e à tranqüilidade pública.

Na lição do ilustrado Aliomar Baleeiro,

> Em resumo, taxas de poder de polícia são aquelas já cobradas no Brasil pela intervenção da autoridade, para proteger a segurança e a incolumidade (p. ex., inspeção de veículos por ocasião da matrícula anual; de incêndios ou bombeiros), a boa-fé do povo (aferição de pesos e medidas etc.), a saúde, o bem-estar, os bons costumes etc (*Direito tributário brasileiro*. 11. ed. Ed. Forense, p. 561).

E prossegue:

> Em princípio, o comércio é livre, mas a autoridade tem o dever e o poder de verificar previamente se o local a ele destinado apresenta condições de segurança (zoneamento, polícia de construções, prevenção de incêndio), de saúde pública e higiene; de inexistência de abusos de direito de vizinhança; de inocuidade a menores (bares, *boites*, etc.); de preços razoáveis (restaurantes, hotéis) etc. É racional que os comerciantes e profissionais outros paguem o custo do poder de polícia exigido pelas atividades das quais usufruem proveitos (ob. cit., p. 562).

Assim, a taxa ora questionada tem como fator gerador a fiscalização exercida pelo Município, no exercício do poder de polícia, sobre a localização dos estabelecimentos comerciais, industriais e de prestação de serviços, e sobre o seu funcionamento.

A exigência da taxa, portanto, não depende de uma contraprestação do Estado, mormente porque não se trata de taxa por serviços públicos prestados.

Este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> Processual civil. Tributário. Taxa de fiscalização de funcionamento e localização. Legitimidade da cobrança. Precedentes do STF. Revogação da Súmula 157/STJ. - A exigibilidade judicial da taxa de fiscalização de funcionamento e localização, pelo Município, prescinde de comprovação da atividade fiscalizadora, face à notoriedade do exercício de poder de polícia pelo aparato da Municipalidade, consoante orientação traçada pelo Egrégio STF (...) (AgRg no REsp 721114 / SP, Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julg. em 21.03.2006, *DJ* de 03.04.2006, p. 250).

Não há que se falar em ausência de fiscalização e conseqüentemente a inexigibilidade da taxa, porque como tem lecionado a doutrina de maior consideração e a jurisprudência dos tribunais superiores, a efetividade da fiscalização exercida pelos agentes municipais, que constitui pressuposto da licença concedida, consiste, naturalmente, e encontra-se evidenciado na atividade do Município de fiscalizar, atuar, estabelecer posturas a serem observadas pelos contribuintes, limitativas, dentre outras, do exercício das liberdades individuais em benefício de toda a comunidade, o que se impõe em nome do ordenamento social.

Com efeito, a atuação municipal manifesta-se suficientemente delimitada, no que tange à referida taxa, não cabendo falar, portanto, em ilegalidade ou inconstitucionalidade de cobrança por inexistência de contraprestação ou exercício do poder de polícia.

Observa-se que a taxa de fiscalização de localização e funcionamento incide somente sobre imóveis comerciais e a área fiscalizada, sem levar em conta outros elementos relativos ao imóvel determinantes do valor venal do imóvel, base de cálculo do IPTU.

Outrossim, no caso do IPTU, o fator que interfere na fixação da respectiva base de cálculo é a área do imóvel, ao passo que relativamente à taxa, o dado decisivo para o mesmo fim é a área ocupada pelo estabelecimento, dados que não se confundem.

No caso, tenho que, assim como o ilustre Relator, o Condomínio Uberlândia Shopping Center é sujeito passivo da TFLF, uma vez que administra os bens e negócios dos lojistas, propondo eventos e promoções para que as atividades desenvolvidas no interior dos *shoppings* sejam lucrativas, Além disso, agem em prol do interesse geral dos lojistas, no que concerne à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes e à tranqüilidade dos lojistas, dos consumidores e do público em geral, que freqüentam o centro comercial.

Assim, sendo o condomínio um verdadeiro administrador e prestador de serviços deve submeter-se à fiscalização do Município sobre as áreas comuns dos *shopping centers*, para que seja assegurada a segurança, ordem e tranqüilidade públicas, além da proteção ao meio ambiente.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, *ex lege*.

DES. CÉLIO CÉSAR PADUANI - De acordo.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

...

## Indenização - Festa de confraternização de empresa - Funcionário convidado - Comparecimento - Não-obrigatoriedade - Retorno de sítio - Carona - Capotagem - Motorista não contratado pela requerida - Acidente de trabalho - Não-ocorrência - Responsabilização da demandada - Impossibilidade

Ementa: Ação de indenização. Festa de confraternização da empresa. Funcionário convidado. Comparecimento. Não-obrigatoriedade. Retorno do sítio. Carona. Capotagem. Motorista não contratado pela requerida. Acidente de trabalho. Inocorrência. Responsabilização da demandada. Impossibilidade.

- Se a prova oral colhida demonstra que o autor não foi compelido a comparecer à festa de confraternização oferecida pela empresa requerida, recebendo apenas um convite do supervisor, e que ele voltou do sítio de carona no veículo de um funcionário da empresa, o qual não fora contratado para realizar o transporte dos empregados, não há que se falar em acidente de trabalho. Assim, impossível imputar qualquer espécie de responsabilidade à requerida pelo acidente automobilístico que vitimou o demandante durante o retorno do evento festivo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2.0000.00.493683-6/000 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Florisvaldo Macedo de Oliveira - Apelada: Martins Com. e Serviços de Distribuição S.A. - 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, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 28 de agosto de 2008. - *Renato Martins Jacob* - Relator.

### Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo apelante, a Dr.ª Cleuza Teodora da Silva, e produziu sustentação oral, pela apelada, o Dr. Hugo Leonardo Teixeira.

DES. RENATO MARTINS JACOB (convocado) - Florisvaldo Macedo de Oliveira ajuizou ação de indenização em desfavor de Martins Comércio e Serviços de Distribuição S.A., alegando, sucintamente, que foi contratado pela requerida em 1º.12.1997, exercendo a função de motorista, e que, no dia 14.12.1997, ao retornar de uma festa de confraternização oferecida pela empresa, sofreu um acidente, ficando paraplégico.

Informou que foi compelido a comparecer ao evento pelo supervisor Edson Costa, o qual assumiu a responsabilidade pelo transporte dos funcionários após a festividade.

Noticiou que pegou uma carona providenciada por Edson, tendo o motorista do veículo deixado a estrada do sítio e convergido para uma estrada cascalhada que dá acesso à cidade de Tupaciguara, em direção à Uberlândia, quando perdeu o controle direcional e capotou o carro.

Acrescentou que, devido às seqüelas do acidente, ficou incapacitado para o trabalho.

Pediu, assim, a condenação da requerida no pagamento de indenização pelos danos materiais e morais que lhe causou.

Quanto ao mais, adoto o relatório da respeitável sentença de f. 213/217 por retratar com fidelidade os acontecimentos dos autos, acrescentando que o ilustre Magistrado julgou improcedentes os pedidos e condenou o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, condicionando a exigibilidade dessas verbas aos preceitos do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Inconformado, o autor recorreu - f. 218/226 - esclarecendo que foi obrigado a comparecer à reunião de confraternização organizada pela apelada, porquanto era funcionário novato da empresa.

Salientou que a empresa disponibilizou aos empregados meio de locomoção para o local da reunião, restando inconteste o nexo causal e caracterizador da responsabilidade da empregadora.

Faz alusão a alguns depoimentos prestados em juízo.

Atacou a conclusão do il. Juiz no sentido de que os requisitos do art. 159 do Código Civil de 1916 (atual 186) não foram preenchidos.

Afirmou que o ato, o prejuízo e o nexo de causalidade entre o comportamento humano e o resultado estão presentes, principalmente porque:

> a apelada determinou que o apelante adiasse sua viagem e fosse participar da festa de confraternização, bem como deixou de observar os critérios essenciais, no fornecimento do meio de transporte, para locomoção de seus funcionários, até a zona rural (*sic*).

Argumentou que o Magistrado não atentou para a prova oral produzida, ignorando totalmente a dor e o desespero por que passou, bem como as seqüelas advindas do acidente.

Combateu, outrossim, o entendimento do Magistrado de que não ficou demonstrado que a empresa apelada compeliu seus funcionários a comparecerem à confraternização e forneceu o transporte para o local da festa.

Sustentou que todos os documentos e depoimentos constantes dos autos comprovam que teve seu trabalho/viagem adiado para comparecer à reunião de confraternização realizada pela apelada.

Prosseguiu, asseverando que a empresa empregadora deve ser responsabilizada pelos danos reclamados, já que estava à disposição dela no instante do acidente.

Finalizou, aduzindo que:

> tem-se como certo e inconteste que o apelante foi convocado para participar da confraternização organizada pela apelada, e compareceu ao local da reunião em veículo fornecido por ela. E, em razão da falta de critério na locomoção de seus funcionários, o autor foi vítima de acidente de percurso e sofreu os danos relatados em sua inicial, os quais foram agravados pelo total abandono imposto ao apelante pela empresa empregadora, ora apelada.

Pugnou, assim, pela reforma do *decisum*, com a conseqüente procedência dos pedidos deduzidos na exordial.

A apelada apresentou contra-razões às f. 228/236, rebatendo os argumentos do apelante e requerendo a manutenção da decisão.

Através do acórdão de f. 249/260, a competência foi declinada para a Justiça do Trabalho.

A apelada interpôs recurso extraordinário às f. 306/313, tendo o excelso Supremo Tribunal Federal reconhecido a competência deste Tribunal para julgar o mérito do apelo, conforme decisão de f. 358/360.

Vindo-me os autos conclusos, conheço do recurso de apelação, visto que presentes os pressupostos de admissibilidade.

O autor, ora apelante, ingressou com a presente demanda, buscando indenização pelos danos materiais e morais decorrentes do acidente automobilístico que o vitimou, ao fundamento de que foi compelido a comparecer a uma festa de confraternização promovida pela sua empregadora (apelada), que ficou incumbida do transporte dos empregadores, tendo a capotagem ocorrido quando retornava do evento festivo.

Reputando ausentes os requisitos que autorizam o reconhecimento da responsabilidade civil, o ilustre Sentenciante julgou improcedente a pretensão autoral.

Agiu com acerto o MM. Juiz de Direito.

As provas coligidas para o bojo dos autos, mormente os depoimentos prestados às f. 192/198, demonstram que o apelante não foi compelido a comparecer à festa de confraternização oferecida pela apelada, recebendo apenas um convite do supervisor, e que ele retornou do sítio de carona, no veículo do Sr. Sebastião Ferreira Cruz, também funcionário da empresa, o qual não fora contratado para realizar o transporte dos empregados.

O próprio recorrente, depondo à f. 192, afirmou:

> Lá estava o Sr. Edson Costa e reforçou o convite para comparecer à festa, dizendo que os motoristas que estivessem escalados para viajar naquele dia 14 poderiam fazê-lo no dia seguinte. Que diante do convite do supervisor deixou [...] para fazer a viagem no dia 15 e compareceu à festa. [...] Que compareceu à festa juntamente com o motorista da Van. Por volta de 05:00 e 05:30 da tarde procurou o motorista para vir embora e não o encontrou, procurou o Sr. Edson e este lhe arrumou condução para retornar à cidade. Que estava retornando à cidade num veículo Dell Rey, de um funcionário da empresa, Sr. Sebastião da Cruz.

Vejamos o que disse a testemunha João Batista Pacheco, funcionário da empresa recorrida:

> Que na equipe do Sr. Edson Costa, que tem o mesmo cargo do depoente, foi programada uma festa de confraternização pela empresa e por ele coordenada. [...] Que nessas ocasiões o funcionário comparece à festa se ele quiser, não sendo obrigado. Que conhece o Sr. Sebastião Ferreira da Cruz, motorista que conduzia o veículo Del Rey que foi acidentado no qual viajava o requerente. Que a empresa não tem carro com a finalidade de transportar funcionários para a festa (f. 193).

No mesmo sentido, a versão apresentada por Janisvaldo Alves Ferreira - também funcionário da recorrida - à f. 196.

Para arrematar, vale conferir o seguinte trecho do depoimento prestado pela testemunha envolvida no acidente que vitimou o apelante - Marco Antônio Aparecido Gonçalves:

> Que retornou da festa com o Sr. Sebastião da Cruz, do veículo acidentado. Que no veículo estavam o Sebastião, o depoente, Florisvaldo e outra pessoa. Que viu o Florisvaldo no veículo mas não o conhecia. Que não participou da reunião da sexta-feira com o supervisor. Que retornou da festa com Sebastião porque lhe pediu carona. [...] Que o carro pertencia ao Sebastião e ele não estava fretado pela empresa (f. 198).

Portanto, firme na prova oral produzida, não há que se falar em acidente de trabalho.

Logo, embora lamentando profundamente o fatídico evento, impossível impor qualquer espécie de responsabilidade à apelada, consoante bem concluiu o ilustre Magistrado.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pelo apelante, suspensa a exigibilidade, nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES VALDEZ LEITE MACHADO e EVANGELINA CASTILHO DUARTE.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

...

## Seguro de vida - Beneficiários - Falta de indicação - Cônjuge não separado judicialmente - Companheira - Existência - União estável - Prova - Direito igualitário - Indenização securitária - Divisão em partes iguais

Ementa: Apelação. Consignação em pagamento. Indenização securitária. Beneficiários. Ausência de indicação. Existência de cônjuge não separado judicialmente e companheira. Comprovação da união estável. Direito igualitário. Reconhecimento.

- A companheira estável, especialmente quando a relação teve início, perdurou e sobreviveu ao casamento do companheiro, por questão de justiça, faz jus à metade do valor do seguro de vida deixado pelo *de cujus*, não separado judicialmente que não fez constar na apólice exclusividade de benefício à esposa, sendo desta separado de corpo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.04.501321-6/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: N.A.L. - Apelada: S.C.O. - 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, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 10 de setembro de 2008. - *Afrânio Vilela* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. AFRÂNIO VILELA - O recurso foi interposto por N.A.L. contra a sentença de f. 221/223, que extinguiu o processo com resolução do mérito, com fundamento no art. 269, inciso I, do CPC, para determinar que o direito ao seguro de vida deixado por C.F.O. junto à Generali do Brasil Cia. Nacional de Seguros seja dividido na proporção de 50% (cinqüenta por cento) em favor de S.C.O. e 50% (cinqüenta por cento) rateados igualmente em favor de E.F.O., W.T.O. e J.M.O.

Condenou a apelante ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios em favor de S.C.O. e E.F.O., arbitrados em R$ 500,00 (quinhentos reais), suspensa a exigibilidade com fundamento no art.12 da Lei 1.060/50.

Às f. 224/227, a apelante pede a reforma da sentença para que seja reconhecido seu direito de receber parte da indenização securitária, argumentando que sua união estável com o ex-segurado está comprovada nos autos e que a jurisprudência não exclui a companheira como beneficiária do seguro, com fundamento no art. 226, § 3º, da CF e no art. 1.723 do CC.

Em contra-razões de f. 229/232, a apelada requer a negativa de provimento ao recurso e a manutenção da sentença.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela negativa de provimento ao recurso (f. 240/242).

Através do despacho de f. 244-TJ, foi determinada a regularização da representação processual dos menores J.M.O. e E.F.O., mas somente a procuração deste veio aos autos (f.247-TJ).

Recurso próprio e tempestivo, suspenso o recolhimento do preparo nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50. Dele conheço.

A controvérsia recursal cinge-se a decidir se a apelante, como companheira do segurado, tem direito ao recebimento da indenização securitária em detrimento do cônjuge sobrevivente.

Cuidam os autos de ação de consignação em pagamento ajuizada pela seguradora Generali do Brasil Cia. Nacional de Seguros por meio da qual pede o deferimento do depósito judicial da quantia de R$ 7.574,13 (sete mil quinhentos e setenta e quatro reais e treze centavos), correspondente à indenização securitária pelo óbito do segurado C.F.O., ex-funcionário da Viação Cruzeiro Ltda., com a qual celebrou contrato de seguro de vida em grupo, apólice coletiva nº 2.635. Isso porque, ao ser avisada sobre o sinistro, verificou que, à época da celebração do contrato, o segurado não indicou beneficiários. Porém, era casado com a apelada, S.C.O., com a qual teve um filho, E.F.O., também teria vivido uma relação estável com a apelante, N.A.L., com a qual teve dois filhos, W.T.O. e J.M.O. Ocorre que ambas pleiteiam o recebimento dessa indenização, a primeira na condição de viúva, e a segunda, por ter sido "companheira".

Sobre os beneficiários do contrato de seguro, a cláusula quatorze faz remissão ao item 12 das condições gerais, segundo o qual estes seriam indicados no cartão-proposta do segurado, e, se não houvesse essa indicação, metade da indenização seria paga ao cônjuge sobrevivente e a outra aos descendentes, ascendentes, e, na falta destes, aos demais herdeiros, observada a ordem de vocação hereditária estabelecida no Código Civil (f.44)

O art. 792 do Código Civil assim preceitua sobre a falta de indicação do beneficiário:

> Na falta de indicação da pessoa ou beneficiário, ou se por qualquer motivo não prevalecer a que for feita, o capital segurado será pago por metade ao cônjuge não separado judicialmente, e o restante aos herdeiros do segurado, obedecida a ordem da vocação hereditária.

Com fundamento nesse preceito normativo, o MM. Juiz Eduardo Veloso Lago decidiu que o direito à metade da indenização securitária é do cônjuge sobrevivente quando não houver indicação dos beneficiários na

apólice de seguro, por expressa disposição legal, porque esse capital não se considera herança, conforme preceitua o art. 794 do Código Civil.

Consoante essas questões fáticas, juridicamente, a sentença não mereceria reparos, porque os requisitos legais específicos estariam presentes. É a regra.

Porém, o julgamento não se completa neste ponto, porque não se faz justiça pela prestação jurisdicional somente sob o aspecto objetivo e frio ditado pela legalidade objetiva.

O Código Civil traz regras impostas objetivamente à segurança de ambas as partes. Contudo, como esse corpo normativo é realizado pela inteligência do homem, não consegue abranger todas as situações do cotidiano forense. Portanto, sobre aquelas não abrangidas objetivamente, nasce o poder/dever do intérprete para desatar querela e fincar decisão a mais próxima possível do conceito de justiça.

A apelante provou sua união estável com o segurado antes de ele casar-se com a apelada, em 20.05.1989, e, após a separação de fato, ocorrida nos idos de 1992, até a data de seu óbito, consoante a fundamentação da sentença declaratória de sociedade de fato proferida pelo MM. Juiz da 3ª Vara Cível desta comarca (f. 202).

Portanto, deve ser reconhecido seu direito à percepção da metade da indenização securitária destinada ao cônjuge sobrevivente, porque é inegável sua convivência marital com o apelado, tanto que, nos documentos relacionados à percepção das verbas trabalhistas do segurado, ela assinou como companheira, juntamente com a apelada.

Isso posto, dou provimento ao recurso, reformo parte da sentença para determinar que a indenização securitária deixada por C.F.O. junto à Generali do Brasil Cia. Nacional de Seguros seja dividida na proporção de 25% (vinte e cinco por cento) em favor da apelante e esse mesmo percentual em favor da apelada.

Custas recursais pela apelada, suspensa a exigibilidade, nos termos do art.12 da Lei 1.060/50.

DES. MARCELO RODRIGUES - Também conheço do recurso porquanto presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Compulsando os autos, depreende-se da sentença proferida pelo MM. Juiz da 3ª Vara de Família desta comarca (f. 202), sentença esta que reconheceu a união estável entre o *de cujus* e a apelante, que a separação de fato entre este e a apelada desde 1992 foi devidamente comprovada pelas provas produzidas nos autos da ação de alimentos apensa àqueles autos.

Como cediço, nos casos em que não se indica beneficiário para o seguro de vida em sua respectiva apólice, a regra a ser aplicada é a do art. 792 do Código Civil de 2002, cabendo à seguradora pagar metade do valor ajustado ao cônjuge supérstite.

No entanto, segundo a melhor doutrina, se o casal já estava separado de fato por tempo equivalente ou superior ao necessário para pleitear a separação judicial, a higidez da sociedade conjugal apresenta-se já abalada à época do sinistro, fazendo com que o cônjuge perca o direito de receber a metade do capital devido.

Este é o entendimento que, a meu ver, melhor se ajusta ao princípio que veda o enriquecimento sem causa daquele que à época do evento não mais reunia o *status* de consorte. Com efeito, dado que aos cônjuges é permitido proceder à separação judicial com base no rompimento fático da união durante determinado tempo, conforme dispõe o § 1º do art. 1.572 do Código Civil de 2002, e, se isso atesta o desgaste do próprio vínculo econômico, nada mais lógico do que atribuir a esse afastamento o poder de bloquear ao consorte o acesso à vantagem pecuniária consubstanciada no seguro.

Ademais, soma-se a isso o fato de haver união estável devidamente reconhecida por sentença entre o *de cujus* e a ora apelante. Após a comprovação da condição de companheira, esta passa a ter garantidos por lei e pela Constituição da República alguns dos direitos que seriam inerentes à esposa, dentre eles o direito ao recebimento à metade do seguro de vida.

A propósito, a lição de Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 3, p. 465):

> Não se confunde o seguro de vida ou de acidentes pessoais para o caso de morte, que é soma devida por terceiro (segurador), *sub conditione* da morte do estipulante, com a herança que pressupõe a existência do bem no patrimônio do *de cujus*, e sua transmissão ao sucessor, por causa da morte. Por isto mesmo, a soma não está sujeita às dívidas do segurado, nem suporta o imposto de transmissão *mortis causa*. Não deve, igualmente, levar-se à colação, se o beneficiado for herdeiro necessário, nem se computa na meação do cônjuge supérstite (Código Civil, art. 794). Não pode ser instituído em favor do cúmplice do cônjuge adúltero, mas a lei o admite expressamente em favor do companheiro, se ao tempo do contrato o segurado era separado judicialmente ou se já se encontrava separado de fato do cônjuge.

A condição de convivente da companheira legitima, portanto, a sua qualidade de beneficiária do falecido para fins de recebimento do seguro.

Nesse sentido, a jurisprudência deste Tribunal:

> Cobrança. Seguro de vida. União estável. Legitimidade ativa da companheira. Indenização devida. - Comprovada a qualidade de companheira do falecido, tem a apelante garantidos pela lei e pela Constituição os mesmos direitos que seriam inerentes à esposa, tendo legitimidade para pleitear a indenização do seguro de vida. Com efeito, da análise do conteúdo probatório, pode-se afirmar que há nos autos comprovação categórica que produz convencimento inequívoco da qualidade de companheira ostentada, sendo não só os documentos suficientes para tal desiderato, como também o depoimento das testemunhas arroladas. Como

alhures dito, comprovada a condição de convivente com o falecido, a apelante tem garantidos pela lei e pela Constituição os mesmos direitos que seriam inerentes à esposa. Assim, tenho que a autora preenche todos os requisitos legais para que seja reconhecida como beneficiária do seguro de vida (TJMG, Apelação nº 1.0027.04.040047-8/001, Desembargador Relator Unias Silva, j. em 08.08.2006).

Lado outro, o não-reconhecimento dessa legitimidade seria o mesmo que negar eficácia a uma sentença proferida em conformidade com o devido processo legal e, como medida de conseqüência, corresponde a ameaça à segurança jurídica, objetivo maior da Ciência do Direito.

No campo processual, ressalta-se que a extensão do recurso de apelação é limitada pelo pedido do recorrente, balizando a Turma Julgadora o que lhe foi devolvido nas razões de apelação. Merece destaque o seguinte pedido formulado pela apelante à f. 226: "Assim, deve o valor de 50% (cinqüenta por cento) da indenização securitária ser dividido em igualdade de condições entre a apelante e a Sr.ª S.C.O.".

Penso que a ora apelante poderia até mesmo ter pleiteado, nas circunstâncias, a integralidade da indenização; todavia, assim não o fez, reclamando apenas a metade desse valor.

Por essas razões, dou provimento ao recurso, a fim de reformar parcialmente a r. sentença de 1º grau para determinar que o direito a 50% do seguro de vida deixado por C.F.O. seja rateado igualmente entre N.A.L. e S.C.O.

DES. DUARTE DE PAULA - De acordo.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO.

...

## Arrendamento mercantil - Reintegração de posse de veículo - Liminar - Condição - Valor Residual Garantido - Depósito judicial das quantias pagas - Impossibilidade

Ementa: Arrendamento mercantil. Liminar condicionada ao depósito judicial das quantias pagas a título de Valor Residual Garantido. Impossibilidade.

- A liminar concedida em ação de reintegração de posse de veículo objeto de arrendamento mercantil não pode ser condicionada ao depósito judicial das quantias pagas pelo arrendatário a título de Valor Residual Garantido.

**AGRAVO Nº 1.0684.08.003562-0/001 - Comarca de Tarumirim - Agravante: Banco Itaucard S.A. - Agravado: Aldaci Pereira da Silva - 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 DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 24 de julho de 2008. - *Maurílio Gabriel* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. MAURÍLIO GABRIEL - Cuida-se de agravo de instrumento interposto pelo Banco Itaucard S.A. em face da decisão prolatada nos autos da ação de reintegração de posse por ele ajuizada contra Aldaci Pereira da Silva.

A referida decisão deferiu a liminar de reintegração de posse pleiteada, mas condicionou o seu cumprimento ao depósito judicial das importâncias pagas pelo agravado a título de Valor Residual Garantido.

Sustenta o agravante, em breve síntese, que "a retenção do VGR integralizado pela agravada, no caso em comento, se apresenta como medida tendente a manter o equilíbrio da relação contratual em questão" e que "essa hipótese de restituição, almejada pelo Juiz monocrático com o depósito ordenado, representa enriquecimento sem causa".

Afirma que "o VRG, em verdade, possui o nítido caráter de ressarcir a arrendante dos custos despendidos na aquisição do bem a ser arrendado".

Pugna, por fim, pela parcial reforma da decisão agravada, "no que tange ao condicionamento do deferimento da liminar ao depósito judicial dos valores supostamente pagos pela Agravada a título de VRG na relação em discussão, deferindo-se, noutra banda, a tutela de urgência rogada (reintegração liminar da posse do bem arrendado)".

Foi atribuído efeito suspensivo ao recurso.

Por serem desnecessárias, foram dispensadas as informações do ilustre Juiz da causa.

Por não estar formada a relação processual, não houve a intimação do agravado para apresentar sua contraminuta.

Conheço do recurso, por estarem presentes os requisitos de sua admissibilidade.

No contrato de arrendamento mercantil, o Valor Residual Garantido (VRG) é o preço contratualmente estipulado para o exercício de opção de compra pelo arrendatário ou valor contratualmente garantido por este como mínimo que será recebido pela arrendadora na venda do bem arrendado a terceiros, na hipótese de não ser exercida a opção de compra.

Dessa forma, a liminar concedida em ação de reintegração de posse do bem objeto de arrendamento

mercantil não pode ser condicionada ao depósito judicial, pela arrendadora, das importâncias quitadas pelo arrendatário a título de Valor Residual de Garantia.

A eventual devolução dessas importâncias deve ser postulada através das vias adequadas.

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> Ação de reintegração de posse. Art. 535 do Código de Processo Civil. Prequestionamento. Arrendamento mercantil. Devolução do Valor Residual Garantido - VRG. Dissídio.
> 1. Não viola o art. 535 do Código de Processo Civil o acórdão que rechaça a petição de embargos apontando omissão de leis federais que não são pertinentes ao tema decidido.
> 2. O prequestionamento é indispensável ao especial, não valendo a indicação de artigos de lei federal que sequer constaram da petição de embargos de declaração.
> 3. Prevalece o paradigma que, corretamente, não autorizou a devolução do Valor Residual Garantido - VRG, no curso da ação de reintegração de posse, considerando ser momento inoportuno, antes mesmo da própria venda do bem.
> 4. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp 294779/SP, 3ª Turma Cível, Rel. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 04.02.2002.)

> Reintegração de posse. *Leasing*. Cobrança antecipada do valor residual garantido. Mora comprovada da ré. Procedência do pedido.
> - 'A cobrança antecipada do Valor Residual Garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil' (Súmula nº 293-STJ). Cancelamento da Súmula nº 263-STJ.
> - Não se tratando de ação de cobrança, a devolução das prestações pagas, assim como do valor residual garantido, deve ser postulada através das vias próprias.
> Recurso especial conhecido e provido (STJ, REsp 609220/PR, 4ª Turma Cível, Rel. Barros Monteiro, j. em 1º.02.2005).

Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento para, reformando parcialmente a decisão recorrida, determinar que a liminar de reintegração de posse do veículo seja cumprida sem o depósito judicial das quantias pagas pelo arrendador a título de Valor Residual Garantido.

Custas, a final.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES WAGNER WILSON e MOTA E SILVA.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO.

...

## Indenização - Dano moral - Produto de beleza - Queda de cabelo - Responsabilidade objetiva do fornecedor - Relação de consumo - Denunciação da lide - Impossibilidade - *Quantum* indenizatório - Fixação - Lide secundária - Seguradora e segurado - Contrato de seguro - Riscos cobertos - Danos pessoais - Espécie de danos morais - Reembolso - Condenação

Ementa: Apelação cível. Ação de indenização. Denunciação à lide. Relação de consumo. Impossibilidade. Produto de beleza. Queda de cabelo. Responsabilidade objetiva do fornecedor. Danos morais devidos. Valor razoável. Caráter pedagógico da condenação. Vedação ao enriquecimento ilícito. Relação securitária. Obrigação de indenizar. Seguradora. Reembolso de acordo com os riscos cobertos pelo contrato. Danos morais. Espécie de danos morais. Condenação da denunciada.

- O Código de Defesa do Consumidor veda a denunciação à lide (art. 88 do CDC). Assim, se o direito material tratado na ação principal for de natureza consumerista, a impossibilidade em questão, que constitui verdadeiro pressuposto extrínseco de constituição válida da relação processual estabelecida na litisdenunciação, determina a sua extinção sem julgamento do mérito.

- É devida a indenização por danos morais, independentemente da existência de culpa do fornecedor, àquele que, em virtude da utilização de produtos de beleza, sofre queda de cabelos.

- A fixação do dano deve ser feita em medida capaz de incutir ao agente do ato ilícito lição de cunho pedagógico, mas sem propiciar o enriquecimento ilícito da vítima e com fulcro nas especificidades de cada caso.

- O contrato de seguro por danos pessoais compreende o dano moral.

Recurso não provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0079.00.007603-8/001 - Comarca de Contagem - Apelantes: 1ª) Indústria Cosmética Coper Ltda., 2ª) Unibanco AIG Seguros S.A. - Apeladas: Unibanco AIG Seguros S.A., Indústria Cosmética Coper Ltda. e Ana Virgínia de Oliveira Carvalho - 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 ÀS APELAÇÕES.

Belo Horizonte, 23 de setembro de 2008. - *Cabral da Silva* - Relator.

## Notas taquigráficas

DES. CABRAL DA SILVA - Adoto o relatório do Juízo *a quo*, f. 341/343, por representar fidedignamente os fatos ocorridos em primeira instância.

O presente recurso trata de apelações interpostas pelos apelantes, Indústria Cosmética Coper Ltda. (f. 362/379) e Unibanco AIG Seguros S.A. (f. 381/386), contra decisão de f. 341/345, proferida pela MM. Juíza de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Contagem, nos autos da ação de indenização, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na inicial. Condenou a ré, Indústria Cosmética Coper Ltda., a indenizar a autora no equivalente a R$ 16.000,00 (dezesseis mil reais) a título de danos morais. Julgou, ainda, procedente a denunciação da lide, pelo que condenou a Unibanco AIG Seguros S.A. ao pagamento da indenização a cargo da segunda ré e, ainda, ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios da lide secundária, arbitrados estes em 20% do valor da condenação.

Em suas razões recursais, às f. 363/379, a apelante, Indústria Cosmética Coper Ltda., alegou que a sentença deveria ser reformada. Preliminarmente, discute o indeferimento da denunciação à lide da empresa Schwarzkopf & Henkel Cosméticos, requerendo o deferimento da denunciação pleiteada, com fulcro no art. 70, III, do CPC, ao argumento de que entre a apelante e a denunciada existia um contrato em vigor e que a apelante estaria sendo cerceada em seu direito de defesa. No mérito, aduz que as provas dos autos demonstram que o que ocorreu foi falha na aplicação do produto. Sustenta que todas as informações sobre os riscos e o correto uso do produto foram cumpridas integralmente pela apelada e que a apelante não pode ser responsabilizada por defeito no produto, no que tange à falta de segurança, porquanto cumpre todas as exigências da Anvisa e tem registro do produto. Defende assim, em síntese, a falha na aplicação do produto. Argúi a responsabilidade do cabeleireiro. Defende a exclusão de responsabilidade do fabricante. Pela eventualidade, pugna pela redução da indenização por danos morais. Ao final, requereu que fosse ofertado provimento ao recurso para que o pedido inicial fosse, *in totum*, rejeitado, pugnando, ainda, pela redução dos danos morais fixados.

A apelante, Unibanco AIG Seguros S.A., em sede de suas razões de apelação, f. 381/386, alegou, em síntese, que, na época do acidente ocorrido, o contrato de seguro entre as rés não estava em vigor, sendo indevida a sua condenação no feito. Pela eventualidade, defende a tese de inexistência de cobertura para danos morais. Ao final, requereu que fosse dado provimento ao presente recurso.

As apeladas, logicamente, em contra-razões, impugnaram os argumentos das apelantes (f. 351/403, 406/410 e 412/414).

Presentes todos os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos.

Primeira apelação - Indústria Cosmética Coper Ltda. - f. 363/379.

Em suas razões recursais, às f. 363/379, a apelante, Indústria Cosmética Coper Ltda., alegou que a sentença deveria ser reformada. Preliminarmente, discute o indeferimento da denunciação à lide da empresa Schwarzkopf & Henkel Cosméticos, requerendo o deferimento da denunciação pleiteada, com fulcro no art. 70, III, do CPC, ao argumento de que entre a apelante e a denunciada existia um contrato em vigor e que a apelante estaria sendo cerceada em seu direito de defesa.

Negativa de denunciação à lide - Schwarzkopf & Henkel Cosméticos.

No caso em estudo, deve ser frisado que a relação jurídica havida entre as litigantes da ação principal, Indústria Cosmética Coper Ltda. e Ana Virgínia de Oliveira Carvalho, é de natureza consumerista.

Em que pese a preclusão da matéria, em face do despacho de f. 186, sem recurso próprio, passo à análise da denunciação suscitada, tendo em vista a alegação de cerceamento de defesa, matéria de ordem pública, evitando, assim, qualquer alegação de omissão.

O CDC, em seu art. 88, de maneira expressa e taxativa, veda a denunciação da lide, pois o implemento de tal medida processual não se coaduna com o seu escopo maior, qual seja a tutela do consumidor, da maneira mais justa e eficiente possível.

A denunciação, em regra, implica retardamento da marcha processual, pois é verdadeira a ação adjeta entre o réu, litisdenunciante, e o terceiro, litisdenunciado. Em razão disso, pode-se abrir discussão sobre questão completamente estranha à relação jurídica mantida entre autor e réu do feito principal, bem como estender e complexibilizar a fase instrutória do processo, implicando retardamento ainda maior da prestação jurisdicional. Por isso, tal proceder é vedado.

Para melhor elucidar o ora asseverado, passo a citar a norma em questão:

> Art. 88. Na hipótese do art. 13, parágrafo único, deste Código, a ação de regresso poderá ser ajuizada em processo autônomo, facultada a possibilidade de prosseguir-se nos mesmos autos, vedada a denunciação da lide.

Sobre essa questão, Gisele de Lourdes Friso ensina:

> Além disso, a responsabilidade do fornecedor é, via de regra, objetiva, porém a responsabilidade entre fornecedores é subjetiva, o que geraria evidente atraso no processo.

> Com efeito, por razões de economia processual, o artigo em questão permite que a ação de regresso seja ajuizada nos mesmos autos, facilitando, assim, para aquele que arcar com os prejuízos para com o consumidor e necessitar ser ressarcido pelos responsáveis pelos danos (*Código de Defesa do Consumidor comentado*, p. 302).

O entendimento ora exposto encontra respaldo na jurisprudência majoritária de nossos tribunais, pelo que transcrevo arestos alusivos ao tema:

> Ementa: Processo civil. Denunciação da lide. Ação ajuizada por consumidor com fundamento no Código do Consumidor. Pretensão de denunciação da lide. Inadmissibilidade. Rejeição de preliminar. Revogação de lei que impunha a presença do IRB em ações semelhantes. Agravo não provido. Responsabilidade civil. Seguro. Imóvel construído pelo Sistema Nacional da Habitação. Legitimidade de parte passiva. Prescrição afastada. Excludente presente na hipótese. Indenização indevida. Apelação da ré provida para julgar improcedente a ação, prejudicada a dos autores (TJSP - Relator Des. Maurício Vidigal - 10ª Câmara de Direito Privado - Apelação Cível nº 4026444400).

> Ementa: Compra e venda de veículo. Relação de consumo. Denunciação da lide. Vedação da Lei Consumerista. Decisão mantida. Agravo de instrumento improvido (TJSP - Relatora Des.ª Cristina Zucchi - 34ª Câmara de Direito Privado - Agravo de Instrumento nº 1137281005).

Assim, não é possível estabelecer uma relação processual entre réu e terceiro em processo impetrado pelo consumidor diante do fornecedor.

Friso que a constatação em comento representa verdadeiro pressuposto processual extrínseco de constituição válida da relação processual, pois impede a constituição da relação processual entre o fornecedor e o terceiro, nos moldes pretendidos.

Consoante o acima asseverado, leciona o Mestre mineiro Ernane Fidélis dos Santos:

> Objetivamente, pode-se ter como pressuposto processual a petição apta e a forma processual adequada, quando outra não se puder adotar; o instrumento de mandato e a inexistência de nulidade absoluta que impeça a constituição válida do processo, como também seu desenvolvimento (*Manual de direito processual civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, p. 37).

Digo que a ação regressiva do fornecedor deve ser estabelecida de maneira autônoma, e não adjeta, devido ao impedimento de ordem processual supracitado.

Nesse sentido, já decidiu esta egrégia Câmara, a cujo entendimento recentemente aderi:

> Indenização por danos morais. Inscrição indevida no cadastro de proteção ao crédito. Falha na prestação do serviço de telefonia móvel. Responsabilidade objetiva. Inteligência do art. 14 do CDC. Culpa exclusiva de terceiro. Inexistência. Fornecedor e credenciado. Denunciação da lide. Impossibilidade. Votos vencidos.
> - A inscrição do nome do consumidor nos cadastros de proteção ao crédito por dívida inexistente caracteriza prática de ato ilícito, a ensejar indenização por danos morais. O valor da indenização por danos morais deve ter caráter dúplice, tanto punitivo do agente quanto compensatório, em relação à vítima.
> - A matéria relativa à data inicial para incidência dos juros moratórios encontra-se sumulada pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, que estabelece que 'os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual' (Súmula nº 54).
> - Em feito envolvendo relação de consumo, é vedada a denunciação da lide - exegese do art. 88 do CDC.
> Apelação não provida.
> - V.v.: - Segundo dispõe o inciso III do art. 70 do Código de Processo Civil: 'a denunciação da lide é obrigatória: [...]; III - àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda' (Des. Pereira da Silva).
> - Sendo o dano, imputado ao consumidor, de culpa exclusiva de terceiro, o fornecedor não tem o dever de indenizá-lo, consoante imperativo do art. 14, § 3º, II, do CDC (Des. Cabral da Silva) (Apelação Cível nº 1.0332.05.012823-7/001 - Comarca de Itanhomi - Apelante: Telemig Celular S.A. - Apelados: Sérgio Sales dos Santos e Com. Roger Ita Ltda./microempresa - Relator: Des. Pereira da Silva - 10ª Câmara Cível - TJMG - j. em 12.02.2008).

> Ação de indenização. Denunciação da lide. Código de Defesa do Consumidor. Impossibilidade.
> - Para que seja procedente a denunciação da lide pretendida pela parte, é mister que estejam presentes os requisitos do art. 70 do CPC.
> - A ação de indenização se funda na legislação específica que rege as relações de consumo, sendo que o art. 88 do CDC veda expressamente a denunciação da lide.
> Agravo não provido (Agravo nº 1.0024.06.223010-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Telemar Norte Leste S.A. - Agravado: Claudinei Lira Ferreira - Relator: Des. Alberto Aluízio Pacheco de Andrade - 10ª Câmara Cível - TJMG - j. em 12.02.2008).

Em face do acima exposto, rejeito o pedido de denunciação da lide, seja pela preclusão, seja porque o art. 88 do CDC veda expressamente a denunciação da lide, bem como afasto a alegação de cerceamento de defesa.

*Circa merita*.

No mérito, aduz que as provas dos autos demonstram que o que ocorreu foi falha na aplicação do produto. Sustenta que todas as informações sobre os riscos e o correto uso do produto foram cumpridas integralmente pela apelada e que a apelante não pode ser responsabilizada por defeito no produto, no que tange a falta de segurança, porquanto cumpre todas as exigências da Anvisa e tem registro do produto. Defende, assim, em síntese, a falha na aplicação do produto. Argúi a responsabilidade do cabeleireiro. Defende a exclusão de responsabilidade do fabricante. Pela eventualidade, pugna pela redução da indenização por danos morais. Ao final, requereu que fosse ofertado provimento ao recurso para que o pedido inicial fosse, *in totum*, rejeitado, pugnando pela redução dos danos morais fixados.

Tenho que as provas carreadas aos autos são seguras e suficientes para a demonstração dos danos.

Destaco que, no caso em estudo, a relação jurídica existente entre a parte autora e a ré é regida pelo Código de Defesa do Consumidor. Sendo assim, a responsabilidade do fornecedor é objetiva, ou seja, basta, tão-somente, a demonstração do dano e o nexo de causalidade entre o dano e o ato atribuído ao fornecedor para que reste configurado o dever de indenizar.

O dano, do mesmo modo, também está presente através da queda de seus cabelos, situação esta que, com certeza, lhe causou constrangimento, vergonha, pois, em especial para uma mulher, quedas inesperadas de seus cabelos afetam a auto-estima. Isso, sem dúvida, implicou limitações sociais e pessoais. Enfim, produziu dano intrínseco, extrapatrimonial e, mais especificamente, moral.

O nexo de causalidade, *in casu*, é inegável, pois seus cabelos começaram a cair logo após o uso do produto, como comprovado pelas fotos de f. 11/12 e depoimentos de f. 293/295 (depoimento pessoal), não havendo qualquer prova em sentido contrário. Não vislumbrei nos autos qualquer prova do alegado mau uso do produto.

Trouxe a apelada aos autos prova do nexo causal entre a queda do cabelo e o uso dos produtos, representada por relatório médico, provas documental e testemunhal.

Lado outro, não merece vingar a tese da apelante de que houve culpa exclusiva do consumidor. A apelante não pugnou pela produção de prova pericial capaz de se contrapor aos elementos apresentados pela parte *ex adverso*.

Assim, presentes todos os elementos essenciais para a caracterização do dever de indenizar.

Nesse sentido, já se manifestou este egrégio Tribunal em casos envolvendo as mesmas partes rés e o mesmo produto "Glatt":

> Indenização. Creme para alisamento de cabelos. Ausência de informações quanto ao uso do produto. Código de Defesa do Consumidor. Incidência. Dano moral. Ressarcimento. Denunciação da lide.
> - Responde o fornecedor objetivamente, nos termos do art. 12 do CDC, se na embalagem de creme para alisamento de cabelos não consta o aviso de todos os riscos, bem como as instruções de uso, que demonstra sua culpa exclusiva pelos danos causados a consumidora, com a queda demasiada dos fios de cabelos da cabeça.
> - O dano moral puro, sem repercussão no patrimônio, não há como ser provado. Ele existe tão-somente pela ofensa, e dela é presumido, sendo o bastante para justificar a indenização. A prova de haver sido o ato lesivo praticado por terceiro elide a responsabilidade civil e exclui o dever da reparação, não estando o réu legitimado a trazer o terceiro ao processo, nem mesmo a proceder ao seu chamamento ao processo ou a denunciá-lo da lide. Para a admissão da denunciação da lide, indispensável que a obrigação de reparar o dano, em ação de regresso, venha estabelecida em lei ou em contrato. Ou seja, sem a comprovação de que o denunciado esteja obrigado, por lei ou por contrato, a indenizar o denunciante em face de prejuízo sofrido com a eventual solução da demanda, é incabível a denunciação à lide [...].
> - Cuida a espécie de ação indenizatória, em que a autora alega ter se submetido a um alisamento de cabelos com o creme alisante 'Glatt', de fabricação da ré, sob licença da empresa Schwarzkopf & Henkel Cosméticos Ltda., localizada na Alemanha (Apelação Cível nº 1.0079.00.016132-7/002 - Comarca de Contagem - Apelantes: 1ª) Indústria Cosmética Coper Ltda., 2ª) Schwarzkopf & Henkel Cosméticos Ltda., 3ª) Unibanco AIG Seguros S.A. - Apelados: Mônica Gomes da Silva, Instituto de Beleza Martins Ltda., Indústria Cosmética Coper Ltda. e Schwarzkopf & Henkel Cosméticos Ltda. - Relator: Des. Duarte de Paula - 11ª Câmara Cível - TJMG - j. em 12.09.2007).

E ainda:

> Indenização. Ilegitimidade passiva. Relação de consumo. Inocorrência. Danos morais. Produto de beleza. Queda de cabelo. Responsabilidade objetiva.
> - À luz do Código de Defesa do Consumidor, todas as empresas que integram a cadeia da relação de consumo são responsáveis solidariamente pelos danos ocasionados ao consumidor.
> - É devida a indenização por danos morais, independentemente da existência de culpa do fornecedor, àquele que, em virtude da utilização de produtos de beleza, sofre queda de cabelos (Apelação Cível nº 1.0024.04.390970-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Belcosa Distribuidora Cosméticos Ltda. - Apelada: Maria Vilma Amora Silva - Décima Sétima Câmara Cível - TJMG - Relator: Des. Irmar Ferreira Campos - j. em 06.10.2005).

Saliento que, no caso concreto, o MM. Juiz *a quo* examinou as provas produzidas e, diante do pedido de indenização por danos decorrentes da queda de cabelos pelo uso de produto para alisamento, embasou-se nas provas dos autos para a demonstração da existência do alegado dano.

Sendo assim, repita-se, demonstrados o nexo de causalidade e o dano, resta configurado o dever de indenizar.

Dano moral - valor da indenização.

Inicialmente, em relação ao dano moral, dúvida não há acerca de sua caracterização, porquanto a queda do cabelo da autora, naturalmente, provocou-lhe um forte constrangimento, bem como angústia e sofrimento, mormente se considerarmos que, ao que tudo indica, trata-se de pessoa vaidosa, que está sempre indo ao salão e se preocupa com a sua aparência, o que é natural do ser humano.

Em casos desse tipo, entendo que o juiz deve pautar-se pelos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade.

Honra, moral, auto-estima, cidadania, apreço, fama, dor são atributos pessoais de cada cidadão, que absolutamente não têm preço. É fato que o sentido legal e específico de reparação do dano moral tem como característica, em sentido propedêutico, a restauração da auto-estima do ofendido, diante de si mesmo, num primeiro instante, e, posteriormente, em um segundo momento, aos olhos da sociedade, da comunidade em que vive, da qual é partícipe.

Tem, assim, o instituto do dano moral caráter de pena, de reprimenda, de coibição a todo aquele que, atrabiliariamente, causar lesão à moral e à honra do ofendido. Por serem aqueles atributos subjetivos, sua mensuração, mero atributo subjetivo, não detém imediato fim ou valor econômico, e sim profilático, não podendo, ou muito menos devendo, ser mensurado aquele em pecúnia, sob pena de se admitir que tenha a reparação do dano moral única e especificamente conteúdo puro, de cunho eminentemente econômico, conotação que fere o espírito do instituto, conspurcando-o, equivalendo, tão-só e unicamente, a sua reparação em direito meramente patrimonial, o que fere de morte a finalidade do instituto.

A reparação não é fim, mas mero meio de reprimenda - repito - àqueles que violaram, através de um ato ou fato, a honra, a moral ou a boa fama do lesado, não podendo, ou mesmo devendo, aquele que vindica a restauração daqueles atributos tê-los como meio e finalidade objetiva única e primacial, ou seja, o de obtenção de ganho patrimonial puro; assim, *data venia*, constitui gravosa, despicienda e inócua aleivosia aos cânones legais.

No que concerne à fixação em questão, digo que a indenização a ser solvida não pode servir de fonte de enriquecimento sem causa. O dano pode ser aplacado através de um singelo pedido de desculpas ou através do reconhecimento de um erro, não sendo a forma pecuniária a única via para se alcançar o ressarcimento almejado. Nota-se que as coisas da alma que são ínsitas ao dano moral não são passíveis de avaliação econômica.

Desse modo, o magistrado deve agir de modo bastante consentâneo no momento de fixar a indenização, pois não pode provocar o enriquecimento sem causa da parte que busca a indenização, não pode deixar de incutir no valor condenatório um caráter pedagógico e propedêutico, visando desestimular o agente do ato ilícito de reiterar em tal prática, bem como deve buscar alcançar valor que seja capaz de, se não de modo amplo, pelo menos em parte, fazer com que o ofendido se sinta ressarcido.

É tal tarefa uma das mais penosas e complexas. Contudo, não há como o magistrado fugir dessa tarefa. Assim, o melhor critério é que a indenização seja fixada com moderação e prudência, sempre atento aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Ressalte-se que, *in casu*, se deu de forma clara, hialina, o dano moral, fato iniludível e amplamente amparável, visto que de clareza solar, sendo de ser ora indagado o seguinte: Que representaria para uma mulher a perda de suas madeixas? Evidentemente, pela própria natureza feminina, tal fato se torna insuportável e inconcebível. A conseqüência é de que houve, em razão da negligência do fabricante do produto, que tinha como escopo o alisamento de cabelos, dano efetivo, e não somente potencial que reside na queda dos cabelos da autora, ora apelada, fato comprovado em razão da prova carreada aos autos, de natureza tanto testemunhal quanto escrita (laudo médico), tornando-se evidente o dano causado à vaidade feminina, dano de monta amplamente amparado em pecúnia.

Logo, no caso em comento, julgo ser reprimenda adequada condenar o apelante a pagar a quantia corresponde a R$ 16.000,00 (dezesseis mil reais) - f. 345 -, valor adequado a ser arbitrado a título de dano moral. Tal verba indenizatória é suficiente e necessária para indenizar a autora/apelada em face dos danos sofridos.

Rejeito, pois, a tese de redução necessária do *quantum*.

Com tais considerações, nego provimento à primeira apelação (Indústria Cosmética Coper Ltda. - f. 363/379).

Segunda apelação - Unibanco AIG Seguros S.A. - f. 381/386.

A apelante Unibanco AIG Seguros S.A., em sede de suas razões de apelação (f. 381/386), alegou, em síntese, que, na época do acidente, o contrato de seguro entre as rés não estava em vigor, sendo indevida a sua condenação no feito. Pela eventualidade, defende a tese de inexistência de cobertura para danos morais. Ao final, requereu que fosse dado provimento ao presente recurso.

Lide secundária.

Preliminarmente, entendo que a apelação em tela deve-se restringir, tão-somente, à lide secundária, envolvendo o debate entre segurada (Indústria Cosmética Coper Ltda.) e seguradora (Unibanco AIG Seguros), visto que a seguradora nenhuma relação jurídica direta possui com a autora da presente ação.

Nesse sentido:

> Acidente de trânsito. Denunciação à lide. Seguradora. Recurso. Limite da matéria abordada na lide secundária. Honorários advocatícios. Inexistência de oposição. Amenização do princípio da sucumbência.
> - A denunciada da lide deve limitar a matéria discutida em seu recurso de apelação à relação jurídica que mantém com a ré/denunciante, não com aquela deduzida na lide principal.
> - Comparecendo a seguradora aos autos na condição de denunciada, sem opor resistência a seu dever de ressarcimento pelos danos causados em acidente de trânsito em que se envolveu veículo por ela segurado, deve-se amenizar a imposição da sucumbência em relação à lide secundária, pois aderiu à defesa do denunciante, sem afrontá-lo (Apelação Cível nº 1.0702.00.024178-7/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Cia. de Seguros Minas Brasil - Apelados: Sansão José da Silva e outro - Décima Quinta Câmara Cível - TJMG - j. em 24.11.2005 - Relator: Des. D. Viçoso Rodrigues).
>
> Ação regressiva. Companhia de seguro. Reembolso. Denunciação da lide. Limite de defesa.
> - A companhia de seguros denunciada à lide se relaciona única e exclusivamente com a denunciante, por força do contrato firmado, não tendo legitimidade para contestar a lide principal.
> - Em se tratando de lide secundária, a seguradora denunciada deve responder pelas parcelas indenizatórias até o limite da

apólice firmada entre as partes (TJMG - 15ª Câmara Cível - Apelação Cível nº 422.518-9 - Relator: Des. José Affonso da Costa Côrtes - j. em 03.06.2004).

Reparação de danos. Acidente automobilístico. Seguradora. Denunciação da lide. Princípio do livre convencimento do juiz. Ação principal julgada procedente. Ausência de recurso da ré/denunciante. Recurso da seguradora denunciada. Lide secundária entre ré e seguradora. Matéria da apelação estranha à relação jurídica em litígio.
- Não se conhece de recurso que, nas razões, se afasta inteiramente do tema decidido.
- A denunciada à lide deve limitar o apelo à relação jurídica que mantém com a ré/denunciante, não com aquela deduzida na lide principal (TAMG - 6ª Câmara Cível - Apelação Cível nº 409.661-7 - Relatora: Juíza Heloísa Combat - j. em 06.11.2003).

Assim, passo à análise da apelação interposta, restringindo-a à lide secundária e às teses a ela atinentes.

*Circa merita*.

Vigência do contrato de seguro.

Sustenta a apelante que o contrato de seguro entre a ré denunciante e a ré denunciada, ora segunda apelante, não estava em vigor quando da ocorrência do evento noticiado nos autos. Alega a seguradora denunciada que o contrato de seguro firmado com a empresa ré Indústria Cosmética Coper Ltda. passou a viger em 29 de novembro de 1999 e que o produto foi aplicado na autora em julho de 1999, não havendo, à época dos fatos, relação contratual entre as partes, não ocorrendo, pois, o dever de indenizar.

Repita-se e frise-se que este caso em tela é similar ao caso analisado pela egrégia 11ª Câmara quando do julgamento da Apelação Cível n° 1.0079.00.016132-7/002 (Comarca de Contagem - Apelantes: 1ª) Indústria Cosmética Coper Ltda., 2ª) Schwarzkopf & Henkel Cosméticos Ltda., 3ª) Unibanco AIG Seguros S.A. - Apelados: Mônica Gomes da Silva, Instituto de Beleza Martins Ltda., Indústria Cosmética Coper Ltda., Schwarzkopf & Henkel Cosméticos Ltda. - Relator: Des. Duarte de Paula), alterando, tão-somente, a vítima e a denunciada.

Compulsando os autos, verifico que a autora fez a aplicação do produto da denunciante em 24.07.1999, conforme descrito em sua inicial de f. 03.

À f. 37, item 2, a primeira apelante requer a denunciação à lide de Unibanco Seguros, ora segunda apelante, com fulcro na apólice de f. 71, cuja vigência teve início às 24 horas do dia 29.11.1999 e término às 24 horas do dia 29.11.2000, supostamente não havendo relação entre a aludida apólice e o evento. Entretanto, colaciona, ainda, a apólice de responsabilidade civil à f. 176, cuja vigência teve início às 24 horas do dia 29.11.1998 e término às 24 horas do dia 29.11.1999, ou seja, abrangendo a data do evento, qual seja 24.07.1999.

Assim, com base no documento de f. 176 e 180, não há falar em ausência de contrato à época, como quer a apelante (f. 383). De fato, existia contrato de seguro à época.

Rejeito, pois, a tese de que o contrato de seguro celebrado entre as rés não estava em vigor.

Da cobertura para danos morais.

A apelante sustenta a inexistência de cobertura para danos morais, por ser risco expressamente excluído da apólice contratada.

Entretanto, analisando o contrato de f. 71/80 e 180/181, não encontrei, em nenhum ponto destacado do contrato, a exclusão expressa do evento reclamado (danos morais), visto que as condições gerais da apólice, referente ao contrato vigente (f. 180/181), não foram juntadas.

Analisando o contrato de f. 180/181 (vigente à época), trago à baila seu objeto:

> O presente seguro tem por objetivo reembolsar o segurado, até o limite máximo da importância segurada, das quantias pelas quais vier a ser responsável civilmente, em sentença judicial transitada em julgado, ou de modo expresso pela seguradora, relativas a reparações por danos materiais e/ou danos morais involuntariamente causados a terceiros e que decorram de riscos cobertos previstos nas condições especiais e cláusulas particulares (f. 181).

O contrato é do tipo responsabilidade civil geral (f. 180), com cláusulas anexas de seguro de responsabilidade civil - estabelecimentos comerciais e/ou industriais -, bem como seguro de produtos do território nacional e exclusão-interpretação de datas por equipamentos eletrônicos (f. 181 - parte final). Ou seja, o contrato contém a responsabilidade referente a reparações de danos pessoais, bem como seguro de produtos, o qual, pela interpretação feita por este Magistrado, engloba os danos decorrentes da lide, especialmente os danos morais.

Os danos pessoais englobam os danos morais, como já reiteradamente decidido pelos tribunais.

O dano moral pode e deve ser inserido na categoria de dano pessoal, já que nasce da ofensa ao bem-estar íntimo do ser humano.

Saliente-se que os direitos da pessoa dizem respeito não só a seu físico, mas também a seu espírito e sentimentos que o integram, inexistindo conceituação contratual clara e destacada quanto à abrangência da expressão "dano pessoal".

Assim, estando configurado o caráter pessoal do dano moral, este deve ser coberto pela seguradora denunciada, dentro dos limites de valores traçados na apólice.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

> Responsabilidade civil. Seguro. Dano pessoal. Dano moral. - O dano pessoal resulta da ofensa aos direitos da pessoa e compreende o dano moral em sentido estrito. Sendo assim, o seguro por dano pessoal inclui o dano moral (REsp nº 153837/SP - 9700789934 - Relator: Ministro Ruy Rosado de

Aguiar, j. em 10.12.97 - *DJ* de 16.03.98, p. 169 - *Jurisprudência Informatizada Saraiva*, CDROM nº 17).

Responsabilidade civil. Filho menor. Indenização. Seguro. Dano moral e dano pessoal.
1. A indenização pelo dano moral decorrente da morte de filho menor de cinco anos de idade, que ainda não trabalhava e não auxiliava no sustento dos pais, pode ser calculada sobre a possível contribuição que prestaria durante a sua provável sobrevida, até o limite de 25 anos.
2. O contrato de seguro por danos pessoais compreende o dano moral, recurso conhecido e provido em parte (REsp nº 106326/PR - 9600553289 - Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar - j. em 25.03.97 - *DJ* de 12.05.97, p. 18.813 - *Jurisprudência Informatizada Saraiva*, CDROM nº 17).

O dano moral é espécie do pessoal, pois relativo à pessoa. O consumidor contrata a cobertura, porque própria a casos da espécie em discussão, e o cálculo atuarial leva em conta o limite da abrangência. Ademais, não existe, em destaque, exclusão do detalhe.

Assim, os limites do contrato devem ser observados tão-somente quanto aos valores a serem despendidos pela seguradora, vedada a exclusão da cobertura dos danos morais.

Concluo, pois, que devem as apelantes responder, tão-somente, nos limites da apólice contratada com a empresa segurada. No caso em tela, houve condenação, tão-somente, em danos morais e, havendo cobertura pela apólice contratada, conseqüentemente, deve responder a denunciada, como bem fixado na sentença *a quo* (f. 345).

Conclusão.

Isso posto, nego provimento à primeira e à segunda apelação, mantendo, *in totum*, a sentença recorrida.

Custas, pelas apelantes.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MARCOS LINCOLN e ALBERTO ALUÍZIO PACHECO DE ANDRADE.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES.

...

## Rescisão contratual - Reintegração de posse - Cumulação de ações - Assistência judiciária - Contestação - Promissário comprador - Inadimplemento das prestações - Mora - Comprovação - Resolução do contrato - Posse precária - Reintegração - Provimento - Restituitória - Eficácia imediata - Promitente comprador - Parcelas pagas - Restituição

Ementa: Ação de resolução contratual cumulada com reintegração de posse. Justiça gratuita. Contestação. Art. 515, § 1º, do CPC. Inadimplemento das prestações às quais se obrigou o promissário comprador. Comprovação da mora. Negócio jurídico resolvido. Posse precária. Reintegração. Eficácia restituitória do provimento. Retorno imediato das partes ao *status quo ante*. Devolução das parcelas pagas pelo promitente comprador.

- Forte no art. 515, § 1º, do CPC, todas as questões suscitadas ao longo do processo, ainda que não enfrentadas pela sentença, poderão ser objeto de apreciação pelo órgão *ad quem*. Por isso, mormente tendo em consideração a natureza da matéria, não há olvidar a possibilidade do deferimento da justiça gratuita requerida em sede de contestação, ainda que não tenha sido o tema enfrentado pela sentença.

- A cláusula resolutiva constitui-se em estipulação expressa ou mesmo presumida pela lei que autoriza um dos contratantes a resolver jurisdicionalmente o negócio jurídico quando o outro não cumprir suas obrigações.

- Na promessa de compra e venda de imóvel, o inadimplemento das prestações assumidas pelo promissário comprador implica a resolução do contrato pela parte contrária e, por conseguinte, torna sua posse precária, autorizando a reintegração do promissário vendedor. O provimento que resolve o contrato de promessa de compra e venda tem como uma de suas eficácias imediatas a restituitória, com o conseqüente retorno das partes ao *status quo ante*, o que necessariamente implica a natural e imediata devolução das parcelas já adimplidas pelo promitente comprador.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0231.04.031530-2/001 - Comarca de Ribeirão das Neves - Apelantes: Osvaldo Lopes de Jesus e outra - Apelada: Jaspe Incorporações e Serviços Ltda. - 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 DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 10 de setembro de 2008. - *Selma Marques* - Relatora.

### Notas taquigráficas

DES.ª SELMA MARQUES - Cuida-se de apelação interposta contra a r. sentença, f. 109/112, proferida nos autos da ação de resolução contratual c/c reintegração de posse ajuizada por Jaspe Incorporações e Serviços Ltda. contra Osvaldo Lopes de Jesus e Honorata Rosa

Osneio Lopes, que julgou procedentes os pedidos iniciais para "declarar rescindidos os contratos celebrados entre as partes e, em conseqüência, reintegrar a autora na posse dos respectivos imóveis objeto destes". Constou, ainda, do *decisum* capítulo secundário de mérito por meio do qual o MM. Juiz *a quo* condenou a parte ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 400,00 (quatrocentos reais).

Inconformada com a r. sentença apelou a parte ré, f. 114/117, ressaltando que "... o depósito de f. 86, efetivado pelos mesmos, fora feito em resposta a uma alternativa da 'apelada', feita na peça vestibular, para quitar o débito existente entre as partes, até aquela data reclamado, permanecendo, desde então, a vigência normal dos contratos assinados entre as partes", sendo, assim, evidente a aceitação da autora do direito da parte recorrente de preservar os contratos imobiliários celebrados. Assevera que, caso necessária alguma complementação em relação ao depósito efetuado, deveria a parte requerente ter obstado o depósito à época em que realizado para que fosse cumprido tal desiderato, e não apenas aceitado o cumprimento da obrigação alternativa.

Contra-razões às f. 120/122, em óbvia contrariedade ao recurso interposto.

Necessário enfatizar inicialmente que, forte no art. 515, § 1º, do CPC, poderão ser objeto de apreciação pelo Tribunal as questões suscitadas no processo ainda que não enfrentadas na sentença. Por isso, não bastasse a natureza da matéria, deve ser analisado o pedido de justiça gratuita elaborado na contestação, oportunidade em que juntada a devida declaração de pobreza do Sr. Osvaldo Lopes de Jesus, serralheiro, f. 84, para, não obstante a ausência de declaração de sua esposa, cuja ocupação é "do lar", e o silêncio do Juízo *a quo* sobre o tema, conceder o benefício da justiça gratuita e, por conseguinte, conhecer do apelo interposto. Demais, embora não tenha requerido de forma expressa a concessão do benefício nas razões recursais, é importante frisar que a parte recorrente consignou expressamente que deixou de realizar o preparo por acreditar litigar sob a justiça gratuita, erro que, dadas as particularidades da matéria, pode muito bem ser entendido como um reforço ao pedido feito na contestação. Assim, vencida a admissibilidade da apelação, cumpre apreciar o mérito do recurso.

Colhe-se dos autos que, em 20 de junho de 2000, as partes litigantes firmaram três instrumentos de promessa de compra e venda, devidamente acostados, com os respectivos aditivos às f. 36/54 dos autos, tendo por objeto três lotes, no valor de R$ 17.908,00 (dezessete mil novecentos e oito reais), cada um com a respectiva área de 300m$^2$, oriundos do desmembramento de terrenos da Fazenda Santa Marta, em Ribeirão das Neves.

Os contratantes acordaram inicialmente como forma de pagamento em relação a cada promessa de compra que, a título de sinal ou arras, deveria o promitente comprador pagar R$ 1.000,00 (mil reais), sendo o restante dividido em 63 prestações mensais em valores que inicialmente variavam entre 203,20 (duzentos e três reais e vinte centavos) e R$ 348,00 (trezentos e quarenta e oito reais). Não obstante os termos iniciais da avença, houve dois aditamentos do contrato, f. 51/54, a fim de ser solucionada a questão das parcelas em atraso e, ainda, renegociados os valores das prestações ainda em aberto, o que ocorreu respectivamente em 18 de dezembro de 2002 e 10 de novembro de 2003.

Pelo que se extrai dos autos, é provável que o segundo aditamento, mormente tendo em consideração a data em que assinado e, ainda, a data em que foi autenticado, tenha sido fruto da conduta do comprador dos imóveis após ser notificado pela promitente vendedora, f. 59/67, de que estaria em mora em relação a quatro parcelas de cada um dos três contratos celebrados, notificação esta que, segundo a data do respectivo aviso de recebimento, foi entregue em 3 de setembro de 2003. Portanto, a comprovação da mora realizada nos presentes autos é, segundo documentos juntados pela própria parte autora, anterior ao segundo aditamento contratual, no qual, como já ressaltado, foi renegociada não só a forma de pagamento do débito em aberto, como também das parcelas vincendas. Restou estabelecido no referido aditamento que:

> Considerando que o promissório comprador, apesar de se encontrar inadimplente com 06 parcelas de cada lote perante a promitente vendedora, deseja regularizar sua situação, resolvem as partes celebrar o presente acordo, que integrará o Contrato de Promessa de Compra e Venda, mantendo-se inalteradas as demais cláusulas e condições que não colidam com as do presente instrumento.
> [...]
> O promissário comprador se compromete a retomar os pagamentos das 23 parcelas restantes de cada lote, a partir de 20/05/2004 e assim sucessivamente de 30 (trinta) em 30 (trinta) dias, independente de qualquer aviso, notificação, interpelação judicial ou extrajudicial... (f. 53).

Por isso, em princípio, até mesmo se poderia falar que a comprovação da mora não mais subsiste íntegra em seus termos originários, visto que o débito em atraso que lá foi consignado, inclusive com expressa referência na inicial, foi objeto de renegociação, tal qual demonstrado por documentação juntada pela própria parte autora.

Todavia não se pode olvidar que, constituindo a causa de pedir remota da demanda o contrato de promessa de compra e venda celebrado e a causa de pedir próxima da rescisão contratual o inadimplemento da promitente comprador, no caso específico, dadas algumas particularidades que serão devidamente apontadas, o equívoco inicial no que toca à correta designação de quais seriam as parcelas em que estaria em mora a parte ré não obsta seja atendida a pretensão autoral.

Pois bem, cumpre enfatizar num primeiro momento que a parte ré, ainda que de forma implícita, reconhece está em mora de 20.05.2004 até 14.09.2005 em relação, senão às parcelas que naturalmente venceram nesse período, inegavelmente em relação àquelas em razão das quais foi constituída em mora e que, ainda que objeto do aditamento que estipulou novas condições de adimplemento, permaneceram em aberto. Isso porque, não obstante, como já ressaltado, ter restado claro no instrumento de aditamento que deveria a parte ré retomar o pagamento das quantias em atraso em 20.05.2004, somente realizou o depósito correspondente aos valores tais quais designados na notificação extrajudicial, desconhecendo, portanto, os termos do próprio instrumento complementar que subscreveu, em 14 de setembro de 2005, f. 86, ou seja, após sua citação na demanda resolutória. Por isso, ou o réu, como já salientado, desconsiderou os termos do aditamento e procedeu ao depósito do valor pelo qual foi notificado, quando já absolutamente intempestiva tal faculdade, haja vista ter sido notificado de sua mora em setembro de 2003. Ou seja, ou a parte ré, embora considerando o adendo contratual em que lhe foi oportunizado pagamento dos débitos em atraso em concomitância com aquelas prestações vincendas, permaneceu inerte em relação às parcelas renegociadas, cujo pagamento deveria ter tido início, como já enfatizado, em 20.05.2004, visto que, a título de pagamento das prestações em aberto nos temos em que ocorreu a notificação, realizou depósito judicial na data já referida.

Desse modo, como as prestações inadimplidas permaneceram íntegras pela renegociação constante do aditivo contratual, porquanto "a ausência de intenção de novar não implica que a segunda obrigação seja inválida, mas apenas que seus termos se conjugaram à primeira, que subiste válida e eficaz, salvo no que foi alterada pela nova obrigação" (BDINE JR., Hamid Charaf. *Código Civil comentado*. 2007, p. 259), seja com que roupagem for, ou nos termos originários tais quais apontados pela notificação, ou nos termos do aditamento, permanece inequívoca a existência da mora.

Sendo inequívoca a existência da mora, persiste válida a notificação realizada nos termos anteriores ao aditamento contratual, mesmo porque, como já registrado, os novos termos relativos ao cumprimento da obrigação não substituíram a obrigação anterior, mas apenas se conjugam a ela, que permanece íntegra, de tal forma que seu não-pagamento apenas reforça a mora em virtude da qual foi inicialmente notificada a parte ré. Demais disso, ainda que assim não fosse, resta suprida qualquer necessidade de interpelação para o cumprimento da obrigação nos novos termos contratados, visto que "a citação, na demanda resolutória, substitui a interpelação prévia, como dispõe o art. 219, *caput*, do CPC, porque, conforme a 3ª Câmara Cível do TJRS, o chamamento ao processo denota 'a mais enérgica das interpelações" (ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 2004, p. 121). Por isso, ainda que pelos termos do aditamento, não pode ser considerada purgada a mora, pois que o valor das prestações ao qual se refere o instrumento contratual aditivo em relação ao período que permaneceu em aberto é superior à importância do depósito judicial realizado.

Por isso, indubitavelmente restam configurados no caso dos autos os elementos da cláusula resolutiva prevista na cláusula quarta de cada um dos instrumentos contratuais juntados aos autos, e, ainda, devidamente respaldada por sua conjugação com o art. 32 da Lei 6.766/1979, que dispõe que, "Vencida e não paga a prestação, o contrato será considerado rescindido 30 (trinta) dias depois de constituído em mora o devedor". Importante, ainda, frisar que a conjugação da disposição contratual com o preceito legal decorre do fato de que, com base nas "estipulações expressas ou presumidas pela lei em todos os contratos bilaterais, por força das quais qualquer dos contratantes, se não preferir a alternativa de reclamar a prestação, tem o direito de provocar a resolução do contrato, caso o outro contratante não cumpra sua prestação" (TEPEDINO, Gustavo e *et al*. *Código Civil interpretado à luz da Constituição da República*. 2006, p. 118).

Nesse sentido ainda:

> O remédio resolutório é conseqüente do inadimplemento contratual de uma das partes. O contrato nasce perfeitamente equilibrado - há o sinalagma genético ao tempo de sua formação, um evento ulterior introduz um desequilíbrio que gera a perda da situação de equivalência originária e implica desfazimento do negócio jurídico.
> A resolução se prende aos contratos bilaterais, que surge uma interdependência entre as prestações, pois toda a dinâmica da relação pressupõe a reciprocidade entre a prestação de uma parte e a contraprestação de outra. A importância da resolução consiste na possibilidade de corrigir o desequilíbrio superveniente, mediante o direito potestativo ao desfazimento da relação jurídica e o retorno à situação originária (ROSENVALD, Nelson. *Código Civil comentado*. Coordenação. Min. Cezar Peluso. 2007, p. 366).

Demonstrado ter o recorrente dado causa à resolução contratual, sua posse tornou-se precária, configurando o esbulho e o direito da parte autora em ser reintegrada na posse do imóvel, afinal, "também se vislumbra o esbulho na conduta de quem se recusa a restituir o imóvel após o término da relação contratual que lhe conferiu a posse direta" (ROSENVALD, Nelson e CHAVES, Cristiano. *Direitos reais*. 2007. p. 122), razão pela qual merece ser confirmado o capítulo da sentença que determinou a reintegração dos autores na posse definitiva do imóvel.

Resta por fim enfrentar a questão da restituição das parcelas adimplidas pelo promitente comprador. Isto porque tal hipótese é uma conseqüência natural da resolução

do contrato, devidamente assentada na eficácia desconstitutiva do provimento judicial que resolve o contrato, porquanto devem as partes retornar ao *status quo ante*. Afinal, como bem leciona Araken de Assis, "consumado em parte o projeto de intercâmbio prestacional próprio do contrato bilateral, não basta a liberação: necessária se revela a restituição cabal de tudo quanto se recebeu do parceiro", e isso até mesmo na ausência de pedido certo e determinado relativo a tal fato. Ao desenvolver o tema registra o jurista gaúcho que:

> Decorre do art. 182 do CC-02 (art. 125 do CC-1916), cuja incidência analógica em sede resolutiva se propugna, a eficácia restituitória, remetendo os parceiros ao estado anterior. Semelhante conseqüência deriva da natureza impingida ao remédio resolutório, como se teve ocasião de avaliar ao extremá-lo de seus afins, e estabelece, ademais, uma das pontas da identidade eficacial do instituto.
> É princípio cardeal da resolução, sendo aceito explicitamente pela 1ª Turma do STF, ao enfatizar 'rescindindo' - do remédio resolutivo, todavia, tratava o julgado - o contrato, se reestabelece o *status quo ante*.
> Para alcançá-lo, se dispensa até um pedido 'certo e determinado' (art. 286, *caput*, do CPC): O efeito repristinatório se subsume no desfazimento do contrato; daí por que apregoou a 1ª Turma do STF a devolução aos vendedores (por óbvio o texto refere-se aos compradores) das prestações pagas em compromisso de compra e venda não inculca o vício de julgamento *extra petita*... (*Resolução do contrato por inadimplemento*. 2004, p. 157-158).

Ainda nesse sentido já se manifestou o STJ:

> Promessa de compra e venda - Rescisão - Devolução do que foi pago. - Reconhecido que o promitente comprador tem direito à devolução do que foi pago, posto que negado o pleito do autor, no sentido da perda das importâncias correspondentes, as partes haverão de ser repostas no estado anterior. Possibilidade de determinar-se a devolução, sem necessidade de reconvenção (REsp 49396/SP, Ministro Eduardo Ribeiro).

Cumpre registrar que a matéria não passou de todo despercebida pelo MM. Juiz *a quo* que registrou "ausente o pleito de retenção de valores pela parte autora e não existindo pedido de devolução pelos réus, resta obstaculizada a abordagem no que toca à possível restituição em favor destes últimos". Observe-se que tal entendimento foi respaldado por julgado do STJ assim ementado:

> Decisão que, em ação de resolução de contrato cumulada com reintegração na posse, concede a perda das prestações pagas sem que tivesse havido pedido a respeito, incorre em julgamento *ultra petita*, merecendo ser decotada a parte que ultrapassou o requerimento feito na peça de ingresso, ante o respeito ao princípio da adstrição do juiz ao pedido (REsp 39339/RJ, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Todavia, *data venia* ao entendimento externado pelo Juízo sentenciante, o que resta determinado pela jurisprudência da qual se valeu para embasar seu entendimento é que, na ausência de pedido formulado pela parte autora da ação de resolução contratual c/c reintegração de posse, configura violação ao princípio da adstrição determinar a perda das prestações pagas em benefício da parte requerente. Assim, não bastasse o fato de a ausência de pedido de devolução das parcelas pagas nos termos do aresto colacionado não constituir óbice ao retorno das partes ao *status quo ante*, a inexistência de tal determinação vai justamente de encontro ao estabelecido pelo julgado do STJ, visto que tal ausência, ainda que de forma implícita, implica justamente a retenção das parcelas adimplidas pelo promitente comprador, mesmo inexistindo pedido nesse sentido. Isso porque

> [...] as restituições se processam de imediato, ou seja, não se sujeitam a nenhum elastério temporal. Instantânea a eficácia da sentença - coeva ao provimento, segundo o entendimento generalizado dos doutos na matéria, e tornada indiscutível pelo trânsito em julgado... (ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 2004, p. 163).

Apenas a título de reforço da idéia da necessidade de observância plena da eficácia restituitória da resolução contratual, devidamente amparada pelo sistema normativo, não obstante a ausência de elementos que pudessem demonstrar o registro da promessa de compra e venda, e, até mesmo, a perfeita subsunção da hipótese dos autos ao dispositivo a ser referido, vale transcrever o disposto no art. 35 da Lei 6.766/1979, que regula as questões atinentes ao parcelamento do solo urbano, loteamento, que dispõe:

> Ocorrendo o cancelamento do registro por inadimplemento do contrato e tendo havido o pagamento de mais de um terço do preço ajustado, o oficial do registro de imóveis mencionará este fato no ato de cancelamento e a quantia paga; somente será efetuado novo registro relativo ao mesmo lote, se for comprovada a restituição do valor pago pelo vendedor ao titular do registro cancelado, ou mediante depósito em dinheiro à sua disposição junto ao Registro de Imóveis.

Todavia, não obstante o reconhecimento do direito da parte promitente compradora de que lhe sejam restituídas as parcelas adimplidas, cumpre ainda tecer algumas considerações no tocante ao disposto na cláusula resolutiva dos contratos celebrados. Isso porque, tendo a parte autora demandado a resolução contratual nos termos estipulados entre as partes, as avenças devem ser observadas *in totum*. Por isso, imprescindível a observância integral da cláusula quarta existente em cada um dos três contratos celebrados, estabelecendo que a resolução do contrato implicará a perda pelo promissário comprador em favor do promissário vendedor de 5% (cinco por cento) do valor do contrato além das arras ou sinal, fixado em R$ 1.000,00 (mil reais), para fins de cobertura de despesas administrativas, comerciais e de corretagem.

O primeiro ponto a ser observado é que tal matéria não foi objeto de recurso específico porque não havia

interesse, porquanto não determinou o Juízo de 1º grau o retorno das partes ao *status quo ante*, ou seja, não foi observada a eficácia restituitória plena advinda da sentença que resolve o negócio jurídico, o que, entretanto, pelos motivos já expostos, se afigura inconcebível. Outro ponto a ser enfrentado é a não-colisão da observância da referida cláusula contratual com o entendimento do STJ, ao qual este voto e o ilustre Magistrado *a quo* fizeram referência. Isso porque a cláusula contratual, ínsita à resolução do negócio jurídico, não faz referência à perda das parcelas pagas, tal qual o aresto colacionado, ou tampouco ao pedido de perdas e danos pelo uso do imóvel pela parte promitente compradora, ou tampouco por aquilo que deixou de lucrar. Trata-se apenas da observância de cláusula contratual que, no caso específico, tal qual a eficácia restituitória, é inerente ao provimento que resolve o negócio jurídico, sem que haja uma perda injusta pela parte que não deu causa à resolução, ou seja, que não deixou de adimplir qualquer obrigação.

Demais disso, ainda que não se entenda que a possibilidade, nos termos do contrato, de retenção das despesas de administração, comercialização e corretagem pela promitente vendedora seja uma conseqüência natural da resolução, não há falar que sua determinação seja nula por extrapolar os limites da demanda, ou seja, por ser *extra petita*. Isso porque, não bastasse ser a matéria ínsita ao objeto da causa, tendo em perspectiva outras diretrizes maiores do sistema normativo como a impossibilidade de beneficiar indevidamente a parte que pelo seu inadimplemento deu causa à resolução do contrato em detrimento do contratante que cumpriu seus encargos de modo retilíneo, não é razoável deixar de aplicar-se a cláusula contratual em voga, visto que tal possibilidade estaria até mesmo a restringir indevidamente o princípio constitucional da livre iniciativa do incorporador imobiliário, que seria indevidamente penalizado com a perda daquilo que gastou para que fosse firmado o contrato, cuja resolução se deveu, como já tantas vezes salientado, à culpa exclusiva de outrem.

Cumpre ressaltar que sentido corrente do princípio da razoabilidade diz respeito à necessidade de respeitar "a justiça do caso concreto, bem como a necessidade de apelar às regras lógicas ou da experiência comumente compartilhada", acepção em que a razoabilidade é tida como sinônimo de eqüidade, entendida esta como "uma particularidade do caso concreto, para chegar a uma solução mais justa" (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Princípios instrumentais de interpretação. Imperativos de razoabilidade e de proporcionalidade. In: *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. 2007, p. 211). Outro não é o entendimento de Luis Roberto Barroso, que, sobre a razoabilidade, leciona que o "princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em uma determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, assim fazendo justiça ao caso concreto" (*Interpretação e aplicação da Constituição*. 2006, p. 373). Por isso, por razões já explanadas, não restam dúvidas de que seria absolutamente incompatível com o sistema normativo a inaplicabilidade da cláusula quatro, ínsita ao objeto da demanda, em razão da observância acrítica do princípio processual da adstrição.

Postas tais considerações, da mesma forma que é inequívoca, em obediência à eficácia restituitória da resolução contratual, a necessidade de que aos promitentes compradores sejam devolvidas as parcelas já adimplidas, é também salutar que o promitente vendedor, em observância à cláusula quatro inserta em cada um dos contratos celebrados, possa reter aquilo que gastou a título de despesas administrativas, comerciais e de corretagem, o que implica, nos termos pactuados, a retenção de R$ 1.000,00 (mil reais) somados a 5% do valor de R$ 17.908,00 (dezessete mil novecentos e oito reais), em relação a cada um dos instrumentos contratuais celebrados. Frise-se que todos os valores, tanto aqueles a serem restituídos à parte promitente compradora quanto aqueles a serem retidos pelo promitente comprador, devem ser corrigidos monetariamente, por uma questão de equilíbrio, a partir do ajuizamento da ação, devendo, contudo, sobre a importância a ser retida incidir juros de mora desde a citação da parte ré.

Isso posto, dou parcial provimento ao recurso para conceder à parte ré o benefício da justiça gratuita e também para, não obstante julgar procedentes os pedidos iniciais, determinar, em observância à eficácia restituitória oriunda da resolução contratual, o retorno das partes ao *status quo ante* com a devolução, corrigida monetariamente a partir da data do ajuizamento da ação pelos índices da CGJ, das parcelas já adimplidas pelos promitentes compradores no que toca aos três contratos celebrados e resolvidos, sendo, do total a ser restituído, devidamente abatida a importância de R$ 5.686,20 (cinco mil seiscentos e oitenta e seis reais e vinte centavos), corrigida monetariamente também desde o ajuizamento da ação pelos índices da CGJ e acrescida de juros de mora de 1% ao mês desde a citação.

Custas recursais, na proporção de 80% pela parte apelante e 20% pela parte apelada, suspensa a exigibilidade do pagamento em relação àquela.

Custas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 400,00 (quatrocentos reais), pela parte ré, restando suspensa a exigibilidade do pagamento por ter-lhe sido deferida a justiça gratuita.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES FERNANDO CALDEIRA BRANT e AFRÂNIO VILELA.

*Súmula* - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

...

## Execução - Empregado - Participação nos lucros da empresa - Verba não salarial - Penhora - Possibilidade

Ementa: Agravo de instrumento. Participação nos lucros. Verba de natureza não salarial. Penhora. Possibilidade.

- A teor do disposto no inciso XI do art. 7º da CF de 1988, os valores pagos a título de participação nos lucros ou resultados da empresa não têm natureza salarial, sendo, portanto, passíveis de penhora.

Recurso a que se nega provimento.

**AGRAVO Nº 1.0344.07.038150-6/001 - Comarca de Iturama - Agravante: Maria Regina Freitas Queiroz Araújo - Agravada: SHV - Gás Brasil Ltda. - 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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 18 de setembro de 2008. - *Wagner Wilson* - Relator.

### Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pela agravante, a Dr.ª Ione de Faria Belo.

DES. WAGNER WILSON (Convocado) - Agravo de instrumento interposto por Maria Regina Freitas Queiroz Araújo contra a r. decisão proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara Cível de Iturama que, nos autos da ação de execução contra si ajuizada pela SHV - Gás Brasil Ltda., indeferiu o pedido constante da petição de f. 15/16 e manteve o bloqueio judicial de sua conta bancária.

Sustenta a agravante que a conta bancária bloqueada é exclusiva para o recebimento de seus proventos e que o saldo constrito, no valor de R$ 3.744,67 (três mil setecentos e quarenta e quatro reais e sessenta e sete centavos), refere-se à participação nos lucros da empresa, verba de natureza alimentar e, portanto, impenhorável.

Afirma que o referido bloqueio está lhe causando inúmeros transtornos, pois depende de seu salário para sustentar sua família, já que a empresa de seu marido está passando por sérias dificuldades financeiras.

Ao final, pede o provimento do recurso, com a reforma da decisão agravada.

O presente recurso foi recebido somente no efeito devolutivo, conforme o despacho de f. 37.

Apesar de devidamente intimada, a agravada não apresentou contraminuta.

Decido.

Verifica-se dos documentos de f. 13 e 21 que foi penhorada, na conta corrente da executada, a quantia de R$ 3.744,67 (três mil setecentos e quarenta e quatro reais e sessenta e sete centavos). Dessa importância, R$ 3.406,64 (três mil quatrocentos e seis reais e sessenta e quatro centavos) referem-se à parcela por ela recebida a título de participação nos lucros da empresa.

Segundo se depreende do inciso XI do art. 7º da CF de 1988, as verbas relativas à participação nos lucros ou resultados de empresa não possuem natureza salarial, *in verbis*:

> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
> [...]
> XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei [...].

Compartilhando desse entendimento, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> Ementa: Recurso especial. Tributário. Execução fiscal. Contribuição previdenciária. Não-incidência. Participação dos empregados nos lucros da empresa. Natureza não remuneratória. Art. 7º, XI, da CF. MP 794/94. Tribunal de origem. Não-comprovação de que a verba refere-se à participação nos lucros. Súmula 7/STJ. Recurso desprovido.
> 1. Não viola os arts. 535, II, e 458, II, do CPC, tampouco nega prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.
> 2. O art. 7º, XI, da Constituição Federal é norma de eficácia plena no que diz respeito à natureza não salarial da verba destinada à participação nos lucros da empresa, pois explicita sua desvinculação da remuneração do empregado; no entanto, é norma de eficácia contida em relação à forma de participação nos lucros, na medida em que dependia de lei que a regulamentasse.
> 3. A Medida Provisória 794/94 somente enfatizou a previsão constitucional de que os valores relativos à participação nos lucros da empresa não possuíam caráter remuneratório. Portanto, anteriormente à sua edição, já havia norma constitucional prevendo a natureza não salarial de tal verba, impossibilitando, assim, a incidência de contribuição previdenciária.
> 4. O Tribunal de origem entendeu que não restou comprovado que os pagamentos efetuados correspondiam efetivamente à participação dos empregados nos lucros da empresa. Todavia, para entender de forma diversa essa conclusão, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que é inviável em sede de recurso especial, por esbarrar no óbice da Súmula 7/STJ: 'A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial'.
> 5. Recurso especial desprovido (REsp 675.433/RS - Rel.ª Ministra Denise Arruda - Primeira Turma - j. em 03.10.2006 - *DJ* de 26.10.2006, p. 226).

De fato, a participação nos lucros não constitui verba remuneratória, tratando-se de parcelas indenizatórias eventualmente recebidas pelo empregado.

Já a verba de natureza salarial é aquela paga com permanência e habitualidade e que, ao contrário da participação nos lucros, possui caráter alimentar, pois se destina à manutenção e ao sustento do trabalhador e de sua família.

Nesse contexto, nada obsta a penhora da quantia de R$ 3.406,64 (três mil quatrocentos e seis reais e sessenta e quatro centavos) realizada na conta bancária da agravante, porquanto incidiu sobre valores de natureza não salarial.

Da mesma forma, não se constata qualquer irregularidade quanto à penhora do valor excedente a R$ 3.406,64 (três mil quatrocentos e seis reais e sessenta e quatro centavos), não tendo a agravante demonstrado que a referida importância decorria de seus proventos. Reforça tal conclusão o fato de a agravante ter recebido alguns créditos de caráter não remuneratório em sua conta corrente, conforme se vê do extrato de f. 21.

Conclusão.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso e mantenho inalterada a decisão de primeira instância.

Custas, *ex lege*.

DES.ª ELECTRA BENEVIDES - De acordo.

DES. JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTES - De acordo.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

...

## Ação monitória - Ilegitimidade ativa - Relação jurídica material - Análise - Prescrição - Cheque - *Causa debendi* - Declinação - Desnecessidade - Ônus da prova - Exceções pessoais - Oposição - Impossibilidade

Ementa: Ação monitória. Ilegitimidade ativa. Análise da relação jurídica material. Questão de mérito. Prescrição. Cheque. *Causa debendi*. Exceções pessoais. Recurso conhecido e não provido.

- A análise das condições da ação é realizada abstratamente, isto é, não se confunde com a pretensão deduzida em juízo, de forma que as questões concernentes à relação jurídica material dizem respeito ao mérito da causa.

- O prazo prescricional de dois anos estabelecido pela Lei nº 7.357/85, para o ajuizamento da ação de enriquecimento contra o emitente do cheque, não se aplica à pretensão deduzida por meio da ação monitória, a qual se sujeita ao prazo geral previsto no Código Civil.

- Sendo a emissão do cheque anterior à entrada em vigor do novo Código Civil, deve-se observar a regra de transição ali contida, iniciando a contagem do prazo a partir da entrada em vigor da nova lei.

- É de se afastar a prejudicial de mérito relativa à prescrição, quando não se verifica o transcurso de mais de dez anos entre a data da entrada em vigor do novo Código Civil e o ajuizamento da ação monitória.

- Em sede de ação monitória, desnecessária a declinação da *causa debendi* pelo autor, incumbindo ao réu o ônus da prova sobre a inexistência do débito.

- O cheque, ainda que prescrito, não perde a qualidade de título de crédito cambiariforme, traduzindo obrigação autônoma, de forma que, em princípio, o negócio jurídico subjacente não pode servir de óbice à validade, eficácia ou exigibilidade do débito nele inserto, salvo quando comprovada a má-fé do possuidor.

- Ausente a comprovação de que o portador do título tinha ciência de sua origem ilícita, adquirindo-o de má-fé, não é possível ao devedor se escusar do cumprimento da obrigação nele inserta.

Recurso conhecido e não provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0480.04.053948-2/001 - Comarca de Patos de Minas - Apelantes: GR Empreendimentos Imobiliários Ltda. e outro - Apelado: Posto Beira Rio 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 REJEITAR A PRELIMINAR E A PREJUDICIAL E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 28 de agosto de 2008. - *Bitencourt Marcondes* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. BITENCOURT MARCONDES (Convocado) - Trata-se de recurso de apelação interposto por GR Empreendimentos Imobiliários Ltda. e Celson Pires de Oliveira em face da r. sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito José Humberto da Silveira, da 1ª Vara Cível da Comarca de Patos de Minas, que, nos autos da ação monitória ajuizada por Posto Beira Rio Ltda., rejeitou os embargos opostos pelos apelantes e julgou procedente a ação.

Sustentam ilegitimidade ativa, pois os cheques são nominais a pessoa jurídica que não o recorrido,

não havendo endossos nominais nem cessão de crédito, não lhe sendo permitido cobrar os títulos.

Aduzem não haver prova da *causa debendi*, necessária à propositura da ação monitória, tendo comprovado, lado outro, a inexistência da relação jurídica que originou os títulos, pois o contrato de prestação de serviços foi firmado com a empresa Eletronorte, serviços esses não prestados, o que levou à sustação dos títulos.

Alegam prescrição da pretensão em tela, que seria de dois anos, pois os cheques foram emitidos em setembro de 2000, sendo a ação ajuizada em abril de 2004.

Afirmam que a correção monetária deve incidir desde o ajuizamento da ação.

Contra-razões às f. 148/152.

Presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso, daí por que dele conheço.

Do objeto do recurso.

I) Da ilegitimidade ativa.

Os apelantes sustentam ilegitimidade ativa, pois os cheques são nominais a pessoa jurídica que não o recorrido, não havendo endossos nominais nem cessão de crédito, não lhe sendo permitido cobrar os títulos.

Inicialmente, cumpre esclarecer que a legitimidade ordinária se dá pela transposição das pessoas envolvidas na lide, que é caracterizada por uma pretensão resistida, para os sujeitos parciais do processo: autor e réu.

Desse modo, a condição da ação - legitimidade *ad causam* - está intimamente relacionada com a relação jurídica material; e, por não ter relação direta com o provimento jurisdicional favorável esperado por quem está a exercer a pretensão, a constatação da simetria entre as pessoas envolvidas na lide e na relação processual, isto é, aquela que tem pretensão e a que resiste, da autora na ação com o réu, é o quanto basta para se constatar a legitimidade.

O fato de a pretensão do autor não ter sustentação jurídica em relação àquele que resiste não retira daquele a legitimidade *ad causam* ativa, a não ser que nosso ordenamento jurídico adotasse a teoria concreta da ação.

De qualquer forma, saliente-se que a questão não é pacífica na doutrina.

No presente caso, o apelado ajuizou ação monitória em face dos apelantes, pleiteando sua condenação ao pagamento dos títulos de crédito apresentados com a inicial.

Os apelantes, a seu turno, resistem a essa pretensão.

Diante desses elementos, não há dúvidas de que o apelado é parte legítima para figurar no pólo ativo da presente ação.

Com efeito, se os fundamentos fáticos e jurídicos por ele aduzidos são ou não suficientes para que sua pretensão seja acolhida, com provimento jurisdicional favorável, a questão é de mérito e não de ilegitimidade de parte.

Assim, tenho que o recorrido possui legitimidade ativa.

II) Da prescrição.

Os apelantes alegam prescrição da pretensão em tela, que seria de dois anos, pois os cheques foram emitidos em setembro de 2000, sendo a ação ajuizada em abril de 2004.

A ação monitória, a teor do disposto no art. 1.102-A do Código de Processo Civil, "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".

Desse modo, é de se convir, para a propositura da ação monitória, que basta a existência de prova escrita e literal da dívida, isto é, qualquer documento capaz de indicar a existência de direito à cobrança de uma dívida, ainda que seu valor dependa da apuração de outros fatores.

A ação monitória, portanto, é procedimento especial que não se confunde com a ação de enriquecimento contra o emitente do cheque, prevista no art. 61 da Lei nº 7.357/85.

Diante desses elementos, o prazo prescricional estabelecido pela Lei nº 7.357/85 para o ajuizamento da ação acima mencionada não se aplica à pretensão deduzida por meio da ação monitória, a qual se sujeita ao prazo geral previsto no Código Civil.

Nesse sentido, decidiu a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça:

> Ementa: Processual civil - Recurso especial - Deficiência na fundamentação - Súmula 284/STF - Ação monitória - Cheque prescrito até para ação de locupletamento - Correção monetária - Termo inicial - Embargos declaratórios prequestionadores - Súmula 98 do STJ.
> - Mera alegação de contrariedade à Lei Federal, sem demonstração da alegada ofensa à lei federal, não basta para justificar o conhecimento do recurso especial.
> - O cheque prescrito serve como instrumento de ação monitória, mesmo vencido o prazo de dois anos para a ação de enriquecimento (Lei do Cheque, art. 61), pois o art. 1.102a do CPC exige apenas 'prova escrita sem eficácia de título executivo', sem qualquer necessidade de demonstração da *causa debendi*.
> - No procedimento monitório, nada impede que o Juiz determine a correção monetária e os juros de mora imputados ao valor do crédito traduzido na 'prova escrita sem eficácia de título executivo'.
> - Na ação monitória para cobrança de cheque prescrito, a correção monetária corre a partir da data em que foi emitida a ordem de pagamento à vista. É que, malgrado carecer de força executiva, o cheque não pago é título líquido e certo (Lei 6.899/81, art. 1º, § 1º).
> - Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório (STJ, REsp 365061/MG, 3ª T., Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 21.02.2006).

Posto isso, cumpre analisar a questão acerca do prazo prescricional aplicável à espécie.

Os cheques que embasam a presente ação monitória foram emitidos em 08.09.2000, isto é, antes da entrada em vigor do novo Código Civil.

No Código Civil de 1916, o prazo aplicável era o de 20 anos, estabelecido no art. 177, haja vista a inexistência de prazo prescricional específico.

Com o advento da novel legislação, o prazo geral foi reduzido para 10 anos, a teor do disposto no art. 205, *in verbis: "Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor"*.

Diante desses elementos, aplica-se, ao caso em testilha, o art. 2.028 do Código Civil de 2002, que contém norma de transição para regular a aplicação conjunta dos prazos prescricionais da lei revogada e da lei nova, *in verbis:*

> 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.

Considerando-se que, na data da entrada em vigor do novo Código (11.01.2003), não havia transcorrido mais da metade do prazo de vinte anos estabelecido no art. 177 do Código Civil de 1916, conclui-se pela aplicação do novo prazo, isto é, 10 anos.

Ressalte-se que o termo *a quo* para contagem do prazo prescricional é a entrada em vigor do novo Código Civil, conforme reiterada jurisprudência desta Câmara:

> Ementa: Apelação. Seguro obrigatório. DPVAT. Prescrição. Início da contagem. Recurso conhecido e não provido.
> I) O prazo prescricional para o recebimento do seguro obrigatório de que trata a Lei nº 6.194/74 se inicia da data do acidente. Sendo este anterior à entrada em vigor do novo Código Civil, deve-se observar a regra de transição ali contida, iniciando a contagem do novo prazo a partir da entrada em vigor da nova lei.
> II) Recurso conhecido e não provido (TJMG, AC nº 1.0512.06.033757-7/001, 15ª CC, Rel. Des. Bitencourt Marcondes, *DJ* de 23.07.2007).

> Ementa: Contrato de seguro de vida. Cobertura securitária. Ausência de beneficiários. Apelação conhecida. Agravo retido não conhecido. Apelação não provida. [...]
> II) O prazo prescricional da pretensão do beneficiário contra o segurador é de três anos e se inicia da data do sinistro. Sendo este anterior à entrada em vigor do novo Código Civil, deve-se observar a regra de transição ali contida, iniciando a contagem do novo prazo a partir da entrada em vigor da nova lei [...] (TJMG AC nº 1.0145.05.277673-2/001, 15ª CC, Rel. Des. Bitencourt Marcondes, *DJ* de 23.04.2008).

Assim, e considerando que a presente ação foi ajuizada em 02.04.2004, não há falar em prescrição, porquanto não se passaram mais de 10 anos entre a entrada em vigor do Código Civil de 2002 e a propositura da demanda.

Nesse contexto, vale transcrever excerto do voto proferido pelo il. Des. Osmando Almeida, no âmbito da Apelação Cível nº 1.0024.06.237910-2/001:

> Cumpre registrar que o art. 62 da Lei do Cheque nº 7.357/85 prevê a propositura de ação fundada na relação, desde que feita a prova do não-pagamento do cheque, não se confundindo esta com as ações cambiariformes previstas nos arts. 59 e 61 da referida lei, podendo o direito comum causal ser exercido através de ação de cobrança ou ação monitória, sujeitas ao prazo prescricional da legislação civil. Extrai-se dos autos que, de fato, o cheque perdeu sua cambiariedade por estar prescrito, mas isso não implica impossibilidade de propositura da ação monitória com base nos referidos títulos, visto ser esta diversa tanto da ação executiva, prescrita em decorrência do disposto no art. 59, quanto da ação de locupletamento estabelecida no art. 61 da Lei 7.357/85, cuja prescrição ocorre em 2 (dois) anos contados do dia em que se consumar o prazo previsto no art. 59, estando, nesta hipótese, evidenciada a prescrição relativa a essa ação (*DJ* de 09.07.2007).

III) Da improcedência da ação monitória.

Os apelantes aduzem não haver prova da *causa debendi*, necessária à propositura da ação monitória, tendo comprovado, lado outro, a inexistência da relação jurídica que originou os títulos, pois o contrato de prestação de serviços foi firmado com a empresa Eletronorte, serviços esses não prestados, o que levou à sustação dos títulos.

Preceitua o já citado art. 1102-A do Código de Processo Civil, *in verbis*:

> Art. 1.102-A. 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.

Mediante observação de tal dispositivo, conclui-se não ser exigível declinar na petição inicial da ação monitória a causa subjacente da emissão do título.

Sobre o tema, leciona Theotonio Negrão (*Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1.075):

> Para a propositura de ação monitória com base em cheque prescrito não se exige que o autor invoque o negócio jurídico correspondente.

É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça no sentido de que na ação monitória, instruída com cheque prescrito, é desnecessária a demonstração da causa de sua emissão.

Nesse sentido decidiu a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> Ementa: 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 (REsp 541666, Rel. Min. César Asfor Rocha, j. em 05.08.2004).

No mesmo sentido, a 1ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

> Ementa: Apelação cível. Direito privado não especificado. Ação monitória. Cheque prescrito. - Desnecessária a comprovação da *causa debendi* na ação monitória quando o documento hábil apresentado é cheque prescrito. O apelante não logrou provar a existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, ônus que lhe incumbia, nos termos do art. 333, inciso II, do Código de Processo Civil (AC nº 70014176234, Rel. Des. Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard, j. em 08.03.2006).

Dessa forma, caberá ao réu provar a existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, de acordo com a norma inserta no art. 333, II, do Código de Processo Civil.

No caso em tela, os apelantes não lograram êxito em comprovar a inexistência ou ilicitude da dívida, ônus que lhes assistia.

Os recorrentes alegam inexistência da relação jurídica que originou os títulos, pois o contrato de prestação de serviços foi firmado com a empresa Eletronorte, serviços esses não prestados, o que levou à sustação dos títulos. Ademais, os cheques são nominais a pessoa jurídica que não o recorrido, não havendo endossos nominais nem cessão de crédito, não lhe sendo permitido cobrar os títulos.

Os recorrentes, contudo, não negam a emissão dos títulos de crédito, muito embora resistam ao pagamento dos valores nele indicados. Os cheques foram recebidos pelo recorrido em pagamento de abastecimento a veículos da empresa Eletronor, tendo, portanto, circulado desde a emissão pelos apelantes.

O sócio da Eletronor testemunhou no presente processo, confirmando ter firmado o contrato com os apelantes, tendo recebido os cheques em razão desse contrato. Atestou também ter iniciado, mas não concluído, o serviço contratado, em decorrência do descredenciamento efetuado pela Cemig.

A Lei nº 7.357/85, que dispõe sobre o cheque, estabelece, em seu art. 25:

> Art. 25. Quem for demandado por obrigação resultante de cheque não pode opor ao portador exceções fundadas em relações pessoais com o emitente, ou com os portadores anteriores, salvo se o portador o adquiriu conscientemente em detrimento do devedor.

Desse modo, é de convir, o cheque - título de crédito cambiariforme - traduz obrigação autônoma, de forma que, em princípio, o negócio jurídico subjacente não pode servir de óbice à validade, eficácia ou exigibilidade do débito nele inserto, salvo quando comprovada a má-fé do possuidor.

A propósito, leciona Waldirio Bulgarelli:

> A autonomia é requisito fundamental para a circulação dos títulos de crédito. Por ela, o seu adquirente passa a ser titular de direito autônomo, independente da relação anterior entre os possuidores. Em conseqüência, não podem ser oponíveis ao cessionário de boa-fé as exceções decorrentes da relação extracartular que eventualmente possam ser opostas ao credor originário (*Títulos de crédito*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1989, p. 56).

No presente caso, é fato incontroverso que o cheque executado foi transmitido ao apelado para pagamento de notas de abastecimento de combustível; assim, havendo a circulação do título, não é possível aos devedores, ora apelantes, se escusarem do cumprimento da obrigação nele inserta sob a alegação de descumprimento da obrigação em razão da qual foram emitidos os títulos, salvo se comprovada a má-fé do apelado, o que não ficou demonstrado.

Ressalte-se que o fato de o cheque estar prescrito, conquanto retire sua executividade, não lhe retira as demais características que lhe são essenciais - a saber, a cartularidade, a literalidade e a autonomia das obrigações nele insertas.

Nesse sentido, é reiterada a jurisprudência deste Tribunal de Justiça e do extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais, *in verbis*:

> Ementa: Ação monitória - Cheque - Circulação - Inoponibilidade das exceções pessoais.
> 1. O cheque é documento circulável através de endosso. O seu portador está legitimado a pleitear o recebimento do valor nele consubstanciado.
> 2. O emitente do cheque não poderá opor ao seu portador as exceções fundadas em relações pessoais com o endossante, salvo se demonstrada a má-fé do terceiro endossatário (TJMG, AC nº 1.0702.04.167529-0/001, 9ª CC. Rel. Des. Pedro Bernardes, *DJ* de 02.09.2006).

> Ementa: Ação monitória - Cheque - Autonomia e abstração - Discussão da *causa debendi* - Irrelevância - Terceiro de boa-fé - Justiça gratuita - Pessoa jurídica - Prova da condição financeira - Possibilidade. - São inoponíveis ao terceiro de boa-fé, portador do cheque, as exceções pessoais, relativas ao negócio jurídico subjacente à emissão do título, diante da autonomia, literalidade e abstração que lhe são peculiares [...] (TJMG, AC nº 2.0000.00.517809-4/000, 14ª CC, Rel.ª Des.ª Heloísa Combat, j. em 20.09.2005).

> Ementa: Ação monitória - Cheque emitido em garantia de dívida de terceiro - Responsabilidade do emitente. - O cheque dado em garantia de dívida, ainda que prescrito, não perde sua característica de título de crédito, ou mesmo lhe subtrai as características de liquidez, certeza e exigibilidade. No caso em tela, apenas sua executividade resta comprometida, ainda assim em razão da prescrição da cambial, sem com isso desobrigar o emitente da cártula de efetuar seu pagamento. Recurso improvido (TAMG, AC nº 2.0000.00.334844-3/000, 5ª CC, Rel. Des. Brandão Teixeira, j. em 03.05.2001).

> Ementa: Monitória - Cheque ao portador - Transferência por tradição ou endosso em operação de *factoring* - Oposição de exceções pessoais - Impossibilidade - Princípios da autonomia e abstração. - É ônus do devedor provar que a empresa de *factoring* conhecia a existência das exceções pessoais em relação ao portador originário do título. Ausente

> a prova do conhecimento das exceções pessoais, impossível é a desconstituição do débito materializado na cártula e possível a sua cobrança por via de ação monitória. Apelação não provida (TJMG, AC nº 1.0024.07.390105-0/001, 10ª CC, Rel. Des. Cabral da Silva, j. em 27.11.2007).

Assim, tendo os cheques circulado, e mantidas suas características essenciais, mesmo após a prescrição, deve ser negado provimento ao recurso, tendo em vista a exigibilidade dos títulos.

IV) Da correção monetária.

Os apelantes afirmam que a correção monetária deve incidir desde o ajuizamento da ação.

Vislumbro, nesse tópico, ausência de interesse recursal, pois a sentença fixou a correção monetária exatamente como pretendem os recorrentes, isto é, desde o ajuizamento da ação.

Conclusão.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTES e MOTA E SILVA.

*Súmula* - REJEITARAM A PRELIMINAR E A PREJUDICIAL E NEGARAM PROVIMENTO.

...

## Servidor público municipal - Contribuição sindical - Desconto - Previsão legal - Ausência - CLT - Servidor público estatutário - Extensão da cobrança - Impossibilidade - Tributo não previsto em lei - Proibição de analogia

Ementa: Apelação. Servidores públicos municipais. Contribuição sindical. Descontos. Ausência de previsão legal. Impossibilidade de extensão da cobrança incidente sobre funcionários privados regidos sob o regime celetista. Proibição da analogia para resultar na exigência de tributo não previsto em lei. Direito liquido e certo. Inexistência. Sentença mantida.

- Não incorre em ato ilegal a autoridade apontada como coatora que deixa de descontar em folha de pagamento dos servidores municipais a contribuição sindical, por serem vedados a criação e/ou o aumento de tributo sem previsão legal, inexistindo possibilidade de a contribuição ser estendida ao servidor público estatutário por analogia ao regime celetista.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0567.07.106753-0/001 - Comarca de Sabará - Apelante: Fesempre Federação dos Servidores Municipais das Prefeituras do Estado de MG - Apelado: Município de Sabará - Autoridade coatora: Prefeito do Município de Sabará - Relator: DES. ANTÔNIO HÉLIO 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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 25 de setembro de 2008. - *Antônio Hélio Silva* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO HÉLIO SILVA - Trata-se de apelação em autos de mandado de segurança c/c pedido liminar contra a sentença que julgou improcedente o pedido, e, não se conformando, recorre a apelante, alegando, em síntese, que o apelado, ao deixar de efetuar o desconto e o repasse da contribuição sindical compulsória de todos os servidores municipais, independentemente de seu regime jurídico, está incidindo em ato omissivo e por isso deve ser reputado ilegal, por ser direito líquido e certo e que tal desconto é obrigação legal.

Contra-razões às f. 599/601, pugnando pela manutenção da sentença.

É de se conhecer do recurso.

A questão instaurada nos autos cinge-se em saber se há ilegalidade no ato do impetrado, ora apelado, ao deixar de proceder ao desconto da contribuição sindical de seus servidores, nos vencimentos do mês de março, conseqüentemente, não repassando referida verba ao apelante.

De início, cumpre registrar que resta incontroverso nos autos que não se aplica aos servidores públicos do Município de Sabará o regime da Consolidação das Leis do Trabalho, visto estarem amparados por seu próprio estatuto.

Salienta-se que o art. 8º da Constituição Federal dispõe que

> É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:
> [...]
> IV - a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independente da contribuição prevista em lei.

Não se aplica, todavia, tal artigo aos servidores do Município de Sabará, visto que, como explicitado no próprio inciso IV, acima referido, a exigência da con-

tribuição está condicionada à previsão legal, o que inexiste no Município de Sabará.

Assim, resta claro que o apelado não incorreu em ilegalidade alguma, visto que está desobrigado a efetuar o desconto e conseqüentemente o repasse das contribuições sindicais de seus servidores regidos pelo regime estatutário, conforme preceitua o art. 5º, inciso II, da CF, ao dispor que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", e corroborado pelo art. 37, *caput*, da mesma Carta.

Ademais, não se pode utilizar da analogia, das regras dos arts. 578 e seguintes da CLT aos servidores estatutários, por ser expressamente vedado por lei exigir tributo sem previsão legal, nos termos do art. 108, § 1º, do Código Tributário Nacional, que assim dispõe: "O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei".

Com efeito, a contribuição sindical compulsória, instituída em lei, nos termos dos arts. 578 a 610 da CLT, é aplicável apenas aos funcionários regidos pelo regime celetista, desobrigando, portanto, aqueles servidores submetidos ao regime estatutário.

Assim, a incidência dos descontos pretendidos pela apelante a trabalhadores não filiados não pode ser confundida nem estendida aos trabalhadores de outras categorias, como é o caso do servidor estatutário em relação ao celetista.

Ainda a CLT em seu art. 7º, alínea c, na redação dada pelo Decreto-lei nº 8.079/45, dispõe que

> Os preceitos constantes da presente Consolidação, salvo quando for, em cada caso, expressamente determinado em contrário, não se aplicam: aos funcionários públicos da União, dos Estados e dos Municípios e aos respectivos extranumerários em serviços nas próprias repartições.

Resta inequívoca, dessa forma, a inexistência de ato ilegal por parte do Município de Sabará em recusar-se a descontar em folha de pagamento a contribuição sindical dos seus servidores, por serem vedados a criação ou o aumento de tributo sem previsão legal, bem como por não poder a contribuição ser estendida ao servidor público estatutário por analogia do regime celetista.

Pelo exposto, é de se negar provimento ao recurso, para manter a sentença que denegou a segurança impetrada.

Custas, como de lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA e ANTÔNIO SÉRVULO.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

...

## Ação anulatória - Ato administrativo - Reparação de danos - Cumulação de ações - Competição esportiva - Instâncias esportivas - Não-exaurimento

Ementa: Apelação cível. Ação anulatória de ato administrativo c/c reparação de danos. Competição esportiva. Não-exaurimento das instâncias esportivas.

- Recebida uma demanda sobre questões relacionadas ao esporte, além da verificação da presença das condições da ação, há de se observar se o autor preenche o requisito específico previsto no § 1º do art. 217 da Constituição Federal, qual seja o exaurimento das instâncias da Justiça Desportiva como pré-requisito para o acesso ao Poder Judiciário.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0271.07.111138-6/001 - Comarca de Frutal - Apelante: Matuzalém de Lima - Apeladas: Confederação Brasileira de Atletismo, Clínica São Camilo S.A. - Relator: DES. PEDRO BERNARDES**

### 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, 2 de dezembro de 2008. - *Pedro Bernardes* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. PEDRO BERNARDES - Cuida-se de apelação cível interposta por Matuzalém de Lima contra a sentença de f. 130/133, proferida nos autos de ação ordinária anulatória de ato administrativo c/c reparação de danos, ajuizada pelo apelante, julgando extinto o processo, sem resolução do mérito, indeferindo a petição inicial, nos termos do art. 295, I, c/c o art. 267, I e IV, ambos do CPC, condenando o recorrente ao pagamento das custas processuais, sendo sua exigibilidade suspensa por litigar sob o pálio da justiça gratuita.

Nas razões de f. 134/139, o apelante alega que a regra é a inafastabilidade do controle de lesões ou ameaças de lesões a direitos pelo Poder Judiciário; que o § 1º do art. 217 da CF/88 não tem o condão de excluir ou interditar o conhecimento de matéria desportiva, pela via jurisdicional, o que seria inconstitucional; que o exaurimento das instâncias da Justiça Desportiva é medida necessária, profilática e inibidora de despachos e decisões da Justiça Comum com efeitos irreversíveis e danosos às competições e à disciplina esportiva; que o

acesso à Justiça Comum é vedado apenas quando existir recurso pendente ou prazo de recurso desportivo em curso, mas não quando a parte perder o prazo ou não tiver interesse em interpô-lo; que a competência da Justiça Desportiva está adstrita à disciplina e às competições desportivas, não sendo competente para apreciar e julgar ação de indenização de reparação de danos.

Ao final, requer seja reformada a sentença monocrática, para suspender a penalidade desportiva e, subsidiariamente, condenar a Clínica São Camilo à reparação dos danos sofridos e morais. Requer, ainda, a faculdade prevista nos arts. 481, § 2º, e 482, ambos do RITJMG.

Sem contra-razões.

Sem preparo, pois o apelante litiga sob o pálio da justiça gratuita.

Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos de admissibilidade.

Matuzalém de Lima ajuizou ação ordinária anulatória de ato administrativo c/c reparação de danos em face da Confederação Brasileira de Atletismo e Clínica São Camilo S.A., alegando que é atleta profissional de corridas de rua e maratonas, sendo que, em exame antidoping após uma competição no ano de 2006, foi constatado nível de testosterona acima do limite estabelecido pela Wada e aceita pela IAAF. Diz que não lhe foi garantido o direito ao contraditório na via administrativa, que sua defesa não foi feita por um técnico, que não sabia a localização do STJD e que não possui recursos financeiros.

O MM. Juiz de primeiro grau indeferiu a petição inicial, nos termos do art. 295, I, c/c o art. 267, I e IV, ambos do CPC, ao argumento de que a Constituição Federal e a legislação desportiva impõem o prévio exaurimento ou cogente esgotamento das instâncias da Justiça Desportiva para que as demandas desportivas possam ser admitidas na Justiça Comum.

Alega o apelante que a regra é a inafastabilidade do controle de lesões ou ameaças de lesões a direitos pelo Poder Judiciário; que o § 3º do art. 217 da CF/88 não tem o condão de excluir ou interditar o conhecimento de matéria desportiva, pela via jurisdicional, o que seria inconstitucional; que o exaurimento das instâncias da Justiça Desportiva é medida necessária, profilática e inibidora de despachos e decisões da Justiça Comum com efeitos irreversíveis e danosos às competições e à disciplina esportiva; que o acesso à Justiça Comum é vedado apenas quando existir recurso pendente ou prazo de recurso desportivo em curso, mas não quando a parte perder o prazo ou não tiver interesse em interpô-lo; que a competência da Justiça Desportiva está adstrita à disciplina e às competições desportivas, não sendo competente para apreciar e julgar ação de indenização de reparação de danos.

Inicialmente, entendo que não procede o requerimento do recorrente quanto à faculdade prevista nos arts. 481, § 2º, e 482, ambos do RITJMG. Tratam tais dispositivos dos benefícios da justiça gratuita. Verifica-se que o apelante já está sob o pálio da justiça gratuita, não sendo o caso de nomeação de um defensor público para assessorá-lo.

Quanto ao mérito, entendo que razão não assiste ao recorrente, devendo a sentença hostilizada ser mantida em todos os seus termos.

Dispõe o § 1º do art. 217 da CF/88:

> Art. 217 - [...]
> § 1º - O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.

À medida que o esporte se foi tornando uma realidade social, cultural, política e econômica, o Estado viu-se obrigado a reconhecê-lo como fato de relevante interesse, tornando-se imprescindível a criação, organização e funcionamento da Justiça Desportiva, uma instituição responsável pela observância das normas desportivas, disciplinares e administrativas.

A Justiça Desportiva não compõe nem faz parte do Poder Judiciário, conforme se depreende da norma constitucional supracitada, configurando-se como um órgão administrativo, dependente hierarquicamente do Ministério de Educação, Cultura e Desporto, mas dotado de autonomia judicante e administrativa.

Essa divisão entre Justiça Comum e Justiça Desportiva é importante, pois o esporte possui a necessidade de ter respostas rápidas vindas da Justiça nas situações controvertidas existentes em competições, seja para discutir o regramento existente ou para decidir questões disciplinares, uma vez que as competições, os campeonatos, os clubes participantes e outros envolvidos em eventos desportivos não podem parar e esperar as decisões do Poder Judiciário.

Além disso, é de se reconhecer que os Magistrados possuem conhecimentos parcos referentes às normas jurídico-desportivas vigentes, que somente são conhecidas a fundo por aqueles cultores do Direito Desportivo, ou que estão diretamente envolvidos com o esporte. Assim, é evidente que matéria desportiva, justamente por possuir caráter especial, deve ser discutida na Justiça Desportiva, no âmbito das Federações Estaduais, ou mesmo da Confederação Brasileira de Desporto ou de Futebol, que são órgãos especializados e preparados para tanto.

Portanto, recebida uma demanda sobre questões relacionadas ao esporte, além da verificação da presença das condições da ação, há de se observar se o autor preenche o requisito específico previsto no § 1º do art. 217 da Constituição Federal, qual seja o exaurimento das instâncias da Justiça Desportiva como pré-requisito para o acesso ao Poder Judiciário.

Nesse sentido, é o entendimento deste Tribunal:

> Justiça Desportiva. Esgotamento de instâncias não observado. Impossibilidade de conhecimento da matéria pelo Poder Judiciário. - Recebida uma demanda que verse sobre questões afetas ao esporte, além da verificação da presença das condições genéricas para o exercício do direito de ação, há de se observar se o requerente preenche o requisito específico previsto no § 1º do art. 217 da Constituição Federal, qual seja o exaurimento das instâncias da Justiça Desportiva como pré-requisito para o acesso ao Poder Judiciário (TJMG - Apelação Cível 1.0145.07.377744-6/001 - Rel. Des. Duarte de Paula - Julgamento em 18.07.2007 - p. no *DJ* de 02.08.2007).

No mesmo sentido, é o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

> Desporto. Pressuposto. Ausência. Art. 217, inciso IV, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal de 1988. Extinção do processo. Pressuposto processual. Pretensão à declaração de invalidade de vistoria em veículo pilotado por competidor em certame automobilismo. Propositura da ação antes da exaustão dos recursos na Justiça Desportiva. Incidência do art. 217, IV, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal. Ausência de pressuposto processual (CPC, art. 267, IV). Confirmação, em apelação, da sentença que, sem exame do mérito, pôs fim ao processo (TJRJ - Apelação Cível 96.001.07539 - 03.12.1996 - Rel. Des. Humberto Manes. - Cf. *Informa Jurídico*, CD-ROM nº 40 - outubro-dezembro/2005).

No caso, alega o recorrente que o acesso à Justiça Comum é vedado apenas quando existir recurso pendente ou prazo de recurso desportivo em curso, mas não quando a parte perder o prazo ou não tiver interesse em interpô-lo.

Ora, tal alegação é desprovida de qualquer embasamento legal. Tenta o recorrente ultrapassar sua própria desídia, pois perdeu o prazo para recurso na Justiça Desportiva, alegando que não teve interesse em interpô-lo. Essa situação narrada pelo recorrente não afasta a obrigatoriedade constitucional de exaurimento da instância desportiva.

No julgamento da Apelação Cível 96.001.07539, o Relator Des. Humberto Manes, do TJRJ, assim entendeu:

> Foi por isso que, quando se desencadeou o vertente conflito intersubjetivo de interesses, havia mais uma instância em pleno funcionamento, e para a qual não recorreu o embargante.
> Daí por que se nega provimento ao recurso.

Ora, o apelante afirma que ainda havia uma instância na Justiça Desportiva a analisar sua pretensão, mas que não a utilizou. Não cabe, aqui, discutir se o recorrente sabia ou não o endereço do STJD. Ademais, por ser o apelante um atleta, tal alegação é um despropósito. O certo é que, para discutir na Justiça Comum questões atinentes ao desporto, tem o recorrente de exaurir as instâncias desportivas, conforme estabelece a CF/88.

Além disso, alega o recorrente que a competência da Justiça Desportiva está adstrita à disciplina e às competições desportivas, não sendo competente para apreciar e julgar ação de indenização de reparação de danos.

Ora, o dever de indenizar pressupõe três requisitos: dano, ilicitude do ato e nexo causal.

No caso, não há ato ilícito e muito menos dano.

O recorrente foi submetido a um exame antidoping, após uma competição, onde foi constatado nível acima do permitido de testosterona.

O exame antidoping não é um ato ilícito. E consta dos autos que o recorrente abdicou da contraprova, o que evidencia que aceitou o resultado do primeiro exame. Além disso, não se desincumbiu de provar que a coleta do material para o exame antidoping foi irregular.

Assim, não havendo prova de ato ilícito e de dano, não há que se falar em reparação de danos.

Nesses termos, é de se manter a sentença. Como não houve modificação na decisão de primeiro grau, é de se manter, também, a distribuição dos ônus da sucumbência.

Com essas razões, nego provimento à apelação, para confirmar a r. sentença recorrida.

Custas recursais, pelo apelante, sendo sua exigibilidade suspensa nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Em síntese, para efeito de publicação (art. 506, III, do CPC):

Negaram provimento ao recurso, para manter a sentença recorrida.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES TARCÍSIO MARTINS COSTA e GENEROSO FILHO.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

...

## Seguro de vida - Doença preexistente - Segurado - Prévio conhecimento - Má-fé - Não-configuração - Boa-fé - Função social - Violação - Dever de indenizar

Ementa: Apelação. Seguro de vida e prestamista. Doença preexistente. Prévio conhecimento do segurado. Má-fé. Não-configuração. Violação à boa-fé e à função social. Dever de indenizar.

- A doença preexistente pode ser oposta pela seguradora ao segurado se houver prévio exame médico ou prova inequívoca da má-fé do segurado (STJ - AgRg no Ag nº 818.443/RJ, Rel.ª Ministra Nancy Andrighi).

- O elemento má-fé, hábil a ilidir a responsabilidade contratual que pesa sobre a seguradora quando da celebração de um seguro de vida, não se resume à ciência

inequívoca pelo segurado, por ocasião da assunção do pacto, de estar sofrendo moléstia que coloque em perigo sua saúde física. É que, em virtude dos deveres anexos (notadamente os da informação, cooperação e proteção) deflagrados pelos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, cumpre à seguradora demonstrar, de forma cabal, que deixou lúcido para o segurado o que vem a ser doença preexistente, bem como as implicações jurídicas dela decorrentes.

- Impera no ordenamento jurídico pátrio a presunção da boa-fé, não sendo admissível cogitar-se de má-fé ou de dolo se inexistirem nos autos provas robustas nesse sentido.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0313.04.148487-1/001 - Comarca de Ipatinga - Apelante: Real Previdência Seguros S.A. - Apelados: Ana Regina Maran Buono e outros - 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 fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 7 de agosto de 2008. - *Cláudia Maia* - Relatora.

## Notas taquigráficas

DES.ª CLÁUDIA MAIA - Trata-se de recurso de apelação interposto por Real Previdência e Seguros S.A. contra a r. sentença proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Ipatinga, que, nos autos da ação ordinária ajuizada por Ana Regina Maran Buono e outros, julgou procedente o pedido inicial, condenando a seguradora ao pagamento do importe de R$ 19.100,00 (dezenove mil e cem reais), acrescido de correção monetária bem como das verbas sucumbenciais (f. 228/232).

Nas razões recursais de f. 234/246, a apelante alega, em síntese, que a sentença deve ser reformada haja vista que, por toda a prova coligida aos autos, demonstrou-se que o *de cujus* era portador de patologia preexistente também causadora do seu falecimento.

Aduz que restou comprovado o fato de o segurado ter ciência de sua situação clínica antes da contratação do seguro, conforme esclarecido pela perícia judicial indireta.

Requer o provimento do recurso, modificando a decisão recorrida para julgar integralmente improcedente o pedido exordial.

Conheço do recurso, por estarem presentes os pressupostos de admissibilidade.

O colendo Superior Tribunal de Justiça há muito vem-se debruçando sobre o *thema* aqui versado, majoritariamente se inclinando no sentido de que:

> a doença preexistente pode ser oposta pela seguradora ao segurado se houver prévio exame médico ou prova inequívoca da má-fé do segurado (STJ - AgRg no Ag nº 818.443/RJ, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, *DJU* de 19.03.2007).

Vê-se que a seguradora apelante se utiliza de tal assento jurisprudencial ao sustentar que o pagamento do seguro é indevido em face do conhecimento inequívoco por parte do segurado de que à época da celebração do pacto se encontrava acometido de moléstia, muito embora se tenha omitido em prestar tal informação quando da celebração do negócio, caracterizando-se, pois, sua má-fé.

Nesse passo, verifica-se que a perícia judicial indireta (f. 164/171) concluiu que: 1) "o Sr. Rui Tadeu Rodrigues Bouono era portador de síndrome metabólica [...] presumidamente de longa data, visto que realizava tratamento específico com revisões médicas periódicas há muitos anos"; 2) "quando da contratação de seguros [...] o Sr. Rui Tadeu Rodrigues Buono presumivelmente já era portador das enfermidades mencionadas"; 3) "as co-morbidades que compõem o quadro de síndrome metabólica potencializaram e contribuíram para o evento agudo que motivou a internação e óbito do Sr. Rui Tadeu Rodrigues Buono"; e 4) "as co-morbidades que compõem o quadro de síndrome metabólica podem ser consideradas como doenças preexistentes à data de contratação do seguro".

Pretende a apelante, com arrimo em tais inferências, reformar a sentença proferida pelo Magistrado de 1º grau.

Ocorre que o elemento má-fé, hábil a ilidir a responsabilidade contratual que pesa sobre a seguradora quando da celebração de um seguro de vida, não se resume à ciência inequívoca pelo segurado, por ocasião da assunção do pacto, de estar sofrendo moléstia que coloque em perigo sua saúde física. É que, em virtude dos deveres anexos (notadamente os da informação, cooperação e proteção) deflagrados pelos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, cumpre à seguradora demonstrar, de forma cabal, que deixou lúcido para o segurado o que vem a ser doença preexistente, bem como as implicações jurídicas dela decorrentes. Ora, o segurado:

> é um leigo, que quase sempre desconhece o real significado dos termos, cláusulas e condições constantes dos formulários que lhe são apresentados. Para reconhecer a sua malícia, seria indispensável a prova de que: 1) realmente, fora ele informado e esclarecido de todo o conteúdo do contrato de adesão; e, ainda, 2) estivesse ciente das características de sua eventual doença, classificação e efeitos (STJ - REsp nº 86.095/SP, Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJ* de 22.04.1996).

Exsurge daí a necessidade de resguardar a boa-fé contratual, que definitivamente não se pode ter por implementada ante o simples fato de constar ao final da proposta de adesão (f. 17) a seguinte assertiva:

> Declaro estar em perfeitas condições de saúde e em plena atividade de trabalho, não tendo nenhuma deficiência de órgãos, de membros ou sentidos e não sofri nos últimos três anos nenhuma moléstia que necessitasse de acompanhamento ou tratamento médico, bem como atendimento ou internação hospitalar clínica ou cirurgia de qualquer natureza, exceto as relacionadas a seguir.

Mister relevar que o segurado deixou em branco o espaço que se seguia à mencionada declaração, não havendo no respectivo instrumento qualquer menção literal ou termo de que se possa presumir ter o mesmo efetivamente lido e compreendido o teor da cláusula restritiva.

Lado outro, deveria a seguradora, ante a ausência de preenchimento pelo contratante da referida declaração, ter-se resguardado ou, até mesmo, se negado à contratação, não podendo agora querer esquivar-se do cumprimento da obrigação assumida, visto que, como por todos sabido, no momento da celebração, tudo é possível e permitido, não medindo as seguradoras esforços na captação de clientes, surgindo os empecilhos, entraves e burocracias durante a execução do contrato.

Deve-se observar que:

> além de servir à interpretação do negócio jurídico, a boa-fé é uma fonte, um manancial criador de deveres jurídicos para as partes. Devem elas guardar, tanto nas negociações que antecedem o contrato como durante a execução deste, o princípio da boa-fé. Aqui, prosperam os deveres de proteção, de informação e de cooperação com os interesses da outra parte - deveres anexos ou laterais -, propiciando a realização positiva do fim contratual, na tutela aos bens e à pessoa da outra parte (in FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 64).

De outro giro, não se pode olvidar que:

> o direito é uma realidade finalista, racionalmente ordenada a fins. A ordem jurídica não é causal, mas é normativamente ordenada para finalidades, sendo que o fim do direito é o bem comum. A ausência de finalidade provoca a perda da base de legitimação substantiva do ordenamento (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito reais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 198).

Daí a indagação: qual o fim social cumpre uma relação jurídica erigida exclusivamente para a securitização do bem-estar de uma família ceifada de sua figura paterna se lhe é negado o pagamento do respectivo prêmio sem que fosse o segurado cientificado (materialmente) de que tal restrição poderia validamente vir a ocorrer?

Recai sobre a seguradora o dever de informar ao consumidor, de forma inequívoca, sobre o conteúdo e a amplitude da cláusula restritiva, assim cooperando com a satisfação do pacto e, de forma subjacente, proporcionando a materialização de sua função social.

Nesse sentido, este egrégio Tribunal já se manifestou:

> Ementa: Direito do consumidor. Seguro de vida. Recusa da seguradora em pagar prêmio. Impossibilidade. Respeito aos princípios da boa-fé objetiva, transparência, dever de informar e vulnerabilidade do consumidor. Recurso conhecido e não provido. - As relações securitárias são reguladas pelo Codecon (art. 3º, § 2º). O Código de Defesa do Consumidor, ao consagrar os princípios da boa-fé objetiva, da transparência, do dever de informar e da vulnerabilidade do consumidor, trouxe importantes inovações no âmbito das relações contratuais, permitindo, portanto, restabelecer uma igualdade e um equilíbrio entre o consumidor e o fornecedor, uma vez que este dispõe comumente de melhores condições técnicas, econômicas e intelectuais para o desempenho de suas atividades. Sob pena de ofensa ao princípio da boa-fé objetiva, a empresa que explora seguros de vida e admite associado sem prévio exame de suas condições de saúde, e passa a receber as suas contribuições, não pode, ao ser chamada ao pagamento de sua contraprestação, recusar a assistência devida sob a alegação de que o segurado deixara de prestar informações sobre o seu estado de saúde. Ademais, não se pode permitir que a seguradora atue indiscriminadamente, quando se trata de receber as prestações, e depois passe a exigir estrito cumprimento do contrato para afastar a sua obrigação de pagar o prêmio do seguro de vida. Para que se possa reconhecer a má-fé do segurado, é necessária a prova de que ele fora, efetivamente, informado e esclarecido de todo o conteúdo contratual, principalmente das cláusulas de exclusão de responsabilidade contratual (TJMG - Autos nº 2.0000.00.306937-2/000(1); Rel.ª Des.ª Maria Elza; *DJ* de 08.08.2000).

Ademais, impera no ordenamento jurídico pátrio a presunção da boa-fé, não sendo admissível cogitar-se de má-fé ou de dolo se inexistirem nos autos provas robustas nesse sentido. No caso em tela, o ônus de comprovação da má-fé incumbia à seguradora, que dele não se desincumbiu satisfatoriamente.

Inadmitir a tese aqui explanada significaria permitir que a seguradora, detentora de toda a estrutura humana, financeira e técnico-jurídica que lhe é própria, celebrasse contratos de seguro sem se preocupar em informar e proteger o consumidor, cooperando com o sucesso concreto do pacto, visto que, ao final, poderia licitamente argüir a presença de doença preexistente e assim se safar do pagamento do prêmio.

Não se está aqui afastando a possibilidade de as partes predeterminarem os riscos cobertos ou excluídos, mas tão apenas buscando-se garantir a promoção material da boa-fé (art. 765 do Código Civil) e da função social (art.170, III, da Constituição da República).

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a sentença vergastada.

Custas recursais, pela apelante.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES ALBERTO HENRIQUE e BARROS LEVENHAGEN.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

...

## Escritura pública de doação de imóvel - Nulidade - Cônjuge do doador - Falta de autorização - Bem - Incomunicabilidade - Livre disposição - Herança futura - Direito - Inexistência

Ementa: Nulidade de escritura pública de doação de imóvel sem autorização do cônjuge do doador. Bens Incomunicáveis. Livre disposição. Herança futura. Ausência de interesse. Recurso desprovido.

- Somente é vedado aos cônjuges realizar doações não remuneratórias sem o consentimento do par, em se tratando seu objeto de bens comuns, ou que possam integrar meação futura. Em se tratando de bem incomunicável entre o patrimônio dos cônjuges, não existindo quaisquer direitos de um cônjuge em relação ao bem doado pelo outro, não lhe assiste interesse em consentir com o ato.

- Não havendo qualquer vedação legal com relação a doações de natureza da ocorrida no caso em questão, é aplicável a disposição legal que autoriza aos cônjuges que atuem livremente quanto ao que não lhes é vedado.

- Não há que se falar do interesse de cônjuge em razão da herança, tendo em vista que o ato de disposição do bem se aperfeiçoou durante a vida da doadora, não havendo que se cogitar direito sobre herança futura.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0433.06.173170-2/002 - Comarca de Montes Claros - Apelante: Marcílio Pereira dos Santos - Apelada: Maria Lenice Ponciano Lopes Ribeiro - 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, 9 de julho de 2008. - *Sebastião Pereira de Souza* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA - Conheço do apelo porque regular e tempestivamente aviado, estando presentes os pressupostos subjetivos e objetivos de admissibilidade.

O caso é o seguinte: o autor requereu a anulação da escritura de doação do imóvel descrito na inicial, alegando que a mesma fora realizada sem a sua autorização. Sobreveio a r. sentença que reconheceu a prescrição da pretensão do autor e julgou extinto o processo com resolução do mérito, motivo de recurso.

Alegou o apelante, em apertada síntese, que o prazo prescricional para se anular doação de imóvel sem autorização do cônjuge tem início com o fim da sociedade conjugal, que, no caso, se deu com a morte de sua esposa.

Em acórdão de minha relatoria, acostado às f. 48/51, aplicado o Código Civil de 2002, deram provimento ao recurso do apelante para cassar a sentença prolatada pelo MM. Juiz de primeiro grau e determinar que fosse dado seguimento ao processo, o que ocorreu.

Após a instrução do feito, foi prolatada nova sentença pelo ilustre Magistrado *a quo*, na qual foram julgados improcedentes os pedidos iniciais, sob o fundamento de que a doação realizada pela esposa do apelante se deu sem qualquer vício que pudesse gerar sua anulação. Condenou o autor ao pagamento das custas e honorários advocatícios, os quais fixou em R$ 2.000,00 (dois mil reais), suspensa sua exigibilidade em razão da gratuidade judiciária.

Irresignado, Marcílio Pereira dos Santos interpôs novo recurso de apelação, às f. 69/76, dessa vez sob os argumentos de que há previsão legal expressa no art. 1.647, inciso IV, do Código Civil, de que seria vedado à sua esposa falecida efetuar a doação do objeto da presente ação, sem a devida autorização de seu cônjuge. Aduz, ainda, que, com a morte de sua cônjuge, o recorrente se tornou seu único herdeiro, razão pela qual caberia a ele ser atribuído o bem em questão. Pugna, então, pelo provimento deste recurso, com a conseqüente reforma total da sentença.

Contra-razões da apelada, às f. 79/81, reiterando os termos de sua defesa e pugnando pela manutenção da sentença.

Este é o caso. Decido.

Urge, inicialmente, trazer à baila e analisar os dispositivos legais que disciplinam a matéria, quais sejam o art. 1.642, inciso VI, e o art. 1647, inciso IV, do Código Civil de 2002, todos eles com correspondência no Código Civil de 1916. A seguir transcrevo tais dispositivos, utilizados, inclusive, pelo próprio apelante ao fundamentar suas alegações:

> Art. 1.642. Qualquer que seja o regime de bens, tanto o marido quanto a mulher podem livremente: [...]
> VI - praticar todos os atos que não lhes forem vedados expressamente. (Correspondência com o art. 248, inciso VII do Código Civil de 1916.)
>
> Art.1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: [...]
> IV - fazer doação, não sendo remuneratória de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação. (Correspondência com o art. 235, inciso IV, do Código Civil de 1916.)

É certo ter o apelante realizado interpretação equivocada a respeito desses dispositivos, visto não haver qualquer dúvida quanto ao alcance legal dos mesmos. O que se extrai da regra contida no citado artigo é a vedação ao cônjuge de que efetue qualquer doação não remuneratória dos bens que integrem o patrimônio comum do casal ou que possam em caso de eventual falecimento do par incorporar-se à meação.

Ora, como conseqüência lógica, restam excluídos desta regra os bens que não se enquadrem em uma ou outra dessas duas condições. Faz sentido. O objetivo do legislador é proteger os cônjuges da dilapidação de bens de co-propriedade do casal, ou aos que possam ter direito futuramente em razão de meação.

Sendo assim, não haveria por que se exigir de um dos cônjuges que obtivesse autorização do outro para realização de negócios jurídicos dessa natureza, se não assiste a este qualquer interesse em consentir com o ato, visto não existirem quaisquer direitos seus em relação ao bem, que é de disponibilidade absoluta do proprietário.

Aliás, trata-se de qualidade básica de quem exerce a propriedade de um bem, sua disposição, uso e gozo de maneira exclusiva, total e absoluta.

Dessa forma, não havendo qualquer vedação legal de que a doação de natureza da ocorrida no caso seja realizada sem consentimento do cônjuge, é aplicável a disposição que autoriza aos cônjuges que atuem livremente quanto ao que não lhes é expressamente vedado.

Nesse ponto, cumpre-nos avaliar se há ou não comunicabilidade do bem objeto da doação entre o patrimônio dos cônjuges em questão, tendo em vista que o regime adotado no casamento fora o de comunhão parcial de bens.

Reza o art. 1.659, inciso I, do Código Civil:

> 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; [...]. (Correspondência com o art. 269, inciso I, do Código Civil de 1916.)

Compulsando os autos, verifica-se que a falecida, cônjuge do apelante, adquiriu o imóvel objeto da demanda no ano de 1980, conforme escritura de compra e venda, acostada às f. 23-23-v.

O casamento do apelante com a doadora do imóvel, Francisca Lopes, se deu em 17 de janeiro de 1981, sob o regime de comunhão parcial de bens, conforme certidão de f. 08.

A escritura pública de doação de imóvel entre o cônjuge do apelante e sua sobrinha Maria Lenice Ponciano Lopes, ora apelada, foi lavrada em 30 de dezembro de 1998, e registrada em 8 de março de 1999.

O falecimento da doadora se deu em 10 de abril de 2005.

Portanto, verifica-se que o patrimônio comunicável dos cônjuges não inclui o referido imóvel, pois, quando da ocasião do casamento, a falecida cônjuge já o possuía, fazendo a lei exclusão expressa da comunhão nesses casos.

Ora, conforme exposto, não há qualquer interesse jurídico do apelante em requerer a anulação da escritura de doação, em sendo esse bem totalmente incomunicável com seu patrimônio.

E mais: nem há que se falar do interesse do apelante no referido bem em razão da herança, visto que o ato se aperfeiçoou durante a vida da doadora, e não há que se cogitar direito sobre herança futura.

A sucessão tem como pressupostos subjetivos a morte do autor da herança, e não há que se falar em direito sobre os bens que a integrarão, antes da morte da parte. Antes do falecimento o titular da relação é o *de cujus*, habilitado a exercer quaisquer direitos que tenha sobre seu patrimônio, que, em sendo absoluto, admite uso, gozo e disposição, nos moldes que lhe convier.

Quando se diz que apenas com a morte se transferem os direitos do *de cujus* significa dizer que o apelante não pode sequer ser considerado interessado porque, se consumando o ato quando ainda em vida sua esposa, inexiste para o recorrente o direito de ser resguardado no que não lhe assiste.

Com esses fundamentos, é de se negar provimento ao recurso, fazendo prevalecer a decisão prolatada em primeiro grau.

Custas recursais, pelo apelante, suspensa sua exigibilidade em face da proteção da gratuidade judiciária.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES OTÁVIO PORTES e NICOLAU MASSELLI.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

## Prescrição - Conflito intertemporal de normas - Art. 2.028 do Código Civil - Aplicabilidade - Ofício a terceiro - Impossibilidade - Exibição de documento - Técnica adequada

Ementa: Agravo de instrumento. Prescrição. Conflito intertemporal de normas. Aplicação do art. 2.028 do Código Civil de 2002. Envio de ofício a terceiro. Impossibilidade. Ação de exibição de documentos. Técnica adequada.

- Tratando-se de ação proposta já na vigência do Código Civil de 2002, deve ser observada a regra de transição contida no seu art. 2.028, e, transcorrido menos da metade do prazo prescricional previsto no Código Civil de 1916, é aplicável o novo prazo prescricional estabelecido na lei nova, o qual só começa a fluir a partir de sua entrada em vigor.

- A técnica processual adequada para compelir uma empresa a juntar aos autos notas fiscais é a da exibição de documentos regulada nos arts. 360 e seguintes do Código de Processo Civil.

**AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0313.07.230847-8/001 - Comarca de Ipatinga - Agravante: Clebes Souza da Silva - Agravada: Ipagás Ltda. - Relator: DES. OSMANDO ALMEIDA**

**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, 28 de outubro de 2008. - *Osmando Almeida* - Relator.

**Notas taquigráficas**

DES. OSMANDO ALMEIDA - Trata-se de agravo de instrumento interposto por Clebes Souza da Silva contra a r. decisão de f. 60-TJ, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Ipatinga, nos autos da ação de indenização aforada em face de Ipagás Ltda., ora agravada.

O r. despacho agravado declarou a ocorrência da prescrição em relação à pretensão do agravante que remonte à data anterior a 04.09.2004, bem como indeferiu pedido de envio de ofício a empresa alheia à presente lide.

Em suas razões recursais, alega o agravante que prestou serviços para a empresa agravada, cujo objeto era o transporte de gás liquefeito.

Aduz que a inadimplência da recorrida causou significativos prejuízos de ordem material e moral.

Colaciona jurisprudência sobre o tema.

Assevera que o MM. Juiz reconheceu a prescrição de parte do pleito, contrariamente à doutrina aplicável à espécie, que prevê a prescrição decenal para os direitos pessoais.

Sustenta que o indeferimento do pedido de oficiar à empresa Agip do Brasil S.A., para trazer aos autos as cópias de todas as notas fiscais por ela emitidas, fere os princípios da celeridade, da economia processual e da razoabilidade.

Ao seu juízo, a decisão agravada contraria frontalmente o mandamento do art. 5º, inciso XXXIV, da Constituição Federal.

Insurge-se o agravante pugnando pela reforma do r. *decisum*, bem como pela concessão de medida liminar para suspender a decisão agravada.

Ao final, pugna pelo prosseguimento normal do feito, sem aplicação da prescrição reconhecida, bem como pelo deferimento de ofício à empresa Agip do Brasil S.A.

Às f. 70/72-TJ, o agravo foi recebido em seu efeito natural, o devolutivo.

Às f. 76/80-TJ, foi apresentada contraminuta, no sentido da manutenção da decisão agravada.

Conheço do recurso, pois que presentes os requisitos para a sua admissibilidade.

Ausentes preliminares, passo ao exame do mérito.

Cinge-se a controvérsia à insatisfação do agravante em face da decisão que declarou a ocorrência da prescrição em relação à sua pretensão que remonte a data anterior a 04.09.2004, bem como indeferiu pedido de envio de ofício a empresa alheia à presente lide.

*Concessa venia*, tenho que acertada a decisão monocrática.

O agravante aviou ação por ato ilícito para reparação de danos materiais e morais, com o objetivo de obter indenização no valor de R$ 86.400,00, por ter prestado serviços à agravada e supostamente não ter recebido pelos mesmos.

Ocorre que o agravante pretende receber por serviços prestados no período de janeiro de 1997 a janeiro de 2005, e distribuiu a ação somente em setembro de 2007.

Ora, depreende-se claramente dos autos a necessidade de se aplicar ao caso a norma prevista no art. 206, § 3º, IV, do novo Código Civil, o qual estipula prazo especial, de três anos, para a "pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa".

Consoante a regra de transição, serão os da lei velha os prazos quando reduzidos pelo último código, se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido naquela (CC/2002, art. 2.028); serão aplicados os prazos da lei nova, *contrario sensu*, se tiver passado tempo igual ou inferior à metade do estipulado no Código Civil de 1916.

No caso em apreço, verifica-se que a pretensão do agravante, de janeiro de 1997 a janeiro de 2003, quando entrou em vigor o novo Código Civil, refere-se a período inferior à metade do prazo prescricional de 20 anos, disposto no Código Civil de 1916, referente a ações pessoais.

Dessarte, o prazo prescricional em relação às prestações vencidas entre janeiro de 1997 e janeiro de 2003 passou a ser de 3 anos, restando as mesmas prescritas, dessa forma, em janeiro de 2006.

Outrossim, as prestações vencidas após a entrada do novo Código Civil prescreveram 3 anos antes da propositura da ação, ou seja, estão prescritas as parcelas anteriores a 04.09.2004, conforme exposto na decisão agravada.

Dissertando acerca do instituto da prescrição, colhe-se da jurisprudência deste Tribunal:

> Ação de indenização - Dano moral - Prescrição - Inocorrência - Prosseguimento da ação. - Nos termos do art. 177 do Código Civil de 1916, prescrevem em vinte anos

> as ações pessoais. O Código Civil de 2002 reduziu o prazo prescricional das ações relativas à pretensão de reparação civil para três anos. Tendo havido redução do prazo prescricional pelo novo Código Civil, aplica-se a regra de transição contida no art. 2.028 desse diploma legal, que determina que se adote o prazo da lei anterior, se já tiver transcorrido mais da metade do lapso temporal previsto no Código Civil de 1916. Se não decorreu mais da metade daquele prazo, aplica-se a prescrição estabelecida no Código Civil de 2002; todavia, nessa hipótese, o novo prazo prescricional começa a fluir por inteiro a partir da vigência desse diploma legal. Se, na data da propositura da ação ainda não tinha transcorrido o prazo de três anos, contados a partir da vigência do novo Código Civil, não restou configurada a prescrição (Apelação nº 1.0702.06.264362-3/001, Rel. Otávio Portes, *DJMG* de 29.02.2008).

Com relação ao indeferimento de ofício à empresa Agip do Brasil S.A., não pertencente à lide, para que a mesma juntasse aos autos cópias fiéis de todas as notas fiscais por ela emitidas, referentes a transporte de gás dela para a agravada, igualmente agiu com acerto o d. Juiz *a quo*.

A empresa que o agravante requer seja oficiada para juntar aos autos documentos, de que supostamente tem posse, não integra a lide e, dessa forma, não pode ser compelida a realizar obrigação de fazer, sob pena de ferimento aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

O art. 399 do Código de Processo Civil, utilizado pelo agravante para embasar seu pedido, refere-se apenas ao envio de ofícios pelo Poder Judiciário às repartições públicas, diferentemente do que ocorre no caso em tela.

Como bem salientado pelo d. Juiz monocrático,

> A técnica processual adequada para tal finalidade é a da exibição de documentos regulada nos arts. 360 e seguintes do Código de Processo Civil, procedimento este que garante a esse terceiro o direito à defesa e contraditório, uma vez que a pretensão do autor é de que este terceiro cumpra uma obrigação de fazer consistente na exibição destes documentos.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a decisão monocrática que declarou a ocorrência da prescrição em relação à pretensão do agravante que remonte a data anterior a 04.09.2004, bem como indeferiu pedido de envio de ofício a empresa alheia à presente lide.

Custas, pelo agravante, suspensa sua exigibilidade, por encontrar-se litigando sob o pálio da justiça gratuita.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PEDRO BERNARDES e TARCISIO MARTINS COSTA.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

...

## Condomínio - Extinção - Carência da ação - Não-ocorrência - Bem - Indivisibilidade - Alienação judicial - Possibilidade

Ementa: Extinção de condomínio. Carência da ação que não ocorre. Bem indivisível. Alienação judicial. Possibilidade. Sentença confirmada.

- Não ocorre a alegada carência da ação, porque a autora, sendo condômina, é parte legítima para figurar no pólo passivo, e deviam os recorrentes ter recorrido da questão em momento oportuno, haja vista a definição da preambular quando do saneamento do feito.

- O condômino pode requerer, a qualquer tempo, a alienação da coisa comum, a fim de se repartir o produto na proporção de cada quinhão, quando, por circunstância de fato ou por desacordo, não for possível o uso e gozo em conjunto do imóvel indivisível, resguardando-se o direito de preferência contido no art. 1.322 do Código Civil.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.04.303141-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: Heberson Aires de Oliveira e outro, herdeiros de Mário Batista de Oliveira - Apelada: Marli Purcena de Jesus Oliveira - 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, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 7 de agosto de 2008. - *Francisco Kupidlowski* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. FRANCISCO KUPIDLOWSKI - Pressupostos presentes. Conheço do recurso.

Contra a sentença que, na Comarca de Belo Horizonte - 3ª Vara Cível -, extinguiu o condomínio estabelecido entre os litigantes e determinou a sua venda através de leilão judicial, ressalvado o direito de preferência dos condôminos e, posteriormente, aos usufrutuários, surge o presente recurso interposto por Heberson Aires de Oliveira e outros, herdeiros de Mário Purcena de Jesus Oliveira, argüindo preliminar de carência da ação por ilegitimidade ativa, e, quanto ao mérito, dizem inexistir motivação para a extinção do condomínio, que as residências construídas no lote têm entradas independentes, devendo, ainda, ser considerada a existência de

usufruto vitalício a favor do pai dos recorrentes, bem como impugnam a avaliação do imóvel feita no laudo pericial, e, assim, esperam pelo provimento.

Sobre a preliminar de carência da ação.

Inocorrente por dois motivos: a uma, porque a argüição feita na contestação foi analisada pelo Julgador primevo quando do saneamento do feito, à f. 93 dos autos, e, naquela época, a parte consentiu com a rejeição da preambular, na medida em que deixou de interpor qualquer recurso. A duas, porque a autora é parte legítima para figurar no pólo ativo da demanda, sendo condômina da nua-propriedade por pleitear a divisão da coisa comum, nos termos do art. 1.320 do Código Civil.

Rejeito a preliminar.

Trata-se de ação de extinção de condomínio entre nus-proprietários, c/c com alienação forçada de imóvel.

Não obstante o caráter exclusivo da propriedade, possível que várias pessoas sejam titulares da mesma coisa. Essa situação não contradiz nem afronta o atributo da exclusividade, uma vez que o direito de cada condômino sobre a propriedade, perante terceiros, incide sobre a coisa como um todo.

As limitações impostas pelo instituto do condomínio somente se refletem no plano interno do liame jurídico, determinando a necessidade de respeito recíproco entre os condôminos, na medida da quota ideal que individualmente lhes cabe.

Como se sabe, o condomínio geralmente é um estado transitório e que deixa entrever a perspectiva de seu término. A ação de divisão tem por objetivo extinguir o condomínio, atribuindo a cada consorte a sua fração no todo. Todavia, nem todo condomínio pode ser extinto pela ação de divisão, haja vista que, em certas situações, a lei, a vontade das partes ou o fator jurídico diverso impedem o desfazimento da comunhão formada, como no caso, por exemplo, de imóvel indivisível.

Compulsando os autos, verifica-se que a autora e os réus, agora representados pelos herdeiros, receberam o imóvel objeto da controvérsia por doação, constituindo, assim, o condomínio sobre o bem indivisível.

Consideram-se indivisíveis as coisas que não admitem fracionamento sem prejuízo de sua substância e autonomia como um todo perfeito, ou que, embora naturalmente divisíveis, não se podem fracionar por força da vontade das partes ou da lei. Nessa hipótese, a forma adequada de extinção é a adjudicação amigável da coisa a um só dos condôminos, ou a venda amigável ou judicial da coisa com partilha de preço.

A iniciativa de pleitear em juízo a venda da coisa comum é imprescritível e poderá partir de qualquer um dos condôminos, bastando a vontade de um só para que isso ocorra.

Definitivamente, este é o caso presente. A autora veio ao Judiciário pleitear a dissolução do condomínio e a venda judicial do bem comum.

Os apelantes se manifestaram de forma contrária à venda do imóvel, alegando que ele é divisível, pois tem entrada independente do imóvel construído pela autora no mesmo terreno.

Sobre o tema, preleciona Caio Mário da Silva Pereira:

> A comunhão não é a modalidade natural da propriedade. É um estado anormal (Clóvis Beviláqua), muito freqüentemente gerador de rixas e desavenças e fomentador de discórdias e litígios. Por isso mesmo, considera-se um estado transitório, destinado a cessar a todo tempo. A propósito, vige então a idéia central que reconhece aos condôminos o direito de lhe pôr termo [...] é lícito aos condôminos acordarem em que a coisa fique indivisa. Guardada essa ressalva, pode qualquer condômino a todo tempo exigir a divisão da coisa comum (Código Civil, art. 629).

E acentua:

> Quando a coisa for indivisível ou se tornar, pela divisão, imprópria ao seu destino, e os consortes não quiserem adjudicá-la a um só, indenizados os outros, será vendida. Em tal caso, qualquer dos condôminos requererá a alienação com observância do dispositivo no Código de Processo Civil, sendo o bem vendido em hasta pública, na qual serão observadas as preferências gradativas: o condômino em condições iguais prefere ao estranho, [...]. Praceado o bem, e deduzidas as despesas, o preço será repartido na proporção dos quinhões ou sortes (*Instituições de direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 134-135).

Ao contrário do que foi dito pelos apelantes, o imóvel não é divisível, pois o laudo pericial esclarece que o terreno tem 408,0m$^2$, onde 67,60m$^2$ são ocupados pelos réus e o restante pela autora.

Assim, outra não é a solução senão a venda judicial do bem, como determinado pela sentença.

*Data venia*, inoportuna é a alegação acerca do valor destinado aos imóveis no laudo pericial, pois, após sua apresentação, ambas as partes deixaram de manifestar-se, concordando, pelo menos tacitamente, com o que foi declarado pelo *expert*.

Finalmente, não há que se falar em usufruto vitalício e impossibilidade de extinção do condomínio em razão deste gravame, na medida em que o usufruto era em favor do pai dos apelantes, já falecido.

Com o exposto, nego provimento à apelação.

Custas do recurso, pelos apelantes, isentos.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CLÁUDIA MAIA e ALBERTO HENRIQUE.

*Súmula* - REJEITARAM PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO.

...

## Pensão por morte - Servidora falecida - Cônjuge sobrevivente - Concessão assegurada - Princípio da legalidade - Princípio da igualdade

Ementa: Administrativo e previdenciário. Pensão por morte. Servidora falecida. Marido válido. Princípio da legalidade. Legislação infraconstitucional. Inexigibilidade.

- O falecimento de segurada, ocorrido anteriormente à Lei nº 13.455/00, não obsta a concessão de pensão por morte ao viúvo, uma vez que a Constituição Federal já assegurava o benefício ao cônjuge ou companheiro sobrevivente e aos dependentes.

- A Constituição de 1988 não estipula, como requisito para a concessão do benefício, a invalidez do cônjuge-varão.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.05.696908-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Ipsemg - Apelado: Saulo José Guimarães de Castro - Autoridade coatora: Presidente do Ipsemg - Relator: DES. ELIAS CAMILO**

### 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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 18 de setembro de 2008. - *Elias Camilo* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. ELIAS CAMILO - Trata-se de recurso de apelação contra sentença de f. 73/97, proferida pela MM. Juíza de Direito da 7ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, nos autos do mandado de segurança com pedido de liminar ajuizado por Saulo José Guimarães de Castro em face do Diretor da Superintendência Central de Pessoal da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão e do Instituto de Previdência dos Servidores Públicos do Estado de Minas Gerais - Ipsemg.

A MM. Juíza *a quo*, em sede de preliminar, excluiu do pólo passivo da lide o Superintendente de Gestão de Recursos Humanos da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão. No mérito, concedeu a segurança e confirmou a liminar concedida, para o fim de determinar que o Ipsemg inclua o autor, ora apelado, como beneficiário de pensão por morte de sua mulher, em valor integral dos vencimentos que esta receberia como se viva estivesse.

Sem custas e os honorários advocatícios, em função do disposto nas Súmulas 512 do STF e 105 do STJ.

Inconformado, o impetrado interpôs recurso de apelação (f. 98/108), sob a alegação de que a pretensão do impetrante, ora apelado, viola o disposto no art. 37 da CF/88, que trata do princípio da legalidade, uma vez que o instituto deve aplicar a norma vigente à época do óbito da ex-segurada; viola ainda, o art. 195, § 5º, da CF/88, visto que a concessão de pensão aos maridos válidos cria um benefício sem correspondente fonte de custeio.

Sustenta, ainda, que todas as recentes decisões jurisprudenciais são no sentido da necessidade de lei específica para garantir a extensão do benefício aos maridos válidos, sendo que, no caso, a Lei 13.455/2000 só entrou em vigência em maio de 2000, posterior à data do óbito, ocorrido em 29.05.96, o que viola o art. 201, inciso V, da CF.

Arremata, requerendo o provimento da apelação na sua integralidade, para que seja reformada a sentença prolatada em primeiro grau.

O Estado de Minas Gerais, por sua procuradora, manifestou-se ciente da sentença prolatada, informando que não apresentará recurso, tendo em vista que o Superintende de Gestão de Recursos Humanos da Seplag foi excluído da lide.

Recebido o recurso no efeito devolutivo, o apelado ofertou as contra-razões de f. 117/124, pugnando pela manutenção da sentença.

O Ministério Público manifesta-se ciente da sentença, dando por esgotada a sua atuação funcional nos autos.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso, porque próprio, tempestivamente apresentado, regularmente processado, isento de preparo em face do disposto no art. 511, § 1º, do CPC c/c art. 10, inciso I, da Lei 14.929/03.

A irresignação recursal restringe-se à legalidade, ou não, de marido válido de ex-servidora receber benefício de pensão por morte, no valor integral dos vencimentos, como se viva fosse a servidora.

Quanto à alegação de violação ao princípio da legalidade, não a vejo presente, havendo, sim, flagrante desrespeito ao princípio da igualdade. Ao se admitir apenas o marido inválido como dependente da segurada, consoante o disposto no art. 8º do Decreto-lei 26.562/87 (Estatuto do Ipsemg), o que revela evidente discriminação pelo sexo, tenho que não foi recepcionado pela Constituição Federal mencionado dispositivo legal.

Reza o art. 5º, inciso I, da Constituição da República, que trata dos direitos e garantias fundamentais, que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações"; portanto, nos termos do § 1º do art. 5º, "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata", e, por isso, se não estabelecer qualquer distinção, deve a pretensão ser acolhida.

O art. 201, V, da Constituição da República tem eficácia plena e imediata, dispondo que, "A previdência

social será organizada sob forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei a: inciso V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º", não estabelecendo qualquer outra exigência à concessão do benefício.

Acolher a alegação do apelante significa violar o princípio da igualdade entre homens e mulheres, alicerçado no art. 5º da Carta Magna.

Nesse sentido, o posicionamento deste egrégio Tribunal:

> Reexame necessário e apelação - Mandado de segurança - Pensão por morte de servidora - Marido não inválido - Art. 201, V, da Constituição Federal - Desnecessidade de lei específica - Inteligência do art. 5º, I, da Carta Magna. 1 - O inciso I do art. 5º da Constituição Federal institui a igualdade entre homens e mulheres, e direitos e obrigações, nos termos da Constituição, de sorte que qualquer exceção à igualdade plena entre os sexos só poderá ser posta pela própria Constituição. 2 - Uma vez que os dispositivos que cuidam dos direitos e garantias fundamentais gozam de aplicabilidade imediata (CF, do art. 5º, § 1º), não se exige lei específica para a concessão de pensão por morte a viúvo de servidora falecida, que não seja inválido, a despeito do disposto no art. 195, *caput* e § 5º, da mesma Constituição, porquanto não estabelecem referidos dispositivos qualquer exceção à igualdade de tratamento a ser dispensado a ambos os sexos - uma vez existente o benefício para a mulher, deve ser igualmente estendido ao homem, independentemente de lei e de fonte de custeio. (Reexame Necessário e Apelação nº 1.0024.05.697171-6/001, Rel. Des. Maurício Barros, p. em 11.08.06.)

Por outro lado, o art. 40, § 7º, da CF estabelece que:

> Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. [...]
> § 7º Lei disporá sobre a concessão do benefício de pensão por morte que será igual [...].

Assim, não prevalece a tese do apelante de que seria necessária lei específica para regulamentar o direito de inclusão dos maridos como beneficiários de pensão, já que, no caso em tela, a lei específica (13.455/2000) só veio a vigorar em 1º de maio de 2000, ou seja, posteriormente ao falecimento da esposa do impetrante, fato ocorrido em 29.05.1996 (certidão de óbito f. 13).

Nesse sentido:

> Ementa: Constitucional e previdenciário - Ação ordinária - Ipsemg - Morte da segurada - Pensão - Extensão ao viúvo - Admissibilidade - Lei específica - Desnecessidade - Princípio da igualdade. - O falecimento de segurada do Ipsemg ocorrido antes da Lei Estadual nº 13.445/00 não obsta a concessão da pensão por morte ao viúvo, uma vez que, antes dessa previsão legal, a Constituição Federal já assegurava o direito ao cônjuge ou companheiro sobrevivente e dependentes. (Reexame Necessário nº 10479.03.0662338/001, Rel. Des. Edilson Fernandes, p. 18.03.2005.)

Desse modo, não se afigura jurídico, por não ser equânime, nem justo, que se restrinja o direito do autor pela simples falta de previsão em lei estadual, por ocasião de falecimento de sua esposa, até porque legislação infraconstitucional alguma pode mitigar ou extirpar direito assegurado na Constituição.

Razão também não assiste ao apelante quando alega que a pretensão do impetrante, ora apelante, viola o art. 195, § 5º, da Constituição, por criar benefício sem a respectiva fonte de custeio. Dessarte, tenho que o artigo em tela é regra limitativa da criação de novos benefícios, não podendo ser invocada para impedir a concessão de benefícios previdenciários criados pelo próprio constituinte.

Restando comprovado o casamento do apelado (f.12) com a ex-servidora Sheila Maria Grassi de Castro, falecida em 29 de maio 1996 (f. 13), configurado está o direito subjetivo do autor ao recebimento da pensão, na forma do art. 201, inciso V, da Carta Magna, independentemente de demonstração de invalidez, sob pena de violação ao princípio da isonomia entre homem e mulher, alicerçado no art. 5º, inciso I, do texto constitucional.

Diante de tais considerações, nego provimento ao recurso para manter *in totum* a sentença vergastada.

Custas, *ex lege*.

DES. FERNANDO BOTELHO - Peço vênia para acrescer ao douto voto do eminente Relator os seguintes fundamentos.

No caso, o que se pretende, com o provimento final, é o direito, argüido pelo autor apelado, à inclusão nos quadros de beneficiários do Ipsemg.

O argumento é o de que o autor, cônjuge supérstite de ex-servidora pública, falecida, faria jus à outorga administrativa de direito a pensão previdenciária, na qualidade de dependente de segurada falecida.

Comprova o agravante haver o órgão previdenciário denegado pleito extrajudicial seu, nesse sentido (f. 15), visto que não teria reunido implemento de determinada condição exigida em lei anterior (Lei 9.380/86) para o acesso ao benefício (a invalidez).

Sustenta que a exigência constitui ruptura da isonomia tratada no Texto Maior da República, que não permitira fosse, já à época da edição da exigência, tratado diferenciadamente da pensionista esposa, que não se submetia àquele mesmo ditame.

Vale dizer: a exigência - de invalidez - não era imposta, por lei estadual, à esposa, à qual se exigiria, à

época, para mesma circunstância, mera dependência econômica, pelo que não se poderia cogitar de imposição sacrificante maior ao cônjuge-varão.

Noutro modo de dizer, a lei, em sua versão anterior à atual, cominava à varoa uma exigência (a dependência), enquanto que ao varão dúplice requisito (dependência e invalidez), para que o direito de pensão pudesse ser transmitido de um a outro, *causa mortis*.

Inequívoco que, na atualidade, norma nova, também infraconstitucional, terminou por igualar a questão, exigindo tanto do marido quanto da esposa uma só - e linear - condição, qual seja a da dependência econômica (art. 7º da mesma Lei 9.380/86, com nova redação determinada pela Lei 13.455/00).

A questão está então em saber se, à luz dos superiores ditames constitucionais, poderia aquela sua versão anterior formular válida exigência a um em proporção maior que ao outro.

Não há dúvida, para esse exame, de que a fonte direta da juridicidade (da aplicabilidade material) da citada lei infraconstitucional é mesmo o art. 201 da CF, que, por sua vez e sem qualquer dúvida, acomete aos "... termos da lei..." a disciplina dos planos de previdência, particularmente o tratamento da pensão por morte do segurado.

Mas isso só não basta para a solução do assunto presente, *maxima venia*.

Dizer a Constituição que o tema - a norma-princípio, ou, como se queira, a norma-disposição (ou regra) do texto - se submeterá a integração "... nos termos da lei..." não confere ao legislador *bill* de indenidade, a permitir possa a competência normativo-delegada ser exercida de costas para os restantes disciplinamentos da Carta.

Ao contrário, e por obra da interpretação sistêmica que deverá sempre presidir a colação dos comandos superiores do Texto, a edição da lei infraconstitucional se contingenciará por balizas gerais que irradiam efeitos por todo o conjunto das disposições do Texto.

Princípio atávico desse conjunto, a isonomia - material - como garantia fundamental - não poderá ser desatendida ou fissurada pelo exercício da competência delegada, tampouco a observância a fundamento-mor da própria República, como o da promoção do bem comum sem implemento de diferenciação ou discriminação por sexo.

Na eleição (constituinte) desses vetores, o Estado brasileiro abandonou todo e qualquer tratamento diferenciador, elevando homem e mulher ao nível máximo de igualdade, que torna totalmente proibitivo tratamento desigual em qualquer nível normativo.

A seleção da igualdade material absoluta dos sexos (art. 5º, I, da CF), sua graduação extremada, que o transforma em objetivo estatal, implementável de modo infenso a qualquer forma de preconceito, não permite dúvida sobre o grau da intenção primário-constituinte. Desde 1988, a promulgação do Texto não admite convívio de seus princípios e regras com tratamento desigual dos integrantes da sociedade civil ou fático-matrimonial.

No dizer do Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, no julgamento do RE 429.931-3 (MG), essa opção, em termos sociológicos, já está feita, então e há muito, pela sociedade brasileira, de tal sorte que se pode, pacificamente, afirmar que, desde a promulgação da Carta, não se admite tratamento não equânime de homem e mulher.

Confira-se:

> É que é necessário reconhecer, em termos sociológicos, que o marido sempre foi considerado o provedor da família. O trabalho da mulher, de regra, é executado como auxílio no sustento da família. De regra, portanto, o homem não depende, economicamente, da mulher; [...]. É o que ocorre, de certa forma, no Brasil, presente o dado antes referido: o homem sempre foi, de regra, o provedor da família. A presunção de dependência da viúva pode ser afirmada, em linha de princípio. O contrário não tem sido a regra. Esse dado sociológico é muito importante na elaboração legislativa (trecho do voto proferido pelo Min. Carlos Velloso no RE-AgR 429931/MG).

O problema transcende, então, o exame estrito ou tópico da delegação feita ao legislador infraconstitucional pelo art. 201/CF.

Não há dúvida quanto a esta e quanto ao caráter não auto-plicável daquela disposição superior, afirmado que o foi pelo STF (no aresto mencionado e em outros a respeito).

A exigibilidade de lei específica para a afirmação da igualdade - previdenciária - e pensionamento automático ao viúvo-dependente constitui, então, matéria de lei infraconstitucional.

No entanto, o ponto estará em saber, pensamos, se, no plano infraconstitucional, a lei poderá afirmar o inverso da igualdade, exigindo do esposo mais que à esposa, para a garantia do direito à pensão.

Entendemos que não.

Consideramos que, mesmo no exercício da delegação normativa - inscrita no art. 201/CF -, o legislador não foi investido de poderes de redução do princípio geral-fundamental, da igualdade material dos cônjuges, ao qual, *a contrario sensu*, deve integral e incontornável obediência, sob pena de inaplicabilidade, por inconstitucionalidade material, de disposição que estabeleça o inverso, ou que promova desigualdade de tratamentos.

Norma editada com esse propósito não poderá ser tida por recepcionada pela Carta.

Inaplicável, ao caso concreto presente, por essa razão, a disposição anterior, da Lei 9.380/86 (art. 7º), que, oposta à igualdade preconizada pela CF/88, não

pode balizar o exame de verossimilhança da alegação vestibular presente, que se sujeita a orientação, direta, pelos ditames superiores da Constituição.

Inequívoco que, tendo o STF se pronunciado sobre a matéria, dispensa-se a convocação do princípio da reserva de plenário para a detecção, neste Tribunal, do defeito de constitucionalidade de que padece, para aplicação, aquela anterior disposição (art. 97/CF), o que autoriza seu reconhecimento como fundamento de apreciação específica, de valor *incidenter tantum*, com alcance meramente *inter alios*.

Nesse sentido, os arestos do TJMG:

> Ementa: Administrativo - Benefício previdenciário - Pensão por morte de segurada - Cônjuge supérstite - Princípio constitucional da igualdade - Benefício devido. - É devida pensão previdenciária por morte da segurada ao cônjuge supérstite dependente economicamente ou não, em decorrência do princípio da igualdade instituído pela Constituição da República Federativa do Brasil. Apelação Cível / Reexame Necessário n° 1.0024.02.733384-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Relatora: Des.ª Maria Elza.

> Ementa: Previdenciário - Viúvo - Pensão - Totalidade dos vencimentos - Decisões do STF. - Segundo se infere das decisões do Supremo Tribunal Federal, o art. 5°, I, c/c 195 e 201, V, da CF, portavam já eficácia mediata, em nome do princípio da isonomia (mas sem a incidência de efeitos financeiros), até a edição da Lei Estadual 13.455/2000. - A partir da edição dessa lei, os viúvos das servidoras falecidas passaram a ter assegurados seus direitos financeiros à percepção da pensão previdenciária, devida a partir da data do requerimento administrativo ou judicial, o que ocorrer primeiro. - Em se tratando de verba alimentar, os juros de mora incidem ao percentual de 1% ao mês, a partir da citação. Apelação Cível / Reexame Necessário n° 1.0024.04.504347-8/002 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 5ª Vara da Fazenda da Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. Wander Marotta.

Em suma, e porque inaplicável ao interesse do apelado autor a (antiga) exigência do art. 7° da Lei 9.380/86, não está a merecer reparos o *decisum* de f. 93/97.

Com esses fundamentos e aderindo integralmente ao dispositivo do douto voto proferido pelo eminente Relator, também nego provimento ao recurso para manter incólume a sentença objurgada.

É como voto.

DES. EDGARD PENNA AMORIM - De acordo.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

## Indenização - Vícios na construção - Desvalorização da obra - Construtor - Obrigação de resultado - Responsabilidade contratual - Dano material - Cabimento - Contrato - Inadimplemento de obrigações - Dano moral - Descabimento

Ementa: Indenização. Vícios na construção. Desvalorização da obra. Indenização. Possibilidade. Danos morais. Ausência.

- O construtor assume uma obrigação de resultado diante do adquirente do imóvel, devendo, portanto, garantir a entrega do mesmo no prazo contratado e conforme as características descritas no contrato, pois sua responsabilidade contratual só termina com o fiel cumprimento do ajuste e entrega da obra perfeita, sólida e segura. Em regra, o inadimplemento de obrigações decorrentes de contrato ou outro negócio jurídico não permite o reconhecimento de dano moral, porque tem repercussão estritamente patrimonial.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0525.02.001406-0/001 - Comarca de Pouso Alegre - Apelante: George Edson Magalhães - Apelado: Renato Kulkamp - 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 DAR PARCIAL PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 18 de setembro de 2008. - *José Affonso da Costa Côrtes* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTES - Conheço do recurso de apelação porque presentes os requisitos de admissibilidade.

Cuidam os autos de ação para a autorização de conclusão de obra inacabada c/c indenização por danos materiais e morais, ajuizada por Renato Kulkamp em desfavor de George Edson Magalhães.

Em síntese, alega que, em 18.09.2001, celebrou um contrato de empreitada de mão-de-obra com o réu para a construção de uma casa residencial com 144,00 $m^2$, com área externa de churrasqueira de 36,00 $m^2$ e de varanda de 143,91 $m^2$; que foi estipulado o prazo de 90 dias para a conclusão da obra, contado da assinatura do contrato; que o material da obra seria e foi fornecido pelo autor; que o valor do contrato de empreitada foi

estabelecido em R$13.000,00, com uma entrada de R$2.500,00, em 18.09.2001, três parcelas de R$2.500,00, com vencimentos em 17.10.2001, 17.11.2001 e 17.12.2001, e mais R$3.000,00 finais, a serem pagos em 17.01.2002; que, do valor do contrato, ficou restando o pagamento de R$1.000,00, referente à parte final, pois tal valor foi retido devido ao atraso na conclusão da obra; que a obra não ficou pronta no prazo estabelecido; que a parte construída está em péssima situação, a exigir a reconstrução de boa parte da obra. Por fim, diz que, por várias vezes, tentou junto ao réu resolver a situação, sem lograr êxito; que notificou o réu via cartório para manifestar se pretendia completar a obra, mas este permaneceu calado, ficando em mora sobre as despesas a serem realizadas para a perfeita conclusão da obra; que, devido a esses fatos, vem sofrendo profundo constrangimento moral, tendo que morar ora em um lugar, ora em outro, até mesmo dormindo em cabines de caminhão. Requereu o deferimento da tutela antecipada e a procedência de seus pedidos, condenando o réu na reparação dos danos materiais na quantia de R$12.664,80, e morais, na quantia a ser fixada pelo Julgador.

A tutela antecipada foi deferida - f. 02.

Interposto agravo de instrumento - f. 98/118.

O requerido contestou, alegando que o autor se encontra em débito no valor de R$ 1.000,00; que foi notificado a saldar a dívida; que o atraso na conclusão da obra se deu por falta de material, que era de responsabilidade do autor; que os materiais comprados pelo autor eram de terceira qualidade, comprometendo a perfeita conclusão da obra; que o requerido realizou outros serviços - pintura, assentamento de calhas e rufos - serviços que não constam do contrato; que o autor contratou outros serviços terceirizados, os quais ficaram sob sua vigilância e responsabilidade; que a alegação de danos morais sofridos pelo autor não tem fundamento e comprovação. Requereu a improcedência total dos pedidos na inicial.

Provimento ao agravo de instrumento - acórdão de f. 164/168.

O douto Juízo da Comarca de Pouso Alegre, às f. 281/286, julgou procedente, em parte, o pedido indenizatório, condenando o réu ao pagamento de R$4.545,00, a título de reparação por danos materiais, e de R$4.000,00, a título de reparação por danos morais, totalizando a condenação em R$8.545,00. Condenou o requerido no pagamento de metade das custas processuais e honorários advocatícios, que fixou em 10% dos valores em que foi vencido. Condenou o autor no pagamento da outra metade das custas processuais e dos honorários advocatícios, que fixou em 10% sobre o valor da diferença, nos danos materiais, entre o que pediu e o que deverá receber. Os valores deverão ser atualizados monetariamente pelo INPC. O reembolso dos danos materiais será corrigido desde as datas dos pagamentos. A indenização por dano moral, a partir da publicação da sentença. Sobre os valores, incidirão juros de 1% ao mês a partir da citação.

George Edson Magalhães aviou embargos de declaração - f. 288/289 -, sustentando contradição, já que, na condenação por dano moral, os juros legais e a correção monetária incidirão a partir da publicação da sentença, e, quanto aos danos materiais, estes são devidos a partir do ajuizamento da ação, ao invés da data dos pagamentos. Pede também que seja suprida a omissão da sentença, declarando de que maneira será corrigida a condenação referente à desvalorização do imóvel.

Embargos rejeitados à f. 290.

Insiste o apelante, em suas razões recursais (f. 291/301), que a sentença merece ser reformada, inicialmente fazendo um resumo geral dos autos, para dizer que o serviço de gesso foi executado por terceiros contratados pelo autor e sob sua vigilância, devendo, pois, ser excluído da condenação. No tocante à desvalorização do imóvel, alega que o valor é inconcebível e incoerente. Quanto ao dano moral, sustenta que meros dissabores e aborrecimentos não geram indenização, ainda mais no patamar estabelecido. Por fim, alega que os ônus sucumbenciais merecem nova fixação.

O apelado contra-arrazoou às f. 304/308, rebatendo as alegações do apelante, pugnando pela manutenção da r. sentença e requerendo sua exclusão da condenação em ônus sucumbenciais.

Sem preliminares, passo ao exame do mérito.

Serviço de gesso.

Pleiteia o apelante a exclusão do valor a título de "serviço de gesso", sob alegação de que este serviço não restou contratado pelas partes.

A testemunha Romilton Júlio - f. 263 - afirmou: "[...] que a laje ficou com barriga; que, tempos depois, o depoente foi fazer um serviço em um local para peixe e entrou na casa e viu que o defeito fora recuperado com aplicação de gesso [...]".

Ademais, pela foto de nº 16 - f. 50 -, podemos ver que o serviço de gesso, ali constante, com certeza, não foi ali realizado para embelezar, mas para ocultar a "barriga" da laje, sendo o meio que encontrou o autor para solucionar o problema. Assim sendo, deve o apelante responder pelo custo do gesso no montante de R$ 576,00.

Desvalorização da obra.

Não há dúvida de que estamos diante de responsabilidade contratual do construtor, que não executou a obra nos termos em que se comprometeu no contrato de empreitada de f. 11/13.

Nesse sentido, esclarecedora é a lição de Hely Lopes Meirelles, citado por Rui Stoco em sua obra *Tratado de responsabilidade civil* (6. ed. São Paulo: Ed. RT, p. 504):

> [...] a responsabilidade específica do construtor pela execução da obra é contratual; e surge com a celebração do contrato de construção e só termina com o fiel cumprimento do ajuste e entrega da obra perfeita, sólida e segura. Enquanto isso não ocorrer, subsistem as três responsabilidades decorrentes da construção: a) legal; b) extracontratual e c) contratual.

Diante desse panorama, tem-se que, no presente caso, não há dúvida de que o imóvel do autor foi entregue em desacordo com o contrato celebrado.

Tal desacordo foi constatado pelo laudo pericial de f. 217/226, que se apresentou como prova técnica coesa, de elevado nível e esclarecimento, que foi devidamente submetida a contraditório.

Nesse esteio, constatado pelo laudo pericial que o imóvel não foi entregue de acordo com o contrato, apresentando defeitos, que estão de acordo com as descrições feitas pelo autor em sua inicial, não há como afastar a responsabilidade do apelante em repará-los.

Nesse sentido, vem consagrando a jurisprudência a responsabilidade do construtor em casos semelhantes:

> Indenização. *Quanti minoris* compra e venda de imóvel. Garagem com metragem inferior àquela efetivamente contratada. Vício de quantidade. Prazo prescricional ordinário de 20 anos. - Prescreve em 20 (vinte) anos ação de indenização que tenha como causa de pedir próxima a compra de imóvel com garagem apresentando metragem inferior àquela efetivamente contratada. Trata-se, em casos dessa natureza, de vício de quantidade (diferença de área adquirida), e não de vício de qualidade (vício redibitório). A garagem não só tem que apresentar dimensões mínimas para comportar um veículo estacionado como também apresentar dimensões mínimas que possam viabilizar as manobras para o seu estacionamento, sem a necessidade de serem retirados os demais veículos adjacentes. Restando constatada a inferioridade das dimensões da garagem, de maneira a torná-la inutilizável, cumpre à construtora reduzir proporcionalmente o valor do imóvel, além do dever de indenização o adquirente (TAMG - 4ª Câmara Cível - Rel.ª Juíza Maria Elza - Apelação Cível nº 322.105-0 - j. em 20.03.02).

> A responsabilidade pela perfeição da obra, mesmo que não consignada no contrato, é de ser presumida em todo ajuste de construção como encargo ético-profissional do construtor, pois este assume uma obrigação de resultado diante de quem vai adquirir o imóvel e por isso deve garantir a eficiência do serviço prestado, incidindo no ajuste o disposto no art. 24 da Lei 8.078/90 (TJSP - 3ª Câmara de Direito Privado - Ap. nº 47.382-4/5 - Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani - j. em 30.06.1998 - *RT* 758/203).

Não há dúvida de que deve permanecer a condenação imposta pela r. sentença ao ressarcimento da desvalorização de 5% do preço do imóvel - R$3.500,00 -, bem como ao valor dos reparos dos vícios de qualidade - gesso - R$576,00, mais a diferença de créditos/débitos de serviços no importe de R$469,00, totalizando R$4.545,00.

Danos morais.

Tem razão o apelante.

Em regra, o inadimplemento de obrigações decorrentes de contrato ou de outro negócio jurídico não permite o reconhecimento de dano moral, porque tem repercussão estritamente patrimonial. Eventualmente, quando as conseqüências do inadimplemento desbordam dos aspectos patrimoniais e atingem a própria pessoa do credor da obrigação, podem ensejar a ocorrência de dano moral. Mas, a toda evidência, trata-se de situação excepcional não evidenciada no caso concreto.

Não há dúvida de que quem compra ou contrata a construção de um imóvel tem a expectativa de qualidade, de obra perfeita, sem o desconforto de ver os serviços serem refeitos, mas, à obviedade, somente graves transtornos e dissabores oriundos dos defeitos no imóvel, inclusive com reflexos na saúde dos moradores e em sua vida profissional, seriam passíveis de indenização por danos morais.

Nesse sentido:

> Ação de indenização. Contrato de prestação de serviços. Vícios na construção. Prazo prescricional. Súmula 194 do STJ. Laudo pericial. Danos morais. Sucumbência recíproca.
> - O prazo prescricional da ação indenizatória movida contra o construtor em razão de defeitos encontrados na obra é de 20 (vinte) anos, na forma da Súmula 194 do Superior Tribunal de Justiça.
> - O laudo elaborado pelo perito oficial deve prevalecer sobre os dos assistentes técnicos, pois nestes não existe a imparcialidade que se faz necessária.
> - O fato de terem sido constatados defeitos na obra não é suficiente para gerar o direito a uma indenização por danos morais.
> - Se ao final da demanda existem vencedores e vencidos, configurada está a sucumbência recíproca, devendo as verbas sucumbenciais ser rateadas na proporção da vitória e derrota de cada parte (Apelação Cível nº 2.0000.00.-473368-8/000 - Rel.ª Des.ª Albergaria Costa - j. em 13.04.2005).

Certo é que a presença de defeitos na construção não é causa suficiente para a configuração de uma lesão de cunho moral.

Aborrecimentos inerentes à execução imperfeita de um contrato não ensejam a indenização objetivada, sendo necessário um algo mais, ou seja, uma situação excepcional e anormal gerada pela presença dos vícios na construção, cuja gravidade daria respaldo a um ressarcimento por danos de ordem moral.

Portanto, o pleito reparatório por danos morais não procede.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao apelo, somente para decotar o valor a título de danos morais. Mantido os ônus da sucumbência.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MOTA E SILVA e ELECTRA BENEVIDES.

*Súmula* - DERAM PARCIAL PROVIMENTO.

...

## Execução fiscal - Penhora - Mandado de intimação - Embargos - Prazo - Advertência expressa - Imprescindibilidade

Ementa: Processo civil. Execução fiscal. Intimação do executado. Penhora.

- O Superior Tribunal de Justiça tem interpretado as diversas formas de se proceder à intimação da penhora estabelecidas pelo art. 12 da Lei de Execução Fiscal no sentido de assegurar àquela caráter real, e não apenas virtual, mormente porque é a mesma o marco a partir do qual se conta o prazo para os embargos, sendo esse o meio mais eficaz para que o executado possa levantar as questões que entender pertinentes.

- Se na hipótese mais concreta de intimação, que é aquela realizada pelo oficial de justiça, a interpretação é bastante rígida a ponto de estabelecer a informação relativa ao prazo e ao seu termo *a quo* como condição para a regularidade do ato de intimação, não há como admitir que o comparecimento do procurador do devedor aos autos supra o essencial ato intimatório da penhora.

AGRAVO Nº 1.0518.02.015219-6/005 - Comarca de Poços de Caldas - Agravantes: Antônio Venier e outros - Agravada: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais - 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 DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 28 de agosto de 2008. - *Maria Elza* - Relatora.

### Notas taquigráficas

DES.ª MARIA ELZA - Antônio Venier e outros interpõem agravo de instrumento contra decisão singular proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Poços de Caldas que, em execução fiscal ajuizada pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, considerou suprida a intimação pessoal dos executados pelo comparecimento espontâneo de seus procuradores nos autos.

Contra essa decisão recorrem os agravantes, sustentando, em suma, que a intimação da penhora não poderia ser suprida pelo comparecimento dos procuradores nos autos. Alegam que, na execução fiscal, a intimação da penhora deve ser efetuada pessoalmente ao executado, ato sem a qual configuraria cerceamento de defesa. Requerem o provimento do agravo de instrumento.

O recurso foi admitido pela decisão singular de f. 177/178-TJ, não havendo pedido de liminar recursal.

Contraminuta às f. 181/187-TJ pugnando pela manutenção da decisão agravada.

É o breve relatório. Passa-se à decisão.

A decisão recorrida considerou que a intimação da penhora ao executado, nos autos da execução fiscal, restou efetivada com o comparecimento espontâneo do procurador do executado.

Respeitado o entendimento do Juízo *a quo*, entende-se, com respaldo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que a mesma não deve prevalecer.

Nesse passo, contudo, deve-se salientar que o Superior Tribunal de Justiça tem interpretado a intimação da penhora estabelecida pelo art. 12 da LEF no sentido de assegurar àquela caráter real, e não apenas virtual, mormente porque é a mesma o marco a partir do qual se conta o prazo para os embargos, sendo esse o meio mais eficaz para que o executado possa levantar as questões que entender pertinentes.

É interessante notar, por exemplo, que a Lei de Execução Fiscal coloca como termo inicial a simples intimação da penhora, consignando, portanto, regra distinta do Código de Processo Civil no qual se exige a juntada aos autos de prova daquela intimação (art. 738).

Dessa forma, maior deve ser o grau de efetividade do ato de intimação nesse procedimento especial para que o devedor possa, de fato, tomar ciência do início do transcurso do prazo para se defender. O Superior Tribunal de Justiça tem ressaltado que, para a validade da intimação realizada pelo oficial de justiça, deve constar, expressamente, do mandado o alerta do prazo para o oferecimento dos embargos à execução e que ele se inicia daquele ato.

Eis alguns julgados que corroboram as assertivas acima:

> Processual civil. Agravo regimental. Execução fiscal. Início do prazo para oposição de embargos. Auto de penhora. Mandado de intimação. Advertência expressa do devedor do prazo para oferecimento de embargos. Precedentes.
> 1. Agravo regimental contra decisão que conheceu de agravo de instrumento e proveu o recurso especial da parte agravada.
> 2. O acórdão *a quo* manteve sentença pela qual foram considerados intempestivos os embargos à execução fiscal oferecidos pela ora recorrente.
> 3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento no sentido de que, no processo de execução fiscal, para que seja o devedor efetivamente intimado da penhora, é necessária a sua intimação pessoal, devendo constar, expressamente, no mandado, a advertência do prazo para o oferecimento dos embargos à execução. Havendo mais de um sócio executado, corre o aludido prazo a contar da última intimação.
> 4. O oficial de justiça deverá advertir o devedor, também de modo expresso, de que o prazo de trinta dias para oferecimento de embargos inicia-se a partir daquele ato, e não da juntada aos autos do respectivo mandado.

5. A obrigatoriedade de menção categórica do prazo justifica-se exatamente no intuito de que o destinatário da intimação fique ciente do período de tempo de que dispõe para tomar as providências que lhe proverem, sendo irrelevante que do mandado conste, tão-somente, a expressão 'prazo legal'.
6. Precedentes das 1ª Seção, 1ª, 2ª e 4ª Turmas desta Corte Superior.
7. Agravo regimental não provido (STJ, 1ª Turma, AgRg no Ag 665841/MG, Rel. Min. José Delgado, j. em 21.06.2005, *DJU* de 15.08.2005).

Processual civil. Embargos de declaração. Inexistência de irregularidades no acórdão. Execução fiscal. Auto de penhora. Mandado de intimação. Advertência expressa do devedor do prazo para oferecimento de embargos. Precedentes. Pretensão de rediscussão da matéria. Impossibilidade.
1. Inocorrência de irregularidades no acórdão quando a matéria que serviu de base à oposição do recurso foi devidamente apreciada no aresto atacado, com fundamentos claros e nítidos, enfrentando as questões suscitadas ao longo da instrução, tudo em perfeita consonância com os ditames da legislação e jurisprudência consolidada. O não-acatamento das argumentações deduzidas no recurso não implica cerceamento de defesa, uma vez que ao julgador cumpre apreciar o tema de acordo com o que reputar atinente à lide. Não está obrigado o magistrado a julgar a questão posta a seu exame de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso.
2. As funções dos embargos de declaração, por sua vez, são, somente, afastar do acórdão qualquer omissão necessária para a solução da lide, não permitir a obscuridade por acaso identificada e extinguir qualquer contradição entre premissa argumentada e conclusão.
3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento no sentido de que, no processo de execução fiscal, para que seja o devedor efetivamente intimado da penhora, é necessária a sua intimação pessoal, devendo constar, expressamente, no mandado, a advertência do prazo para o oferecimento dos embargos à execução. Não se inicia o prazo da juntada aos autos do respectivo mandado.
4. O oficial de justiça deverá advertir o devedor, também de modo expresso, de que o prazo de trinta dias para oferecimento de embargos inicia-se a partir daquele ato.
5. A obrigatoriedade de menção categórica do prazo justifica-se exatamente no intuito de que o destinatário da intimação fique ciente do período de tempo de que dispõe para tomar as providências que lhe proverem, sendo irrelevante que do mandado conste, tão-somente, a expressão 'prazo legal'.
6. Precedentes das 1ª Seção, 1ª, 2ª e 4ª Turmas desta Corte Superior.
7. Inexistência de contradição entre o que foi esposado na fundamentação com a conclusão do decisório embargado. Ambos, assim como o acórdão recorrido do Tribunal local, esboçaram o mesmo entendimento, apesar de terem discorrido com termos diversos.
8. Enfrentamento de todos os pontos necessários ao julgamento da causa. Pretensão de rejulgamento da causa, o que não é permitido na via estreita dos aclaratórios.
9. Embargos rejeitados (STJ, 1ª Turma, EDcl no REsp 606958/PB, Rel. Min. José Delgado, j. em 1°.06.2004, *DJU* de 02.08.2004).

Destarte, dá-se provimento ao agravo de instrumento para reformar a decisão interlocutória, determinando-se que a intimação da penhora ocorra nos termos do art. 12 da LEF.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES MAURO SOARES DE FREITAS e DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO.

...

## Reconvenção - Usucapião - Impossibilidade - Ressarcimento de despesas - Possibilidade - Provimento parcial

Ementa: Agravo de instrumento. Usucapião. Argüição em reconvenção. Inadmissibilidade.

- Não se admite a possibilidade de alegação da usucapião em reconvenção nas ações petitórias e possessórias. Isso porque o procedimento especial da prescrição aquisitiva exige a formação de um litisconsórcio obrigatório entre os confinantes e terceiros interessados e, ainda, a intervenção obrigatória das Fazendas Públicas e do Ministério Público.

- O conceito de conexão empregado pelo legislador na elaboração do art. 315 é mais amplo do que aquele registrado no art. 103 do CPC. Nesse sentido, há conexão entre demanda principal, cujo objeto é a extinção de condomínio e cobrança de aluguéis e a demanda reconvencional que visa ao ressarcimento de despesas com a manutenção do imóvel.

Agravo parcialmente provido.

**AGRAVO Nº 1.0024.06.123048-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Luiz Gustavo Monteiro da Silva - Agravados: Osmar Miranda da Silva Júnior e outro - Relator: DES. BARROS LEVENHAGEN**

### 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 PRELIMINARES E DAR PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 18 de setembro de 2008. - *Barros Levenhagen* - Relator.

## Notas taquigráficas

DES. BARROS LEVENHAGEN - Conheço do recurso, visto que presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, aviado por Luiz Gustavo Monteiro da Silva, através do qual se insurge contra a decisão trasladada à f. 62-TJ, que, nos autos da ação de extinção de condomínio c/c cobrança de alugueres movida por Osmar Miranda da Silva Júnior e outro, rejeitou a reconvenção ajuizada pelo ora agravante.

O agravante sustenta, em apertada síntese, a nulidade da decisão recorrida por ausência de fundamentação. Afirma haver cumulação de pedidos que enseja a aplicação do procedimento ordinário. Sustenta a existência de conexão entre o pedido formulado pelos agravados e o pedido reconvencional.

Foi deferido o pedido de atribuição de efeito suspensivo (f. 70/71-TJ).

Os agravados apresentaram contra-razões às f. 79/85, alegando, em preliminar, inadmissibilidade do agravo por ausência de comprovação do preparo. Alegam que a reconvenção é intempestiva. Sustentam que o agravante nunca teve posse do imóvel, uma vez que nele permanecia por mero ato de tolerância.

O MM. Juiz *a quo* prestou suas informações à f. 77-TJ.

Preliminar de deserção.

Os agravados sustentam, em preliminar, inadmissibilidade do agravo por ausência de comprovação do preparo. Entretanto, conforme se depreende da decisão de f. 41-TJ, o agravante litiga amparado pela assistência judiciária, razão pela qual se impõe a rejeição da preliminar, visto que incabível a exigência de preparo do recurso nessa hipótese.

Preliminar de nulidade da interlocutória por ausência de fundamentação.

Inicialmente, cumpre repelir a preliminar aventada pelo agravante, uma vez que, embora sucinta, a decisão está suficientemente fundamentada, tal como exigem os arts. 165 do CPC e 93, inciso IX, da Magna Carta, havendo o Magistrado *a quo* justificado seu entendimento de ser indevida a argüição de usucapião em sede de reconvenção.

Por oportuno, em nota ao art. 165 do CPC, esclarecem, com propriedade, Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery:

> As decisões interlocutórias e os despachos podem ser exteriorizados por meio de fundamentação concisa, que significa fundamentação breve, sucinta. O juiz não está autorizado a decidir sem fundamentação (CF 93 IX). Concisão e brevidade não significam ausência de fundamentação. Todavia, a lei permite que sentenças mais simples, como, *v.g.*, as de extinção do processo sem julgamento do mérito, possam ser prolatadas com fundamentação sucinta (CPC, 459, *caput in fine*) (in *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 3. ed. São Paulo: RT, p. 470).

Não se pode confundir, à evidência, fundamentação sucinta com sua ausência, circunstância última que levaria ao decreto de sua nulidade.

Com tais considerações, rejeito a preliminar.

Preliminar de intempestividade da reconvenção.

Alegam os agravados que a reconvenção seria intempestiva, haja vista que o edital de citação foi publicado nos dias 17, 18 e 19 de janeiro de 2008, com fixação de prazo de quinze dias, sendo a petição da demanda reconvencional protocolizada somente em 29.02.2008. Não há nesse instrumento cópia do indigitado edital. Nem seria o caso, visto que não se trata de peça obrigatória (art. 525, inciso I, CPC). Incumbiria, então, aos agravados a prova de intempestividade da reconvenção; ônus do qual não se desincumbiram. Assim, diante da impossibilidade de aferição da tempestividade da demanda, impõe-se a rejeição da preliminar argüida.

Mérito.

O mérito do presente recurso restringe-se à possibilidade de ajuizamento da demanda reconvencional na hipótese narrada nos autos. De plano, esclareça-se que a questão da posse e propriedade do imóvel diz respeito ao mérito da ação e será julgada pelo Juízo monocrático, sendo inócuas as alegações dos agravados (f. 79/85) acerca da matéria.

Como é cediço, a argüição de usucapião como matéria de defesa é admitida conforme posicionamento cristalizado com a edição do Enunciado nº 237 da súmula do Supremo Tribunal Federal.

Não se admite, contudo, a alegação da usucapião em reconvenção nas ações petitórias e possessórias. Isso porque o procedimento especial da prescrição aquisitiva exige a formação de um litisconsórcio obrigatório entre os confinantes e terceiros interessados e, ainda, a intervenção obrigatória das Fazendas Públicas e do Ministério Público.

Tais peculiaridades procedimentais são a própria razão de ser da previsão de um procedimento especial para a ação de usucapião e que vedam o ajuizamento de reconvenção naquelas ações; do contrário estar-se-ia admitindo a ampliação subjetiva da demanda com o pedido reconvencional, o que seria incompatível com o disposto nos arts. 315 e seguintes do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, a doutrina elucida:

> [...] a necessidade da participação de outros sujeitos que não se fazem presentes na possessória (confrontantes, terceiros interessados, Fazenda Pública); por outro lado, seria inviável a inserção de um procedimento especial dentro de outro, o que levaria à desistência do rito especial (FORNACIARI JÚNIOR, Clito. *Da reconvenção no direito processual civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 138).

Lado outro, a reconvenção que veicula pedido de indenização com despesas para manutenção do imóvel é cabível. A impossibilidade de alegação de usucapião em reconvenção não induz à extinção do feito em

relação aos demais pedidos reconvencionais. Cabe, nessa hipótese, o indeferimento parcial da petição inicial da reconvenção para processamento do feito em relação ao outro pedido, como medida de economia processual.

O conceito de conexão empregado pelo legislador na elaboração do art. 315 é mais amplo do que aquele registrado no art. 103 do CPC. Nesse sentido, há conexão entre a demanda principal, cujo objeto é a extinção de condomínio e cobrança de aluguéis, e a demanda reconvencional, que visa ao ressarcimento de despesas com a manutenção do imóvel durante o período em que vigorou o condomínio.

Em razão do exposto, rejeito as preliminares e dou parcial provimento ao recurso, para admitir a reconvenção apenas no que diz respeito ao recebimento das despesas efetuadas pelo agravante com a manutenção do imóvel.

Custas, pelo agravante, cuja cobrança, todavia, suspendo, visto que litiga sob o amparo da assistência judiciária.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FRANCISCO KUPIDLOWSKI e CLÁUDIA MAIA.

*Súmula* - REJEITARAM PRELIMINARES E DERAM PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO.

...

## Ação de cobrança - Seguro - Morte - Suicídio involuntário - Seguradora - Dever de indenizar - Súmula 61 do STJ

Ementa: Ação de cobrança. Seguro. Suicídio involuntário. Morte acidental. Súmula nº 61 do STJ. Correção monetária. Termo inicial. Data do sinistro.

- Não havendo qualquer indício nos autos de que tenha ocorrido um suicídio premeditado, a morte da segurada deve ser considerada acidente pessoal nos termos da Súmula 61 do STJ.

- A correção monetária deve ser feita a partir da data do sinistro, porque a partir daí o beneficiário fazia jus ao recebimento da indenização não paga pela seguradora.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.148667-6/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: HSBC Seguros Brasil S.A. - Apelado: Paulo Alberto Koch - 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 PARCIAL PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 28 de agosto de 2008. - *Alberto Henrique* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. ALBERTO HENRIQUE - Trata-se de recurso de apelação, interposto por HSBC Seguros Brasil S.A., contra a sentença de f. 263/266, que julgou procedente o pedido inicial da ação ordinária, ajuizada por Paulo Roberto Koch em desfavor de HSBC Seguros Brasil S.A.

Irresignada, recorre HSBC Seguros Brasil S.A., ao argumento de que a sentença merece ser reformada, uma vez que restou devidamente comprovado nos autos que a segurada passava por graves problemas de saúde, razão pela qual o suicídio não se enquadra no conceito de acidente, não podendo ser considerado, *in casu*, como um ato involuntário.

Ressalta que a r. sentença também merece reforma no tocante à incidência da correção monetária para que seja fixada a partir do ajuizamento da ação, que se deu em 1º.08.2006.

Salienta que, no tocante à fixação das custas e honorários advocatícios, deve o apelado ser condenado na proporção de sua derrota, uma vez que este não se encontra sob as benesses da assistência judiciária.

Preparo à f. 279.

Contra-razões às f. 293/303.

É o relato.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

No presente caso, a controvérsia reside em saber se a morte da segurada, em razão do suicídio, caracteriza-se como natural ou acidental e, por conseguinte, se o requerente/apelado faz jus ao recebimento de indenização especial decorrente de falecimento por acidente.

Registre-se que o apelado, diante da morte da segurada, procurou a ré/apelante em maio de 2005, tendo recebido quantia equivalente a R$ 58.875,80 (cinqüenta e oito mil oitocentos e setenta e cinco reais e oitenta centavos). Todavia, pleiteia, *in casu*, o valor correspondente ao contratado para o sinistro denominado morte acidental, ao argumento de que suicídio involuntário se enquadra nessa hipótese.

Inicialmente, torna-se pertinente ressaltar que o suicídio se encontra coberto pelo contrato de seguro de vida, sendo certo que a seguradora só se exime de indenizá-lo, quando se tratar de suicídio voluntário ou premeditado.

Nesse sentido, dispõem as Súmulas 61 do STJ e 105 do STF:

> Súmula 61 (STJ). O seguro de vida cobre o suicídio não premeditado.

> Súmula 105 (STF). Salvo se tiver havido premeditação, o suicídio do segurado no período contratual de carência não exime o segurador do pagamento do seguro.

Verifica-se, assim, que apenas a morte premeditada não pode ser objeto de seguro, sendo certo que, quando esse evento ocorrer de maneira involuntária, deve a seguradora arcar com o pagamento da verba indenizatória.

No presente caso, observa-se que a apelante não negou o pagamento da indenização, entretanto indenizou o evento como se tratasse de morte natural, ao passo que o autor/apelado pretende considerá-la, também, como morte acidental.

Cumpre, assim, analisar se o suicídio cometido pela companheira do autor se caracteriza como acidente.

Compulsando os autos, verifica-se que as provas testemunhais produzidas revelam que nunca ouviram da segurada qualquer comentário a respeito de sua eventual intenção de retirar a sua própria vida:

> Que conheceu Branca Luiza Barros Duarte, sendo que para ela trabalhou desde 1982 até seu falecimento; que tinha conhecimento de que Branca se submetia a tratamento psiquiátrico; que nunca ouviu de Branca qualquer comentário dando conta de sua eventual intenção de tirar a própria vida (testemunha Valdete Cardoso, f. 267).

No mesmo sentido, foi o depoimento da testemunha Leonardo Martins Simão, à f. 268 dos autos.

Verifica-se, ainda, através do relatório médico de f. 60, que a segurada apresentava grave transtorno depressivo, o que reforça a idéia de que jamais houve por parte dela qualquer intenção de se matar.

Ademais, tendo ocorrido suicídio, a apelante deveria ter provado que o mesmo foi voluntário, sob pena de prevalecer a presunção de que o suicídio se revestiu de involuntariedade.

Nesse sentido, é o entendimento deste egrégio Tribunal:

> Ação de cobrança - Seguro de vida - Suicídio - Natureza - Morte acidental - Premeditação não comprovada - Pagamento do capital segurado devido - Súmulas 61 do STJ e 105 do STF. - Em caso de morte decorrente de suicídio, cabe ao beneficiário do seguro de vida, nos termos do art. 333, I, do CPC, provar a contratação e o falecimento do segurado. Por outro lado, de acordo com o inciso II do mesmo dispositivo legal, é ônus da seguradora, que se nega a efetuar o pagamento do capital segurado, comprovar que o suicídio foi premeditado. No caso dos autos, não existem elementos indicativos de que o suicídio da segurada tenha sido cometido com o fito de conduzir ao pagamento da indenização securitária. O contexto probatório indica que a segurada estava acometida por forte depressão pós-parto, fato que ensejou o suicídio. A jurisprudência do STJ tem deixado claro que o suicídio se equipara ao acidente, pelo que o beneficiário do seguro de vida tem direito ao recebimento da indenização por morte acidental, eis que se trata de fato súbito, não intencional.

Não havendo, portanto, qualquer indício nos autos de que tenha ocorrido um suicídio premeditado, a morte da segurada deve ser considerada acidente pessoal.

Impende destacar que a cláusula 5.2, alínea *f* (f. 202), do contrato de seguro em exame dispõe que o suicídio está excluído da cobertura da morte acidental.

Todavia, dita cláusula não deve prevalecer diante do posicionamento já sumulado do STJ, conforme já exposto, de que o seguro de vida cobre o suicídio não premeditado.

Dessa forma, deve a r. sentença ser mantida para condenar a apelante a pagar ao apelado o valor pleiteado.

A apelante pugnou pela incidência da correção monetária a partir do ajuizamento da ação, e não a partir da data do sinistro, conforme decidido na r. sentença proferida.

Não lhe assiste razão.

A correção monetária deve ser feita a partir da data do sinistro, porque a partir daí o beneficiário fazia jus ao recebimento da indenização não paga pela seguradora.

Nesse sentido:

> Civil - Apelação - Ação de cobrança - Contrato de seguro - Homicídio - Inquérito policial não concluído - Dispensabilidade - Morte acidental comprovada por outros documentos - Pagamento da indenização securitária - Cabimento - Juros - Termo inicial - Data da negativa de pagamento - Correção - Termo inicial - Data do sinistro. – [...] O termo inicial dos juros é a data da constituição em mora da seguradora, ou seja, a data da negativa de pagamento desmotivado. O termo inicial da correção monetária que incide sobre o valor da indenização securitária é a data do sinistro, conforme Circular 225/2004 da Susep. (TJMG, 1.0024.05.708624-1/001(1), Relatora: Márcia De Paoli Balbino, j. em 24.08.2006, p. em 21.09.2006.)

Ainda:

> A correção monetária deve incidir a partir do evento danoso, uma vez que representa a reposição do valor real da moeda, corroído pela inflação. (AC 1.0210.04.020.777-6/001/Pedro Leopoldo, 11ª CCível/TJMG, Rel. Des. Fernando Caldeira Brant, j. em 22.03.2006.)

Finalmente, a apelante aduz, no tocante à fixação das custas e honorários advocatícios, que deve o apelado ser condenado na proporção de sua derrota, uma vez que este não se encontra sob as benesses da assistência judiciária.

A r. sentença proferida assim decidiu:

> Custas, 30% pelo autor e 70% pela ré. As verbas sucumbenciais, entretanto, não poderão ser exigidas para o autor, a não ser que para os autos venha a prova de que este perdeu a condição de necessitado (f. 266).

Correta a r. sentença ao fixar os percentuais expostos, em razão da sucumbência parcial. Todavia, conforme

incidente processual apenso aos autos, houve revogação do benefício de assistência judiciária ao autor/apelado, razão pela qual deverá a parte recorrida arcar com os valores arbitrados, conforme requerido pelo recorrente.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso, para reformar a sentença e condenar o apelado ao pagamento das custas e honorários arbitrados.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BARROS LEVENHAGEN e FRANCISCO KUPIDLOWSKI.

*Súmula* - DERAM PARCIAL PROVIMENTO.

...

## Ação de cobrança - Cumprimento de sentença - Compromisso de compra e venda - Inadimplemento - Imóvel - Construção - Penhora - Possibilidade - Art. 3º, II, da Lei 8.009/90 - Aplicabilidade

Ementa: Agravo de instrumento. Cumprimento de sentença. Imóvel em construção penhorado, Objeto de compromisso de compra e venda não cumprido. Impenhorabilidade afastada, com base no art. 3º, II, da Lei nº 8.009/90. Decisão mantida. Preliminar de intempestividade rejeitada. Recurso improvido.

- O imóvel objeto de compromisso de compra e venda não cumprido enquadra-se na exceção à regra da impenhorabilidade do bem de família, prevista no art. 3º, II, da Lei nº 8.009/90.

**AGRAVO Nº 1.0223.06.186572-9/003 - Comarca de Divinópolis - Agravante: Avelino Ferreira Décimo - Agravados: Altino Gomes de Oliveira e sua mulher, Adenis Aparecida Gomes - Relator: DES. GENEROSO FILHO**

### 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 REJEITAR PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 23 de setembro de 2008. - *Generoso Filho* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. GENEROSO FILHO - Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra decisão proferida às f.168/169-TJ, que, nos autos da ação de cobrança, em fase de cumprimento de sentença, proposta por Altino Gomes de Oliveira e Adenis Aparecida Gomes em face de Avelino Ferreira Décimo, rejeitou a impugnação apresentada pelo executado, ora agravante, na qual ele sustentava a impenhorabilidade do imóvel penhorado, com base na Lei nº 8.009/90, por considerar o Juízo recorrido que o bem se enquadraria na exceção prevista no art. 3º, II, da referida lei, já que o cumprimento de sentença diz respeito às parcelas não pagas do imóvel penhorado, objeto de compromisso de compra e venda firmado entre as partes.

Em suas razões recursais, o agravante relata que foi penhorado o único bem que possui, consistindo em um terreno onde está sendo construída a residência onde sua família e ele passarão a residir. Afirma que o art. 3º, II, da Lei nº 8.009/90 não se aplica aos casos de dívida comum, como a que é objeto da execução. Cita julgados deste Tribunal e menciona o disposto no art. 591 do CPC. Diz que a exceção prevista no citado artigo não pode ser estendida para outros casos, senão aqueles decorrentes de financiamentos do Sistema Financeiro da Habitação. Pede seja reformada a decisão recorrida, para o fim de declarar a impenhorabilidade do referido bem, requerendo, ainda, seja conferido efeito suspensivo ao recurso.

Foi indeferido o pedido de conferência de efeito suspensivo ao recurso (f.183/185-TJ), oportunidade em que foi determinada a intimação dos agravados para resposta.

Contraminuta apresentada às f. 189/185-TJ, na qual os agravados alegam, preliminarmente, a intempestividade do recurso, por considerarem que o acréscimo de dois dias previsto em resolução deste Tribunal não se aplicaria aos recursos, mas tão-somente às manifestações apresentadas em primeira instância, pelo que requer não seja conhecido o recurso e, no mérito, pugna pela manutenção da decisão agravada.

Passo, inicialmente, a analisar a preliminar aventada pelo agravado, que diz respeito a um dos requisitos de admissibilidade do recurso.

Preliminar.

Rejeito a alegação de intempestividade do recurso, já que a Resolução nº 289/95 se aplica à primeira instância.

Sendo assim, publicada a decisão em 23.04.08 (f. 170-TJ), o prazo final para interpor o recurso findar-se-ia em 07.05.08, já computados os dois dias do referido ato normativo, por se tratar de comarca do interior, data em que foi tempestivamente interposto o presente agravo.

Assim, presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Do mérito.

Como se vê, o agravante, em impugnação apresentada na fase de cumprimento de sentença, alega ser impenhorável a edificação iniciada no imóvel objeto de compromisso de compra e venda entre as partes, então descumprido pelo agravante, o que teria ensejado a propositura da ação de cobrança, na qual aquele foi penhorado.

A situação aqui retratada vem sendo considerada como uma exceção à regra da impenhorabilidade do bem de família tratada na Lei nº 8.009/90, enquadrando-se no disposto no art. 3º, inciso II, *in verbis*:

> Art. 3º. A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária , trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:
> [...]
> II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato.

Assim, não obstante, em tese, possa se caracterizar o imóvel aqui tratado como bem de família, a impenhorabilidade do mesmo é afastada pelo artigo acima mencionado, buscando-se, assim, evitar o enriquecimento ilícito do devedor.

Nesse sentido:

> Direito civil e processual civil. Execução de sentença. Compromisso de compra e venda de imóvel. Bem de família. Impenhorabilidade. Lei 8.009/90. Inoponibilidade. Embargos à execução. Procuração existente nos autos da execução.
> I - A ausência de cópia da procuração nos autos dos embargos do devedor não gera nulidade, por caracterizar simples irregularidade procedimental, se verificada a existência de mandato nos autos da execução em apenso.
> II - O comando do art. 3º, II, da Lei nº 8.009/90, excepcionando a regra geral da impenhorabilidade do bem de família, também alcança os casos em que o proprietário firma contrato de promessa de compra e venda do imóvel assim qualificado e, após receber parte do preço ajustado, se recusa a adimplir com as obrigações avençadas ou a restituir o numerário recebido, e não possui outro bem passível de assegurar o juízo da execução.
> Recurso especial não conhecido (REsp 402.489/RJ, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, j. em 26.10.2004, *DJ* de 12.12.2005, p. 368).

> Civil e processual civil. Bem de família. Impenhorabilidade. Lei 8.009/90. Imóvel prometido à venda. Desfazimento do contrato. Exceção. Precedente. Recurso provido. - Na execução de sentença que deu pela resolução de contrato de promessa de compra e venda, é descabida a alegação de impenhorabilidade do imóvel objeto do contrato, ao argumento de tratar-se de bem de família, se os promitentes vendedores receberam mais de três quartos do preço e sempre residiram no imóvel, ainda que não possuam outros bens, sob pena de ofensa ao princípio que veda o locupletamento indevido (REsp 314.150/MG, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. em 19.06.2001, *DJ* de 29.10.2001, p. 212).

> Embargos do devedor. Bem de família. Penhorabilidade. Exceção prevista no inciso II, art. 3º, da Lei 8.009/90. Imóvel prometido à venda. Desfazimento do contrato. Obrigação de restituir os valores pagos. Penhora do imóvel. 1 - Na execução de sentença em que houve a resolução judicial de contrato de promessa de compra e venda, por culpa da promitente vendedora, que já recebeu mais de um terço do preço e foi condenada à restituição, não pode ser aceita a alegação de impenhorabilidade do imóvel objeto do contrato, ao argumento de tratar-se de bem de família, sob pena de ofensa ao princípio que veda o locupletamento indevido. 2 - É aplicável a exceção do inciso II do art. 3º da Lei 8.009/90, na execução dos débitos envolvendo compra e venda do imóvel bem de família, quando, na época da contração da dívida, tal imóvel ainda não tinha sido quitado pela promitente vendedora, que utilizou dos recursos do seu promitente comprador para a quitação. Súmula - Rejeitaram preliminar e negaram provimento (TJMG, Número do processo: 2.0000.00.512192-4/000(1) Relator: Pedro Bernardes, j. em 29.11.2005, p. em 21.01.2006).

Feitas essas considerações, rejeito a preliminar e nego provimento ao presente agravo.

Custas, pelo agravante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES TARCÍSIO MARTINS COSTA e JOSÉ ANTÔNIO BRAGA.

*Súmula* - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

...

## Ação declaratória de nulidade contratual - Indenização - Cumulação de ações - Serviço de telecomunicação - Contrato - Código de Defesa do Consumidor - Aplicação - Cláusula abusiva - Nulidade declarada - Dano moral - Não-configuração - Consignação em pagamento - Consignado - Obrigação - Extinção - Desbloqueio da linha telefônica

Ementa: Ação declaratória de nulidade contratual c/c pedido de indenização. Contrato de prestação de serviços de telefonia. CDC. Aplicação. Cláusulas abusivas. Nulidade declarada. Danos morais não evidenciados. Consignação em pagamento. Obrigação do consignado declarada extinta. Desbloqueio da linha. Conseqüência lógica. Recursos desprovidos.

- Cuidando-se de lide entre usuário de serviços de telefonia e concessionária, aplica-se a norma do Código de Defesa do Consumidor, haja vista ter-se, de um lado, uma prestadora de serviços e, de outro, um consumidor.

- Há direito básico do consumidor à modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

- Deve o juiz, em face da constatação de onerosidade excessiva, atendendo aos princípios da boa-fé, da eqüi-

dade e do equilíbrio contratual, a presidirem todas as relações de consumo, alterar cláusulas abusivas, emitindo provimento de conteúdo constitutivo.

- O sentimento exacerbado de indignação não gera dano moral. É que simples aborrecimentos, dissabores e incômodos não ensejam indenização por dano moral, sendo certo que a inserção, em contrato de prestação de serviços, de cláusulas consideradas ilegais, por si só, não se traduz em dano moral por parte do devedor.

- O depósito em pagamento tem fundamento eminentemente racional, no sentido de que o devedor não deve acarretar as conseqüências da mora do credor, tendo tal depósito, por via de conseqüência, os mesmos efeitos extintivos do pagamento.

- Reconhecido o excesso de cobrança, uma vez depositado o valor correto da dívida pelo consignante, deve o pedido ser julgado procedente e extinta a sua obrigação.

- Acolhido o pedido consignatório e liberado o devedor, impõe-se, como corolário lógico, o desbloqueio da linha telefônica que motivou o débito.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.05.260101-3/001 (em conexão com as Apelações Cíveis nºs 1.0145.05.237700-2/001 e 1.0145.05.260508-9/001) - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: TNL PCS S.A. - Apelante adesiva: Simone de Almeida - Apeladas: Simone de Almeida e TNL PCS S.A. - 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 À APELAÇÃO PRINCIPAL E À ADESIVA.

Belo Horizonte, 25 de setembro de 2008. - *Antônio de Pádua* - Relator.

## Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO DE PÁDUA - Trata-se de ações declaratória de nulidade de cláusula contratual cumulada com pedido de indenização por dano moral, consignação em pagamento de quantia pecuniária e medida cautelar inominada, com pedido de liminar *inaudita altera parte*, todas movidas por Simone de Almeida contra a empresa TNL PCS S.A., nome fantasia "Oi", objetivando: a) ver declaradas nulas as cláusulas por ela consideradas abusivas, relativamente ao contrato firmado com a mesma, tendo por objeto o plano de serviços de telefonia celular, denominado "Oi Vip"; b) a declaração de quitação de sua dívida para como a ré, no valor de R$ 536,24 (quinhentos e trinta e seis reais e vinte e quatro centavos); e c) o restabelecimento dos serviços de telefonia móvel suspensos unilateralmente.

Após os trâmites legais das ações, sobrevieram três sentenças distintas, sendo a primeira, nos autos da ação declaratória, julgando parcialmente procedente o pedido inicial, para declarar nulas as cláusulas impugnadas e improcedente o pedido de indenização por dano moral, condenando, ainda, as partes ao pagamento de 50% (cinqüenta por cento) das custas processuais, respondendo a ré pelo pagamento da verba honorária fixada em R$ 1.000,00 e a autora, pelo valor de R$ 500,00, suspensa, quanto a esta, a exigibilidade, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50.

Nos autos da ação consignatória, a sentença (f. 47) julgou procedente o pedido inicial, para reconhecer como devida apenas a quantia de R$ 536,24 (quinhentos e trinta e seis reais e vinte e quatro centavos), objeto do depósito judicial, e não a de R$ 1.458,33 (mil quatrocentos e cinqüenta e oito reais e trinta e três centavos), pretendida pela ré, declarando, portanto, extinta a obrigação, relacionada à fatura 06/08, condenando-a, ainda, ao pagamento das custas processuais e da verba honorária de R$ 400,00 (quatrocentos reais).

E, por fim, nos autos da cautelar inominada, por força da sentença proferida na ação declaratória, declarando a nulidade das cláusulas contratuais que obrigavam a autora ao pagamento da quantia de R$ 1.458,33 (mil quatrocentos e cinqüenta e oito reais e trinta e três centavos) e também da decisão proferida na consignatória, foi proferida sentença para julgar procedente o pedido formulado na inicial e determinar que a ré proceda ao desbloqueio parcial dos serviços de telefonia móvel, no sentido de que possa a autora efetuar ligações, regularmente, condenando-a, ainda, ao pagamento das custas processuais e da verba honorária fixada em R$ 400,00 (quatrocentos reais).

Inconformada, apela a ré, desenvolvendo as razões de f. 11/119 (ação declaratória), em que busca a reforma da sentença, alegando, em suma, que a sentença não pode prevalecer ao declarar a nulidade das cláusulas contratuais invocadas na inicial, porquanto não cometeu qualquer ilegalidade ao proceder à cobrança dos valores contra os quais se insurge a autora, uma vez que esta consumiu efetivamente o valor consubstanciado na fatura questionada. No tocante à ação consignatória, sustenta, em suas razões recursais de f. 50/55, que a sentença (f. 45/47) não pode prevalecer, porquanto o débito da apelada correspondente ao valor efetivamente cobrado e que não houve recusa de sua parte, mas que o valor consignado não é integral, o que, por si só, afasta a possibilidade de sucesso da ação. Por último, no tocante à sentença de f. 44/45, proferida na cautelar, sustenta igualmente, em suas razões de f. 47/53, que a sentença não pode prevalecer, uma vez que o bloqueio das linhas por ela levado a efeito decorre

de ato lícito em face da inadimplência da apelada, não havendo, portanto, qualquer irregularidade em sua conduta de bloquear as mencionadas ligações, por se achar a tanto autorizada pela legislação pertinente à espécie.

Busca, ao final, a apelante a reforma das sentenças para o fim de sejam julgados totalmente improcedentes os pleitos contidos nas iniciais, tanto no que diz respeito à nulidade contratual, como em relação à consignatória e à cautelar, invertendo-se os ônus sucumbenciais.

Os preparos se acham comprovados às f. 110 (ação declaratória), 50 (ação consignatória) e 48 (cautelar).

Os recursos foram respondidos pela autora às f. 121/112, 557/59 e 55/57, em cujas contra-razões se bate pelo desprovimento de todos os recursos interpostos pela ré.

No prazo de resposta ao recurso interposto nos autos da ação declaratória, a autora interpôs também recurso adesivo, através das razões de f. 126/138, em que pretende a reforma parcial da sentença para que seja julgado totalmente procedente o pedido inicial, impondo-se à ré o pagamento de indenização por dano moral, ao argumento de que o seu comportamento ilícito lhe provocou sofrimento e dor, e que, além disso, a indenização pretendida tem caráter pedagógico e deve, por isso, ser concedida em situações como a dos autos.

Conheço dos recursos, principais e adesivo, presentes suas condições de admissibilidade.

Ressalte-se inicialmente que, na atualidade, não há qualquer dúvida quanto à efetiva aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de prestação de serviços de telefonia, por existir, na espécie, inequívoca relação de consumo, o que permite concluir que os ajustes levados a efeito a esse título podem ser objeto de revisão, quando as cláusulas pertinentes se mostrarem em desacordo com as normas por ele traçadas.

Quanto ao mérito, infere-se dos elementos informativos e probatórios contidos nos autos que, no dia 25 de maio de 2005, a autora, ora apelada adesiva, firmou com a ré, ora apelante principal, contrato de prestação de serviços de telefonia móvel, com a aquisição do aparelho, através do plano mensal denominado "Oi Vip - oferta *premium* ganhe 1.000", em decorrência do que lhe foi concedido o bônus de R$ 1.000,00 (mil reais), gasto com a compra do celular, mediante a cobrança mensal da tarifa de R$ 250,00 (duzentos e cinqüenta reais), com valores diferenciados de ligações para outros DDDs.

Entretanto, a autora, em agosto de 2005, foi surpreendida com a cobrança de outros valores além do ajustado, de R$ 250, 00, o que a levou a migrar para outro plano, de custo inferior, tendo, não obstante, no mês subseqüente (setembro/2005), sido surpreendida com a cobrança de quantia de R$ 1.000,00 (mil reais), relativa à multa rescisória, e outra no importe de R$ 458, 33, correspondente à aludida migração para um plano de menor franquia.

A apelante, com fulcro nas cláusulas 7 (sete) e 15.7 (quinze ponto sete), sustenta a legalidade da cobrança, não podendo, contudo, prevalecer a sua tese em face da inegável desvantagem em que a autora, na condição de consumidora, é colocada no contrato de adesão em referência, sendo, assim, correta a aplicação à espécie das normas do Código de Defesa do Consumidor, especialmente em seu art. 51, § 1°, inciso IV, no qual se acha estabelecido que são nulas as cláusulas que estabelecem obrigações consideradas iníquas, abusivas e que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada. Tais cláusulas mostram-se, a toda evidência, incompatíveis com a boa-fé e a eqüidade, não só por restringirem direitos inerentes à natureza do contrato, ameaçando o seu equilíbrio, como também por se evidenciarem demasiadamente onerosas, com a exigência de valores não condizentes com a realidade contratual, a penalizarem, sem justa causa, a autora.

Como corretamente acentuou o Magistrado sentenciante,

> Se, na verdade, tivesse a autora sido devidamente informada sobre a perda do valor do 'bônus' de R$ 1.000,00 e da cobrança da multa no valor de R$ 500,00, quando da migração do plano de telefonia, decerto não teria feito a opção de mudança, sendo preferível que continuasse a arcar com o pagamento do valor fixo de R$ 250,00, além das ligações realizadas para outros DDDs, com tarifas diferenciadas, o que lhe seria mais vantajoso.

Não se está aqui a negar o direito de a apelante realizar promoções, ofertando a seus clientes planos alternativos, mesmo porque tal permissibilidade é prevista no art. 35 da Resolução 85/98. O que se pretende é tentar impedir as empresas de telefonia que, aproveitando-se das benesses existentes na regulamentação específica e visando a um lucro cada vez maior, coloquem à disposição dos consumidores inúmeros planos alternativos, sem, contudo, fornecer a seus clientes as informações atinentes ao plano por eles contratados.

Da mesma forma, não se está pretendendo aqui vincular a fornecedora de serviços, *ad aeternum*, a um contrato de prestação de serviços, visto que o contratante pode pretender a rescisão do contrato de prestação de serviços, a contratada pode deixar de oferecer determinado plano de serviços alternativo. Contudo, no caso específico dos autos, em sua campanha publicitária, a primeira suplicada levou a autora a acreditar que o plano que estava sendo ali contratado era um plano vantajoso, quando, na verdade, ele se mostrou demasiadamente oneroso, ao que se acresce que, ao migrar para outro plano de menores custos, foi surpreendida com a cobrança de pesada multa, que ainda mais agravou a sua situação, que já era antes insuportável.

Dessa forma, indubitável restou o comportamento ilícito da ré, não havendo como reformar a sentença ao declarar a nulidade das cláusulas contratuais indicadas na exordial.

No tocante à ação consignatória, a sentença nela proferida, julgando procedente o pedido inicial e declarando quitada a obrigação da autora, não está também

a merecer reforma, porquanto, ao declarar nulas as cláusulas consideradas ilícitas, estabelecidas unilateralmente pela ré, reconheceu, por via de conseqüência, que o valor consignado corresponde ao débito correto da consignante.

Assim, escorreita a sentença proferida na ação de consignação em pagamento, declarando extinta a obrigação da apelada para com a apelante.

Igualmente, por força das decisões anteriores, confirmando o *decisum* prolatado na ação declaratória e na de consignação em pagamento, o desbloqueio das linhas de telefonia móvel se impunha, como corolário lógico, uma vez que, reconhecida a ilegalidade das cláusulas que estabeleciam débito em ordem superior ao valor correto exigível e declarada a respectiva quitação, não havia mesmo alternativa sentencial, senão determinar a liberação das linhas bloqueadas, de forma indevida, pela apelante.

No tocante ao recurso adesivo, tenho que a sentença também não está a merecer reforma, porquanto, apesar da ocorrência da declaração de nulidade das cláusulas contratuais consideradas abusivas, não se pode deixar à margem de registro que a autora a elas anuiu, devendo seu ganho limitar-se à mencionada declaração de nulidade, não havendo que se falar em prejuízo extracontratual, uma vez que as exigências consignadas pela ré restaram afastadas pela sentença, sem que se possa vislumbrar, no presente caso, lesão de natureza moral capaz de gerar indenização.

No caso, não restou configurado, a meu sentir, dano à imagem, à intimidade, à vida privada ou à honra e à dignidade da autora, mas mero dissabor, mesmo porque a autora usufruiu regularmente dos serviços que foram colocados à sua disposição, tendo, de outro lado, sido desobrigada de arcar com os encargos decorrentes da migração para o plano de menor valor pela sentença hostilizada, que ora é confirmada.

O sentimento exacerbado de indignação não gera dano moral. É que simples aborrecimentos, dissabores e incômodos não ensejam indenização por dano moral, sendo certo que inserção em contrato de prestação de serviços de cláusulas consideradas ilegais, por si só, não se traduz em dano moral por parte do devedor.

Sobre o tema é importante a lição de Pablo Stolze Gagliano (em sua obra *Novo curso de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 3, p. 85):

> Superadas, portanto, todas as objeções quanto à reparabilidade do dano moral, é sempre importante lembrar, porém, a advertência brilhante de Antônio Chaves, para quem 'propugnar pela mais ampla ressarcibilidade do dano moral não implica o reconhecimento de todo e qualquer melindre, toda suscetibilidade exacerbada, toda exaltação do amor próprio, pretensamente ferido, à mais suave sombra, ao mais ligeiro roçar de asas de uma borboleta, mimos, escrúpulos, delicadezas excessivas, ilusões insignificantes desfeitas, possibilitem sejam extraídas da caixa de Pandora do Direito centenas de milhares de cruzeiros'.

No mesmo sentido, vêm decidindo os tribunais pátrios, entre os quais este e o STJ:

> Ementa: Ação de indenização. Danos morais inexistentes. Improcedência do pedido inicial.
> 1 - Não é todo e qualquer aborrecimento e chateação que enseja dano moral. Somente deve ser deferida indenização nas hipóteses em que realmente se verificar abalo à honra e à imagem da pessoa, dor, sofrimento, tristeza, humilhação, prejuízo à saúde e à integridade psicológica de alguém, cabendo ao magistrado, com prudência e ponderação, verificar se, na espécie, efetivamente ocorreu dano moral, para, somente nesses casos, deferir indenização a esse título.
> 2 - Não enseja danos morais o mero recebimento de cartas de cobrança, embora a parte não esteja em débito com a instituição bancária cobradora (TJMG - AC 2.0000.00. 511209-0/000 - 9ª Câmara Cível - Rel. Des. Pedro Bernardes, *DJ* de 16.12.2005).

> Ementa: Indenização. Cobrança indevida. Aborrecimento. Lesão à honra não configurada. - Os simples aborrecimentos não se erigem em causa de dano moral, não se podendo admitir que qualquer transtorno, como a cobrança indevida de débitos de cartão de crédito, mediante correspondência fechada e individual, enseje reparação, mormente se a parte nem sequer teve o seu nome inscrito nos serviços de proteção ao crédito (TJMG - AC 1.0145.05. 215871-7/001 - 9ª Câmara Cível - Rel. Des. Tarcísio Martins Costa - *DJ* de 14.02.2006).

> Civil. Dano moral. Não-ocorrência. - O recurso especial não se presta ao reexame da prova. O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem a que ela se dirige. Recurso especial não conhecido (REsp 403.919/MG - 4ª Turma -STJ - Rel. Min. César Asfor Rocha - j. em 15.05.2003 - *DJ* de 04.08.2003).

O fato é que o aborrecimento do consumidor não induz automaticamente à indenização. Não havendo elementos nos autos aptos a demonstrarem que a autora sofreu efetivo prejuízo moral, humilhação, vergonha ou constrangimento públicos, não se pode falar em indenização por dano moral.

À vista do exposto, nego provimento à apelação principal e à adesiva (Autos nº 1.0145.05.260101-3/001), bem como às Apelações interpostas nºs 1.0145.05.237700-2/001 e 1.0145.05.260508-9/001.

Custas, na ordem de 50% para cada parte, suspensa a exigibilidade quanto à autora.

DES.ª HILDA TEIXEIRA DA COSTA - Com o Relator.

DES. ROGÉRIO MEDEIROS - Com o Relator, em respeito à lealdade e à transparência que devem nortear as relações de consumo.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO PRINCIPAL E À ADESIVA.

...

## Embargos à arrematação - Bem - Valor de mercado à época - Divergência substancial - Perícia - Necessidade - Preço vil - Impedimento

Ementa: Processual civil. Embargos à arrematação. Dúvida substancial sobre o valor de mercado do bem à época da arrematação. Necessidade de perícia. Preço vil. Sentença cassada.

- O colendo STJ já se posicionou no sentido de que, havendo divergência substancial sobre a avaliação de um mesmo bem, é possível ao juiz determinar sua reavaliação, com vistas a evitar a arrematação por preço vil.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.06.336407-0/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Tawil & Cia. Ltda. - Apelados: Lufir Comércio, Serviços e Transporte de Mercadorias Ltda. e BDMG - Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais S.A. - 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 REJEITAR PRELIMINARES E INVALIDAR A SENTENÇA, DETERMINANDO A REALIZAÇÃO DE PERÍCIA.

Belo Horizonte, 30 de setembro de 2008. - *Brandão Teixeira* - Relator.

### Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pela apelante, o Dr. Aristóteles Atheniense e, pela primeira apelada, o Dr. Ramon Moraes do Carmo.

DES. BRANDÃO TEIXEIRA - Sr. Presidente. Foi alegado da tribuna que determinada questão não havia sido suscitada nos embargos, mas entendo que é propriamente a questão da intimação do devedor, mas o desate que será dado ao processo resolverá todas essas questões.

Em mãos, recurso de apelação cível interposto por Tawil & Cia. Ltda. contra a r. sentença de f. 161/165, que, nos autos de embargos à arrematação, ajuizada pela recorrente em face do Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais (BDMG) e de Lufir Comércio, Serviços e Transporte de Mercadorias Ltda., julgou improcedentes os pedidos iniciais, ao fundamento de não se convencer sobre as irregularidades ou nulidades apontadas na inicial, quais sejam nulidade do ato por falta de intimação e defeito na avaliação sem atualização do bem.

Tawil & Cia. Ltda., irresignada com a r. sentença, dela apelou. Sustenta: nulidade da arrematação diante da ausência de mandato do preposto arrematante; inobservância do Agravo de Instrumento nº 1.0702.04.167511-8/001, provido pelo eg. TJMG; falta de intimação pessoal do devedor e falta de intimação dos credores com penhora gravada sobre o mesmo imóvel (f. 191/197).

Lufir Comércio, Serviços e Transporte de Mercadorias Ltda. apresentou contra-razões às f. 206/217, contestando as razões recursais.

O Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais S.A. - BDMG apresentou contra-razões às f. 225/230.

Conheço do recurso, presentes seus pressupostos e requisitos de admissibilidade.

Cuida-se de embargos à arrematação do imóvel penhorado da ora apelante, nos autos da Precatória de nº 0702.04.167.511-8. Em 13.12.2006, a apelada Lufir Comércio, Serviços e Transporte de Mercadorias Ltda. arrematou em leilão o imóvel da apelante, conforme auto de f. 71 (apenso).

a) Alegação de inobservância do Agravo de Instrumento nº 1.0702.04.167511-8/001 afastada.

Tawil & Cia Ltda. alega que este eg. TJMG, por meio de sua 2ª Câmara Cível, dera total provimento ao Agravo de Instrumento nº 1.0702.04.167511-8/001, ou seja, reconheceu a competência do Juízo deprecado e a necessidade de nova avaliação do bem, conforme fundamentação do voto do Relator, unanimemente acolhido pelos demais Desembargadores.

Lufir Comércio, Serviços e Transporte de Mercadorias Ltda. e Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais S.A. alegam que a matéria atinente à reavaliação do bem já estaria preclusa. A primeira apelada assevera que o direito de reavaliação do bem penhorado fora decidido em setembro de 2005, e a apelante teve ciência através de publicações posteriores, bem como por manifestação nos autos, deixando, a destempo, para recorrer somente em novembro de 2006, portanto mais de um ano após a decisão. Aduz que essa conclusão é tão verdadeira que a própria apelante, em petição de f. 32 (autos em apenso - precatória), alegou que estaria reiterando pedido anteriormente julgado.

Sem razão a apelante.

O acórdão prolatado no Agravo de Instrumento nº 1.0702.04.167511-8/001 não determinou a reavaliação do bem, limitou-se apenas a reconhecer que o Juízo deprecado era o juiz competente para julgar a necessidade ou não de reavaliação do imóvel.

Registrei, no v. acórdão do Agravo de Instrumento nº 1.0702.04.167511-8/003, o seguinte:

> Pelo princípio da devolutividade estrita do agravo de instrumento, o il. Magistrado, em verdade, fora fiel ao decidido no referido agravo de instrumento (nº 1.0702.04.167511-8/001). Naquele referido agravo, a impugnação se voltara contra o entendimento de que o il. Magistrado carecia de competência para decidir sobre a avaliação do bem. Não

houve, de fato, pronunciamento sobre nova avaliação que havia sido requerida, pois o Juiz se julgara incompetente para decidir, como reconheceu o próprio agravante (f. 06-TJ). Logo, a decisão que ora se impugna no presente agravo de instrumento nada mais fez que observar o comando do v. acórdão exarado no Agravo de Instrumento nº 1.0702.04.167511-8/001.

Portanto, não há que se falar em inobservância do Agravo de Instrumento nº 1.0702.04.167511-8/001.

b) Falta de intimação pessoal do devedor e falta de intimação dos credores com penhora gravada sobre o mesmo imóvel afastada.

Tawil & Cia. Ltda. aduz que a sentença impugnada decidira pela ilegitimidade da parte devedora para suscitar a falta de intimação dos demais credores com penhora gravada no imóvel, por falta de interesse, asseverando, ainda, a r. sentença que o ato tivera ampla divulgação por editais. Sustenta a recorrente que a validade da hasta pública não é de interesse apenas do credor que promove a praça, mas também dos demais credores e do devedor, para que haja garantia da efetividade do ato e segurança jurídica das relações. Nesse sentido, alega que é de interesse público a legalidade do ato, e a desatenção quanto a algum aspecto da forma do ato, no caso a falta de intimação dos demais credores, consubstancia ilegalidade do ato, o que o torna nulo.

Lufir Comércio, Serviços e Transporte de Mercadorias Ltda., primeira apelada, assevera que os devedores se apresentaram espontaneamente através da petição de f. 32 da precatória, dando-se por cientificados da designação das hastas públicas nos dias 29.11.2006 e 13.12.2006. Demais disso, continua a apelada, a certidão do oficial de justiça, desconhecendo o paradeiro dos mesmos, e a publicação veiculada no jornal local, anexada à f. 62 dos autos da precatória, validariam plenamente a pré-falada intimação. Quanto aos demais credores, a apelada assevera que inexistem credores sob a condição de hipotecários, mas tão-somente credores com penhoras registradas, os quais não teriam qualquer prejuízo, uma vez que somente disputarão a preferência sobre o recebimento com os demais credores, obedecendo-se à devida ordem processual de recebimento. Aliás - continua a apelada -, já fizera a devida informação da arrematação aos respectivos Juízos onde constam credores com penhoras, o que já seria suficiente.

Por sua vez, o Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais S.A., segundo apelado, assevera que tanto a apelante, proprietária do imóvel, quanto os demais executados mudaram de endereço sem declinar nos autos da precatória em apenso ou da execução seu novo endereço. Fica claro, sustenta a apelada, que a intenção dos executados era ocultar-se para se furtar a qualquer comunicação de atos processuais, para mais tarde alegar nulidade em razão da não-comunicação a eles dos atos processuais necessários à sua defesa nos autos em que litigam. Nesse caso, conclui, não há que se falar em invalidade da intimação por edital. Em relação à intimação dos credores, afirma, com suporte no art. 698 do CPC, que apenas é obrigatória a intimação da praça ao credor hipotecário, sendo que as penhoras constantes na matrícula do imóvel praceado não seriam resultantes de dívida daquela natureza, já que, na referida matrícula, não constava nenhuma hipoteca sobre o imóvel.

Sem razão a apelante.

A apelante, em petição protocolada em 06.10.2006, atesta que, em 27.09.2006, fora intimada, via *Diário do Judiciário de Minas Gerais*, da designação das hastas públicas para os dias 29.11.2006 e 13.12.2006, às 12h45min, do bem imóvel penhorado (f. 32 dos autos em apenso).

Ora, inegável que a executada, há mais de 30 dias, tinha ciência pessoal das datas das hastas públicas designadas. Portanto, não há que se falar em ausência de intimação da executada, tendo em conta que ela, espontaneamente, peticionou nos autos, mostrando, inequivocamente, a ciência das hastas públicas designadas. A intimação pessoal de quem já revelara conhecimento pessoal do ato processual a ser praticado era inútil. O art. 687, § 5º, do CPC, na redação determinada pela Lei Federal nº 8.953/1994, determinava que o devedor seria intimado pessoalmente, por mandado, ou carta com aviso de recepção, ou por outro meio idôneo, do dia, hora e local da alienação judicial. Dessarte, como visto acima, a apelante sabia do dia, hora e local de praceamento do imóvel penhorado.

Quanto aos demais credores, razão assiste à primeira apelada. Em verdade, não existem credores sob a condição de hipotecários, mas tão-somente credores com penhoras registradas, os quais não terão qualquer prejuízo, uma vez que somente disputarão a preferência sobre o produto da arrematação em rateio com os demais credores, obedecida a devida ordem de prelação das penhoras (art. 711 do CPC).

Embora a norma do art. 698 do CPC vigente à época da arrrematação (13.12.2006) só se refira a credor hipotecário e senhorio direto e a atual disposição tenha incluído credores com penhoras averbadas, não se verifica, *in casu*, qualquer nulidade. O texto atual apenas determina que não se efetuará a adjudicação ou alienação de bem do executado sem que da execução seja cientificado, por qualquer modo idôneo e com pelo menos 10 (dez) dias de antecedência, o senhorio direto, o credor com garantia real ou com penhora anteriormente averbada, que não seja de qualquer modo parte na execução (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Ora, a norma se dirige ao senhorio direto, ao credor com garantia real ou com penhora anteriormente averbada, que não seja de qualquer modo parte na execução, não ao executado. A nulidade da arrematação é ineficaz em relação ao credor com penhora anteriormente averbada não em relação ao executado e arrematante.

Demais disso, a arrematante, ora primeira apelada, sustenta, nos autos, que informou à Fazenda Nacional (execução fiscal), junto à Vara Federal de Uberlândia, e a Nehmettallah Wadih Mansour (ação de execução), junto à 4ª Vara Cível da Comarca de Uberlândia, sobre a arrematação realizada.

Enquanto pendente o pagamento ao credor que promoveu a execução onde ocorreu a praça, era útil a intimação dos credores com penhoras averbadas para deduzirem sua preferência. Houve sanação útil pelo arrematante.

Logo, mesmo admitindo o disposto no art. 698 do CPC, em sua redação atual, correta a r. sentença que considerou a ilegitimidade da devedora em requerer a nulidade da arrematação por falta de intimação dos credores com penhora gravada sobre o mesmo imóvel. Houve sanação útil pela arrematante.

c) Nulidade da arrematação por ausência de procuração do preposto arrematante.

Tawil & Cia. Ltda., ora apelante, alega ilegitimidade do Sr. Agenor Pádua Vilela Neto para participar de hasta pública oferecendo lanço e arrematando bens em nome da apelada arrematante. Sustenta que o Sr. Agenor não é sócio da empresa (f. 147) e que a procuração a ele conferida (f. 146) pelas sócias data de 27.12.2006, enquanto a arrematação ocorrera em 13.12.2006.

Lufir Comércio, Serviços e Transporte de Mercadorias Ltda., primeira apelada, assevera que a apelante pretende enquadrar a arrematação feita pelo procurador da empresa apelada na condição do art. 661, § 1º, do Código Civil, sem qualquer razão, tendo em conta que o mandatário da apelada, em seu nome, adquiriu, comprou e arrematou um bem. Demais disso, essa discussão poderia ter sido poupada, uma vez que o art. 662 do Código Civil poria fim a qualquer devaneio da apelante.

Alega que a ratificação da arrematação realizada, no dia 13.12.2006, pelo Sr. Agenor de Pádua Vilela resultou de ato inequívoco (parágrafo único do art. 662), uma vez que efetivamente a apelada efetuara o depósito bancário judicial, no valor de R$ 330.158,40. Não obstante tal fato, assevera que anexou as procurações de ratificação dadas pelas sócias da empresa arrematante, conforme permissivo legal (primeira parte do parágrafo único do art. 662 do CC/2002), ali especificando poderes ao arrematante, imóvel arrematado, valor do lance, tudo retroagindo-se à data em que ocorreu a hasta pública.

Com razão a primeira apelada.

A ratificação, por expressa disposição legal, há de ser expressa, ou resultar de ato inequívoco, e retroagirá à data do ato (art. 662, parágrafo único, do CC/2002). Constatam-se, nos autos, as duas situações vertidas na legislação.

A ratificação da arrematação realizada no dia 13.12.2006 pelo Sr. Agenor de Pádua Vilela, em verdade, resultou de ato inequívoco do mandante, uma vez que efetivamente a apelada efetuara o depósito bancário judicial, no valor de R$ 330.158,40.

Por outro lado, as procurações de f. 218/219, outorgadas pelas Sr.as Fernanda Pereira Carneiro e Luciana Pereira Vilela Portilho, na qualidade de sócias da empresa Lufir Comércio, Serviços e Transporte de Mercadorias Ltda. com poderes específicos para ratificar, nos termos da legislação, os atos praticados pelo outorgado, quanto à arrematação por este feita, em 13 de dezembro de 2006, têm o condão de regularizar a situação da arrematação do imóvel.

Portanto, em regra, não há que se falar em anulação da arrematação por falta de poderes especiais (procuração) do mandatário (preposto arrematante). Não há justificativa razoável para anular arrematação por falta de procuração, mormente quando ausente prejuízo, como tem advertido a jurisprudência:

> Civil. Processual civil. Embargos à arrematação. Advogado. Procuração. Nulidade. Inocorrência. Ausência de prejuízo. Credor hipotecário. Preferência. Necessidade de depositar o lanço.
> I - Não tendo o recorrente demonstrado qualquer prejuízo pelo fato de o advogado do arrematante não ter procuração com poderes especiais, não se decreta a nulidade pretendida. Não se tratando de nulidade *pleno iure* nem havendo cominação de nulidade, devem ser considerados válidos e eficazes os atos que, mesmo realizados à margem das prescrições legais, tenham alcançado a sua finalidade e não tenham redundado em efetiva lesão.
> II - O credor arrematante só está obrigado a depositar o valor de seu lance, na medida em que este exceder seu crédito.
> III - Recurso não conhecido (REsp 140.570/SP - Rel. Ministro Waldemar Zveiter - Terceira Turma - j. em 04.02.1999 - *DJ* de 05.04.1999, p. 124).

Portanto, deve o recorrente demonstrar algum prejuízo pelo fato de o advogado da arrematante não ter procuração com poderes especiais, para que se possa decretar a nulidade pretendida.

Acontece que, no presente feito, o prejuízo pode decorrer não da procuração outorgada, mas da venda muito abaixo do valor de mercado do bem imóvel praceado à época de tal ato, razão pela qual, além de se poder razoavelmente rejeitar tal alegação de nulidade, ela estaria prejudicada pela apreciação da alegação seguinte, de nulidade por oferta e aceitação de preço vil.

Enfim, rejeita-se também a alegação de nulidade por falta de procuração do preposto da arrematante.

d) Nulidade da arrematação - preço vil.

Aqui, sim, reside, *data venia*, o ponto fundamental para a solução da lide. Saber, de fato, se houve arrematação por preço vil.

Dada a inexistência de critérios legais objetivos para a conceituação do "preço vil", repudiado pelo sistema processual em vigor, por enriquecimento indevido em detrimento do executado, fica a sua aferição na dependência de circunstâncias peculiares do caso concreto, acentuando a jurisprudência que a nulidade da

arrematação pode ser declarada de ofício pelo juízo ou a requerimento do interessado, por simples petição, nos próprios autos da execução, dispensada a oposição dos embargos à arrematação (REsp 100706/RO - Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira - Quarta Turma - j. em 29.10.1998 - *DJ* de 1º.03.1999, p. 319).

Em verdade, a leitura dos autos não permite chegar a uma conclusão segura quanto à ocorrência de arrematação a preço vil ou não. Por outro lado, não há elementos verossímeis que autorizem dizer se a apelante agiu de boa ou de má-fé.

A r. sentença assevera:

> [...] o pedido de nova avaliação foi decidido em 02 de setembro de 2005 (f. 25), quando, retornando o processo para continuidade, designadas as datas para praças (f. 26 e 29, regularmente intimada a parte embargante, limitou-se a reiterar o pedido de reavaliação, pedido protocolizado em 06.10.2006 (f. 164).

*Data venia*, a apelante, à f. 32 dos autos da execução, por carta, não se limitou a reiterar o pedido de reavaliação. Pelo lapso temporal entre a avaliação realizada pelo oficial de justiça e a hasta pública, razoável que a apelante pleiteasse a atualização do bem imóvel penhorado, mormente quando, na época da avaliação, peticionara nos autos, demonstrando que a avaliação realizada estava muito aquém do valor de mercado do bem constrito (f. 16/20 dos autos em apenso).

Adverte a jurisprudência que, tendo decorrido lapso considerável de tempo entre a avaliação e a arrematação, pode ser necessária a reavaliação do bem penhorado (art. 683, II, CPC), a fim de se evitar a sua alienação por preço vil (STJ - 1ª Turma - REsp 117.156/SP - Rel. Min. Milton Luiz Pereira - j. em 18.11.1999 - *DJ* de 08.03.2000, p. 47).

Esse é o caso dos autos, tendo em conta que não se pode afirmar, com segurança, se o bem imóvel fora arrematado por preço vil.

Os esclarecimentos do oficial de justiça, *data venia* de seu laborioso mister, não trazem elementos suficientes para determinar se houve ou não erro na avaliação. Adverte-se que não se trata de questionar o ofício do oficial de justiça. Trata-se, em verdade, de reconhecer a dúvida patente sobre o valor de mercado do bem arrematado à época do praceamento. Quando, contemporaneamente à avaliação, a apelante contrapõe ao valor do imóvel avaliado valores outros bem superiores, natural a realização de perícia mais aprofundada, justamente para se evitar o enriquecimento ilícito.

O il. Magistrado asseverou:

> Aliás, apenas por argumentar, a recessão no mercado imobiliário tem sido de efeito repressivo à valorização de bens imóveis, quando muito, mantenedora do preço, senão com relevante desvalorização no decorrer do tempo. Esse é um fenômeno público e notório. O valor imobiliário estabilizou-se no tempo, sobressaindo maior oferta de venda que de compra.
>
> Conseqüentemente, inaplicáveis os índices de correção da moeda (f. 164).

*Data venia*, tratando-se de bem imóvel certo e determinado, mais prudente que eventual perícia confirmasse a notoriedade do referido fato, que, se notório para o juiz, pode não ser para outros que interfiram no processo. Ora, *ad argumentandum*, pode ser que o bem constrito tenha fugido à regra e se valorizado durante o lapso de tempo da avaliação e da hasta pública, ou, como quer a apelante, que a avaliação já não espelhava o valor de mercado, à época ("valor médio das três avaliações", f. 16 do apenso).

Sobre o assunto, o col. STJ já se posicionou no sentido de que, havendo divergência substancial sobre a avaliação de um mesmo bem, é possível ao juiz determinar sua reavaliação, com vistas a evitar a arrematação por preço vil. Precedente: REsp 550.497/PB, Relatora Ministra Eliana Calmon, *DJ* de 05.09.2005 (REsp 1020886/RS - Rel. Ministro Francisco Falcão - Primeira Turma - j. em 17.04.2008 - *DJe* de 15.05.2008).

Enfim, se o executado alega fundamentadamente, com base em avaliações particulares, que houve arrematação por preço vil, ao Judiciário impõe-se o dever ético de apurar se tal ocorreu, com o fim de excluir a possibilidade de alguém auferir ganhos imoderados ou de que o executado não seja apenas expropriado, mas espoliado, por ato praticado em juízo.

Com essas considerações, tendo em conta o compromisso constitucional do justo processo, razoável que se proceda à realização de perícia para a apuração do valor de mercado do imóvel arrematado à época da arrematação, com o retorno dos autos ao Juízo de origem.

Conclusão.

Isso posto, de ofício, casso a sentença para determinar a realização de perícia para a apuração do valor de mercado do imóvel arrematado à época da arrematação.

DES. CAETANO LEVI LOPES - Anoto que ouvi, com atenção, as sustentações orais e, no que respeita às preliminares, são questões processuais realmente secundárias e não merecem acolhimento. Em relação ao preço vil, conforme acaba de assinalar o eminente Relator, o Poder Judiciário não pode chancelar enriquecimento sem causa em detrimento de terceiro, no caso, do devedor. Nessa situação, cumpre, realmente, perquirir pela verdade real, inclusive com o permissivo da 2ª parte do art. 130 do CPC; o juiz não deve substituir a parte na produção de prova, mas deve, sim, procurar a complementação da prova para que a decisão seja a mais justa possível.

Com essas observações, acompanho o eminente Relator, para, também, invalidar a sentença e determinar a perícia.

DES. CARREIRA MACHADO - Sr. Presidente. Também entendo, como o eminente Relator e também

como V. Ex.ª, que matéria como a destes autos não tem preclusão, penso que é de ofício, e, realmente, se existente essa dúvida, temos que perquiri-la.

Ponho-me de acordo.

*Súmula* - REJEITARAM PRELIMINARES E INVALIDARAM A SENTENÇA, DETERMINANDO A REALIZAÇÃO DE PERÍCIA.

...

## Ação revisional - Valor da dívida - Empresa comercial - Taxa de juros - Capitalização - Impossibilidade - Multa - Limite - Observância - Necessidade - Depósito judicial - Quitação

Ementa: Ação ordinária. Pessoa jurídica não equiparada a administradora de cartão de crédito ou instituição financeira. Multa. Juros. Limitação. Capitalização. Impossibilidade. Quitação.

- Não sendo a credora administradora de cartão de crédito, nem instituição financeira, não está autorizada a cobrar multa superior a 2% e juros além da taxa de 1% ao mês, muito menos de forma capitalizada.

- Tendo a devedora depositado em juízo o valor da dívida corretamente corrigida e acrescida dos encargos legais, deve ser declarada sua quitação.

Preliminar rejeitada e apelação não provida.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.431183-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Lojas Renner S.A. - Apelada: Carla Corina Barroso Machado - 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 REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 16 de setembro de 2008. - *Marcos Lincoln* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. MARCOS LINCOLN - Carla Corina Barroso Machado ajuizou ação ordinária, com pedido liminar contra Lojas Renner S.A., objetivando a revisão do valor de sua dívida com a ré, autorização para depositar o valor que entende devido, com a conseqüente quitação do débito, além da abstenção da inclusão de seu nome nos cadastros do SPC e da Serasa.

À f. 14 a MM. Juíza *a quo* deferiu o pedido de antecipação de tutela, tomando como válido o depósito de f. 08 e determinando a exclusão do nome da autora dos cadastros de restrição ao crédito, sob pena de multa diária de R$ 250,00, até o limite de R$ 15.000,00.

A r. sentença recorrida tornou definitiva a tutela antecipada e julgou procedentes os pedidos iniciais, para declarar quitada a dívida da autora pelo valor de R$ 143,00 (cento e quarenta e três reais), autorizando o levantamento da quantia depositada, além de condenar a ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor da condenação.

Inconformada, a ré interpôs apelação. Em suas razões recursais, suscitou, preliminarmente, ilegitimidade passiva. No mérito, sustentou que, como não houve o pagamento da dívida no prazo estipulado, foram acrescidos os encargos contratualmente pactuados (juros e multa) e, ainda, que o valor depositado pela autora é insuficiente para quitar o débito. Salientou que as administradoras de cartão de crédito são equiparadas às instituições financeiras, não havendo limitação de juros e sendo autorizada sua capitalização. Insurgiu-se, também, quanto à exclusão do nome da autora dos cadastros de restrição ao crédito. Ao final, pugnou pelo provimento do recurso, para reformar a sentença e julgar improcedentes os pedidos iniciais.

Intimada, a apelada não apresentou suas contrarazões.

Recurso próprio e tempestivo, estando regularmente preparado.

É o breve relatório, passo a decidir.

Preliminar de ilegitimidade passiva.

A apelante argüiu sua ilegitimidade passiva, sob o fundamento de que:

> toda questão versada na presente demanda é relativa a Renner Administradora de Cartões de Crédito Ltda., tendo em vista que o contrato de cartão de crédito foi firmado entre as partes (*sic*).

*Data venia*, não deve prosperar a presente preliminar.

Isso porque, conforme bem salientado pela i. Sentenciante, a apelante, apesar de afirmar que a compra que originou a dívida ora discutida foi realizada pelo Cartão de Crédito Renner, não fez prova de sua alegação.

Não existe nos autos sequer prova de que a apelada possua o referido cartão de crédito.

Não obstante, a apelada acostou com sua inicial consulta realizada no SPC, onde comprova que seu nome foi negativado a pedido da credora "Lojas Renner SBH", sendo, portanto, patente sua legitimidade para figurar no pólo passivo da presente ação.

Sendo assim, rejeito a preliminar.

Mérito.

No mérito, a apelante sustentou que as administradoras de cartão de crédito são equiparadas às instituições financeiras, não havendo limitação de juros e sendo autorizada sua capitalização.

Todavia, como decidido na preliminar, a compra que originou a dívida da apelada não foi realizada pelo Cartão de Crédito Renner.

Sendo assim, tendo em vista que a apelante não é administradora de cartão de crédito, nem instituição financeira, não está autorizada a cobrar multa moratória superior a 2% (art. 52, § 1°, do CDC) e juros além da taxa de 1% ao mês (art. 406 do CC/02 c/c art. 161, §1°, do CTN), muito menos de forma capitalizada.

Dessarte, analisando os cálculos realizados pela apelada, verifica-se que ela procedeu à atualização de sua dívida de forma correta, depositando o valor histórico das parcelas em atraso, corrigido monetariamente pela Tabela da Corregedoria-Geral de Justiça, acrescido de juros de mora de 1% ao mês e multa moratória de 2%.

E, não tendo a apelante impugnado de forma específica os cálculos da apelada, uma vez que se limitou apenas a alegar que o depósito realizado era insuficiente e que os encargos cobrados eram legais, deve ser declarada quitada a dívida.

Por via de conseqüência, não há que se falar em inclusão do nome da apelada nos cadastros de restrição ao crédito, devendo, portanto, ser mantida a r. sentença recorrida.

Mediante tais considerações, rejeito a preliminar e nego provimento ao recurso para manter a r. sentença de primeiro grau pelos seus próprios fundamentos.

Custas recursais, pela apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALBERTO ALUÍZIO PACHECO DE ANDRADE e CABRAL DA SILVA.

*Súmula* - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

...

## Execução - Alienação fiduciária - Veículo alienado - Disponibilidade - Faculdade do credor fiduciário - Transferência de veículo gravado - Registro de impedimento - Direito de terceiro - Ofensa - Provas - Solicitação - Encargo da parte interessada

Ementa: Agravo de instrumento. Execução. Expedição de ofícios. Impedimento de transferência de veículos alienados fiduciariamente em favor de instituições financeiras alheias à lide. Direito de propriedade. Diligência. Encargo da parte interessada.

- O direito de disposição de qualquer bem constitui um dos atributos do direito de propriedade. Assim, o direito de dispor do veículo alienado fiduciariamente pertence ao seu proprietário, credor fiduciário.

- A pretensão do agravante de registrar impedimento de transferência de veículo gravado com alienação fiduciária atinge direito não do devedor, mas de terceiro, estranho à relação processual.

- "Não compete ao Poder Judiciário oficiar para empresas particulares para requisitar provas. A parte interessada é que deve dirigir-se à empresa particular e solicitar diretamente as provas que deseja. Somente diante da negativa da empresa em fornecê-las é que o Poder Judiciário pode agir" (*RT* 685/329).

### AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0145.00.006779-6/001 - Comarca de Juiz de Fora - Agravante: José Maria Pedro Neto - Agravados: Cleudir Sampaio Construtora Empreendimentos Imobiliários Ltda. e outros - 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, 30 de setembro de 2008. - *José Antônio Braga* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. JOSÉ ANTÔNIO BRAGA - Trata-se de agravo de instrumento manejado por José Maria Pedro Neto contra decisão proferida pelo Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora, nos autos da ação ordinária, já em fase de cumprimento de sentença, ajuizada em face de Cleudir Sampaio Construtora e Empreendimentos Imobiliários Ltda., Carlos Cleudir Sampaio e Maria do Carmo da Silva Ribeiro.

A decisão combatida (f. 232-TJ) indeferiu o pedido de expedição de ofício ao Detran/MG e às instituições financeiras mencionadas na petição de f. 222/223-TJ, ao fundamento de ser encargo da parte exeqüente a prática das diligências pleiteadas.

Em suas razões, o agravante alega que a decisão recorrida é contrária às decisões anteriormente proferidas pelo douto Juízo singular, o que se mostra incompatível com a efetividade do processo de execução.

Aduz que a obtenção das informações e documentos no Detran/MG e nas instituições bancárias não é diligência que possa ser realizada pelo interessado, em razão do sigilo bancário e dos empecilhos burocráticos criados pelas próprias instituições, devendo o Julgador determinar a expedição dos ofícios pretendidos, por força do poder de direção do processo, previsto nos arts. 125, inciso II, e 130 do CPC.

Assevera terem restado demonstradas nos autos as inúmeras tentativas frustradas no sentido de localizar bens de propriedade dos devedores passíveis de penhora, sendo necessário o emprego de todos os meios legais e disponíveis para a persecução do crédito exeqüendo.

Ao final, pugna pela concessão do efeito suspensivo ativo, bem como pelo conhecimento e provimento do agravo de instrumento aviado, para fins de reforma da decisão hostilizada.

Ausência de preparo, uma vez que o agravante litiga sob o pálio da justiça gratuita (vide documento de f. 74-TJ).

Indeferido o efeito suspensivo ativo, f. 240.

Apesar de devidamente intimada (f. 243), a parte agravada não apresentou contraminuta.

É o breve relatório.

Conhece-se do recurso, visto que presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de sua admissibilidade.

O agravante requereu a expedição de ofício ao Detran/MG, para fins de localização de bens de propriedade dos devedores, o que foi deferido pelo douto Juízo primevo.

Em resposta ao ofício expedido, referido órgão noticiou a existência de diversos veículos, alguns livres e desembaraçados, outros com impedimento judicial ou alienados fiduciariamente, em favor de instituições financeiras.

Restou deferido ainda o pedido de expedição de ofícios ao Banco ABN Amro Real S.A., Banco Finasa S.A. e BV Financeira S.A., para que fornecessem cópia dos contratos com garantia de alienação fiduciária celebrados com os devedores.

Ao apresentar resposta, o Banco ABN Amro Real S.A. acostou aos autos cópia dos contratos de financiamento com garantia de alienação fiduciária celebrados com um dos executados e noticiou a quitação das obrigações assumidas e conseqüente liberação do gravame que recaía sobre os veículos alienados.

Em ato seqüencial, o agravante alegou que alguns desses veículos foram novamente alienados fiduciariamente em favor de Cia. Itauleasing de Arrendamento Mercantil S.A. e Banco Santander S.A. e pugnou pela:

I - expedição de mandado de penhora e avaliação dos veículos dados em garantia aos contratos de financiamento já quitados;

II - expedição de ofício à Cia. Itauleasing de Arrendamento Mercantil S.A. e Banco Santander S.A., "para que forneçam cópias dos contratos firmados com o Executado, bem como para que sejam intimados a não praticar qualquer ato de transferência dos veículos a terceiros ou mesmo ao executado (refinanciamento)";

III - expedição de ofício ao Banco ABN Amro Real S.A., "intimando-o a não praticar qualquer ato de transferência dos veículos a terceiros, bem como para que transfira a propriedade dos veículos ao executado";

IV - expedição de ofício ao Detran/MG, "para que acoste aos autos os prontuários atualizados dos veículos placas GUM 9187 e GVM 7498" (petição de f. 220/223-TJ).

O douto Juízo singular determinou a expedição de mandado de penhora dos veículos indicados, tendo, contudo, indeferido a expedição dos ofícios ao fundamento de ser encargo da parte exeqüente a prática das diligências pleiteadas, sendo essa a decisão agravada.

Com relação ao pedido de expedição de ofício à Cia. Itauleasing de Arrendamento Mercantil S.A. e ao Banco Santander S.A. para que se abstenham de praticar ato de transferência dos veículos alienados fiduciariamente, há que fazer algumas considerações.

É cedido que a propriedade do veículo garantido por alienação fiduciária pertence ao credor fiduciário, detendo o devedor apenas a sua posse direta até o término dos pagamentos a que se encontra obrigado.

O direito de disposição de qualquer bem constitui um dos atributos do direito real de propriedade. Assim, o direito de dispor do veículo alienado fiduciariamente pertence ao seu proprietário; no caso concreto, pertence à Cia. Itauleasing de Arrendamento Mercantil S.A. e ao Banco Santander S.A., que não são executados no processo.

Dessa forma, a pretensão do agravante de registrar impedimento de transferência dos veículos gravados com alienação fiduciária atinge direito não do devedor, mas de terceiro, estranho à relação processual, não merecendo reforma a decisão agravada.

Deverá ainda ser mantido o indeferimento do pedido de expedição de ofício às supramencionadas instituições para que forneçam cópia de eventuais contratos celebrados com o devedor, pois

> não compete ao Poder Judiciário oficiar empresas particulares para requisitar provas. A parte interessada é que deve dirigir-se à empresa particular e solicitar diretamente as provas que deseja. Somente diante da negativa da empresa em fornecê-las é que o Poder Judiciário pode agir (*RT* 685/329).

Justifica-se tal posicionamento porque o Poder Judiciário não pode se prestar a realizar diligências que cabem unicamente às partes na busca de comprovar suas alegações, sob pena de desvirtuar sua atividade-fim, que é dirimir conflitos.

Noutro giro, no que tange ao pedido de expedição de ofício ao Banco ABN Amro Real S.A., para que se transfira ao devedor a propriedade dos veículos alienados fiduciariamente em garantia dos contratos de financiamento já quitados, registra-se que, conforme o próprio agravante afirma, esses veículos não foram dados em garantia em favor de outras instituições financeiras, não constando nenhuma restrição em seus prontuários, já tendo, ao que parece, a instituição financeira procedido à transferência da propriedade dos bens ao executado.

Assim, deixou o Banco ABN Amro Real S.A. de ser o credor fiduciário e proprietário dos veículos em virtude da quitação do contrato de financiamento celebrado com o devedor, razão pela qual não procede o pleito de expedição de ofício à referida instituição financeira para os fins pretendidos.

Importante registrar que o douto Juízo primevo já determinou a expedição de mandado de penhora e avaliação dos veículos livres do gravame.

Ademais, o pedido de expedição de ofício ao Banco ABN Amro Real S.A., para que não realize qualquer transferência dos contratos de financiamento com garantia de alienação fiduciária em nome do devedor, restou anteriormente indeferido pelo Juízo *a quo* (f. 219-v.-TJ), estando tal pretensão fulminada pela preclusão.

Da mesma forma, não merece reforma a decisão que indeferiu o pedido de expedição de ofício ao Detran/MG para que "acoste aos autos os prontuários atualizados dos veículos placas GUM 9187 e GVM 7498" (f. 223-TJ), uma vez que a simples consulta ao *site* do Detran/MG permitirá à parte obter as informações desejadas.

Com tais considerações, nega-se provimento ao agravo de instrumento aviado para manter a decisão recorrida.

Custas recursais, pela parte agravante, suspensa a exigibilidade ante a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Para os fins do art. 506, III, do CPC, a síntese do presente julgamento é:

1. Negaram provimento ao recurso, para manter a decisão agravada.

2. Condenaram a parte agravante ao pagamento das custas recursais, suspensa a exigibilidade ante a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES GENEROSO FILHO e TARCÍSIO MARTINS COSTA.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

...

## Idoso - Situação de risco - Medida de proteção - Ajuizamento pelo Ministério Público - Antecipação de tutela - Requerimento - Internação - Recusa anterior do idoso - Ausência dos pressupostos legais - Interesse ministerial - Questionamento - Existência de medidas administrativas diretas e mais eficazes à proteção do idoso

Ementa: Agravo de instrumento. Idoso em situação de risco. Medida específica de proteção ajuizada pelo MP. Tutela antecipada. Pedido de internação do interessado em instituição adequada no Município. Ausência dos requisitos legais para a concessão da liminar. Resistência reiterada do idoso em se submeter à internação em asilo. Existência de outros meios para preservar-lhe a integridade física e psíquica. Recurso desprovido.

- Ainda que esteja o idoso em situação de risco, não há de ser determinada a sua internação imediata, em sede de medida específica de proteção ajuizada pelo *Parquet*, se o mesmo, embora já tendo sido internado por diversas vezes, chegou a fugir, em todas elas, dos asilos locais. Por outro lado, inexistindo notícias de que houve declaração de sua incapacidade, melhor seria que o Ministério Público, desde que necessário, promovesse-lhe, antes, a interdição, sem a qual o idoso é livre para decidir se quer, ou não, ser submetido à medida de internação.

- Nos limites de cognição pertinente ao recurso de agravo, afigura-se, ainda, no mínimo, questionável o interesse do Ministério Público no ajuizamento da presente medida de proteção, tendo em vista que dispõe de medidas administrativas diretas e mais eficazes, sem depender do Judiciário, na proteção do idoso que esteja em situação de risco, tais como aquelas previstas nos incisos V, VI, VIII, IX do art. 74 do Estatuto do Idoso.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0460.08.031076-2/001 - Comarca de Ouro Fino - Agravante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Agravado: Município de Ouro Fino - 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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 30 de setembro de 2008. - *Armando Freire* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ARMANDO FREIRE - Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Ouro Fino, em autos de medida específica de proteção ao idoso movida pelo *Parquet* em favor do Sr. Francisco Januário, idoso residente naquele Município e portador de sérios problemas de saúde, que consistiu em revogar a liminar anteriormente concedida no referido feito pela digna Juíza da 1ª Vara daquela mesma comarca.

Em breve relato dos autos, confere-se que o agravante já havia anteriormente formulado pedido de providências, autuado sob o nº 0460 07 029029-7 e distribuído também ao Juízo da 2ª Vara da Comarca de Ouro Fino, requerendo que fosse disponibilizada vaga ao referido idoso no asilo local, tendo em vista que este se encontrava em situação de risco. O referido pedido foi acolhido pelo juízo - cf. decisão que se vê reproduzida à f. 63-TJ.

Posteriormente, no dia 15.04.08, foi ajuizada a presente medida específica de proteção pelo Ministério Público, em virtude da subsistência da anterior condição de desamparo do idoso, pleiteando que este último seja abrigado em instituição adequada à situação de enfermo, tendo sido a referida medida autuada sob o nº 0460 08 031076-2 e distribuída, por sua vez, ao Juízo da 1ª Vara de Ouro Fino, que houve por bem conceder a liminar pleiteada pelo Órgão Ministerial e, ainda, naquela ocasião, determinar a remessa do feito ao douto Juízo da 2ª Vara, por ter entendido existir conexão da presente ação com o pedido de providências anteriormente formulado pelo *Parquet*.

Feita a remessa e conclusos os autos ao MM. Magistrado da 2ª Vara, este entendeu pela revogação da referida liminar concedida pela digna Magistrada da 1ª Vara, sob o fundamento precípuo de que, antes de determinar a internação do idoso, seria prudente aguardar a convocação de seus familiares, "de forma a providenciar-lhe assistência em um lar, junto ou próximo a um dos descendentes, sobretudo porque o idoso recusa internação".

Contra essa decisão se insurge o ora agravante. Em apertadíssima síntese, afirma que inexiste conexão entre o anterior pedido de providência, que tramitou na 2ª Vara, e a presente medida protetiva, visto que aquele feito já foi arquivado e, além disso, não constitui verdadeira ação judicial.

Sustenta que a manutenção da liminar que havia sido concedida é medida de rigor, visto que "o idoso está com idade avançada, necessitando imediatamente de abrigo adequado e cuidados médicos por ser portador de sérios problemas de saúde: cego (glaucoma), usando bolsa de colostomia, e diabético". Alega que é direito constitucional dele ser devidamente amparado pela sociedade e pelo Estado, ante a ausência de apoio familiar.

Assevera que o risco de dano irreparável ou de difícil reparação se encontra presente na espécie, ante o precário estado de saúde do idoso.

Pugna pela concessão da antecipação dos efeitos da tutela recursal, para, desde já, "decretar-se ao Município de Ouro Fino que providencie uma vaga para o idoso Francisco Januário, em instituição adequada que lhe proporcione abrigo e atendimento à saúde [...]", e, ao final, pelo provimento do recurso, para cassar, definitivamente, a decisão agravada e, ainda, para que seja declinada a competência para processamento e julgamento da presente ação à 1ª Vara Judicial da Comarca de Ouro Fino.

O presente recurso foi recebido em decisão de f. 83/85-TJ, tendo sido, na ocasião, indeferida a pleiteada antecipação dos efeitos da tutela recursal e solicitadas informações ao digno Juízo de origem.

Informações prestadas, às f. 109/110-TJ.

A parte agravada apresentou contraminuta às f. 98/103-TJ, pugnando, preliminarmente, pela não-admissão do agravo e, no mérito, por seu desprovimento.

A douta Procuradoria de Justiça, em ilustre parecer de f. 132/136, pugna pelo provimento do recurso.

Vistos e examinados, verifica-se, inicialmente, que o agravado suscita preliminar de inadmissibilidade do recurso, sustentando que o mesmo tem como pretensão o reconhecimento da incompetência relativa do digno Juízo no qual, atualmente, tramita a presente medida específica de proteção, quando, na verdade, essa questão - da incompetência - deveria ter sido antes suscitada na 1ª instância, através da competente exceção, o que não foi observado pelo agravante.

Contudo, estou que a preliminar deve ser rejeitada, pois outras matérias estão sendo aqui discutidas, e a inadmissibilidade de uma delas, tal como aquela que diz respeito à incompetência relativa do Juízo (por inexistência de conexão), não conduz à integral inadmissão do recurso, ao contrário do que pretende o recorrido, mas tão-somente, se for o caso, ao seu não-conhecimento parcial.

Apenas quanto à necessidade de ser a questão da aludida incompetência relativa previamente submetida à apreciação e julgamento do MM. Magistrado monocrático, através da competente exceção, é que me ponho de acordo com o agravado, pois não é dado a este Tribunal conhecer, em primeiro lugar, de matérias ainda não apreciadas na 1ª instância, salvo as de ordem pública, o que não é o caso.

Assim, afastada a preliminar, conheço do recurso, próprio e tempestivamente aviado.

Adentrando no mérito, estou que o agravante não logrou demonstrar a confluência dos requisitos do art. 273 do CPC para a concessão da tutela antecipada por ele requerida no presente feito, merecendo ser mantida a decisão agravada.

Quanto à verossimilhança das alegações, não se descuida da precária situação de saúde do idoso Francisco Januário, ora interessado, e dos riscos que está correndo se não forem tomadas as medidas necessárias e adequadas para a sua devida proteção. Noticiam os autos que ele é portador de cegueira e também diabético, além de estar usando bolsa de colostomia.

Contudo, em que pese o elogiável propósito do ilustre representante do Ministério Público com o ajuizamento do presente feito, não se pode desconsiderar o fato, devidamente revelado nas cópias dos relatórios acostadas às f. 55/57 e nas informações prestadas pelo Juízo, que o idoso já esteve internado, anteriormente, algumas vezes, em lares ou asilos localizados no Município agravado, exatamente em virtude do seu precário estado de saúde, sendo que, em todas elas, causou problemas ou fugiu dos referidos locais, por sua livre e espontânea vontade.

Em sendo assim, parece-me que a determinação de nova internação, em sede de tutela antecipada no presente feito, além de inoportuna, afigura-se até mesmo inócua, já que, provavelmente, o idoso, levando-se em conta suas atitudes anteriores, oferecerá de novo resistência à internação. Por outro lado, até onde se tem notícias, a despeito da sua já avançada idade, ainda não houve o reconhecimento judicial de sua incapacidade, e, portanto, é ele livre para escolher se quer ou não ser internado. Impor-lhe uma medida de proteção (internação) contra a sua vontade, antes mesmo de se promoverem as medidas judiciais cabíveis para a sua interdição, poderia constituir, inclusive, indevida privação da sua liberdade.

Com efeito, depreende-se da inicial proposta na primeira instância que o procedimento se resume a duas alegações, quais sejam a omissão da família do idoso (art. 43, II, do Estatuto do Idoso) e a condição pessoal (art. 43, III, do Estatuto do Idoso).

A omissão decorreria do fato de ter sido apurado que o idoso não tem recebido os cuidados adequados e necessários a sua sobrevivência digna e saudável, sendo que o seu único filho residente no Município chegou, inclusive, a procurar a Assistência Social, solicitando ajuda para internar o pai em um asilo, alegando que não tem condições de cuidar dele.

Ora, quanto a essa hipótese, estou, como dito, que mais adequado seria o Ministério Público promover, se for o caso, a interdição do ora interessado, nos termos do art. 74, II, do Estatuto do Idoso, ou, à vista de notícia nos autos de já se encontrar interditado o Sr. Francisco Januário, fiscalizar-lhe o exercício da curatela. Por último, na hipótese de representação convencional, caso comprovado qualquer ato que evidencie má gestão dos seus interesses, requerer a revogação de instrumento procuratório deste (inciso IV do art. 74).

Parece-me, outrossim, que o Estatuto do Idoso possibilita ao autor, ora recorrente, meios administrativos mais eficazes para assegurar o direito do idoso, que o aqui adotado, tais como os previstos nos incisos V, VI, VIII, IX do art. 74, razão pela qual, também por esses motivos, entendo, em linha de princípio, desnecessária a medida pleiteada pelo agravante.

Nesse sentido, em caso muito semelhante ao aqui retratado, já decidiu este egrégio Tribunal, através da sua 8ª Câmara Cível, em acórdão do qual foi Relator o em. Des. Edgard Penna Amorim, se não, vejamos:

> Ementa: Medida de proteção ao idoso. Falta de interesse de agir do Ministério Público.
> 1 - Não necessitando o Ministério Público do processo e tampouco sendo adequado o provimento jurisdicional formulado, tendo em vista haver meios administrativos e judiciais mais eficazes para obter o fim pretendido, deve-se extinguir o processo, *ex officio*, sem julgamento de mérito, por falta de interesse de agir daquele Órgão Ministerial.
> 2 - Processo extinto de ofício (Agravo nº 1.0079.06.278995-7/001 - *DJ* de 14.06.2007).

Por oportuno, peço vênia para transcrever trecho do aludido julgado que cita autorizada doutrina para ilustrar o posicionamento naquela ocasião adotado:

> Segundo Carlos Cabral Cabrera, Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior e Roberto Mendes de Freitas Junior: '[...]. Em outras palavras, ao ter notícia sobre a ocorrência de ameaça ou violação a qualquer direito ou garantia da pessoa idosa, o membro do Ministério Público poderá instaurar procedimento administrativo, em trâmite perante sua respectiva Promotoria de Justiça, para a correta apuração dos fatos. Uma vez comprovada a violação ao direito do idoso, o Promotor de Justiça poderá determinar diretamente a aplicação de qualquer das medidas de proteção previstas no artigo 45 da Lei 10.741/2003, sem a necessidade de se socorrer do Poder Judiciário' (*Direitos da criança, do adolescente e do idoso*: doutrina e legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 146-147).

Não obstante, entendo que a extinção do feito nesta oportunidade, tal como fora determinado no julgado acima transcrito, afigura-se deveras prematura na hipótese específica destes autos, devendo ser a questão melhor examinada no digno Juízo de origem, que decidirá pela existência ou não do interesse processual do Ministério Público.

De mais a mais, confere-se que o digno Juízo de origem determinou a convocação dos familiares do idoso "de forma a providenciar-lhe assistência em um lar, junto ou próximo a um dos descendentes, sobretudo porque o idoso recusa internação" e, ainda, "a realização de estudo social, em 5 dias, devendo a zelosa assistente social averiguar a situação do idoso e relacionar os familiares deste", diligências essas que já preservam, a meu ver, os interesses do idoso, ao menos até que o presente feito seja julgado ou até que elas, as diligências, sejam concluídas, afastando-se, com isso, também o risco de dano irreparável ou de difícil reparação ao interessado.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

É o meu voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALBERTO VILAS BOAS e EDUARDO ANDRADE.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

...

## Busca e apreensão - Matéria de defesa - Irrestrição - Veículo - Financiamento - Inadimplência do devedor - Contrato - Rescisão - Instituição financeira - Código de Defesa do Consumidor - Aplicabilidade - Cláusulas contratuais - Encargos contratados - Juros remuneratórios - Ausência de abusividade - Comissão de permanência - Taxa variável do mercado - Cláusula potestativa - Capitalização de juros - Vedação - Votos vencidos parcialmente

Ementa: Apelação cível. Ação de busca e apreensão. CDC. Aplicabilidade. Matéria de defesa irrestrita. Juros remuneratórios. Ausência de abusividade. Comissão de permanência. Potestatividade. Capitalização vedada. Recurso parcialmente provido. Voto vencido parcialmente.

- O Código de Defesa do Consumidor é aplicável aos contratos celebrados com instituições bancárias, Súmula 297 do STJ.

- A Lei 10.931, de 2004, ampliou a matéria a ser contestada na defesa da ação de busca e apreensão.

- A discussão a respeito das cláusulas contratuais em razão de violação a preceitos de ordem pública encontra guarida no art. 122 do Código Civil de 2002.

- As limitações do Decreto 22.626, de 1933, quanto à taxa de juros remuneratórios, não se aplicam às instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional.

- Se os juros remuneratórios pactuados não se revestem de abusividade, incabível a redução pelo Poder Judiciário.

- A comissão de permanência suplanta a atualização do valor da moeda, pois objetiva remunerar a instituição financeira, porém, de forma ilícita, pois não tem o cliente acesso ao índice que será aplicado quando da pactuação, permitindo que a instituição possa embutir, a seu critério, valores excessivos, configurando a cobrança implícita de juros remuneratórios.

- O Supremo Tribunal Federal já assentou, por meio da Súmula 121, que a capitalização é vedada, mesmo que expressamente pactuada pelas partes contratantes, salvo nos casos de cédula de crédito rural, industrial e comercial, exceção que não se amolda ao caso dos autos.

- 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 1.0180.07.037072-1/001 - Comarca de Congonhas - Apelante: Ronaldo Rodrigues de Assunção - Apelado: Banco GE Capital 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 DAR PARCIAL PROVIMENTO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, VENCIDOS PARCIALMENTE REVISOR E VOGAL.

Belo Horizonte, 27 de agosto de 2008. - *Marcelo Rodrigues* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. MARCELO RODRIGUES - Cuida-se de apelação interposta por Ronaldo Rodrigues de Assunção em face da r. sentença de f. 56/60-TJ, que, nos autos da ação de busca e apreensão que lhe move Banco GE Capital S.A., julgou procedente o pedido para declarar rescindido o contrato, consolidando nas mãos do requerente o domínio e a posse plenos e exclusivos do bem. Condenou o réu, ora apelante, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de R$ 800,00 (oitocentos reais), suspendendo a exigibilidade, porquanto beneficiário da justiça gratuita.

Recurso próprio, tempestivo e dispensado de preparo (f. 60-TJ).

Dele conheço.

Colhe-se dos autos que o réu celebrou contrato de financiamento do veículo descrito à f. 10-TJ, responsabilizando-se pelo pagamento da importância de R$ 39.000,00 (trinta e nove mil reais) a serem pagos em sessenta prestações mensais, vencendo a primeira em 22.03.2007. Ao argumento de inadimplência do réu desde a parcela vencida em 22.06.2007, a autora ingressou com a presente ação de busca e apreensão que foi julgada procedente pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Congonhas. Em face dessa sentença é que se insurge o recorrente.

Em suas razões recursais de f. 61/74-TJ, Ronaldo Rodrigues de Assunção insurge-se contra a r. sentença discorrendo sobre a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor e o caráter adesivo do contrato. Aduz que os juros praticados extrapolam o limite legal de 12%

ao ano; há prática de capitalização e a comissão de permanência é inexigível. Por tudo isso, entende que está descaracterizada a mora e requer a devolução das parcelas pagas. Pugna pelo provimento do recurso.

Sem preliminares, passo de pronto ao exame do mérito.

Inicialmente, tenho por absolutamente aplicável o Código de Defesa do Consumidor ao caso em questão, porquanto as partes se amoldam perfeitamente aos conceitos de consumidor e fornecedor previstos nos arts. 2º e 3º da Lei 8.078, de 1990. E, para espancar qualquer dúvida a este respeito, a Súmula 297 do STJ afirma a aplicabilidade da legislação consumerista às instituições bancárias. Com isso, fica rechaçada a tese de inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor.

Mas, a despeito da aplicabilidade da Lei 8.078, de 1990, o Poder Judiciário não está autorizado a proceder à revisão de contratos livremente pactuados, à exceção, é claro, se restar provada alguma abusividade, ilegalidade ou onerosidade excessiva para uma das partes. Isso porque a revisão, nessas hipóteses de exceção, coaduna-se com o princípio da função social do contrato e permite o restabelecimento do equilíbrio contratual.

No caso, o apelante insurge-se contra a busca e apreensão ao argumento de que sua mora está descaracterizada ante a cobrança de encargos abusivos e ilegais.

Pois bem.

Conquanto a apelada entenda incabível discussão acerca da abusividade dos juros pactuados na ação de busca e apreensão, tenho que, após a Lei 10.931, de 2004, a matéria a ser argüida como defesa pelo devedor não é mais limitada, como antes ocorria, notadamente quando se tratar de abusividade dos encargos contratados, visto que se trata de matéria de ordem pública, cuja nulidade inclusive pode ser declarada pelo Sentenciante.

Não de outra forma é o entendimento do STJ:

> Especificamente sobre o art. 51 do CDC, que elenca nulidades de pleno direito que devem ser reconhecidas de ofício pelo juiz, seria um contra-senso constatar certa nulidade num contrato garantido por alienação fiduciária e, contudo, não declará-la por se considerar a busca e apreensão como ação de natureza sumária. Por esses motivos, deve ser oportunizada ao devedor, em sede de ação de busca e apreensão, a possibilidade de suscitar discussão sobre o valor da dívida, mormente em relação aos encargos que a compõem, com fundamento em contrariedade à lei ou em nulidade do próprio contrato (STJ - REsp nº 267758/MG, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, j. em 27.04.05).

Então, é perfeitamente possível a discussão acerca dos encargos contratados.

No que concerne à prática de juros acima do limite legal de 12% ao ano, tenho posicionamento firmado no sentido de que tal limitação não se aplica às instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, por força da Súmula 596 do STF. Contudo, constatada a abusividade dos juros remuneratórios pactuados, tenho reduzido o percentual para até 3,58% ao mês, conforme se verifica nos precedentes nºs 1.0027.04.045549-8/001; 1.0024.06.201790-0/001 e 1.0702.06.336700-8/001.

Todavia, no caso, constato que os juros foram pactuados em 1,94% ao mês, e neste percentual não vejo nenhuma abusividade, pois até mesmo inferior ao patamar que tenho estipulado nos casos de redução. Então, não há nulidade a ser declarada em relação à taxa de juros remuneratórios, pelo que mantenho a r. sentença.

Mas, no que tange à comissão de permanência, da forma como pactuada na cláusula 6.1, (f. 12-TJ) se reveste de potestatividade. Observa-se que as taxas aplicadas, em caso de inadimplemento, são deixadas à escolha do credor, visto que não estipula o percentual da comissão de permanência, em manifesta afronta ao que dispõe o art. 122 do Código Civil de 2002.

A comissão de permanência suplanta a atualização do valor da moeda, pois objetiva remunerar a instituição financeira, porém, de forma ilícita, pois não tem o cliente acesso ao índice que será aplicado quando da pactuação, permitindo que a instituição possa embutir, a seu critério, valores excessivos, configurando a cobrança implícita de juros remuneratórios.

No julgamento da Apelação Cível nº 2.0000.00.239.199-1/000, da 3ª Câmara Cível do extinto TAMG, publicada no *DJ* em 30/8/1997, o eminente Relator Juiz Wander Marotta, hoje emprestando o brilho de sua inteligência a este egrégio Tribunal de Justiça, consignou o seguinte:

> A correção monetária tem berço legislativo e, por isso, embora destinada também a manter atualizado o *quantum* devido e a preservar o valor aquisitivo da moeda, deve prevalecer sobre a comissão de permanência que tem origem administrativa.

Conclui-se, portanto, nos termos do art. 122 do Código Civil de 2002, que é potestativa a cláusula que permite que seja a comissão de permanência calculada à taxa variável do mercado, sendo que tal ajuste coloca o devedor em inteira desvantagem, em razão da dificuldade, ou até da impossibilidade, de averiguá-la. Portanto, a comissão de permanência há que ser substituída pela correção monetária.

Desse entendimento não discrepa a jurisprudência desta colenda Câmara:

> Revisional de contrato - Busca e apreensão em apenso - Contrato de financiamento com alienação fiduciária em garantia - Código de Defesa do Consumidor - Aplicação - Encargos abusivos - Juros - Capitalização afastada - Comissão de permanência - Taxa livre - Ilegalidade - Restituição simples. - [...] - Incabível a estipulação da cobrança de comissão de permanência à maior taxa de mercado, sem estipulação expressa do índice a ser aplicado e

sem previsão de qualquer limite é típica condição potestativa, que não pode ser mantida (TJMG, 11ª C.C., Ap. 1.0672.00.028333-9/00; Relator: Des. Duarte de Paula; j. em 02/08/2006; p. em 06/09/2006).

E no que concerne à capitalização, também assiste razão ao apelante, pois a Súmula 121 do STF veda a prática de juros capitalizados. No caso dos autos, é evidente a sua pactuação pelo banco, visto que, por simples cálculos aritméticos, é possível concluir que a taxa de juros anual não corresponde à taxa mensal se fossem pactuados juros simples.

Está consolidado nos tribunais pátrios o entendimento no sentido de que, nos contratos firmados por instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, ainda que expressamente pactuada, é vedada a capitalização dos juros, que somente é admitida nos casos previstos em lei, quais sejam nas cédulas de crédito rural, comercial e industrial, inocorrentes, na presente hipótese.

Cumpre ainda ressaltar que a Medida Provisória 2.170-36, de 2001, está sendo objeto de ADI 2.316, ainda não julgada, inclusive estando suspenso, por força de cautelar, o art. 5º da referida medida, que autoriza a capitalização mensal de juros.

Isso é corroborado pelo Informativo nº 413 do Supremo Tribunal Federal:

> Informativo 413 (ADI-2.316)
> Cobrança de juros capitalizados.
> Retomado julgamento de medida liminar em ação direta ajuizada pelo Partido Liberal - PL contra o art. 5º, *caput*, e parágrafo único da Medida Provisória 2.170-36/2001, que admitem, nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano - v. Informativo 262. O Min. Carlos Velloso, em voto-vista, acompanhou o voto do relator, Min. Sydney Sanches, que deferiu o pedido de suspensão cautelar dos dispositivos impugnados por aparente falta do requisito de urgência, objetivamente considerada, para a edição de medida provisória e pela ocorrência do *periculum in mora* inverso, sobretudo com a vigência indefinida da referida MP desde o advento da EC 32/2001, com a possível demora do julgamento do mérito da ação. Após, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Min. Nelson Jobim. ADI 2.316 MC/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, 15.2.2005 (ADI-2.316).

Portanto, ainda não é efetivamente admitida a capitalização no nosso ordenamento jurídico, pelo que merece reforma a r. sentença para extirpar os juros capitalizados.

E, apesar de extirpados a comissão de permanência e os juros capitalizados, a mora não está elidida, pois, de um contrato de financiamento de 60 parcelas, o apelante pagou apenas 03.

No mais, quanto à restituição do valor pago, como constou da r. sentença, a mesma observará o procedimento previsto para alienação fiduciária, ou seja, após a venda do bem e desconto do saldo devedor.

À luz dessas considerações, dou parcial provimento ao recurso para reformar a r. sentença e declarar a nulidade da cláusula que prevê incidência de comissão de permanência, substituindo o encargo pelo índice de correção monetária da CGJMG; além de extirpar os juros capitalizados. Mantenho quanto ao mais a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Em razão da sucumbência recíproca, custas processuais e recursais à razão de 70% para o apelante e 30% para a apelada. Além de honorários advocatícios de R$ 800,00 (oitocentos reais) a serem pagos pelo apelante ao causídico da apelada e R$ 500,00 (quinhentos reais) a serem pagos pela apelada ao causídico do apelante, permitida a compensação nos termos da Súmula 306 do STJ. Entretanto, resta suspensa a exigibilidade em relação ao apelante, porquanto beneficiário da justiça gratuita, nos termos do art. 12 da Lei 1.060, de 1950, tal como se acha em vigor.

DES. DUARTE DE PAULA - Com a devida vênia do ilustre Desembargador Relator, ouso distanciar-me parcialmente de seu entendimento, uma vez que, assim como por ele exposto, comungo da opinião de ser aplicável o Código de Defesa do Consumidor em relação a todas as instituições financeiras, visto exercerem essencialmente a mercancia, tendo conceituado o Código Comercial de 1850 os banqueiros como comerciantes, agora resgatado por novel codificação, a ele estando submetidas as operações bancárias, inclusive as de abertura de crédito em conta corrente e as de financiamento para aquisição de bens móveis e imóveis, com suas garantias acessórias, inclusive da alienação fiduciária.

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, já 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, exteriorizado pelo contrato de financiamento de veículo, entendo caracterizada a relação de consumo, o que ora me faz assim entender de modo mais do que induvidoso, uma vez que, após encerrado o julgamento da ADI 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 em. 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 primeiro, do Código de Defesa do Consumidor.

No entanto, dele ouso distanciar-me apenas 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 dessas 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 (MELLO, Cleyson de Moraes; FRAGA, Thelma Araújo Esteves (orgs.). *Código Civil comentado*. 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, acompanhando o posicionamento do ilustre Relator, apenas dele afastando para fixar a taxa de juros remuneratórios e moratórios em 12% ao ano.

Custas recursais, pelo apelado.

DES.ª SELMA MARQUES - Cuida-se de recurso de apelação interposto por Ronaldo Rodrigues de Assunção contra a sentença que, na ação de busca e apreensão contra ele proposta pelo Banco GE Capital S.A., julgou procedente o pedido para rescindir o contrato pactuado e consolidar nas mãos do requerente o domínio e a posse plenos e exclusivos do bem, facultada a venda pelo requerente.

Inconformado, recorre o réu ao argumento de que no caso dos autos são aplicáveis as disposições do Código de Defesa do Consumidor, de que os juros remuneratórios devem ser limitados. Aduz ainda que a utilização da Tabela Price capitaliza os juros, e, em não havendo qualquer cláusula que disponha quanto à capitalização, deve esta ser extirpada. Insurge-se ainda contra a comissão de permanência, salientado que

> muito embora o douto Juízo *a quo* tenha entendido não haver a comprovação da cobrança da comissão de permanência reconhece que há a previsão de sua cobrança cumulada com juros moratórios.

Afirma ainda que restou demonstrada a descaracterização da mora em razão da cobrança de encargos indevidos.

Também conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

O ilustre Desembargador Relator em seu judicioso voto dá parcial provimento ao recurso para declarar a nulidade da cláusula que prevê a incidência da comissão de permanência, substituindo-a pela correção monetária com base na CGJ, bem como extirpar a capitalização. Em razão da sucumbência recíproca, condena o réu apelante ao pagamento de 70% das custas processuais e recursais e fixa os honorários por ele devidos ao patrono do autor em R$ 800,00. Fica a cargo do banco o restante das custas - 30% - e honorários advocatícios no importe de R$ 500,00, permitida a compensação.

Como Vogal, acompanho o judicioso voto do eminente Desembargador Relator no que tange à manutenção dos juros remuneratórios contratados, bem como quanto à substituição da comissão de permanência pela correção monetária com base nos índices da CGJ. No tocante à aplicação do Codecon no caso dos autos, bem como quanto à possibilidade de capitalização mensal dos juros e declaração de nulidade da cláusula que prevê a comissão de permanência, *permissa venia*, ouso divergir de Sua Excelência.

Da inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor.

Primeiramente, saliento meu entendimento, já 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 estas não dizem respeito ao consumo. 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 Brossard, 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, eles não 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 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 nº 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 incluídos, quais sejam 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, já 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, Gustavo *et al*. *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, um conjunto de novos princípios: boa fé objetiva, equilíbrio econômico entre as prestações e função social do contrato (TEPEDINO, Gustavo *et al*. *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, observado 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. 2).

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); 4. 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-integrativa; 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 o 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 (JÚNIOR, Humberto Theodoro. *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.

Da capitalização.

No que tange à capitalização de juros, também tenho entendimento diverso do ilustre Relator.

Muito embora em algumas situações anteriores tenha me manifestado em sentido contrário, reposicionei-me e entendo não ser ilegal, haja vista encontrar respaldo no art. 5° da Medida Provisória n° 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. 5° 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; 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; 2006/0234984-1, Ministro Aldir Passarinho Junior).

Contudo, em análise do contrato pactuado entre as partes, não há previsão quanto à possibilidade da cobrança dos juros capitalizados, e tal cobrança não foi evidenciada nos autos, de forma que não há falar em possibilidade da capitalização, e menos ainda em sua exclusão.

Mediante tais considerações, dou parcial provimento ao recurso tão-somente para substituir a cobrança da comissão de permanência pela correção monetária com base nos índices da Corregedoria-Geral de Justiça.

Custas processuais e recursais, nos termos do voto do eminente Relator.

*Súmula* - DERAM PARCIAL PROVIMENTO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, VENCIDOS PARCIALMENTE REVISOR E VOGAL.

...

## Ação de cobrança - Parceria pecuária - Estiagem - Força maior - Direito do autor - Fato impeditivo

Ementa: Apelação cível. Ação de cobrança. Parceria pecuária. Estiagem. Força maior. Fato impeditivo do direito do autor.

- No contrato de parceria, há a divisão de lucros entre o parceiro outorgante e o parceiro outorgado, havendo a partilha dos riscos mesmo em se tratando de hipótese de força maior do empreendimento rural, conforme disposto no art. 4º do Decreto 59.566/66.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0686.02.038392-9/001 - Comarca de Teófilo Otoni - Apelante: Adel Kassem El Awar - Apelados: Genebaldo Carneiro de Oliveira e outros - 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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 11 de setembro de 2008. - *Irmar Ferreira Campos* - Relator.

### Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral, pela apelante, o Dr. Cleber Grego.

DES. IRMAR FERREIRA CAMPOS - Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença de f. 89/92, que, nos autos da ação de cobrança ajuizada por Adel Kassem El Awar em face de Genebaldo Carneiro de Oliveira e outros, julgou improcedente o pedido inicial.

Inconformado, Adel Kassem El Awar interpôs o recurso de apelação de f. 94/100.

Insurge-se o apelante contra a r. sentença, aduzindo que não deve prevalecer o entendimento de que o atraso no cumprimento do contrato ocorreu por motivo de força maior amparado no Decreto Municipal 008/98.

Assevera que no norte e nordeste do Estado de Minas o fenômeno da estiagem é conhecido, bem como a sua repercussão na criação de gado de corte. Alega que os réus não se desincumbiram do ônus da prova dos fatos alegados, pois não foi realizada perícia ou prova testemunhal para comprovar os reflexos negativos da estiagem no gado a ponto de justificar a ocorrência de força maior e da mora.

Alega que não cabe aos fiadores a alegação de ocorrência de força maior, pois figuram no contrato como garantidores e não como pecuaristas, de modo que não se encontram amparados pelo Decreto 59.566/66. Requer a reforma da sentença para que seja julgado procedente o pedido inicial. *Ad argumentandum*, pugna pela reforma parcial da sentença para que a condenação recaia apenas sobre os fiadores.

Contra-razões às f.102/106.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Insurge-se o apelante contra a r. sentença aduzindo que não deve prevalecer o entendimento de que o atraso no cumprimento do contrato ocorreu por motivo de força maior amparado no Decreto Municipal 008/98, salientando que no norte e nordeste do Estado de Minas

o fenômeno da estiagem é conhecido, bem como os fiadores não se encontram amparadas pelo Decreto 59.566/66.

Feitos tais registros, entendo que o recurso não merece prosperar.

Ao exame dos autos, verifica-se que o autor, ora apelante, ajuizou ação de cobrança alegando o descumprimento do contrato de parceria pecuária firmado com os réus.

No intuito de corroborar suas alegações, acostou aos autos contrato de parceria pecuária (f. 06/08), nota fiscal de produtor (f. 0912) e planilha de débito (f. 04).

Por sua vez, os réus apresentaram contestação às f. 25/31, asseverando que durante a vigência do contrato todo o Município de Nanuque sofreu com violenta estiagem, situação climática que impediu a entrega dos bois no prazo contratualmente previsto, o qual dizem ter sido prorrogado verbalmente. Acrescentaram ser indevida a imputação de quaisquer ônus de pagamento por atraso a que não deram causa, tendo em vista a ocorrência de riscos de caso fortuito/força maior. Impugnaram o valor da arroba de boi utilizado na planilha elaborada pelo autor.

Levando-se em conta tais fatos, verifica-se que os réus reconheceram a existência do contrato, bem como o atraso na entrega dos bois; contudo, rechaçaram o pedido de cobrança formulado pelo autor, aduzindo como fato impeditivo do direito deste a prorrogação verbal do prazo contratualmente fixado, bem como que o descumprimento se deu devido à ocorrência de caso fortuito/força maior, qual seja estiagem.

Assim sendo, nos termos do art. 333, II, do CPC, competia aos réus a produção de prova que corroborasse suas alegações e, por conseguinte, obstasse o reconhecimento do direito pugnado pelo autor.

No que tange à prorrogação do prazo estipulado no contrato, afirmaram os réus que comprovariam tal alegação quando da realização de audiência de instrução e julgamento. Todavia, quando da realização desta, não compareceram (f. 81).

Por outro lado, em relação à ocorrência da estiagem prolongada no Município de Nanuque, acostaram aos autos cópia do Decreto Municipal nº 008/98, no qual restou declarada pelo Prefeito situação de emergência em face "do longo período de estiagem que assola toda a nossa região".

Desse modo, considerando-se que tal documento goza de fé pública, bem como que foi elaborado em 28.04.1998, referindo-se a longo período de estiagem, resta claro que de fato a ocorrência da seca se prolongou ao longo do contrato (firmado em 06.06.97), de modo que a intempérie climática obstou o cumprimento da entrega da integralidade das arrobas de bois no prazo avençado (10.06.98, f. 07).

Assim sendo, uma vez que os réus se desincumbiram do ônus que lhes é imposto pelo art. 333, II, do CPC, não há falar em reforma da sentença que julgou improcedente o pedido de cobrança formulado pelo autor.

Ademais disso, não se deve olvidar que, no contrato de parceria, há a divisão de lucros entre o parceiro outorgante e o parceiro outorgado, havendo a partilha dos riscos mesmo em se tratando de hipótese de força maior/caso fortuito do empreendimento rural, conforme se depreende da leitura do art. 4º do Decreto 59.566/66, que conceitua o contrato agrário em comento nos seguintes termos:

> Art. 4º Parceria rural é o contrato agrário pelo qual uma pessoa se obriga a ceder a outra, por tempo determinado ou não, o uso específico de imóvel rural, de parte ou partes do mesmo, incluindo, ou não, benfeitorias, outros bens e ou facilidades, com o objetivo de nele ser exercida atividade de exploração agrícola, pecuária, agroindustrial, extrativa vegetal ou mista; ou lhe entregue animais para cria, recria, invernagem, engorda ou extração de matérias-primas de origem animal, mediante partilha de riscos de caso fortuito e da força maior do empreendimento rural, e dos frutos, produtos ou lucros havidos nas proporções que estipularem, observados os limites percentuais da lei.

Nesse sentido, atente-se para a lição de Benedito Ferreira Marques:

> Vantagens e riscos - no arrendamento, as vantagens e os riscos são do arrendatário, ficando o arrendador com o direito de receber o aluguel, sem nenhum risco de frustração do empreendimento; já na parceria, os riscos e as vantagens são de ambas as partes, já que os resultados são partilhados, lucros ou prejuízos (*Direito agrário brasileiro*. 6. ed. rev., atual. e amp. Goiânia: AB, 2005, p. 231).

Não bastasse isso, conforme reconhecido pelo autor, as 12.400 arrobas de boi foram entregues pelos réus, os quais observaram o lucro prefixado no instrumento contratual e somente não as entregaram no lapso temporal fixado em virtude da ocorrência de estiagem, que é fato alheio à vontade do contratante, tendo em vista a sua imprevisibilidade ou inevitabilidade.

Frise-se, por fim, que não há como reconhecer assistir razão ao apelante quando sustenta que os pecuaristas daquela região são conhecedores de tal fenômeno climático, de modo que a ocorrência de estiagem implicaria risco inerente à atividade desenvolvida.

Consta no *site* da Prefeitura de Nanuque (www.nanuque.mg.gov.br), no que tange às características climáticas do Município, a seguinte informação:

> O clima é tropical úmido, com temperaturas variando entre máximas de 39º e mínimas de 20º, a precipitação pluviométrica é em torno de 1.064 mm anuais.

Tal informação, bem como o fato de a região não estar sujeita às secas constantes, encontra amparo em estudo geográfico do Município de Nanuque, constante

na revista *Caminhos de geografia* (organizada e mantida pelo Programa de Pós-graduação em Geografia da Universidade Federal de Uberlândia), se não vejamos:

> Observa-se que, embora o município esteja localizado numa região próxima às áreas de seca, Nordeste do Brasil e Vale do Jequitinhonha, seus níveis pluviométricos nada têm de semelhantes com estas regiões. A pluviosidade média anual é de 1.055 mm. Podemos observar que, embora o município esteja localizado numa região próxima as áreas de seca do Nordeste seus níveis pluviométricos nada têm de semelhante com esta região.
> Percebe-se que num espaço de trinta e um anos a freqüência da pluviosidade está sempre acima dos 1.000 mm. Esse espaço de tempo foi adotado seguindo orientação das referências bibliográficas consultadas, sobre o tema, que determinam um período entre 30 e 35 anos para que se observe uma mudança definitiva no clima de uma determinada área. [...]
> Apesar de estar dentro da mesma região climática em que se localizam os municípios de Jequitinhonha e Governador Valadares (onde se registram índices pluviométricos que podem ser comparados com os da região do semi-árido brasileiro, são médias anuais inferiores a 1.000 mm), Nanuque não sofre a interferência climática dessas áreas, pois o seu clima é influenciado pelas massas advindas do Oceano Atlântico, que não encontram nenhum tipo de barreira para atingirem o município.
> Devido à falta de estudos climáticos locais, buscamos em NIMER (1970) referenciais térmicos de algumas áreas limítrofes com Nanuque, como o Vale do Jequitinhonha e norte do Espírito Santo, onde as médias mensais da temperatura são semelhantes às registradas no município, onde nenhum mês apresenta temperatura média inferior a 20°C. A junção dos dados pluviométricos com os da temperatura mostra que Nanuque está sob o regime de clima quente e úmido. A variável climática constitui elemento fundamental na explicação da morfogênese (...) (Contribuição ao estudo geográfico do município de Nanuque (MG) Sebastião Pinheiro Gonçalves de Cerqueira Neto, *Caminhos de Geografia,* 9(15)82-92, jun./2005, )

Desse modo, tendo em vista que no contrato de parceria pecuária há a partilha dos riscos mesmo em se tratando de hipótese de força maior/caso fortuito do empreendimento rural, resta obstada a condenação dos réus, inclusive em relação aos fiadores (tendo em vista o caráter acessório da fiança), ao pagamento do valor constante na exordial, devendo, portanto, ser mantida *in totum* a sentença recorrida.

Mediante tais considerações, nego provimento à apelação. Ficam mantidos os ônus sucumbenciais fixados na sentença.

DES. LUCIANO PINTO - De acordo.

DES.ª MÁRCIA DE PAOLI BALBINO - De acordo.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

## Reintegração de posse - Servidão de passagem - Imóvel - Desvinculação - Impossibilidade - Requisitos - Inobservância - Improcedência do pedido

Ementa: Servidão de passagem. Direito real acessório. Transferência. Ação de reintegração de posse. Prova da posse.

- As servidões são direitos reais acessórios que incidem sobre imóveis. Semelhante acessoriedade impede que a servidão seja desligada do bem e transferida em separado.

- A comprovação da posse e do esbulho, cujo ônus pertence ao autor, constitui requisito essencial para a admissão e conseqüente procedência do pedido reintegratório.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0480.05.070073-5/001 - Comarca de Patos de Minas - Apelantes: João Henrique Rodrigues e Deralda de Carvalho Rodrigues - Apelados: João Batista Ferreira e Mirian Aparecida Nascimento Ferreira - 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 DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 16 de setembro de 2008. - *Fábio Maia Viani* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. FÁBIO MAIA VIANI - Cuida-se de apelação interposta por João Henrique Rodrigues e Deralda de Carvalho Rodrigues da sentença (f. 81/84), que, nos autos da ação de reintegração de posse promovida por João Batista Ferreira e Mirian Aparecida Nascimento Ferreira, julgou procedente o pedido.

Os apelantes, nas razões de recurso (f. 86/95), alegam, em síntese, que a contestação apresentada não é intempestiva, uma vez que apresentada dentro do prazo legal, contado da juntada do último mandado citatório cumprido; de qualquer forma a revelia gera presunção relativa; a posse não restou comprovada; a cláusula de reserva de passagem averbada no registro do imóvel não permite a sua transferência a terceiros.

Pretendem, com o provimento do recurso, seja o pedido julgado improcedente.

Os apelados, nas contra-razões (f. 97/98), pugnam pelo não-provimento do recurso.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

A contestação conjunta dos réus (f. 28/32) foi apresentada antes mesmo da juntada do mandado citatório da segunda ré, que, aliás, sem mesmo ter sido regularmente citada, compareceu espontaneamente nos autos. Assim, não há falar em revelia, já que a contestação foi apresentada dentro do prazo legal.

De mais a mais, não correm os efeitos da revelia se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação (CPC, art. 320, I).

E a presunção de veracidade dos fatos alegados contra a parte que não comparece à audiência é meramente relativa, devendo ser analisada em conjunto com outras provas.

Assim, na espécie, necessário se faz analisar as provas dos fatos constitutivos do direito dos autores.

De acordo com a tese dos autores, a sua posse sobre o imóvel em litígio pode ser comprovada tanto pelo uso efetivo da coisa, como pela cláusula *constituti* inserta no "contrato de compra e venda de posse" firmado com o Sr. Levindo Borges Fernandes (f. 9/10).

Analisando detidamente os autos, tenho que a posse dos autores não restou comprovada pelo uso da coisa. Isso porque usaram o imóvel esporadicamente e sob permissão dos réus.

Ora, possuidor é "todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade" (CC, art. 1.196).

Como se vê, o uso consentido, esporádico e limitado do bem para eventuais pescarias não se subsume, a toda evidência, na definição normativa de posse.

Também não colhe aos autores a posse decorrente da cláusula *constituti* inserta no contrato de compra e venda da posse firmado com o Sr. Levindo Borges Fernandes (f. 9/10).

A porção do imóvel cuja posse se disputa foi adquirida do Sr. Levindo Borges e esposa pelos réus (apelantes), mas reservada como direito de passagem daqueles (f. 38).

Trata-se, pois, de servidão de passagem.

E as servidões são direitos reais acessórios, que incidem sobre imóveis, aderindo de modo inseparável ao prédio dominante e serviente. Por isso não subsistem sem o imóvel. Dele, pois, não pode ser desligada e transferida em separado, como fez Levindo Borges aos autores (apelados).

A propósito, assinala Arnaldo Rizzardo:

> O titular do imóvel dominante está impedido de alienar a servidão a outra pessoa. Quem adquire o prédio adquire implicitamente os encargos que o gravam. Fosse o contrário, com a transferência consumar-se-ia a extinção.
> A proibição em ceder envolve a impossibilidade de penhora, hipoteca, ou de separação do prédio dominante. O ônus acompanha a propriedade em suas alienações - *ambulat cum domino*.
> Luiz Antônio Aguiar de Souza apresenta a justificação: 'A servidão, quer se considere como um direito, em relação ao dominante, ou quer se considere como um ônus, em relação ao prédio serviente, uma vez sendo ela instituída, adere perpetuamente aos referidos prédios, acompanhando-os em todas as suas passagens'.
> Em princípio, com os imóveis as servidões nascem, vivem e morrem (*Direito das coisas*: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 878).

Daí a imprestabilidade da cláusula *constituti* como prova da posse, visto que semelhante acerto faz parte integrante de um "contrato" cujo objeto (transferência da servidão) é juridicamente impossível.

Assim, ante a ausência de requisito essencial do art. 927, I, do CPC (posse), deve-se indeferir a reintegração postulada.

Como já decidiu esta Câmara:

> Ementa: Reintegração de posse - Requisitos - Não-preenchimento. - O êxito da ação de reintegração de posse está ligado ao atendimento dos requisitos previstos no art. 927, incisos I a IV, do Código de Processo Civil, pelo que não acontecerá se o autor não demonstrar o anterior exercício da posse (TJMG, Ap. 1.0024.03.923928-0/001, 18ª CC, Rel. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes, j. em 16.10.2007).

Pelo exposto, dou provimento à apelação para, reformando a sentença, julgar improcedente o pedido de reintegração de posse e, por via de conseqüência, inverto os ônus da sucumbência.

Custas do recurso, pelos apelados, cuja exigibilidade, assim como as do processo e honorários, fica suspensa por serem beneficiários da assistência judiciária.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES GUILHERME LUCIANO BAETA NUNES e UNIAS SILVA.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

## Ação de dano infecto - Preliminar - Nulidade da sentença - Rejeição - Muro divisório - Reparação - Despesas - Divisão igualitária - Art. 1.297, § 1°, do Código Civil

Ementa: Ação de dano infecto. Preliminar. Nulidade da sentença *citra petita*. Rejeição. Reparação de muro divisório. Despesas divididas em partes iguais. Art. 1.297, § 1°, do Código Civil de 2002. Sentença mantida.

- A sentença que esgota a prestação jurisdicional e, em conseqüência, aprecia todas as questões de fato e de direito formuladas pelas partes atende ao disposto no art. 458 do CPC.

- Consoante norma prevista no art. 1.277 do Código Civil de 2002, "o proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha".

- A norma jurídica, que reproduz a idéia do art. 554 do Código Civil de 1916, revela que os direitos de vizinhança são limitados, já que há restrições ao natural exercício do direito de propriedade, com o fim de conciliar os interesses dos vizinhos, propiciando-lhes a paz social.

- Constatando-se dos elementos dos autos a má conservação do muro que divide o imóvel dos litigantes, as despesas para a reparação devem ser divididas em partes iguais, nos termos do art. 1.297, § 1º, do Código Civil de 2002, tendo em vista que, na análise do caso específico, não é possível imputar a um dos confinantes maior responsabilidade que ao outro.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0027.06.103094-9/001 - Comarca de Betim - Apelantes: 1º) Avelino Teixeira Valério, 2º) João Beryllo Duprat Sobrinho - Apelados: João Beryllo Duprat Sobrinho e Avelino Teixeira Valério - 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 REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS.

Belo Horizonte, 18 de setembro de 2008. - *Eduardo Mariné da Cunha* - Relator.

## Notas taquigráficas

DES. EDUARDO MARINÉ DA CUNHA - Cuida a espécie de ação de dano infecto proposta por João Beryllo Duprat Sobrinho em face de Avelino Teixeira Valério, alegando que é proprietário do lote nº 26, da quadra nº 02, do Bairro Jardim Brasiléia, em Betim, e que, quando se mudou para o imóvel, constatou que havia um muro dividindo seu lote com o vizinho, de nº 27.

Disse que o réu construiu referido muro invadindo o seu terreno e que o procurou para que fosse feita a construção do muro na divisa correta, mas a idéia foi rechaçada. Salientou que o muro já apresentava problemas estruturais e que, com o passar do tempo, foi se deteriorando. Alegou que o muro pode desabar a qualquer momento, colocando em perigo a sua família.

Aduziu que a situação foi relatada à Defesa Civil, que compareceu ao local e elaborou laudo técnico, concluindo pela necessidade de demolição e reconstrução do muro. Ressaltou que, não obstante, o órgão informou que somente iria fornecer o laudo mediante ordem judicial. Aludiu ao disposto nos arts. 1.277 e 1.280 do Código Civil de 2002.

Requereu os benefícios da justiça gratuita e pediu a procedência da demanda, para condenar o requerido a reparar o muro que faz divisa entre os imóveis, no prazo de 90 dias, bem como a prestar caução pelo dano iminente.

Em sua defesa, o réu suscitou preliminar de inépcia da petição inicial. No mérito, disse que reside no imóvel há mais de 22 anos e que construiu o muro, o qual foi rebocado, dos dois lados, sem contribuição do autor. Alegou que seu lado do muro está em perfeitas condições e que o autor não presta qualquer tipo de manutenção do seu lado da propriedade.

Disse que o requerente vem acelerando o processo de deterioração do muro, tentando transferir a responsabilidade pelas despesas da edificação de um novo muro. Salientou que o autor tenta, ainda, deslocar o muro para dentro de sua propriedade, em que pese esse desejo não figurar no rol de pedidos deduzidos na peça de ingresso.

Asseverou que cabe aos proprietários confinantes a conservação do muro e que a ruína é de responsabilidade do autor, que não preservou o seu lado do muro. Verberou que não contribuiu para o desgaste do muro. Pediu a improcedência da demanda e requereu as benesses da justiça gratuita.

O autor apresentou impugnação.

Foi produzida prova oral e o autor coligiu aos autos o documento de f. 85.

Na sentença de f. 105/107, o Magistrado primevo rejeitou a preliminar e julgou parcialmente procedente o pedido inicial.

O autor aviou embargos de declaração, que foram rejeitados.

Irresignado, o réu interpôs apelação, alegando que o Julgador não analisou devidamente as provas produzidas, deixando de aferir o nexo de causalidade entre a deterioração do muro e quem os provocou. Disse que reside no imóvel há mais de vinte anos e que construiu o muro sozinho, cuidando, também, de sua manutenção.

Aduziu que o muro, do lado de sua propriedade, está bem conservado e que o autor, ao contrário, vem acelerando o processo de deterioração, com o intuito de obter não apenas o conserto do muro, mas também de modificar a divisa dos imóveis, em que pese não ter deduzido essa pretensão na petição inicial.

Alegou que a decisão ofende o art. 1.297 do Código Civil de 2002, porque ambos os confinantes devem zelar pela preservação do muro divisório. Afirmou que as provas dos autos demonstram que não contribuiu para a ruína do muro, motivo pelo qual não pode responder por atos que não praticou. Teceu considerações sobre a prova oral produzida e pediu o provimento do recurso.

O requerente também aviou apelo, alegando que as provas dos autos demonstram que há necessidade de reparos iminentes no muro construído pelo réu. Disse que o muro foi construído sem a observância de normas técnicas e que, por isso, não pode ser condenado a suportar valores atinentes à reparação. Verberou que a construção não lhe trouxe benefícios e que se deu antes de vir a residir no imóvel, motivo pelo qual não pode ser obrigado a arcar com a obrigação de reparar o muro. Defendeu que não há prova de que seja o responsável pela ruína do muro e que os elementos constantes do caderno probatório demonstram a fragilidade da construção realizada pelo requerido.

Argumentou que relatou, na petição inicial, que o réu construiu o muro invadindo o seu terreno e que pleiteou a reparação do referido muro. Disse que a causa de pedir se consubstanciou no risco de desabamento do muro e na invasão realizada pelo requerido, razão pela qual o pedido de reparação engloba, também, a observância dos marcos limítrofes entre os lotes. Alegou que a preliminar de inépcia da petição inicial suscitada pelo réu foi rejeitada. Sustentou que a sentença não se pronunciou sobre a observância dos marcos limítrofes existentes e que a reconstrução do muro no mesmo local importa na manutenção da situação fática de invasão. Pediu o provimento do recurso, para determinar que o requerido arque com o pagamento integral da reconstrução do muro e que ela seja realizada no exato marco limítrofe dos imóveis.

Ambas as partes apresentaram contra-razões.

Conheço de ambos os recursos, pois que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Inicialmente, observo que o autor alega, em sua minuta recursal, que o Julgador primevo se houve em omissão, por não ter analisado o pleito exordial, de que a reconstrução do muro deveria ocorrer no efetivo marco limítrofe entre os imóveis.

Apesar de o réu, em contra-razões, alegar que essa matéria consubstancia inovação recursal, é certo que o autor provocou a manifestação do órgão jurisdicional de primeira instância a respeito dela, por meio de embargos de declaração. Assim, não nos parece ser o caso de reconhecer que existe inovação recursal.

Em verdade, considero que é o caso de aferir se a sentença é, ou não, *citra petita*, motivo pelo qual conheço dessa alegação do autor como preliminar de nulidade da sentença.

É requisito essencial da sentença a prolação de decisão sobre todas as questões submetidas a julgamento pelas partes. A ausência de exame de alguma das questões torna, em tese, a sentença *citra petita*.

Ernane Fidélis dos Santos, em sua obra *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p.160-161, sustenta que:

> O autor, ao promover ação, deve formular pedido concreto, com todas as suas especificações (art. 282, IV). Tal pedido deve ser fundamentado em fatos que permitam tê-lo por conclusão. Tais fatos são o que se chama 'fato e fundamentos jurídicos do pedido' (art. 282, III). Fundamento jurídico do pedido não é preceito de lei invocado, mas a conseqüência do fato que provoca a conclusão do pedido.

Prossegue:

> Decidindo sobre o pedido do autor, especificamente, o juiz julga o mérito (art. 269, I), isto é, a lide sobre a qual a coisa julgada pode incidir, em forma de lei especial para o caso concreto (art. 468).

Conclui:

> A lide, portanto, é limitada pelo pedido. O juiz não pode ir além (sentença *ultra petita*), nem ficar aquém (sentença *citra petita*), nem conhecer de pedido ou fundamento que o autor não fez (sentença *extra petita*).

Ora, ao juiz cabe compor a lide "nos limites do pedido do autor e da resposta do réu", sendo-lhe defeso o julgamento *citra petita*, ou seja, aquele que não aprecia todo o pedido (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de conhecimento*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 550).

Da leitura da sentença prolatada em primeira instância, extrai-se que o Julgador analisou todos os pedidos exordiais.

Apesar de o autor ter alegado, consoante já relatei acima, que o requerido construiu o muro divisório dentro de seu terreno, é certo que somente formulou pedido de reconstrução do próprio muro que demarca a divisa dos imóveis, o qual necessita de reparos.

Para demonstrar a inexistência de pedido no sentido de ser modificada a localização do muro, permito-me transcrever os pedidos formulados pelo autor:

> 4) Seja, ao final, julgada procedente a presente ação, condenando-se o requerido a:
> 4.1) reparar o muro que faz divisa entre os imóveis, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, sob pena de, não o fazendo, ser-lhe aplicada multa cominatória diária, em valor a ser fixado por V. Exa.;
> 4.2) prestar caução pelo dano iminente, em valor a ser fixado por V. Exa. (f. 6).

Segundo o Dicionário Houaiss, disponível no sítio eletrônico , "reparar" significa:

> 1. pôr em bom estado de funcionamento o que se havia estragado; restaurar, consertar, recondicionar; 2. efetuar recuperação em; recobrar, restabelecer; 3. retratar-se, dar satisfação; 4. efetuar melhora ou aperfeiçoamento em; aprimorar; 5. fazer correção em; remediar, emendar; 6. compensar a (alguém ou si mesmo) por dano, prejuízo ou transtorno causado; indenizar, ressarcir(-se), recuperar(-se); 7. fixar ou dirigir a vista ou a atenção; notar, observar, perceber; 8. tomar tento, cautela; 9. dar proteção a si mesmo, abrigar-se, proteger-se, resguardar-se; e 10. recuperar(-se), ressarcir(-se).

Como se vê, o significado de reparar é "restaurar, consertar, recuperar aquilo que já existe". Portanto, não

é possível interpretar, como deseja o autor, que seu pedido também engloba o de reconstruir o muro no local que considera correto.

Dessa forma, a lide, conforme posta à apreciação jurisdicional, foi analisada, de forma completa, pelo Julgador primevo, motivo pelo qual o órgão jurisdicional de primeira instância observou o disposto no art. 458 do CPC.

Assim, rejeito a preliminar.

Vou ao mérito.

A questão dos autos trata de ação de dano infecto, proposta por João Beryllo Duprat Sobrinho em face de Avelino Teixeira Valério, objetivando a reparação de um muro que demarca a divisa entre os dois imóveis.

Consoante norma prevista no art. 1.277 do Código Civil de 2002, "o proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha". A norma, que reproduz a idéia do art. 554 do Código Civil de 1916, revela que os direitos de vizinhança são limitados, já que há restrições ao natural exercício do direito de propriedade, com o fim de conciliar os interesses dos vizinhos, propiciando-lhes a paz social.

Marco Aurélio S. Viana, comentando o art. 1.277 do Código Civil de 2002, esclarece:

> Estamos no território do exercício do direito de propriedade sobre coisa imóvel, sob um dos seus aspectos: as relações de vizinhança. Desenvolvem-se mecanismos para evitar a turbulência entre esferas legais, decorrentes de um prédio ser atingido por interferência que emana de outro prédio.
> Penetramos no campo do conflito de vizinhança, que envolve as regras disciplinadoras das relações entre prédios vizinhos. No direito anterior tínhamos a disposição do art. 554, que armava o proprietário ou inquilino para se opor ao mau uso da propriedade vizinha. Em verdade temos mais uma restrição ao exercício do direito de propriedade, que se faz no interesse privado, estabelecendo-se limites dentro dos quais o proprietário pode atuar sem prejudicar seus vizinhos. A proximidade entre os prédios pode levar a conflitos, razão pela qual o direito, impondo limites recíprocos, visando a estabilidade e harmonia, que é uma exigência da vida social (*Comentários ao novo Código Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 16, p. 206-207).

Assim, o receio de vir a sofrer maior dano implica a possibilidade de buscar, junto ao Poder Judiciário, a tutela jurisdicional.

A respeito da ação de dano infecto, doutrina Sílvio de Salvo Venosa:

> Quem tiver justo receio de sofrer dano em seu imóvel em decorrência de ruína em prédio ou obras vizinhas pode pedir que o proprietário responsável preste caução, para garantir eventual indenização, se ocorrer dano. Nesse caso, protege-se o bem possuído de dano potencial, ainda não ocorrido. O possuidor ou proprietário previne-se exigindo caução. Seu fundamento residia nos arts. 554 e 555 do Código Civil de 1916. Essa matéria é tratada com maior amplitude no novo Código, que leva em consideração a predominância do aspecto social dos direitos de vizinhança, nos arts. 1.277 a 1.281.
> O conteúdo possessório dessa ação mostra-se mais tênue. A medida pode, no entanto, ser requerida por qualquer possuidor. O procedimento é dos arts. 826 e ss. do CPC, se meramente preparatório ou acautelatório. Se já ocorreram danos, a caução pode ser pedida incidentalmente em pedido cominatório, tendo em vista outros danos que possam ainda vir a ocorrer (*Direitos reais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 147-148).

Caio Mário da Silva Pereira, com muita sabedoria, conceitua a ação de dano infecto:

> [...] é medida preventiva como o interdito proibitório, e dá-se quando o possuidor tenha fundado receio de que a ruína de prédio vizinho ao seu, ou vício na sua construção, possa vir a causar-lhe prejuízo (*Instituições de direito civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. 4, p. 52).

*In casu*, o autor postulou a tutela preventiva, para fins de determinar ao requerido a reparação do muro.

Segundo o autor, o muro, desde quando passou a residir no seu lote, apresentava problemas estruturais. E sustentou que, por isso, o requerido, que construiu o muro, invadindo o seu lote, deve efetuar os reparos.

Por sua vez, o réu defende que não deu causa à ruína do muro e que foi o autor que faltou com os cuidados de preservação.

A prova dos autos é uniforme no sentido de que o muro se apresenta em estado de desabamento iminente, com diversas trincas e tijolos em estado de fadiga. Nesse sentido é o boletim de ocorrência de f. 86, elaborado pela Defesa Civil de Betim.

A prova oral corrobora essa constatação a respeito da situação em que se apresenta o imóvel.

Conceição Aparecida Araújo da Silva informou:

> [...] que é vizinha das partes há 03 (três) anos e 03 (três) meses; que não morava no local quando o muro foi construído; que não sabe quem construiu o muro; que o muro em questão está correndo o risco de desabamento, uma vez que está sem base; [...] que a falta de base está dos dois lados do muro (f. 82).

Já Nivaldo Nunes Rodrigues ponderou:

> [...] que não sabe quem construiu o muro; que presenciou que o muro estava descascando pelo lado do requerente; que o requerente costumava colocar peso no seu lado do muro; que, quando morou no local, a base do muro estava bem ruim; que não sabe como está a situação atual; que viu os danos somente do lado do requerente [...] (f. 83).

Adonai Lopes dos Reis somente indicou que o muro se encontra bem conservado e pintado do lado da propriedade do réu, e informação idêntica foi prestada por Antenor Gonçalves Pereira (f. 102/103).

Dessa forma, é incontroverso o mau estado em que se encontra, em geral, o muro.

E, apesar de o requerido alegar que a deterioração adveio por culpa do autor, que não conservou o seu lado do imóvel, é bem de ver que não é possível concluir, a partir dos elementos de prova dos autos, que o estado de ruína do muro foi acarretado por má conservação por parte do autor.

As fotos de f. 42/44 parecem indicar que o muro, do lado do imóvel do réu, apresenta uma aparência exterior melhor do que do lado do imóvel do autor, conforme se extrai das f. 23/28.

Contudo, não é possível dizer, de forma indene de dúvidas, que o fato de o muro, pelo lado do autor, estar mais "descascado", implica ter ele dado causa à deterioração. Sobretudo porque uma das testemunhas, Conceição Aparecida Araújo da Silva, informou que o muro apresenta comprometimento na base, dos dois lados, revelando-se que o comprometimento é estrutural e não teria sido causado pela falta de reboco em algumas partes do muro, pelo lado do imóvel do autor.

Por outro lado, é bem de ver que as alegações do autor, no sentido de que não construiu o muro e que ele foi edificado invadindo o seu lote, não lhe socorrem, no intuito de se ver desobrigado a arcar com metade do valor do conserto.

Malgrado não tenha o autor concorrido na construção do muro, é certo que a existência dele lhe traz proveito econômico, sobretudo porque permite divisar os limites de seu lote do imóvel do requerido. Além disso, as informações constantes dos autos dão notícia de que o requerido reside no imóvel há vários anos, antes mesmo de o autor ocupar o seu lote, motivo pelo qual não seria possível exigir do réu que ocupasse o imóvel sem construir o muro, que lhe proporciona segurança. Portanto, se a existência do muro traz benefício também para o autor, mesmo tendo sido construído anteriormente pelo réu, deve o requerente concorrer para sua conservação e, no caso em apreço, reconstrução.

Ademais, incumbe salientar que o requerente não fez pedido de modificação do local de edificação do muro. Esse pedido nem sequer poderia ser formulado em sede de ação de dano infecto. Portanto, a suposta alegação de que o requerido invadiu parte de seu imóvel ao construir o muro não pode ter o condão de lhe exonerar do dever de conservação e reconstrução do marco divisório dos imóveis, sobretudo porque o Código Civil de 2002 apresenta determinação nesse sentido.

Dessa forma, é o caso de se aplicar o § 1° do art. 1.297 do Código Civil de 2002, no sentido de determinar a divisão, em partes iguais, do valor a ser gasto na reconstrução do muro:

> Art. 1.297. O proprietário tem direito a cercar, murar, valar ou tapar de qualquer modo o seu prédio, urbano ou rural, e pode constranger o seu confinante a proceder com ele à demarcação entre os dois prédios, a aviventar rumos apagados e a renovar marcos destruídos ou arruinados, repartindo-se proporcionalmente entre os interessados as respectivas despesas.
>
> § 1° Os intervalos, muros, cercas e os tapumes divisórios, tais como sebes vivas, cercas de arame ou de madeira, valas ou banquetas, presumem-se, até prova em contrário, pertencer a ambos os proprietários confinantes, sendo estes obrigados, de conformidade com os costumes da localidade, a concorrer, em partes iguais, para as despesas de sua construção e conservação [...].

Considero que o Juízo primevo, à luz dos elementos de prova constantes dos autos, conferiu ao caso dos autos decisão consentânea e de acordo com os ditames do ordenamento jurídico vigente, motivo pelo qual não merece censura a sentença.

Com tais razões de decidir, rejeito a preliminar e nego provimento a ambos os recursos, mantendo a sentença, pelos fundamentos ora expostos.

Custas recursais, meio a meio. Fica suspensa a exigibilidade em relação a ambas as partes, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES IRMAR FERREIRA CAMPOS e LUCIANO PINTO.

*Súmula* - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS.

...

## Embargos de terceiro - Bem imóvel - Posse - Prova - Penhora - Revogação - Acolhimento dos embargos

Ementa: Embargos de terceiro. Termo de transferência da posse. Posse efetiva. Prova.

- É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse.

- Nos termos do disposto no § 1° do art. 1.046 do CPC, os embargos de terceiro podem ser ajuizados apenas por terceiro senhor e possuidor, ou apenas possuidor, de maneira que, nesse último caso, se faz necessária a prova da posse real sobre a coisa.

**APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0479.07.124693-4/001 - Comarca de Passos - Apelante: Maria das Dores Almeida Azevedo - Apelado: Mozair Ferreira da Silva - 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 DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 7 de agosto de 2008. - *Lucas Pereira* - Relator.

## Notas taquigráficas

DES. LUCAS PEREIRA - Cuida-se de embargos de terceiro opostos por Maria das Dores Almeida Azevedo, em face de Mozair Ferreira da Silva.

Noticia a embargante que o bem penhorado lhe pertence e que é mãe do executado. Aduz que se trata de bem de família. Requereu, liminarmente, a suspensão da hasta pública. Pugnou pela procedência do pedido inicial.

Às f. 40/43, o embargado apresentou impugnação, aduzindo que a embargante é possuidora de má-fé, pois não pagou pelo bem. Sustenta que não se trata de bem de família, uma vez que a dívida executada é proveniente da venda do imóvel.

Foi deferida a liminar às f. 17/20, suspendendo a hasta pública. Depoimento pessoal e oitiva de testemunhas às f. 75/90.

Às f. 144/147, o MM. Juiz singular proferiu sentença, julgando improcedentes os embargos, tornando sem efeito a liminar concedida, por entender que o termo particular de cessão de direitos de posse comprovou que houve cessão do imóvel penhorado ao executado.

Inconformada, a embargante interpôs apelação (f. 152/156), alegando que a propriedade do bem é da Paróquia de São João Batista da Glória. Aduz que os depoimentos testemunhais e o termo de cessão de direitos de posse de f. 07 comprovam a posse da embargante sobre o bem.

Contra-razões às f. 162/164, em que o embargado se pautou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Juízo de admissibilidade.

Conheço do recurso, visto que próprio, tempestivo, estando sem preparo por estar a embargante amparada pelos benefícios da justiça gratuita.

Recebo o recurso no seu efeito devolutivo e suspensivo, nos termos do art. 520 do CPC.

Mérito.

Os embargos de terceiro são ação a ser intentada por quem, não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, como nos casos de penhora, com o objetivo de ser manutenido ou restituído na sua posse, nos termos do art. 1.046 do CPC.

Leciona Hamilton de Moraes e Barros:

> Os embargos de terceiro podem ser assim conceituados em face do atual Direito brasileiro: são uma ação especial, de procedimento sumário, destinada a excluir bens de terceiro que estão sendo, ilegitimamente, objeto de ações alheias.
> [...]
> Vê-se que os embargos de terceiros têm a indisfarçável finalidade de devolver ao titular a sua posse, de que se viu privado, ou de devolver a tranqüilidade dela, ante uma ameaça (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, v. 9, p. 288-289).

Acerca desta questão citam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> [...] Além de ter de ostentar a qualidade de terceiro, o embargante deve ser ou senhor ou possuidor da coisa ou direito que tenha sofrido constrição judicial. [...]. (*Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, 7. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nota 3, ao art. 1.046, 2003, p. 1.185.).

Assim já decidiu este eg. Tribunal:

> Apelação cível. Embargos de terceiro. Art. 1.046 do CPC. Ausência de prova da posse e propriedade do veículo penhorado. Rejeição dos embargos que se impõe.
> - Se a embargante não obtém êxito em provar ser senhora ou possuidora do veículo que tenha sofrido constrição judicial, por ser seu o ônus da prova do fato constitutivo do direito alegado, a rejeição dos embargos se impõe (TAMG - Ap. Cível n.º 414470-9, Relatora: Juíza Beatriz Pinheiro Caires, 6ª Câmara Cível, j. em 11.12.2003).

Saliente-se que a embargante não se encontra indicada no título executivo extrajudicial, não sendo parte no processo, havendo sido ajuizada ação de execução em desfavor de seu filho Celso dos Reis Azevedo, que consta como emitente da nota promissória, que embasa a execução (f. 08), motivo pelo qual é lícito à embargante defender a posse através da presente ação de embargos de terceiro.

Ao que me consta, ao analisar o termo particular de cessão de direitos de posse, equivocadamente entendeu o douto Juiz *a quo*, que o imóvel teria sido objeto de cessão a favor do executado, e não da embargante.

Da análise detida dos autos da execução, especialmente do "termo particular de cessão de direitos de posse" (f. 07 dos autos da execução), constato que a embargante se desincumbiu do seu ônus de provar a sua posse sobre o bem, objeto da constrição, havendo o referido termo sido digitado em cartório, sendo reconhecida firma da assinatura do cedente, da cessionária e das testemunhas, sendo tal fato confirmado pelo serventuário do cartório, conforme consta em seu depoimento testemunhal de f. 89.

Lado outro, o embargado não logrou êxito em desconstituir o referido documento que comprova a transferência da posse à embargante.

Ademais, ao contrário do que entendeu o douto Juiz sentenciante, não se faz imprescindível, para provar a posse da embargante, que a mesma juntasse aos autos os recibos de pagamento do referido negócio jurídico de transferência da posse, sendo o referido termo suficiente para tanto.

Além disso, os depoimentos das testemunhas, ainda que ouvidas como informantes, atestam que a posse do bem foi cedida à embargante (f. 86/88).

Ressalte-se que o Sr. Oficial de Justiça certificou à f. 15 que o bem constrito é casa de morada da mãe do executado, ora embargante, com um filho e seus netos, corroborando, portanto, a posse da apelante sobre o bem, que, inclusive, é bem de família, portanto, impenhorável, nos termos do art. 1º da Lei 8.009/90. Nesse sentido:

> Embargos do devedor - Execução - Notas promissórias - Penhora - Substituição - Agravo retido - Bem insuficiente à garantia do juízo - Avaliação - Desnecessidade - Substituição mantida - Apelação - Qualificação e nome das partes - Pedido de nova decisão - Preliminares rejeitadas - *Causa debendi* - Autonomia e abstração dos títulos - Preenchimento em branco das cambiais - Irrelevância - Inexigibilidade afastada - Novação - Hipótese não configurada - Parcial pagamento - Ausência de prova - Impenhorabilidade do imóvel - Bem de família - Art. 333, I, do CPC - Ônus processual.
> [...]
> - O benefício assegurado pela impenhorabilidade do bem de família é automático. Tal assertiva, contudo, não desobriga ou dispensa a demonstração das condições legais, como é exigido pelo art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil, porquanto incumbe à parte interessada demonstrar induvidosamente e seguramente que o imóvel é o único e está destinado ao abrigo de sua família. (TAMG, Ap. Cív. nº 402.171-0. Comarca de Formiga. 3ª Câmara Cível -TAMG. Rel. Juiz Mauro Soares de Freitas).

Com efeito, havendo a embargante se desincumbido do seu ônus de demonstrar a sua posse sobre o bem objeto da constrição, antes mesmo do ajuizamento da execução, presume-se que a mesma seja de boa-fé, não havendo provas de que a embargante agiu imbuída de má-fé, razão pela qual deve ser reformada a r. sentença, para julgar procedentes os pedidos iniciais.

Com tais razões de decidir, dou provimento à apelação, reformando a r. sentença, para julgar procedentes os embargos de terceiro, determinando a revogação da penhora efetivada nos autos em apenso.

Condeno, assim, o embargado ao pagamento das despesas processuais, inclusive custas recursais e honorários advocatícios fixados em R$ 1.000,00 (mil reais), suspensa, no entanto, a sua exigibilidade, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES IRMAR FERREIRA CAMPOS e LUCIANO PINTO.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

## Despejo por falta de pagamento - Cobrança - Cumulação - Possibilidade - Notificação premonitória - Desnecessidade - Multa moratória - Código de Defesa do Consumidor - Inaplicabilidade

Ementa: Apelação cível. Despejo cumulado com cobrança. Possibilidade. Notificação premonitória. Desnecessidade. Multa moratória.

- A Lei 8.245/91 prevê a possível cumulação de ação de despejo com cobrança de encargos da locação.

- Desnecessária a exigência da notificação premonitória, quando o manejo da ação de despejo resulta do descumprimento contratual pelo locatário.

- Inaplicável o CDC no presente caso, multa de 10% válida.

Apelo desprovido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.146489-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: RCL Consultoria Turismo Ltda. - Apelado: José das Graças de Andrade - Relatora: DES.ª ELECTRA BENEVIDES

### 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 AS PRELIMINARES E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 24 de setembro de 2008. - *Electra Benevides* - Relatora.

### Notas taquigráficas

DES.ª ELECTRA BENEVIDES (convocada) - Trata-se de recurso de apelação interposto por RCL Consultoria Turismo Ltda. contra decisão de f. 75/80 que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais na ação ajuizada por José das Graças de Andrade.

A sentença condenou a apelante a pagar os aluguéis vencidos e os que venceram no curso da demanda (até 12.01.2007), além dos encargos locatícios em atraso, acrescidos de multa moratória de 10% (dez por cento), correção monetária de 0,33% (zero vírgula trinta e três por cento) ao dia e juros de mora de 1% (um por cento).

Em seu recurso, aduz a apelante, preliminarmente, que a apelação deve ser recebida no duplo efeito; que é impossível a cumulação de ações de cobrança e despejo e que falta a notificação premonitória para que seja caracterizada a mora.

Acosta, em seu recurso, diversas decisões.

No mérito, alega que o valor da multa (10%) é abusivo, devendo ser reduzido para 2% (dois por cento).

Pediu a reforma da decisão.

Contra-razões, às f. 99/102.

É o relatório.

Conheço do recurso de apelação, presentes os pressupostos subjetivos e objetivos de admissibilidade.

Questões preliminares.

1. Impossibilidade de cumulação de despejo com cobrança.

Alega a apelante que só se pode cumular ação de despejo com ação de cobrança quando a locação for verbal. Assim, tendo em vista que há contrato de locação, impossível a cumulação, devendo a ação ser extinta sem julgamento de mérito.

No caso dos autos, embora essa preliminar esteja ultrapassada, tendo em vista que, em f. 72, o Magistrado *a quo* julgou extinto o feito em relação ao despejo, pertinente fazer algumas considerações.

Nos termos do art. 62, inciso I, da Lei 8.245/91, nas ações de despejo fundadas na falta de pagamento de aluguel e acessórios da locação, o pedido de rescisão pode ser cumulado com o de cobrança.

E foi exatamente isso o que ocorreu no presente caso. O apelado cumulou o pedido de rescisão do contrato de locação com o de cobrança, adotando o rito ordinário, adequado para a hipótese.

A doutrina assim ensina:

> Quanto à cumulação de pedidos, ao contrário do que se poderia supor, a lei não inova. Sempre foi possível a cumulação, desde que presentes os seus requisitos, previstos no artigo 292 do CPC, como a identidade do rito, compatibilidade do pedido e competência do órgão. Presentes tais requisitos, a cumulação sempre foi admitida: só que, agora, a lei a consagra expressamente (SOUZA, Sylvio Capanema de. *A nova Lei do Inquilinato comentada*. Rio de Janeiro: Forense, p. 237).

A jurisprudência do TJMG não destoa:

> Ação de despejo. Cobrança de aluguéis. Possibilidade de cumulação. Art. 62, I, da Lei 8.245/91. Contrato de locação. Inexigência de formalidades. Denunciação da lide. Impossibilidade. Contestação. Valores excessivos. Ônus da prova. - É certa a possibilidade de cumulação de ação de despejo por falta de pagamento com o pedido de cobrança de aluguéis e encargos, pois que legislativamente prevista, a teor do que dispõe o art. 62, I, da Lei 8.245/91 (TAMG - 1ª Câmara Cível - Apel. Cível 367.292-0 - Rel. Juiz Gouvêa Rios - j. em 08.04.2003).

Dessa forma, rejeito a preliminar.

2. Necessidade de notificação premonitória.

Alega a apelante a necessidade de notificação premonitória.

Desnecessária, a meu ver, na espécie *sub judice*, a exigência da notificação premonitória, visto que o manejo da ação de despejo resultou do descumprimento contratual por parte da apelante, que deixou de honrar o pagamento dos aluguéis e encargos locatícios, cujos vencimentos já se encontravam ajustados.

A lei não exige a prévia notificação do locatário. Comprovando-se a desídia do locatário em cumprir sua obrigação, qual seja o pagamento mensal do aluguel, não é necessária a sua prévia notificação para a retomada do bem.

Nesse sentido:

> Despejo. Falta de pagamento. Notificação prévia do locatário. Desnecessidade. - Não há falar em notificação premonitória do locatário, pois trata a hipótese de despejo por falta de pagamento, e não de denúncia vazia (2º TACivSP - Ap. s/ Rev. 670.762-00/3 - 7ª Câm. - Rel. Juiz Miguel Cucinelli - j. em 11.6.2002).

A obrigação do locatário de pagar os aluguéis e encargos da locação é contratual, e sua mora é *ex re*, decorrente do descumprimento do dever.

Portanto, não está o locador obrigado a promover qualquer notificação prévia para a propositura da ação de despejo por falta de pagamento cumulada com cobrança de aluguéis e encargos.

No presente caso, o pedido de despejo está fundado em infração contratual por falta de pagamento a tempo e modo dos aluguéis e dos encargos da locação, aplicando-se a disposição contida no art. 9º, III, c/c o art. 62 da Lei 8.245/91.

Isso posto, ultrapasso, também, a segunda preliminar.

Questões de mérito.

No mérito, cinge-se a apelação em questionar a multa de 10% (dez por cento) cobrada pelo atraso no pagamento do aluguel.

Entendo que o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) não se aplica às relações locatícias, tendo em vista que locador e locatário não se enquadram no conceito de fornecedor e consumidor, nos termos dos arts. 2º e 3º do CDC.

Ademais, a relação locatícia é regulada por legislação específica, que em nada se confunde com a legislação consumerista.

Assim, inaplicável a restrição à multa contratual prevista no art. 52, § 1º, do CDC e as disposições que tratam de contrato de adesão.

Nesse sentido:

> - As relações locatícias possuem lei própria que as regule. Ademais, falta-lhes as características delineadoras da relação de consumo apontadas nos arts. 2º e 3º da Lei nº 8.078/90.
> - O Código de Defesa do Consumidor, no que se refere à multa por inadimplemento, não é aplicável às locações prediais urbanas (REsp 204.244/MG - 5ª Turma - STJ - Rel. Min. Félix Fischer - j. em 11.05.99 - *DJU* de 1º.07.1999).

Por conseguinte, é válida a multa moratória contratada, devida no montante de 10% (dez por cento) (Cláusula 6ª - f. 08), sendo incabível sua redução para 2% (dois por cento) com base no CDC.

O STJ assim já decidiu:

> Locação. Multa moratória. Redução. Código de Defesa do Consumidor. Inaplicabilidade. - Consoante iterativos julgados deste Tribunal, as disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor não são aplicáveis ao contrato de locação predial urbana, que se regula por legislação própria - Lei 8.245/91. Recurso especial conhecido e provido (REsp 399.983/MS - 6ª Turma - STJ - Rel. Min. Vicente Leal - *DJU* de 13.05.2002).

Dessa forma, correta a sentença acerca da possibilidade de aplicação da multa contratualmente estipulada no percentual de 10% (dez por cento), já que tal valor não é abusivo.

Ante o exposto, rejeito as preliminares e nego provimento ao recurso, mantendo a sentença recorrida.

Custas recursais, pelo apelante.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTES e MAURÍLIO GABRIEL.

*Súmula* - REJEITARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO.

...

## Repetição do indébito - ISS - Incidência - Bem móvel - Locação - Prestação de serviço - Não-configuração - Item 79 do Decreto-lei 406/68 - Cobrança - Inconstitucionalidade - Precedente do STF - Art. 110 do CTN - Distinção entre as obrigações - Honorários de advogado - Arbitramento - Consonância com o art. 20, § 4º, do CPC

Ementa: Reexame necessário e apelação cível. ISSQN. Incidência. Locação de bens móveis. Item 79 do Decreto-lei 406/68. Inconstitucionalidade da cobrança. Precedente do STF. Art. 110 do Código Tributário Nacional. Observância do direito privado para fins tributários. Impossibilidade de incluir a locação de bens móveis como prestação de serviço. Distinção entre as obrigações. Direito reconhecido. Honorários advocatícios. Arbitramento. Consonância com o art. 20, § 4º, do CPC. Confirmação da sentença no reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário.

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0079.04.-153760-0/001 - Comarca de Contagem - Remetente: Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Municipal da Comarca de Contagem - Apelante: Fazenda Pública do Município de Contagem - Apelada: Arcomac Ltda. - Relator: DES. RONEY OLIVEIRA

### 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 REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMAR A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 15 de julho de 2008. - *Roney Oliveira* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. RONEY OLIVEIRA - Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação, interpostos em face da r. sentença de f. 878/894, que, nos autos da ação de repetição de indébito, julgou procedente o pedido inicial para "declarar a inexistência da relação jurídico-tributária entre a autora e a Municipalidade de Contagem/MG, no que se refere, exclusivamente, à exigência do ISS na locação de bens móveis", devendo o Município restituir os valores indevidamente recolhidos àquele título, acrescidos de correção monetária e juros de mora de 1% ao mês, condenando-o, ademais, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em R$ 2.000,00 (dois mil reais).

Irresignado, apela o Ente Público (f. 896/903), pleiteando a reforma da sentença, sob a alegação de que "o fato de no texto da lei nova, Lista de Serviços da Lei Complementar 116/03 não constar expressamente a atividade de Locação de Bens Móveis como suscetível de incidência do ISSQN não tira a validade e a eficácia de aplicabilidade da lei anterior, *in casu*, a subsunção dos fatos à Lista de Serviços do Decreto-lei 406/68 e Lei Complementar 56", que inclui, no item 79, a atividade de locação de bens móveis como passível de exação.

Contra-razões às f. 906/908, infirmando o recurso e pugnando pela manutenção do *decisum*.

Deixei de remeter os autos à Procuradoria-Geral de Justiça, tendo em vista a desnecessidade de participação do *Parquet* no feito, em razão da matéria.

É o relatório.

Conheço do reexame necessário e do apelo voluntário.

A controvérsia apresentada nos autos versa sobre a possibilidade de incidência do ISSQN sobre as atividades prestadas pela empresa Arcomac Ltda., ora recorrida, dentre elas a locação de bens móveis - equipamentos.

É cediço que o imposto sobre serviços de qualquer

natureza - ISSQN consubstancia, nos termos do art. 156, III, da Carta Federal, tributo de competência municipal e incide sobre a efetiva prestação de serviços, cujo rol deverá constar em lei complementar, que estabelecerá as normas gerais a respeito do fato gerador do imposto.

Os serviços sobre os quais incide o ISSQN encontram-se previstos no anexo ao Decreto-lei 406/68, com a redação que lhe foi dada pela Lei Complementar 56/87. Dentre tais serviços, o constante no item 79, "locação de bens móveis, inclusive arrendamento mercantil".

Apesar de haver previsão legal para a incidência do referido tributo, há que se considerar inconstitucional o item 79 do Decreto-lei 406/1968, uma vez que a locação de bens móveis não configura prestação de serviço.

Dispõe o art. 565 do Código Civil Brasileiro:

> Art. 565. Na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição.

Assim, observando a definição prevista no Código Civil, não é cabível a inclusão da locação de coisas como prestação de serviços, visto serem institutos diferenciados pela legislação brasileira.

De acordo com o art. 110 do Código Tributário Nacional, devem-se considerar as definições de direito privado para fins tributários. Assim, não é constitucional a cobrança de ISSQN sobre a locação de bens móveis, não podendo, dessarte, constituir fato gerador do tributo em tela.

Nesse sentido, já me manifestei em oportunidade outra:

> Ementa: Tributário - ISSQN - Locação de bens móveis - Item 79 da Lista Anexa ao Decreto-lei 406/68 - Inconstitucionalidade - Precedente do STF (Apelação Cível nº 1.0471.03.007699-9/001, Rel. Des. Roney Oliveira, p. em 26.08.2005).

É essa também a orientação deste egrégio Sodalício:

> Mandado de segurança - Locação de bens móveis - ISSQN - Inconstitucionalidade do item 79 do Decreto-lei 406/68, com a redação dada pela Lei Complementar 56/87 - Precedentes do STF. - Na esteira de recentes julgados do Excelso Pretório, padece de inconstitucionalidade o item 79 do Decreto-lei 406/68, que prevê a incidência do ISSQN sobre locação de bens móveis (TJMG - Apelação Cível 1.0024.01.568147-1/001 - Rel. Des. Silas Vieira, 8ª Câmara Cível, *DJ* de 06.06.2007).

> Tributário - ISSQN - Locação de bens móveis - Não-incidência - Inconstitucionalidade - Posição do STF. - Não há incidência do imposto sobre serviços - ISSQN - em contrato de locação de bens móveis. Segundo o Sumo Pretório, inconstitucional é a inclusão da expressão 'locação de móveis', no item 79 da lista de serviços a que se refere o Decreto-lei 406/1968, com a redação dada pela LC 56/1987, por não configurar prestação de serviços e, via de conseqüência, não ser fato gerador do mencionado tributo (TJMG - Apelação Cível nº 1.0313.03.076535-5/001 - Rel. Des. Hyparco Immesi, 4ª Câmara Cível, *DJ* de 09.09.2005).

A matéria em comento também foi objeto de decisão do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal:

> Tributo - Figurino constitucional. - A supremacia da Carta Federal é conducente a glosar-se a cobrança de tributo discrepante daqueles nela previstos. Imposto sobre serviços - Contrato de locação. - A terminologia constitucional do imposto sobre serviços revela o objeto da tributação. Conflita com a Lei Maior dispositivo que imponha o tributo considerado contrato de locação de bem móvel. Em Direito, os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprio, descabendo confundir a locação de serviços com a de móveis, práticas diversas regidas pelo Código Civil, cujas definições são de observância inafastável - art. 110 do Código Tributário Nacional (STF - RE 116.121/SP - Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, *DJ* de 11.10.2000).

Registre-se, ademais, que a Lei Complementar nº 116, de 31 de julho 2003, revogou quase completamente o Decreto-lei nº 406/68, não contemplando a locação de bens móveis como fato gerador do ISSQN.

Assim, mostra-se induvidosa a ilegalidade da cobrança de ISSQN sobre locação de bens móveis.

No tocante aos honorários advocatícios, a sentença também desmerece reforma, uma vez que foram arbitrados de forma eqüitativa, de acordo com o grau de zelo profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado e o tempo exigido para seu serviço (art. 20, § 4º, do CPC), mostrando-se justa a fixação dos mesmos em R$ 2.000,00 (dois mil reais).

Isso posto, confirmo, no reexame necessário, a decisão monocrática, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CARREIRA MACHADO e BRANDÃO TEIXEIRA.

*Súmula* - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

...

## Ato jurídico - Nulidade - Imóvel - Dupla venda - Registro - Validade - Imissão de posse - Possibilidade

Ementa: Apelação cível. Nulidade de ato jurídico. Imóvel vendido duas vezes. Registro. Validade. Imissão de posse. Possibilidade.

- Não há falar em fraude se a empreendedora, a pedido do promitente comprador, transfere o imóvel objeto

do contrato a terceira pessoa, após sua quitação, independentemente de ter aquele, anteriormente, prometido à venda o mesmo imóvel para outros compradores, notadamente se estes nem sequer registram o contrato.

- Tem direito o adquirente do imóvel à imissão de sua posse contra quem esteja no imóvel.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.05.202878-5/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Wellington Silva - Apelantes adesivos: João Pereira Braga Filho e outro - Apelados: Wellington Silva, João Pereira Braga Filho e outro - Litisconsorte: Wagner Francisco de Oliveira, Sollo Urbanismo 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 DEFERIR AOS RÉUS A JUSTIÇA GRATUITA, DAR PROVIMENTO À APELAÇÃO PRINCIPAL E JULGAR PREJUDICADA A ADESIVA.

Belo Horizonte, 25 de setembro de 2008. - *Luciano Pinto* - Relator.

## Notas taquigráficas

DES. LUCIANO PINTO - João Pereira Braga Filho e s/m Maria Lúcia Ferreira Braga ajuizaram ação de nulidade de ato jurídico contra Wellington Silva, Wagner Francisco de Oliveira e Sollo Urbanismo Ltda.

Narraram que Wagner Francisco de Oliveira e s/m Telma Tibúrcio Oliveira adquiriram, em fevereiro/94, de Angra Empreendimentos Ltda. (antiga denominação de Sollo Urbanismo Ltda.), um imóvel residencial situado na Rua Antônio Mendes Santos, 44, que seria pago em 60 parcelas mensais.

Que, em agosto/97, faleceu Telma Tibúrcio Oliveira e, em novembro do mesmo ano, a empresa Angra notificou Wagner acerca de sua inadimplência com referido contrato, tendo sobrevindo uma ação contra ele de reintegração de posse.

Que, em abril/98, os autores adquiriram de Wagner o referido imóvel, tendo havido um acordo no processo movido por Angra Empreendimentos Ltda., no sentido de que os autores pagariam a dívida, tendo tal acordo, ao que disseram, sido cumprido.

Que, naquela oportunidade, compareceram no feito Wagner, como meeiro, e os filhos do casal.

Que a filha de Wagner e Telma, Glaucimar, já maior de idade, recebeu sua quota-parte e outorgou procuração pública.

Que a posse do imóvel lhes foi transmitida, permanecendo tal situação até a presente data.

Que o inquilino do referido imóvel lhes teria informado que uma pessoa de nome Wellington Silva comparecera no imóvel, identificando-se como seu proprietário.

Que verificaram ter o réu Wagner deixado de providenciar o inventário de Telma e ainda ter havido uma venda direta da empresa Sollo Urbanismo Ltda. para terceira pessoa, sem observância do aludido acordo firmado nos autos da ação de reintegração de posse.

Assim, assinalaram que a referida venda não poderia produzir efeitos porque o imóvel já lhes pertencia, estando eles, inclusive, na sua posse.

Discorreram sobre o direito que entenderam aplicável ao caso e ao final pediram a procedência da ação, com a decretação da nulidade da venda e condenação dos réus em indenização por danos morais.

Juntaram documentos.

Houve citação dos réus.

Wellington Silva contestou a ação às f. 146/155.

Disse ter adquirido o imóvel descrito na inicial diretamente da empresa Sollo Urbanismo Ltda., não constando qualquer registro dele em nome de Wagner Francisco de Oliveira, de quem os autores alegaram tê-lo adquirido.

Disse mais: que o contrato era legal, tendo apresentado todos os pressupostos necessários para sua validade e acrescentou não ter havido qualquer vício de consentimento ou outra razão para a decretação de sua nulidade.

Acrescentou que, embora os autores tenham dito que compraram o imóvel, eles nunca providenciaram seu registro, e isso lhes retiraria qualquer direito à propriedade.

Discorreu sobre o princípio da boa-fé nas relações negociais e sobre a teoria da aparência, insistindo ter agido dentro da legalidade quando adquiriu o imóvel, não havendo qualquer razão jurídica para sua nulidade.

Por fim, verberou o pedido de indenização por danos morais dos autores.

Sollo Urbanismo Ltda., de sua vez, apresentou contestação às f. 164/174.

Apontou preliminar de ilegitimidade passiva, assinalando não ter participado de qualquer transação relativa a instrumento de compra e venda do imóvel.

No mérito, narrou o contrato firmado com Wagner e disse não ter aquiescido de qualquer transferência do referido imóvel a terceira pessoa, salientando que, no acordo firmado nos autos da ação de reintegração de posse, não constara qualquer obrigação de sua parte.

Assim, disse que a liberação do imóvel, após sua quitação e assinatura da escritura, foi apenas um cumprimento do contrato ao qual se obrigava.

Adiante, disse que a transferência do referido imóvel para Wellington Silva se teria dado legalmente, porque ele estava quitado e foi a pessoa indicada por Wagner como cessionário do contrato.

Com isso, disse desconhecer qualquer relação com os autores, de modo que nenhuma obrigação tinha com eles.

Pediu a improcedência da ação.

Juntou documentos.

Os autores impugnaram as contestações às f. 205/215.

À f. 217, houve decisão no sentido de decretar a revelia de Wagner Francisco de Oliveira.

Às f. 282/289, realizou-se audiência de instrução e julgamento, na qual foram tomados os depoimentos pessoais das partes e ouvida uma testemunha dos autores.

Cada parte apresentou, sob forma de memorial, suas razões finais.

Cumpre salientar que constam, em autos apensos, ação de imissão de posse movida por Wellington Silva, relativamente ao imóvel objeto dessa demanda, ação de reintegração de posse também ajuizada por Wellington Silva e embargos de terceiros relativos à ação de reintegração de posse, movidos pelos ora autores contra Wellington Silva.

A reintegração de posse e embargos de terceiros foram extintos em sentença proferida naquela primeira demanda.

Às f. 309/351 destes autos, foi proferida sentença que julgou a ação de nulidade de ato jurídico, a imissão de posse e uma impugnação a deferimento de justiça gratuita que João Pereira Braga Filho e sua mulher manejaram contra Wellington Silva.

Quanto à ação de nulidade de ato jurídico c/c dano moral, o pedido foi julgado parcialmente procedente, tendo a sentença entendido que o réu Wagner Francisco, na ação de reintegração de posse que Sollo Urbanismo Ltda. lhe moveu, teria assumido com os autores o compromisso de venda do imóvel, porque eles quitaram sua dívida com a Sollo.

Contudo, a sentença não entendeu ter havido danos morais.

Assim, decretou a nulidade da venda feita por Wagner Francisco de Oliveira a Wellington Silva.

Conseqüentemente, julgou improcedente a ação de imissão de posse movida por Wellington Silva, condenando-o por litigância de má-fé.

Finalmente, rejeitou a impugnação à justiça gratuita deferida ao réu Wellington Silva.

Daí o recurso de Wellington Silva, de f. 333/348.

Inicialmente, o apelante faz menção ao parecer do representante do Ministério Público, atuante no juízo criminal, que está por cópia às f. 237/239, notadamente sobre a observação de que os aqui autores não teriam feito prova dos aludidos pagamentos, embora intimados a apresentar recibos.

Disse que também na presente ação não teria havido prova de qualquer pagamento feito por João Pereira a Wagner, não tendo se concretizado o negócio. Daí o motivo pelo qual os autores não buscaram o registro da compra e venda do imóvel.

Adiante, disse que a sentença se embasou em depoimento do próprio réu Wagner, que teria interesse na demanda, principalmente em razão da possibilidade de responder a uma ação criminal.

Assinalou que o depoimento da única testemunha ouvida nos autos não era suficiente para comprovar a fraude e acrescentou que fraude não se presume.

Mais: disse que a petição inicial baseou a alegação de nulidade no fato de ter o réu Wagner vendido o imóvel após a morte de sua mulher, contudo, como o imóvel nunca foi registrado no cartório como dele, essa venda nem poderia ser discutida.

Ressaltou tê-lo adquirido da própria Sollo, em nome de quem o imóvel estava na época.

Com isso, insiste na inocorrência de qualquer das hipóteses do art. 166 do Código Civil, notadamente ter havido ilicitude na venda, ao contrário do entendimento da sentença.

Discorreu longamente sobre essa questão e disse que, em sendo a matéria unicamente de direito, deveria a sentença ter apenas se atido na regularidade do ato.

Bateu-se pela boa-fé e teoria da aparência, voltando aos temas de sua contestação.

Pediu a reforma da sentença, inclusive quanto à improcedência da sua ação de imissão de posse, com o deferimento de tutela recursal para que possa adentrar o imóvel.

Os autores apresentaram contra-razões às f. 351/360 e apelação adesiva às f. 365/368, para que a sentença seja reformada quanto ao não-acolhimento do pedido de indenização por danos morais.

Da apelação principal (réu).

Conheço do recurso porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

Os autores/apelados, embasando seu pedido na ocorrência de fraude, pediram a nulidade da venda e do conseqüente registro do imóvel descrito na inicial, feita por Sollo Urbanismo Ltda. em favor de Wellington Silva.

Contudo, entendo que não têm eles razão porque, na verdade, não houve qualquer irregularidade no negócio encetado por aquelas partes.

Não há como derruir o negócio jurídico quando a empreendedora transfere a propriedade do imóvel objeto de contrato de promessa de compra e venda a terceira pessoa indicada pelo promitente comprador, notadamente se esse contrato foi inteiramente quitado e o promitente indica tal pessoa como sua cessionária, porque o direito protege o adquirente de boa-fé.

No caso dos autos, para a Sollo Urbanismo Ltda. nenhuma diferença fazia se, no acordo firmado nos autos da ação de reintegração de posse que moveu contra Wagner, com quem firmou o negócio, a quitação da dívida se daria com cheques de João Pereira Braga Filho

ou de quem quer que fosse, especialmente porque naquele acordo não constou nenhuma obrigação no sentido de que ela, empreendedora, somente pudesse transferir o imóvel para João.

Assim, a empresa somente se ateve ao fato de que o contrato fora totalmente quitado, de modo que o originário promitente comprador, caso não houvesse superveniência de impedimento legal, poderia, em princípio, indicar outrem para receber a escritura.

Também não importava para Wellington se Wagner transferiu ou não direitos sobre o imóvel anteriormente, porque o negócio firmado com ele foi absolutamente legal, haja vista que não se provou, aqui, sua má-fé.

Na verdade, a dupla venda feita por Wagner, em tese, somente poderá garantir a João direito de ressarcimento contra ele e, eventualmente, contra a Sollo Urbanismo Ltda.

Bem de ver que Wagner, em seu depoimento de f. 285/286, deixou claro que Wellington não só pagou todo o débito como tomou todas as medidas necessárias para regularizar a situação do imóvel diante da compra e venda efetuada.

Disse o réu:

> [...] que Wellington não ficou devendo nada ao depoente, mas não sabe se pagou o remanescente para os herdeiros da sua falecida esposa Telma; [...] que o réu Wellington, ao adquiriu (*sic*) o imóvel do depoente pagou o debito (*sic*) que pendia na Angra; uma vez que os autores não cumpriram o que foi pactuado com o depoente; que Wellington fez o pagamento diretamente para a Angra; [...] que ao vendeu (*sic*) o imóvel para o réu Wellington Silva já havia dado ciência ao mesmo de que teria alienado anteriormente o bem aos autores, mas eles não teriam cumprido o que foi combinado; [...] que para efeito de quitação do debito (*sic*) o depoente e Wellington estiveram juntos na Angra, mas quem providenciou toda papelada junto a empresa foi o comprador Wellington; [...] que Wellington pagou para Sollo uma taxa de licenciamento ou liberação no valor de seiscentos e sessenta reais; [...]

De se observar, aqui, que a iniciativa de Wellington foi bem mais condizente com quem efetivamente adquire um imóvel, porque os autores, na verdade, nem procuraram registrar o contrato firmado com Wagner.

Não se está olvidando que Wagner teria vendido o imóvel duas vezes, é bom que fique claro isso, porque essa situação foi inclusive confessada nos autos por ele.

O que não se acolhe é a tese de nulidade da segunda compra e venda firmada com Wellington, porque ela se deu de boa-fé por parte do comprador (visto que a má-fé não foi provada) e, como tal, o direito a resguarda.

É bem verdade que a ré Sollo Urbanismo Ltda., em sua contestação (especificamente à f. 167), disse que, em 11.08.2004, Wagner teria comparecido em sua sede com certidão de óbito da mulher na qual não constava existência de herdeiros, quando, na verdade, à f. 18, no referido documento (certidão de óbito) consta que a falecida deixara dois filhos.

Assim, em tese, tanto Wagner Francisco de Oliveira quanto Sollo Urbanismo Ltda. poderão responder por perdas e danos perante João Pereira Braga Filho e sua mulher.

Esse fato estabelece, inequivocamente, que a ré Sollo Urbanismo Ltda. não se houve com as cautelas necessárias, (nesse tópico, a Sollo Urbanismo Ltda. se torna responsável perante os apelados João e sua mulher), porém, repita-se, a compra e venda de boa-fé de Wellington deve ser resguardada.

Veja-se a jurisprudência do STJ:

> Civil. Venda de imóvel a duas pessoas distintas. Anulação de escritura e do registro. Improcedência. - A só e só circunstância de ter havido boa-fé do comprador não induz a que se anule o registro de uma outra escritura de compra e venda em que o mesmo imóvel foi vendido a uma terceira pessoa que o adquiriu também de boa-fé. Se duas distintas pessoas, por escrituras diversas, comprarem o mesmo imóvel, a que primeiro levar a sua escritura a registro é que adquirirá o seu domínio. É o prêmio que a lei confere a quem foi mais diligente. Recursos conhecidos e providos (REsp 104200/SP).

Assim, estou que tem razão o apelante em relação ao tópico da sentença que decretou a nulidade do ato jurídico firmado por ele e Sollo Urbanismo Ltda.

Relativamente ao pedido de imissão de posse, contido em ação própria, assinalo que também tem razão o apelante porque há inquestionável direito seu de imitir-se na posse do imóvel que lhe foi alienado, aplicando-se, por integração sistemática, o princípio do Decreto-lei 70/66.

A propósito, veja-se:

> - Decreto-lei n. 70/66. Imóvel financiado. Imissão de posse. - A ação de imissão de posse a que alude o art. 37, § 2º, do DL 70/66 pode ser proposta contra o devedor ou quem está na posse do imóvel (REsp 12508/SP).

*Mutatis mutandis*:

> 1. Em regra, o autor da ação de imissão na posse deve provar, com a inicial, a propriedade do imóvel.
> (...)
> 4. Mera existência de ação anulatória de alienação do imóvel questionado não suspende ação de imissão na posse (REsp 254458/RJ).

Assim, também dou razão ao apelante para julgar procedente a ação de imissão de sua posse no imóvel objeto da demanda, autos apensados de número 0702.06.276908-9.

Com isso, dou provimento ao recurso.

Julgo improcedente a ação de nulidade de ato jurídico promovida por João Pereira Braga Filho e sua mulher contra Wellington Silva, Wagner Francisco de Oliveira e Sollo Urbanismo Ltda.

Custas e honorários, pelos autores, estes de 20% sobre o valor da causa para os advogados de Wellington

Silva, e de 20% sobre o valor da causa para os advogados de Sollo Urbanismo Ltda., porque Wagner Francisco de Oliveira não contestou a ação.

Julgo procedente a ação de imissão de posse movida por Wellington Silva contra Milton Antônio da Silva e sua mulher, mas indefiro o pedido de liminar recursal porque não ficou demonstrado o risco de prejuízo irreparável.

Custas e honorários, pelos réus, estes de 10% sobre o valor da causa, ficando suspensa a cobrança porque defiro aos réus a justiça gratuita requerida na contestação.

Da apelação adesiva (dos autores).

Conheço do recurso porque presentes seus pressupostos legais, contudo dou-o por prejudicado porque dei provimento à apelação principal e julguei improcedente a ação promovida pelos ora apelantes.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MÁRCIA DE PAOLI BALBINO e EDUARDO MARINÉ DA CUNHA.

*Súmula* - DEFERIRAM AOS RÉUS A JUSTIÇA GRATUITA, DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO PRINCIPAL E JULGARAM PREJUDICADA A ADESIVA.

...

## Ação de cobrança - Representação comercial - Contrato - Prescrição - Prazo - Lei 8.420/92 - Aplicabilidade - Comissão - Valor - Critério de fixação - Ônus da sucumbência - Assistência judiciária

Ementa: Ação de cobrança. Representação comercial. Prescrição parcial da pretensão. Provas. Valoração. Valor das comissões. Procedência parcial dos pedidos. Verba sucumbencial. Distribuição.

- Com o advento da Lei 8.420/92, o prazo prescricional dos direitos decorrentes do contrato de representação comercial passou a ser qüinqüenal, consoante o art. 44, parágrafo único, da citada lei.

- As comissões devem ser calculadas sobre o valor total das mercadorias, sem exclusão de impostos a ele agregados.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0079.05.208261-1/001 - Comarca de Contagem - 1º apelante: Cofeemig Representações Comerciais - 2º apelante: Açucareira Corona S.A. - Apeladas: Açucareira Corona S.A., Cofeemig Representações Comerciais Ltda. - 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 NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 23 de setembro de 2008. - *Unias Silva* - Relator.

### Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral, pela segunda apelante, o Dr. Henrique Avelino R. P. Lana.

DES. UNIAS SILVA - Cuida-se de recurso de apelação interposto contra decisão proferida pela MM. Juíza de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Contagem, que, nos autos da ação sumária de cobrança ajuizada por Cofeemig Representações Comerciais Ltda. em face de Açucareira Corona S.A., julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, condenando a ré a pagar à autora as diferenças pleiteadas na inicial.

Na sentença de f. 528/534, os pedidos foram julgados parcialmente procedentes.

Da primeira apelação.

Inconformada, recorre a autora - Cofeemig Representações Comerciais Ltda. (primeira apelante) - às f. 537/551. Alega, inicialmente, a inocorrência de prescrição reconhecida pela r. sentença em relação às comissões devidas antes de 31.10.98.

Salienta que, conforme maciça jurisprudência pátria, a prescrição a que se refere o parágrafo único do art. 44 da Lei 4.886/65 diz respeito única e exclusivamente ao direito de ação, e não aos direitos inerentes ao contrato de representação comercial, os quais são tidos como de natureza personalíssima e, portanto, possuem prazo prescricional diverso.

Requer seja imputada à segunda apelante a obrigação de arcar com a totalidade dos ônus sucumbenciais ou que, alternativamente, seja modificada a distribuição dos ônus sucumbenciais.

Contra-razões às f. 570/582.

Da segunda apelação.

Também inconformada, recorre a suplicada - Açucareira Corona S.A. - através das razões de f. 553/565. Alega que a preliminar suscitada deveria ter sido acolhida, a fim de extinguir o processo, porquanto não foi comprovado o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, tal como determina o art. 268, *caput*, do CPC.

Quanto ao mérito propriamente dito, afirma que a incidência de IPI na base de cálculo das comissões pagas à primeira apelante deve ser declarada legal e que deve haver o ressarcimento de valores atinentes à venda de álcool.

Alternativamente, requer que, caso seja mantida a determinação de ressarcimento de valores atinentes à

venda de álcool, seja esta calculada sobre o percentual de 0,5% sobre as vendas.

Por fim, suplica pela reforma da decisão que a condenou ao pagamento de indenização por rescisão contratual e pela modificação da condenação de honorários advocatícios.

Contra-razões às f. 585/601.

Este é o relatório. Passo a decidir.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos.

Do primeiro apelo.

Em relação à prescrição, verifico que a sentença se apresenta correta. Ora, com a entrada em vigor da Lei 8.420/92, o prazo prescricional dos direitos decorrentes do contrato de representação comercial passou a ser qüinqüenal, consoante o art. 44, parágrafo único, da citada lei.

Por certo, estamos diante de valores que eram pagos mediante prestações periódicas e autônomas, equiparadas a direitos trabalhistas, oriundas de contrato de representação comercial que se sujeitam ao prazo prescricional de cinco anos, conforme já dito, sendo atingidas todas as prestações eventualmente devidas, vencidas e não reclamadas antes do qüinqüênio anterior à propositura da demanda.

Conforme doutrina de Caio Mário da Silva Pereira:

> quando a obrigação se cumpre por prestações periódicas, porém autônomas, cada uma está sujeita à prescrição, de tal forma que o perecimento do direito às mais remotas não prejudica a percepção das mais recentes (*Instituições de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, p. 601).

Para responder às indagações acerca da prescrição trazidas pela recorrente, trago a lume os ensinamentos de Plácido e Silva (na obra *Vocabulário jurídico*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense):

> Na significação jurídica atual, a prescrição exprime o modo pelo qual o direito se extingue, em vista do não-exercício dele. Por certo lapso de tempo.
> Mas, a prescrição, pressupondo a existência de um direito anterior, revela-se, propriamente, a negligência ou a inércia na defesa desse direito pelo respectivo titular, dentro de um prazo, assinalado em lei, cuja defesa é necessária para que não o perca ou ele não se extinga.
> É, assim, a omissão de ação, para que se assegure o direito que se tem, no que se difere da decadência, fundada na falta de exercício, que se faz mister para obtenção de um direito.
> Nesta razão, a prescrição é compreendida como a extinção de um direito, conseqüente do curso de um prazo, em que se negligenciou a ação por um prazo, em que se negligenciou a ação para protegê-la, ou o próprio curso do prazo, em que o direito se extingue por falta de ação de seu titular.
> Praticamente, como modo extintivo de direito ou de obrigação, a prescrição manifesta-se como meio de adquirir direito ou de se livrar de obrigação, pelo transcurso de certo tempo, segundo as condições estabelecidas por lei.
> Nesta razão, determinada a prescrição pela negligência ou pela inércia a respeito da ação protetora de um direito, no prazo assinalado por lei, é princípio assente que não prevalece a omissão ou a falta relativamente à pessoa que não possa agir ou esteja impossibilitada de agir: *Non valentem agere non currit praescriptio*.

Portanto, conforme salientado pela nobre Julgadora de primeiro grau, eventuais direitos da apelante anteriores a 31.10.98 estão prescritos.

No que toca à distribuição dos ônus sucumbenciais, também não deve ser reformado o *decisum* recorrido, porquanto aplicável à espécie o disposto no art. 21, *caput*, do CPC.

Pelo exposto, nego provimento ao primeiro recurso.

Do segundo apelo.

No que diz respeito à aplicação da disposição contida no art. 268 do CPC, compartilho do entendimento externado pela ilustre Sentenciante. Isso porque, em sendo a parte suplicante beneficiária da gratuidade judiciária, não há como obrigá-la ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios.

Nesse sentido:

> Ao beneficiário da assistência judiciária não é lícito impor-se a prova do pagamento dos encargos financeiros do processo anterior, extinto sem julgamento do mérito, como ônus para a repropositura de igual demanda (*RT* 614/59).

Quanto ao cálculo das comissões, também não está a merecer qualquer reforma a sentença.

Ora, como cediço, o princípio do *pacta sunt servanda* não é absoluto, podendo o Judiciário intervir todas as vezes que se fizer necessário fazer prevalecer a justiça, a igualdade e a boa-fé das relações negociais.

Por certo, o pagamento das comissões deverá ser feito nos termos do art. 32 da Lei nº 4.886, de 1965, que dispõe claramente que "o representante comercial adquire o direito às comissões quando do pagamento dos pedidos ou propostas" e completa, em seu § 4º, que "as comissões deverão ser calculadas pelo valor total das mercadorias".

Assim sendo, o pagamento das comissões deverá não só respeitar o prazo estabelecido em lei, mas também deverá ser calculado pelo valor total das mercadorias.

Por valor total das mercadorias, entende-se aquele que abrange o valor da mercadoria acrescido dos tributos a ela agregados, e não como menciona a apelante em suas alegações, ou seja, excluído o valor do imposto a ser recolhido.

Nesse sentido, confira-se a jurisprudência já citada neste voto: TAMG - AP 0292709-7 - Rel. Lauro Bracarense - j. em 11.11.1999.

Por todo o aqui exposto, nego provimento ao segundo recurso.

Resultado: negar provimento a ambos os recursos de apelação.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ELPÍDIO DONIZETTI e FÁBIO MAIA VIANI.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

...

## Mandado de segurança - Reexame necessário - Lei 11.441/2007 - Inventário - ITCD - Prazo legal - Quitação - Multa - Inaplicabilidade - Certidão negativa de débito

Ementa: Mandado de segurança. ITCD. Inventário extrajudicial. Certidão negativa de débito. Inexigibilidade da multa aplicada. Sentença confirmada.

- No novo procedimento de inventário extrajudicial, com base na Lei Federal nº 11.441/07 e no Provimento nº 164/07 da Corregedoria-Geral de Justiça de Minas Gerais, ocorrendo o pagamento do ITCD e a declaração de bens pelo espólio do falecido, no prazo legal, inexiste fundamento válido para a cobrança da multa prevista no art. 27 da Lei Estadual nº 14.941/03, figurando-se inexigível o condicionamento do fornecimento da certidão a seu pagamento.

**APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0313.07.228372-1/002 - Comarca de Ipatinga - Remetente: Juiz de Direito da Vara de Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Ipatinga - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelados: Maria da Conceição Nunes Marques e outro - Autoridade coatora: Delegado Fiscal da Superintendência Regional da Fazenda IV - 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 CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 25 de setembro de 2008. - *Teresa Cristina da Cunha Peixoto* - Relatora.

### Notas taquigráficas

DES.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO - Conheço do recurso voluntário e da remessa necessária, a teor do parágrafo único do art. 12 da Lei nº 1.533/51, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Cuidam os autos de "mandado de segurança" impetrado por Maria da Conceição Nunes Marques, Fernando Nunes Marques, Amair Eulália Nunes Marques e Afrânio Nunes Marques contra ato praticado pelo Delegado Fiscal da Superintendência Regional da Fazenda IV de Ipatinga, afirmando que, após o falecimento do esposo e pai dos impetrantes, providenciaram o inventário de bens deixado pelo falecido, recolhendo o respectivo ITCD, e juntando declaração de bens e direitos e esboço de partilha amigável, mas, requerida a certidão negativa de débitos junto à Administração Fazendária, o impetrado, após quatro meses, deixou de fornecer a certidão, exigindo multa de 20% sobre o valor pago, à alegação de desobediência ao art. 27 da Lei Estadual nº 14.941/2003, pretendendo, por isso, a concessão da segurança, com o objetivo de ser determinada a expedição da certidão.

O MM. Juiz de primeiro grau concedeu a segurança "para determinar ao impetrado que emita a Certidão Negativa de Débitos sem a exigência do pagamento de multa, visto que ilegal a cobrança" (f. 118/121), consignando que o pagamento do imposto e a declaração de bens se deram no prazo legal, demorando o impetrado cerca de três meses para apreciar os documentos apresentados pelos impetrantes, razão pela qual não poderia imputar a eles o seu próprio atraso, sendo indevida a multa e ilícito o condicionamento da expedição da certidão a seu pagamento.

Inconformado, apelou o Estado de Minas Gerais (f. 124/131), sustentando resumidamente que não foi iniciado o procedimento notarial, à assertiva de que não havia certidão negativa de débito estadual, porém "é cediça a possibilidade de início de processo judicial sem a mesma certidão, desde que, apresente-a durante o trâmite", também sendo possível o início do procedimento notarial sem a certidão, aduzindo que, "sem a prova do início do procedimento, é de se aplicar a multa" e que "não há nos autos nenhuma notícia de impedimento de início de procedimento pelo Sr. Oficial do Cartório", requerendo o provimento do recurso.

Às f. 132/133, manifestaram-se os impetrantes no sentido de que houve o fornecimento da certidão pretendida, requerendo "a extinção da ação [...], com fulcro no art. 267, VI, do CPC".

A douta Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais apresentou parecer às f. 146/149, opinando pela manutenção da sentença, no reexame necessário.

Revelam os autos que Maria da Conceição Nunes Marques, Fernando Nunes Marques, Amair Eulália Nunes Marques e Afrânio Nunes Marques impetraram mandado de segurança contra ato do Delegado Fiscal da Superintendência Regional da Fazenda IV de Ipatinga, pretendendo a expedição da certidão negativa de débito independentemente do pagamento da multa exigida, tendo o Magistrado de primeiro grau concedido a segurança, o que motivou a presente irresignação, assim como a remessa necessária.

Inicialmente, registra-se que o imposto *causa mortis* é dos mais antigos na história da tributação, incidente sobre as heranças e legados desde a Roma Antiga, sendo que, no Brasil, desde 1891 cabe aos Estados a cobrança do tributo, estabelecendo a Constituição da República de 1988, *in verbis*:

> Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
> I - transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos.

Nesse diapasão, o art. 38 do Código Tributário Nacional determina que "a base de cálculo do imposto é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos", determinando os arts. 13, inciso I, e 17 da Lei Estadual nº 14.941/03, que dispõe sobre o ITCD, que "o imposto será pago na transmissão *causa mortis*, no prazo de cento e oitenta dias contados da data da abertura da sucessão" e que "o contribuinte apresentará declaração de bens com discriminação dos respectivos valores em repartição pública fazendária e efetuará o pagamento do ITCD no prazo estabelecido no art. 13".

Estipula, por sua vez, o art. 27 da legislação estadual, que serviu de amparo para a aplicação da multa impugnada e que foi revogado pelo art. 5º da Lei nº 17.272, de 28 de dezembro de 2007, *verbis*:

> Art. 27. Na transmissão *causa mortis* em que o inventário ou o arrolamento não for requerido no prazo de noventa dias contados da abertura da sucessão, será cobrada multa de 10% (dez por cento) sobre o valor do imposto devido, sem prejuízo de outras penalidades cabíveis.
> Parágrafo único. Se o inventário ou o arrolamento a que se refere o *caput* deste artigo não for requerido no prazo de cento e vinte dias contados da abertura da sucessão, a multa será de 20% (vinte por cento) sobre o valor do imposto devido, sem prejuízo de outras penalidades cabíveis.

Examinando-se os autos, observa-se que em 5 de março de 2007 faleceu Amorino Marques de Amaral Filho (certidão de óbito de f. 30), tendo o seu espólio providenciado o pagamento do ITCD no dia 4 de abril de 2007 (f. 22), também providenciando a entrega da "Declaração de Bens e Direitos" junto à Administração Fazendária, para fins de homologação do pagamento do imposto e expedição da certidão negativa de débito (f. 23/29), constando dos autos o "Esboço de Partilha Amigável" de f. 31/47, que informa que "consta este esboço que, no momento oportuno, será apresentado no 2º Cartório de Notas da Comarca de São Domingos do Prata, MG, a partilha dos bens deixados por Amorino", exigindo a Delegacia Fiscal de Ipatinga em julho de 2007, todavia, multa de R$ 5.709,55, nos termos do art. 27 da Lei nº 14.941/03 (f. 48/50).

Reconheceu a autoridade impetrada, em sede de informações, que,

> No dia 05 de março de 2007, faleceu o esposo e pai dos impetrantes, com a conseqüente abertura de prazo para realização do início dos procedimentos formais de transferência e para o pagamento do ITCD. Abertura de sucessão ocorre com o falecimento, sendo que atualmente o procedimento é administrativo/notarial. Tal requerimento, segundo informado, deveria ser realizado no Cartório do 2º Ofício de São Domingos do Prada, todavia ainda não se realizou. Esclareço que houve quitação do ITCD com desconto, porém, tendo em vista o valor do débito, a declaração de bens e direitos foi encaminhada para esta Delegacia Fiscal para avaliação mais apurada. Informo que o requerimento para certidão negativa, protocolado em 04 de abril, foi apreciado apenas em julho, sendo positivo diante do não-pagamento da multa por atraso no requerimento para iniciar o procedimento administrativo (f. 77/78).

Importante considerar que a Lei Federal nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007, alterou dispositivos do Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual pela via administrativa, editando a Corregedoria-Geral de Justiça de Minas Gerais, a propósito, o Provimento nº 164/2007, dispondo sobre a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por escritura pública, que estipula no inciso VII do seu art. 12 que

> É necessária a apresentação dos seguintes documentos para lavratura da escritura pública de inventário e partilha: certidões negativas de débito, ou positivas com efeito negativo, expedidas pelas fazendas públicas federal, estadual e municipal, em favor do autor da herança.

Sendo assim, consoante entendeu o Magistrado singular, o pagamento do imposto e a declaração de bens pelos impetrantes ocorreram no prazo legal, inexistindo fundamento válido para a cobrança da multa, pelo que inexigível o condicionamento do fornecimento da certidão ao seu pagamento, sobretudo em se considerando o teor do art. 205 do CTN, sendo certo que a certidão negativa de débito é exigida para o novo procedimento de inventário escolhido pelos impetrantes, mediante escritura pública.

Nesse sentido, esclareceu a douta Promotora do Ministério Público estadual que

> Os autores demonstraram nos autos, pelos documentos juntados às f. 22/50 que em 04.04.2007 protocolaram junto à Fazenda Estadual Declaração de Bens e Direitos e pedido de expedição de certidão de inexistência de débitos junto à Fazenda Estadual, tendo feito ainda, naquela ocasião, o pagamento do ITCD devido e apresentado, ainda, esboço de partilha amigável onde informavam que promoveriam o inventário dos bens deixados por Amorino Marques do Amaral Filho junto ao 2º Cartório de Notas da Comarca de São Domingos do Prata. Demonstraram ainda os impetrantes, por meio do documento de f. 49/50 e pela própria confirmação da autoridade impetrada, que somente em 13 de julho do ano corrente lhes foram devolvidos os documentos apresentados para análise e apreciado e negado o pedido de expedição da certidão negativa de débitos requerida em 04 de abril de 2007. [...] No entanto, razão não assiste à autoridade impetrada quando afirma que os impetrantes deveriam e poderiam ter dado início ao inventário mesmo sem a apreciação da Fazenda do pedido de expedição de certidão negativa de débitos. Esse início poderia ter se dado no caso do inventário feito judicialmente. No entanto, tendo os impetrantes optado pela promoção do inventário por via

> notarial e informado à impetrada tal opção, aos impetrados não era possível o início do procedimento sem o fornecimento pela Fazenda Estadual da certidão negativa de débitos (f. 114/115).

Não há que se falar, portanto, em retardamento do início do inventário, sendo que, tendo os ora apelados tomado as providências cabíveis, no prazo legal, no sentido do fornecimento da certidão negativa de débitos, inclusive com o objetivo de iniciar o procedimento notarial, a confirmação da sentença que concedeu a segurança é medida que se impõe, bem concluindo o Magistrado que,

> não havendo descumprimento de qualquer prazo por parte dos impetrantes, por motivo que possa ser imputado aos mesmos, configura-se ilícito o condicionamento da expedição da certidão ao pagamento da multa de R$ 5.709,55 (f. 121).

Finalmente, anota-se que, ainda que tenha havido o fornecimento da certidão pretendida, não é o caso de se extinguir o feito, com fulcro no art. 267, inciso VI, do CPC, *data venia* da manifestação dos apelados de f. 132/133, incumbindo ao Tribunal a devida apreciação da questão, oportunidade em que se efetivará o direito dos postulantes, mormente se levarmos em conta a decisão proferida no julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.0313.07.228372-1/001, que neste momento revi.

Com tais considerações, confirmo a sentença de primeiro grau, no reexame necessário, ficando prejudicado o recurso voluntário.

Custas recursais, pelo apelante, isento na forma da lei.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES ELIAS CAMILO e FERNANDO BOTELHO.

*Súmula*: NO REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

...

## Jurisdição voluntária - Procedimento - Inventário - Escritura pública - Lei 11.441/07 - Opção para a parte - Extinção do processo - Impossibilidade

Ementa: Procedimento de jurisdição voluntária. Inventário. Escritura pública. Lei 11.441. Faculdade para a parte. Extinção do processo. Impossibilidade.

- A Lei 11.441, de 04.01.07, que passou a viger na data de sua publicação, trouxe significativas mudanças ao Código de Processo Civil, permitindo que inventários, separações e divórcios sejam realizados perante Cartórios de Tabelionatos, desde que as partes, capazes, estejam concordes com os termos da escritura pública.

- Todavia, essa lei prevê uma opção a ser exercida pelas partes interessadas, em conformidade com o caso específico, inserindo o verbo "poderá", indicativo de faculdade, e não de obrigatoriedade.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0105.07.237535-2/001 - Comarca de Governador Valadares - Apelante: Maria Auxiliadora de Mattos Viana, inventariante - 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 DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 30 de setembro de 2008. - *Eduardo Andrade* - Relator.

### Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pela apelante, o Dr. Ary Soares.

DES. EDUARDO ANDRADE - Trata-se de pedido de abertura de inventário judicial formulado por Maria Auxiliadora de Mattos Viana, em razão do falecimento do seu marido, Raimundo Nonato Viana, objetivando a partilha do único bem imóvel deixado pelo autor da herança.

O ilustre Juiz *a quo* julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, com base no art. 267, VI, do CPC, condenando a requerente ao pagamento das custas processuais porventura devidas, ao fundamento de que, com a entrada em vigor da Lei 11.441, de 04.01.07, que conferiu nova redação aos arts. 982, 983 e 1.031 do CPC, revela-se absolutamente desnecessária a propositura da presente ação judicial (f. 25/26).

Inconformada, a apelante interpôs o presente recurso, pretendendo a reforma do *decisum*, sob a alegação principal de que o inventário e a partilha por escritura pública, previstos nos arts. 982, 983 e 1.031 do CPC, com a nova redação da Lei 11.441, de 04.01.07, configuram procedimento facultativo, e não obrigatório (f. 28/30).

Presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do recurso.

Consta dos autos que Maria Auxiliadora de Mattos Viana requereu, mediante procedimento de jurisdição contenciosa, a abertura de inventário pela morte do seu

marido, Raimundo Nonato Viana, objetivando a partilha do único bem imóvel deixado pelo autor da herança.

O ilustre Juiz *a quo*, entretanto, extinguiu o processo sem resolução do mérito, com base no art. 267, VI, do CPC, ao fundamento de que, com a entrada em vigor da Lei 11.441, de 04.01.07, que conferiu nova redação aos arts. 982, 983 e 1.031 do CPC, revela-se absolutamente desnecessária a propositura da presente ação judicial.

É fato que a Lei 11.441, de 04.01.07, que passou a viger na data de sua publicação, trouxe significativas mudanças ao Código de Processo Civil, permitindo que inventários, separações e divórcios sejam realizados perante Cartórios de Tabelionatos, desde que as partes, capazes, estejam concordes com os termos da escritura pública.

Em que pese o entendimento doutrinário no sentido de que, configuradas as hipóteses legais, devem os autos ser remetidos para que o notário efetue, administrativamente, o inventário, a separação ou o divórcio, filio-me ao entendimento majoritário de que a Lei 11.441, de 04.01.07, apenas facultou que aqueles procedimentos sejam feitos extrajudicialmente, mediante escritura pública.

Isso porque, caso contrário, estaríamos admitindo que a lei obriga o procedimento administrativo quando configuradas as suas hipóteses, o que não pode ser admitido como verdadeiro.

A Lei 11.441, de 04.01.07, prevê uma opção a ser exercida pelas partes interessadas, em conformidade com o caso específico, inserindo o verbo "poderá", indicativo de faculdade, e não de obrigatoriedade, como se observa da redação do art. 982 do CPC:

> Art. 982. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial; se todos forem capazes e concordes, poderá fazer-se o inventário e a partilha por escritura pública, a qual constituirá título hábil para o registro imobiliário.

Ressalte-se que a redação do art. 982 do CPC não poderia ser diferente em razão dos inúmeros problemas que poderiam advir da obrigatoriedade do procedimento administrativo, a saber: a parte interessada poderia necessitar de recursos provenientes da alienação de um dos bens do espólio para pagamento de tributos, não possuindo o notário competência nem atribuição para esse tipo de autorização; o procedimento administrativo do inventário por escritura pública é mais dispendioso do que o procedimento judicial; a parte interessada poderia necessitar do deferimento de assistência judiciária, que dificilmente seria concedido pelos tabeliães; e há exigência legal para que as partes, no inventário por escritura pública, sejam acompanhadas por advogado, mas não há previsão para a nomeação de defensor público, cuja alternativa é possível no procedimento judicial.

Dessa forma, não se me afigura possível nem razoável exigir do interessado que proceda ao inventário mediante o procedimento administrativo, quando as partes forem capazes e concordes.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, para cassar a v. sentença recorrida, determinando-se o regular prosseguimento do feito.

Custas, ao final.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES GERALDO AUGUSTO e VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO.

...

## Indenização - Contratação de empréstimo - Uso de documento falso - Cadastro de proteção ao crédito - Inscrição indevida - Dano moral - Configuração - Valor da indenização - Fixação

Ementa: Civil. Apelação. Ação de indenização. Contratação de empréstimo com documento falso. Negativação indevida. Dano moral configurado. Responsabilidade civil caracterizada. Valor da indenização. Circunstâncias. Razoabilidade e proporcionalidade. Majoração. Não-cabimento. Recurso não provido.

- Aquele que, por negligência, causa dano a outrem, tem responsabilidade civil de indenizar.

- Se a instituição financeira é negligente e permite a contratação de empréstimo e cartão de crédito no seu estabelecimento mediante apresentação de documento extraviado, sendo o nome do consumidor inscrito nos cadastros de proteção ao crédito, devida se mostra a indenização por danos morais.

- A fixação do valor da indenização por danos morais deve-se dar com prudente arbítrio, observadas as circunstâncias do caso, a razoabilidade e a proporcionalidade.

Recurso conhecido e não provido.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.277834-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Mariana Coelho de Oliveira - Apelada: Losango Promoções e Vendas Ltda. - 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 REJEITAR PRELIMINAR NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 21 de agosto de 2008. - *Márcia De Paoli Balbino* - Relatora.

## Notas taquigráficas

DES.ª MÁRCIA DE PAOLI BALBINO - Trata-se de ação de indenização por danos morais com pedido de tutela antecipada, proposta por Mariana Coelho de Oliveira contra Losango Promoções de Vendas Ltda.

Sustenta a autora que sofreu danos morais por ter seu nome negativado pela ré, em face da conduta de terceiros que, utilizando-se de seus dados pessoais, contidos em documento extraviado, contratou empréstimo junto à instituição financeira ré. Alegou que não contratou com a ré e que a negativação é indevida. Requereu tutela antecipada para excluir seu nome dos cadastros de inadimplentes e a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais. Requereu, também, os benefícios da justiça gratuita.

Na decisão de f. 26, a MM. Juíza deferiu os benefícios da justiça gratuita.

A ré apresentou contestação, sustentando que existe contrato de empréstimo celebrado em nome da autora e que, ao negativar o nome da autora, agiu em exercício regular de direito. Sustentou que a autora não demonstrou a data da comunicação do furto de seus documentos. Requereu a improcedência dos pedidos da autora.

As partes não produziram provas outras.

Na sentença, a MM. Juíza julgou procedente o pedido da autora.

Constou do dispositivo de f. 98:

> Ante o exposto, julgo procedente o pedido inicial formulado na exordial pela autora, condenando a suplicada ao pagamento de R$ 3.000,00 (três mil reais), a título de danos morais, que deverá ser devidamente atualizado e corrigido de acordo com a Tabela da douta Corregedoria de Justiça do Estado de Minas Gerais, acrescidos de juros de 1% ao mês, desde a data do evento danoso, qual seja a inserção do nome da autora no órgão de proteção ao crédito, até seu efetivo pagamento. Declaro inexistente a relação jurídica entre a autora e a suplicada, tornando nula a dívida existente, bem como tornando definitiva a exclusão do nome da autora junto aos cadastros de inadimplentes em relação à suplicada, ou seja, Losango Promotora de Vendas Ltda., ratificando a liminar proferida.
>
> Condeno ainda a suplicada nas custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 10% sobre o valor da condenação.

A autora apresentou recurso de apelação, requerendo a majoração da indenização por danos morais fixada na sentença. Requereu o provimento do recurso.

Conforme f. 120/121, a ré depositou o valor da condenação.

A ré apresentou contra-razões, sustentando, preliminarmente, a inépcia da inicial, por não existir pedido de declaração de inexistência do débito. No mérito, sustentou que a autora não comprovou que sofreu danos morais. Requereu o acolhimento da preliminar, ou, no mérito, o não-provimento do recurso.

É o relatório.

Juízo de admissibilidade.

Conheço do recurso da autora porque próprio e tempestivo.

Ressalto que a autora, ora apelante, está sob o pálio da gratuidade judiciária, conforme decisão de f. 26.

Preliminar/Inépcia da inicial.

A apelada argüiu preliminar de inépcia da inicial, ao fundamento de que das alegações da inicial não decorre conclusão lógica do pedido de sua condenação ao pagamento de indenização por danos morais, em face da ausência do pedido de declaração de inexistência de débito.

Contudo, entendo que a petição inicial preenche todos os requisitos do art. 282 do CPC, havendo pedido certo e determinado e narrativa fática de fácil compreensão, o que propiciou amplo exercício do direito de defesa da ré/apelada, sendo incabível o seu indeferimento.

A petição inicial só é inepta quando, da narração do fato, não se puder verificar qual a causa da lide ou, ainda, quando os fundamentos jurídicos do pedido não se aplicarem à espécie, não se podendo, outrossim, saber, com exatidão, qual é o pedido.

Em suma, não é inepta a petição inicial que permita ao julgador e à parte adversa apurar o teor da pretensão jurídica da parte autora.

Analisando a referida inicial de f. 02/15, infere-se do seu contexto que é perfeitamente alcançável a causa de pedir, o teor e a extensão do pedido formulado pela autora, que foi prontamente contestado pela ré.

A apelante pode se limitar ao cancelamento da negativação e à indenização, se ela não tem contrato com a apelada, como alega.

Tais pedidos não têm que estar necessariamente cumulados com o de inexistência de dívida.

Nesse sentido leciona Misael Montenegro Filho:

> [...] verifique-se que a jurisprudência tem sido flexível no que se refere à aplicação dinâmica do requisito em análise, considerando apta a inicial na hipótese de expor causa de pedir sucinta, fornecendo condições para a apresentação da defesa do réu, embora não seja completa a narração desenvolvida pelo autor da demanda judicial (MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil, teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Editora Atlas S.A., v. 1, 2005, p. 346).

Dessa forma, pode-se afirmar que a simples possibilidade de compreensão dos fatos e da pretendida conseqüência jurídica traduzida nos pedidos afasta o

reconhecimento da preliminar de inépcia da inicial, sobretudo quando houve o regular exercício do direito de defesa pela ré.

Nesse sentido:

> Cominatória - Inépcia da inicial pedido genérico - Possibilidade de compreensão dos fatos - Exercício regular do direito de defesa preliminar afastada - Recurso improvido. - A simples possibilidade de compreensão dos fatos e da pretendida conseqüência jurídica traduzida nos pedidos afasta o reconhecimento da preliminar de inépcia da inicial, sobretudo quando há o regular exercício do direito de defesa pelo réu (TJMG, Agravo de Instrumento n° 499.738-0, Décima Sexta Câmara Cível, Relator: Sebastião Pereira de Souza, j. em 03.08.2005).

> Cobrança - Inépcia da inicial - Processo extinto - Inteligência art. 284, CPC. - Não há se falar em inépcia da inicial se os fatos foram narrados de maneira lógica e o pedido foi formulado clara e motivadamente, ensejando ao réu pleno exercício de sua defesa. Da inicial que não é absolutamente perfeita, mas do seu contexto, é alcançável a causa de pedir, o teor e a extensão da pretensão formulada, afasta-se a inépcia (TJMG, Apelação Cível n° 2.0000.00.503247-5/000, Décima Sétima Câmara Cível, Walter Pinto da Rocha (Relator convocado), 22.09.2005).

Pelos fundamentos expendidos rejeito a preliminar de inépcia da inicial invocada pela apelada.

Mérito.

A autora recorreu da sentença na qual a MM. Juíza condenou a ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 3.000,00 (três mil reais), em razão de negativação indevida do nome e CPF da apelante.

A alegação da apelante é que o valor atribuído à condenação por danos morais não gera efeito pedagógico à ré, além de não contribuir para minimizar o abalo moral sofrido. Pede majoração.

Examinando tudo que dos autos consta, tenho que não assiste razão à apelante. Vejamos.

Nos autos não há elementos que autorizem a majoração do valor da indenização, uma vez que ambas as partes, a rigor, foram vítimas de conduta dolosa praticada por terceiro.

Na sentença foi analisada e confirmada a presença do dano moral; todavia, quantificá-lo exige do magistrado observância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

É o que nos ensina a doutrina:

> À falta de indicação do legislador, dos elementos informativos a serem observados nesse arbitramento, serão aqueles enunciados a respeito da indenização do dano moral no caso de morte de pessoa da família, de abalo da credibilidade e da ofensa à honra da pessoa, bem como do dote a ser constituído em favor da mulher agravada em sua honra, e que se aproveitam para os demais casos (CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 701 e 705).

Nesse sentido:

> Ementa: Apelação - Pedido de justiça gratuita - Formulação desde a inicial - Deferimento - Indenização - Danos morais - Pedido de majoração - Critérios - Inadmissibilidade - Acréscimo de juros moratórios sobre o valor da condenação - Voto vencido.
> Apesar de o dano moral ser de difícil apuração, dada a sua subjetividade, deve o julgador atentar, quando da fixação, para a sua extensão, para o comportamento da vítima, para o grau de culpabilidade da ofensora e para a condição econômica de ambas as partes, de modo que a ofensora se veja punida pelo que fez e compelida a não repetir o ato e a vítima se veja compensada pelo prejuízo experimentado, sem, contudo, ultrapassar a medida desta compensação, sob pena de provocar o enriquecimento sem causa da requerente, e, eventualmente, fomentar a indústria do dano moral (Ap. 380.104-3/Belo Horizonte, 3ª CCível/TAMG, Rel. Juiz Mauro Soares de Freitas, 26.02.2003).

Também no mesmo sentido:

> Na fixação do valor do dano moral, prevalecerá o prudente arbítrio do julgador, levando-se em conta as circunstâncias do caso, evitando que a condenação se traduza em indevida captação de vantagem, sob pena de se perder o parâmetro para situações de maior relevância e gravidade (Ap. 365.245-3/Alpinópolis, 1ª CCível/TAMG, Rel. Juiz Gouvêa Rios, 01.10.2002).

Demais disso, a apelante não comprovou que tentou junto à apelada o cancelamento da negativação.

A apelante apenas tomou providências quanto ao extravio de seu documento quatro semanas após o fato, conforme narrou no boletim de ocorrência de f. 20, conduta que facilitou a ação dolosa de terceiro.

A apelada realmente negativou o nome da apelante indevidamente, em face da concessão de empréstimo a terceiro, que se utilizou dolosamente dos dados da apelante.

Contudo, embora este fato não afaste a responsabilidade civil em si, já que houve negligência da apelada ao assim contratar, o fato da fraude de terceiro é circunstância que deve reduzir o valor da indenização, pois dele a apelada também foi vítima.

Nesse sentido:

> Civil e processual. Acórdão. Ação de indenização. Protestos de cheques. Abertura de conta corrente com documentos falsos. Responsabilidade da instituição bancária. Dano moral. Valor do ressarcimento.
> I. O protesto indevido dos títulos é gerador de responsabilidade civil para a instituição bancária, desinfluente a circunstância de que a abertura de conta se deu com base em documentos falsificados e para tanto utilizados por terceiro.
> II. Indenização reduzida para adequação à proporcionalidade da lesão.
> III. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido (REsp 967.772/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.11.2007, *DJ* de 23.06.2008 p. 1).

Civil e processual. Acórdão. Ação de indenização. Inscrição em Serasa, oriunda de abertura de conta corrente com documentos falsos. Responsabilidade da instituição bancária. Dano moral. Prova do prejuízo. Desnecessidade. Valor do ressarcimento. Peculiaridades do caso.
I. A inscrição indevida do nome do autor em cadastro negativo de crédito, a par de dispensar a prova objetiva do dano moral, que se presume, é geradora de responsabilidade civil para a instituição bancária.
II. Indenização adequada à realidade da lesão, em que a responsabilidade do banco, decorrente do risco do negócio, foi reduzida, por ter havido utilização, na abertura da conta, de documento materialmente verdadeiro (expedido por órgão identificador oficial), mas ideologicamente falso, pois baseado em certidão de nascimento falsa.
III. Recurso especial conhecido e provido (REsp 964.055/RS, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 28.08.2007, *DJ* de 26.11.2007, p. 213).

Neste Tribunal e nesta 17ª Câmara Cível, a posição jurisprudencial é no mesmo sentido:

Ação de indenização - Inscrição de nome em cadastro de inadimplentes - Estelionatário - Apresentação de documentos adulterados - Falha na atuação da ré - Culpa exclusiva de terceiro – Não-caracterização - Danos morais configurados - Redução da condenação. - Para que se condene alguém ao pagamento de indenização por dano moral, é preciso que se configurem os pressupostos ou requisitos da responsabilidade civil, que são o dano, a culpa do agente, em caso de responsabilização subjetiva, e o nexo de causalidade entre a atuação deste e o prejuízo. Ainda que a cobrança indevida contra o autor tenha origem em negócio jurídico celebrado de forma fraudulenta, diante da obrigação da companhia telefônica de cercar-se dos cuidados necessários para evitar a ação de estelionatários ou, ao menos, a negativação dos dados de pessoas idôneas, não há como deixar de se vislumbrar a ocorrência do ato ilícito. O reconhecimento da excludente de responsabilidade civil, por fato de terceiro, somente é possível na hipótese de ser este o único responsável pelo evento danoso. De acordo com o entendimento jurisprudencial predominante, o dano moral se configura simplesmente pela inscrição ou manutenção indevida de dados em cadastro de maus pagadores. Em caso de dano moral decorrente de atuação irregular de fornecedora com inscrição equivocada de nome de consumidor em cadastro de proteção ao crédito, é necessário ter-se sempre em mente que a indenização por danos morais deve alcançar valor tal que sirva de exemplo e punição para o réu, mas, por outro lado, nunca deve ser fonte de enriquecimento para o autor, servindo-lhe apenas como compensação pela dor sofrida. Sendo a companhia telefônica também vítima da ação de falsários, malgrado lhe fosse possível evitar a fraude, impõe-se a redução da indenização por danos morais arbitrada em primeira instância. (Ap. nº 1.0024.07.451873-9/001, Belo Horizonte, 17ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Eduardo Mariné da Cunha, j. em 06.03.2008; *DJ* de 15.04.2008).

Assim, considerando que a instituição financeira não agiu com dolo absoluto, mas sim com culpa por negligência e induzida por terceiro, que se utilizou dos dados da autora para contratar em seu nome, acarretando a negativação, reconheço a obrigação de indenização por danos morais, porém, mantenho o *quantum* fixado em sentença, em razão do baixo grau de culpabilidade da apelada e das circunstâncias supracitadas.

Dispositivo.

Isso posto, rejeito a preliminar de inépcia da inicial e nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pela apelante.

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores LUCAS PEREIRA e EDUARDO MARINÉ DA CUNHA.

*Súmula* - REJEITARAM PRELIMINAR. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

## Tutela antecipada - Exame psicotécnico - Curso de habilitação de oficiais - Corpo de Bombeiros - Medida cautelar - Art. 273, § 7º, do Código de Processo Civil - Medida assecuratória - Caução - Art. 804 do CPC - Necessidade

Ementa: Administrativo. Agravo de instrumento. Exame psicotécnico. Antecipação da tutela. Curso de habilitação de oficiais. Corpo de Bombeiros. Cautelar. Inteligência do art. 273, § 7º, do CPC. Medida assecuratória. Caução. Art. 804 do CPC. Necessidade.

- Verificado, na espécie, que o pedido de antecipação de tutela preenche os requisitos de deferimento de medida cautelar (CPC, art. 273, § 7º), concedida para fins de afastar a perda do objeto da presente ação, cabe estabelecer, também, a obrigação de o requerente oferecer caução, nos termos do art. 804 do CPC, de forma a impedir que os ônus e os riscos da medida deferida no interesse do autor sejam imputados ao requerido.

Recurso parcialmente provido.

**AGRAVO Nº 1.0024.07.441792-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Tarley Guimarães Araújo - Agravado: Estado 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, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO, VENCIDO O 2º VOGAL EM PARTE.

Belo Horizonte, 14 de agosto de 2008. - *Edgard Penna Amorim* - Relator.

## Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo agravante, a Dr.ª Adélia Rodrigues Campos.

DES. EDGARD PENNA AMORIM - Trata-se de agravo de instrumento interposto por Tarley Guimarães Araújo, nos autos da ação ordinária com pedido de tutela antecipada por ele ajuizada em face do Estado de Minas Gerais, contra decisão da il. Juíza da 7ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias de Belo Horizonte, que indeferiu a tutela antecipada pleiteada para determinar ao requerido que matriculasse o autor no Curso de Habilitação de Oficiais do Corpo de Bombeiros Militares do Estado de Minas Gerais - CHO/BM, que teve início em 06.08.07, com os mesmos direitos e prerrogativas dos demais candidatos, sem qualquer discriminação, inclusive com abono das aulas perdidas (f. 13/15-TJ).

Nas razões de agravo apresentadas às f. 2/12-TJ, o autor relata que foi classificado em 1º lugar nas duas primeiras etapas do concurso para o ingresso no CHO do Corpo de Bombeiros Militares do Estado de Minas Gerais, ano de 2007, e que teria sido injustamente desclassificado na prova de "salvamento em altura". Após a conclusão do percurso em 10 minutos e 30 segundos, o examinador ter-lhe-ia aplicado penalidade de 60 segundos ao invés de 15 segundos, desclassificando-o. Sustenta que não haveria previsão legal do exame em tela e que há a possibilidade de o pleito ser recebido como pedido cautelar, nos termos do art. 273, § 7º, do CPC.

Recebido o agravo pelo em. Des. Silas Vieira, em plantão de fins de semana e feriados, S. Ex.ª entendeu inexistente urgência que justificasse o enfrentamento do pedido de antecipação da pretensão recursal naquele período excepcional (f. 173-TJ).

Distribuído livremente o recurso, vieram-me conclusos os autos, oportunidade em que deferi parcialmente a antecipação da pretensão recursal em caráter cautelar e efeitos *ex nunc* (f. 178/180-TJ), mediante caução, nos seguintes termos:

> Quanto ao pleito de antecipação da pretensão recursal (CPC, art. 527, inc. III, *in fine*), entendo configurados os pressupostos que autorizam a sua concessão, mas somente em face do pedido sucessivo, formulado à luz do art. 273, § 7º, do CPC, pois não se me afigura presente a prova inequívoca que convença da verossimilhança das alegações do recorrente.

De fato, ao exame perfunctório dos autos, próprio deste momento, admito a relevância da fundamentação, pois o que se colima não é a obtenção de qualquer vantagem econômica em face do Poder Público, mas a participação do recorrente no curso de formação para o ingresso na carreira de Oficial do Corpo de Bombeiros, revelando-se cabível, em tese, aquela medida de urgência.

Ainda quanto ao *fumus boni iuris*, vê-se que a causa impeditiva do prosseguimento do autor no CHO/2007 foi exclusivamente a eliminação no teste de salvamento em altura (f. 111-TJ), sobre o que são necessários esclarecimentos acerca das circunstâncias e motivos ensejadores da desclassificação, em face do edital.

Nesse sentido, não é o caso de antecipar-se desde logo a tutela buscada na ação ordinária, pois o agravante tardou na busca do provimento jurisdicional de urgência, impedindo, ao menos por enquanto, que o Poder Judiciário abone faltas sem conhecimento dos critérios legais para fazê-lo.

Por outro lado, não se pode desconsiderar o prejuízo que o indeferimento da medida colimada poderá causar ao autor, obstando a que ele participe do Curso de Habilitação de Oficiais, assim negando eficácia ao provimento pretendido nesta ação ordinária, o que recomenda a parcial concessão de liminar, em caráter cautelar, nos termos do art. 273, § 7º, do CPC, até o pronunciamento do Colegiado Julgador.

Entretanto, tampouco me parece razoável obrigar o Poder Público a arcar com a totalidade dos custos de medida cujo escopo é afastar o perecimento de alegado direito do agravante, razão pela qual - olhos postos no tratamento isonômico das partes - se torna imprescindível, na espécie, seja o autor compelido a oferecer caução, nos termos do art. 804 do CPC.

Diante do exposto, presentes os pressupostos legais, defiro parcialmente a antecipação da pretensão recursal pretendida, determinando, em caráter cautelar e efeitos *ex nunc*, que o agravado promova imediatamente a matrícula precária do autor no Curso de Habilitação de Oficiais Militares do Corpo de Bombeiros de Minas Gerais e lhe faculte freqüentá-lo normalmente de agora em diante, até o julgamento do recurso nesta instância. A eficácia desta liminar fica condicionada a que o autor deposite, judicialmente, perante a instância de origem, em cada dia 30, caução mensal no valor correspondente ao custo *per capita* "do curso em tela dividido pelo número de meses, a ser fornecido ao Juízo *a quo* pela Administração Pública Estadual no prazo de 10 (dez) dias, contados da data da intimação desta decisão" (f. 178/180-TJ).

A contraminuta do Estado de Minas Gerais foi juntada às f. 193/202-TJ, pelo desprovimento do recurso.

Às f. 273/275-TJ, o agravante pugnou pela reconsideração da decisão de f. 178/180-TJ, no tocante à obrigação de prestar caução tão-somente, a qual foi mantida nos termos da decisão de f. 300-TJ e 304-TJ.

Por fim, o agravante peticionou nos autos, após a conclusão do Curso de Habilitação de Oficiais, pugnando pela concessão da promoção na carreira (f. 308-TJ).

Ouvido o Estado de Minas Gerais (f. 312/314-TJ), o pedido de f. 308-TJ foi desacolhido, ao fundamento de que o prosseguimento do agravante no curso de formação fora deferido em caráter cautelar, de forma a impedir o perecimento do direito em discussão na presente ação (f. 316-TJ).

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Inicialmente, não há falar em impossibilidade de concessão da medida em face do Estado, com fulcro no art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.1997, que estendeu à tutela antecipada os efeitos do art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 09.06.1966, e do art. 1º, § 3º, da Lei nº 8.437, de 30.06.1992.

Eis a redação do art. 1º, § 4º, da Lei nº 5.021/1966, *in verbis*:

> Art. 1º O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.
> [...]
> § 4º Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias.

Na espécie, vê-se que a tutela antecipada foi pleiteada para que o autor prosseguisse no Curso de Formação Oficial, o que, a rigor, não denota extensão ou concessão direta de vencimentos e vantagens. Tem-se, aliás, que a norma prevista no dispositivo acima transcrito deve ser interpretada restritivamente, sob pena de violar o princípio constitucional do acesso à jurisdição e de anular o progresso processual decorrente da inserção, na Lei Adjetiva Civil, do instituto da antecipação da tutela como forma de perseguir a efetividade na prestação jurisdicional.

Já no que tange à aplicação do art. 1º, § 3º, da Lei nº 8.437/1992, a sua redação é a seguinte:

> Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.
> [...]
> § 3º Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação [...].

Como se vê, o objetivo da norma acima transcrita é o de impedir a concessão de medida de urgência de caráter irreversível, assim entendida como aquela que modifica definitivamente determinada situação jurídica, inviabilizando o restabelecimento do *statu quo ante*. Contudo, no caso dos autos, a medida pretendida não tem o condão de exaurir o objeto da demanda, mas de assegurar o ingresso no curso de formação, como dito.

Ausentes, pois, as hipóteses previstas no art. 1º da Lei nº 9.494/1997, revela-se cabível, em tese, a concessão da medida em desfavor do Estado de Minas Gerais.

Por outro lado, tendo em vista o § 7º do art. 273 do CPC, entendi, no despacho de f. 178/180-TJ, que a tutela antecipada deveria ser, pela fungibilidade e conforme pedido sucessivo, tratada como medida cautelar, em virtude do caráter acautelatório da pretensão de assegurar-se o resultado útil do processo. A propósito, menciona-se a doutrina de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> Quando o autor fizer pedido de antecipação de tutela, mas a providência requerida tiver natureza cautelar, não se pode indeferir o pedido de tutela antecipada por ser inadequado. Nesse caso, o juiz poderá adaptar o requerimento e transformá-lo de pedido de tutela antecipada em pedido de cautelar incidental. Deve, portanto, receber o pedido como se fosse cautelar. Anote-se que os requisitos para a obtenção de tutela antecipada são mais rígidos que os necessários para a obtenção da cautelar. Assim, só poderá ser deferida a medida cautelar se estiverem presentes os requisitos exigidos para tanto (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*) (*Código de Processo Civil comentado*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, n. 45 ao art. 273, p. 652).

Assim, considerando-se que a causa impeditiva do prosseguimento do autor no CHO/2007 fora exclusivamente a eliminação no teste de salvamento em altura (f. 111-TJ), sobre o que são necessários esclarecimentos acerca das circunstâncias e motivos ensejadores da desclassificação, em face do edital, não há falar em presença da prova inequívoca da verossimilhança das alegações.

Entretanto, não se poderia desconsiderar o prejuízo que o indeferimento da medida colimada causaria ao autor, obstando a que ele participasse do Curso de Habilitação de Oficiais, assim negando eficácia ao provimento pretendido nesta ação ordinária.

Por tal razão, deve ser mantida a concessão parcial da medida, em caráter cautelar, nos termos do art. 273, § 7º, do CPC, inclusive no tocante à imprescindibilidade do oferecimento de caução pelo autor, nos termos do art. 804 do CPC, *in verbis*:

> Art. 804. É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.

Diante do exposto, dou provimento parcial ao agravo de instrumento para confirmar a antecipação da pretensão recursal nos estritos termos em que deferida às f. 178/180-TJ, de forma a resguardar, tão-somente, o resultado útil de eventual sentença de procedência dos pedidos iniciais.

Custas recursais, na forma da lei.

DES.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO - Sr. Presidente. Acompanho o voto de V. Ex.ª, não sem me reservar à oportunidade de um eventual estudo mais acurado sobre a questão relativa à caução. Esse é o meu voto.

DES. FERNANDO BOTELHO - Sr. Presidente. Examinei com muito cuidado esse assunto e, após a leitura do voto de V. Ex.ª, neste caso específico, vi a necessidade, inclusive, de começarmos mesmo a evoluir, mas tive muita dificuldade, confesso a V. Ex.ª, embora

abalado, faço questão de que isso se registre nas notas, com o cuidado que teve na garantia da antecipação, seja da tutela, seja na sua convolação a uma liminar de cautelar, porém, na prestação de caução, achei que a equação foi muito bem elaborada, no sentido de que se concede a antecipação da garantia processual, mas se obriga a certo sacrifício patrimonial, co-responsabilizando as partes envolvidas.

Parece-me que vamos prosseguir por aí, é um vaticínio, inclusive, mas repito, tive dificuldade de aderir, pois a reforma processual que trouxe a inovação do art. 273 do CCP deriva - isso os estudos todos mostraram no debate congressual da época - de uma crise intensa das dificuldades sobre toda a efetividade da decisão no processo de conhecimento.

O conhecimento no Brasil demorou demais, perdeu o seu prestígio e foi necessário antecipar os efeitos da tutela de mérito. O legislador brasileiro, dando ao Judiciário as condições para fazê-lo *cum grano salis*, com cuidado, estabeleceu um primeiro requisito que é o da verossimilhança; difícil aferir "verossimilhança", porque é uma semelhança, uma aparência de direito, como seu primeiro requisito antecipatório, justamente porque ele antecipa todo conhecimento daquilo que nem sequer se sabe se vai existir a final, para depois, aí, sim, autorizar o juiz a enfrentar o *periculum in mora*. E as demandas? Esse universo de demandas que vem sobre todos nós, hoje, no Judiciário brasileiro de um modo geral, traz no processo de conhecimento, com a freqüência que já estamos acostumados a enfrentar, o pedido da antecipação dos efeitos da tutela de mérito.

A nova sistemática do agravo, por sua vez, transpõe essa questão, quase que no mesmo instante da decisão para dentro dos tribunais. A dificuldade em que um magistrado se encontra na instância é a mesma nossa na revisão. Embaçado direito, difícil de se saber se antecipa ou não, e, portanto, a necessidade ou não do conhecimento. A solução propugnada tem muito de razoabilidade para vingar no reexame desta questão, mas ainda prefiro optar, e é o que estou fazendo, no caso específico, pelo cumprimento objetivo dessa ordem sucessiva hierárquica de exigências da lei. Primeiro, a aferição da verossimilhança, para, depois, a do *periculum in mora*. E considero que, se porventura, sem a garantia da caução, passarmos, desde logo, a apreciar o *periculum*, aí, sim, vamos, talvez, desarranjar até a estrutura do Estado, da Administração, porque o *periculum* está aqui dentro dos tribunais, a partir do momento em que entramos para trabalhar. É uma argüição permanente e voluptuosa de perigo. Estamos tendo que hierarquizar esse perigo.

Portanto, fico, primeiro, com a aferição da verossimilhança, ou há uma aparência de direito, mínima prova, ou o postulante não pode antecipar os efeitos da tutela de mérito, porque estaríamos violando a possibilidade de uma contradição, no caso específico, inclusive, temos um interesse público fora do processo, mas um interesse público da administração na normalidade dos provimentos de cargos, no caso específico, aqui, de cargo de militar, que não podemos excluir a possibilidade de manter a sua exatidão e, necessariamente, de não ser devida essa provisão.

Com esses fundamentos e, também, reservando para exame desta questão, extremamente importante que V. Ex.ª traz, peço vênia para discordar e negar provimento ao recurso, conforme voto que passo a proferir.

Tenho-me filiado à corrente que considera que a ausência dos requisitos que devem informar a verossimilhança da alegação vestibular obsta à conferência de aspectos do *periculum in mora*, na apreciação da pretensão antecipatória de que cuida o art. 273/CPC, visto que não se faz possível antecipar efeitos de tutela de mérito, cujo direito material não seja antecipadamente evidenciado, ao menos em seus aspectos fático-indiciários.

Como, *in casu*, não se vislumbram, por ora, itens que poderiam infirmar o decreto administrativo objurgado, aspecto a demandar dilação própria - como bem acentua o eminente Relator -, tenho que ausente o primeiro e intransponível condicionador da antecipação, que não pode ser atendida à luz exclusiva da argüição de *periculum*.

Por outro lado, a convolação da pretensão antecipatória em cautela incidental - medida que, por igual, não encontra ressonância na interpretação do art. 273/CPC, visto que este visa possibilitar a antecipação dos efeitos da tutela de mérito da ação de conhecimento principal, e aquela não pode ir além da custódia meramente processual da instância definitiva - exigiria, também, identificação do *fumus boni iuris*, o que, no caso, se afastaria frente à própria ausência, por ora, de direito certo, na instância presente, a resguardar.

Com esses fundamentos, nego provimento ao recurso.

É como voto.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO, VENCIDO O 2º VOGAL EM PARTE.

...

## Ação de cobrança - Citação - Validade - Transporte marítimo - Contrato - Idioma inglês - Moeda estrangeira - *Container* - Devolução - Impontualidade - Sobreestadia - Cobrança - Legalidade

Ementa: Ação de cobrança. Vício de citação. Não-ocorrência. Transporte marítimo. Contrato em idioma inglês. Moeda estrangeira. Contêiner. Devolução fora do prazo. Sobreestadia. Legalidade da cobrança.

- Não há que se falar em vício de citação quando comprovado nos autos que a parte ré foi regularmente citada e intimada por carta com AR, tendo comparecido à audiência e oferecido contestação.

- O fato de o contrato de transporte marítimo ser redigido em língua estrangeira, assim como o preço ter sido

fixado em dólar norte-americano, não exime o contratante do pagamento de taxa de sobreestadia prevista no contrato, se foi impontual na restituição de contêiner.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.04.539250-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Multicargo Container Service - Apelado: Contship Containerlines Limited - 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 E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 16 de setembro de 2008. - *Guilherme Luciano Baeta Nunes* - Relator.

## Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral, pelo apelante, a Dr.ª Sandra de Fátima Quinto.

DES. GUILHERME LUCIANO BAETA NUNES - Cuida-se de apelação interposta por Multicargo Container Service, contrariando a sentença prolatada nas f. 179/181, pela qual o ilustre Juiz singular julgou procedente o pedido objeto da ação de cobrança que Constship Containerlines Limited propôs em desfavor da ora apelante.

A apelante alega, preliminarmente, que a indevida imposição da pena de revelia contra si configura cerceio de seu direito, pois que a citação postal deve ser dirigida ao representante legal da empresa. Acrescenta que não recebeu a citação na forma legalmente prevista, já que o recebedor da correspondência não faz parte da empresa em questão, tratando-se de pessoa desconhecida e estranha.

Quanto ao mérito argumenta, em síntese, que a contratação entre as partes não autorizava a cobrança imposta nestes autos, especialmente por se tratar de avença que nem sequer dispunha de tradução, sobretudo por não ser permitido o pacto e exigência em moeda estrangeira; que a contratação entre as partes foi honrada pela apelante, tratando a espécie de cobrança de valor superior àquele contratado e pago; que o valor indicado na decisão não pode superar o valor da conversão cambial na data do pagamento, sob pena de enriquecimento ilícito.

A apelada ofertou as contra-razões de f. 189/196, propugnando pelo não-provimento do recurso.

Da preliminar de cerceamento de defesa e da aplicação da pena de revelia.

A apelante aduz, conforme se vê de suas razões recursais, que a citação contra ela dirigida, consumada via carta registrada, foi recebida por pessoa estranha, completamente desconhecida, motivo pelo qual não lhe devem ser aplicados os efeitos da revelia.

O apontado vício, *data venia*, não se verifica.

Ao se analisarem os fundamentos e o dispositivo da sentença recorrida, contrariamente ao que alega a apelante, a esta não foi aplicada a pena de revelia, pois o ilustre Juiz singular, ao formar seu livre e motivado convencimento, estribou-se no contexto fático e probatório, apenas deixando de acolher a tese manifestada pela contestante.

Também não se pode perder de vista que a citação da ré para responder a ação contra si endereçada, ocorreu dentro da normalidade, tanto que a demandada, através de seu representante legal, assistido por sua patrona, compareceu à audiência realizada, oferecendo defesa e até argüindo exceção de incompetência, sendo atendida neste ponto.

Portanto, operada a citação regular da parte ré, a qual atendeu o chamamento para compor o pólo passivo da lide, inclusive oferecendo contestação, sem qualquer operosidade é a equivocada alegação de vício de citação e cerceamento de defesa.

Rejeito, pois, a preliminar.

Superada a preliminar, passa-se ao enfrentamento da matéria de mérito.

Emerge dos presentes autos que a empresa Contiship Containerlines Limited, sob a alegação de que efetuou o transporte marítimo de diversas mercadorias importadas e consignadas à Multicargo Container Service, ajuizou contra esta uma ação de cobrança, almejando o recebimento de valores decorrentes de sanção contratual pela devolução de contêiner fora da data aprazada.

O ilustre Juiz singular, com espeque na prova produzida, mediante o seu livre e motivado convencimento, julgou procedente o pedido de cobrança, com o que não se conforma a ré, ora apelante.

Contudo, a insurgência recursal não merece ser albergada.

Diversamente da tese erigida pela apelante, o fato de o contrato entre as partes se encontrar em inglês, por si só, não retira da autora o direito de vir a juízo em busca de tutelar direito tido por violado, mormente quando consta do contrato expressa menção aos nomes das partes contratantes, evidenciando a relação jurídica espontaneamente instaurada.

No mesmo passo, o fato de o preço ter sido estipulado na moeda norte-americana, o que é comum para este tipo de contrato, ou que fosse qualquer outra, desde que caracterizada a infração contratual e gerada a obrigação de indenizar, inquestionável é o cabimento da ação de cobrança.

O elemento moeda, como se sabe, resolve-se pela simples conversão do dólar para o real, nada mais que isso.

E, se na época da avença, a apelante não exigiu a exibição do contrato em cópia traduzida do inglês para o português, ao que tudo indica, é porque, certamente, tinha pleno conhecimento das condições contratuais mutuamente aceitas.

Some-se a isso que é legítimo o direito da autora de cobrar pela sobreestadia, ante o atraso da ré em promover a restituição do contêiner. Não precisa ser *expert* para saber que o objeto do contrato diz respeito a um bem durável de uso contínuo e rentável, pertencente àquela que faz o transporte marítimo.

O argumento da apelante de que honrou o contrato em todos os seus aspectos, com o conseqüente cumprimento de todas as obrigações, não encontra arrimo na prova produzida.

Com efeito, a ré, na condição de consignatária das mercadorias, apesar da retirada do contêiner, deixou de fazer a sua restituição na data aprazada, impontualidade que a sujeita à sanção pecuniária prevista no contrato.

No caso, está comprovado nos autos que o contêiner foi desembarcado no porto de Vitória em 29 de abril de 2002. Contado o prazo máximo para devolução, estabelecido em 10 dias, vê-se que a ré, ao fazer a devolução somente em 28 do mês seguinte, conforme se vê da informação constante do documento de f. 37, deve suportar o pagamento da sobreestadia.

E, quanto à conversão do dólar em real, também estou a entender que foi correto o procedimento adotado pela autora, convertendo o montante da dívida segundo o câmbio da data da propositura da ação, ou seja, atualizando-o até aquela data.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso.

Custas, pela apelante.

DES. UNIAS SILVA - De acordo com o Des. Relator.

DES. MOTA E SILVA - De acordo com o Des. Relator.

*Súmula* - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

## Ação ordinária - Obrigação de fazer - Direito de vizinhança - Terraplanagem - Muro divisório - Prédio confinante - Dano - Comprovação - Responsabilidade objetiva - Construtor - Responsabilidade solidária afastada - Ônus da prova

Ementa: Ação ordinária. Obrigação de fazer. Direito de vizinhança. Terraplanagem. Muro divisório. Prédio confinante. Dano comprovado. Responsabilidade objetiva. Construtor. Responsabilidade solidária afastada. Ônus da prova.

- A responsabilidade do proprietário do terreno é objetiva, devendo responder pelos danos causados ao imóvel vizinho, caso demonstrados a sua ocorrência e o nexo causal, não havendo se cogitar de prova da culpa.

- Não se desvencilhando do ônus fundamental da prova, imposto pelos ditames do art. 333, II, do CPC, ou seja, que os danos ao prédio vizinho foram decorrentes de vícios de construção, não há que se falar em responsabilidade solidária do construtor.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.05.663681-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Luiz Roncalli Rocha - Apelado: Condomínio Edifício Issacar José Residence - 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, 29 de julho de 2008. - *Tarcísio Martins Costa* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. TARCÍSIO MARTINS COSTA - Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de f. 258/263, da lavra do digno Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, que, nos autos da ação cominatória manejada por Condomínio do Edifício Issacar José Residence, em face de Luiz Roncalli Rocha e Júlio Antônio Jaud, julgou parcialmente procedente o pedido autoral, para condenar o 1º réu a construir um muro de arrimo nos fundos do imóvel danificado e promover o tratamento das ferragens expostas, sob pena de conversão da obrigação de fazer em indenização, desde já fixada em R$ 9.899,12, pelo muro de arrimo, e R$ 1.904,00, pelo tratamento das ferragens, seguindo-se a execução por quantia certa. Julgou, outrossim, improcedente o pedido de indenização postulado pelo 2º réu, em reconvenção. Quanto aos ônus de sucumbência, condenou o 1º requerido ao pagamento de 1/3 das custas processuais, honorários periciais e advocatícios, estes fixados em R$ 1.140,00, e o autor a responder por 1/3 das custas do processo, e verba honorária do procurador do 2º réu/reconvinte, arbitrados em R$ 760,00. Condenou, ainda, o réu/reconvinte ao pagamento de 1/3 das custas processuais e honorários do procurador do autor/reconvindo, também fixados em R$ 760,00.

Consubstanciado seu inconformismo nas razões recursais de f. 264/271, busca o 2º requerido - Luiz Roncalli Rocha - a reforma do r. *decisum*, sustentando, em resumo, que os danos apresentados pelo imóvel foram constatados logo após o término de sua construção, não guardando nenhuma relação com o "desaterro" de seu terreno, visto que realizado antes de sua edificação.

Argumenta que a responsabilidade pelas avarias não pode ser atribuída somente ao recorrente, proprietário do terreno confrontante, mas sim ao responsável pela construção, já que, segundo o "Relatório de Vistoria", ofertado pelo próprio condomínio (f. 213/241), os problemas constatados podem ser resultantes de vícios de construção, *v.g.*, "deficiência de projeto, especificações e em falhas de execução" (f. 220/221).

Ressalta que o próprio laudo pericial (f. 152/181) revela a incerteza quanto à origem dos danos, ao afirmar a impossibilidade de se aferir se a exposição das ferragens de parte da estrutura, pilares e vigas decorreu, de fato, do "desbarrancamento" realizado no terreno lindeiro. Enfatiza que o ilustre perito, ao responder ao quesito nº 3 do réu, reconheceu tal impossibilidade, sem que houvesse "ensaios laboratoriais, sondagem, dentre outros testes mais minuciosos [...]" (f. 161/162), deixando, inclusive, por esse motivo, de responder a outros quesitos do réu (2º, 3º, 4º e 6º), reforçando, ainda mais, a precariedade da prova pericial produzida.

Por fim, assevera que os depoimentos da síndica do condomínio (f. 252) e da testemunha/informante (f. 256/257) corroboram a tese de que o laudo pericial não comprovou sua responsabilidade pelas avarias causadas ao imóvel do autor.

As contra-razões do autor vieram através das peças de f. 276/279, e as do 2º réu/reconvinte, às f. 281/283, ambas, em óbvia infirmação, pugnando pelo desprovimento do apelo.

Presentes os pressupostos que regem sua admissibilidade, conheço do recurso.

Subtrai-se dos autos que o condomínio/apelado ajuizou ação cominatória para compelir os requeridos Luiz Roncalli Rocha, proprietário do imóvel confrontante, e Júlio Antônio Jaud, construtor do edifício, a promoverem o reforço estrutural e de fundação, além do estudo de reforço horizontal, "com travamento de cintamento e/ou vertical, com aumento de profundidade dos tubulões e recompactação do terreno confrontante".

Sustenta, em suma, ter o edifício apresentado danos estruturais após a realização de serviços de terraplanagem realizados no terreno do 1º requerido, com risco de desmoronamento do muro de arrimo que divide os imóveis.

Em sua resposta (f. 40/44), o 1º requerido - Luiz Roncalli Rocha - argúi, tão-somente, sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo da relação, por não ser o proprietário do imóvel confrontante com o do condomínio autor.

Já o 2º réu - Júlio Antônio Jaud - em sua contestação (f. 48/60), rebate a pretensão autoral, afirmando ter vendido o imóvel há mais de 10 (dez) anos, sendo que o próprio autor, em sua peça de ingresso, reconheceu que os problemas surgiram após o início das obras de terraplanagem no terreno do 1º requerido, com o "desaterramento" do muro divisório.

Por sua vez, ofereceu reconvenção (f. 45/47), nela pugnando pela condenação do autor ao pagamento de indenização por danos morais.

O digno Juiz singular julgou parcialmente procedente o pedido autoral para condenar o 1º réu a construir um muro de arrimo nos fundos do imóvel danificado e promover o tratamento das ferragens expostas, no valor global de R$ 11.803,12, ao argumento de que restou comprovado que as avarias constatadas no imóvel do autor resultaram da obra de desaterramento do muro divisório realizada no terreno confrontante. Aduz que o 1º réu não se desvencilhou do ônus da prova quanto ao fato de que teria realizado o aludido "desaterramento", entre cinco e dez anos antes da edificação do prédio em questão. Julgou, outrossim, improcedente o pedido de indenização, postulado pelo 2º requerido, em reconvenção, por não ter divisado nenhuma "crítica ofensiva ao construtor", a caracterizar dano moral indenizável.

Examinando cuidadosamente os autos, não vejo motivos que possam autorizar a reforma da conclusão vertida na r. sentença atacada, tendo seu douto Prolator conferido correto e seguro desate à causa.

Sabe-se que os Direitos de Vizinhança, versados do Capítulo V do Título III, Da Propriedade, do Código Civil, impõem limitações ao exercício do direito de propriedade, figurando, entre eles, o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, provocadas pela utilização anormal da propriedade vizinha (art. 1.277); o condicionamento do próprio direito de construir, impondo ao proprietário, realizar edificações, reformas, expansões ou melhorias, ressalvados os direitos do vizinho e os regulamentos administrativos (art. 1.299), de modo a viabilizar uma convivência social pacífica, sem provocar transtornos, desconforto e insegurança, sob pena de responder pela reparação dos danos porventura causados.

Segundo Hely Lopes Meireles, a responsabilidade decorrente dos danos a prédios vizinhos decorre não da ilicitude do ato de construir, e sim da lesividade do próprio fato da construção, devendo o lesado demonstrar nada mais do que a existência da lesão e o nexo de causalidade entre a construção vizinha e o dano causado.

> Essa responsabilidade independe de culpa do proprietário ou do construtor, uma vez que não se origina da ilicitude do ato de construir, mas, sim, da lesividade do fato da construção. É um caso típico de responsabilidade sem culpa, consagrado para a lei civil, como exceção defensiva da segurança, da saúde e do sossego dos vizinhos (art. 554). E sobejam razões em seus bens mais que a prova da lesão e do nexo de causalidade entre a construção vizinha e o dano. Estabelecido esse liame, surge a responsabilidade objetiva e solidária de quem ordenou e de quem executou a obra lesiva

> ao vizinho, sem necessidade da demonstração de culpa na conduta do construtor ou do proprietário. Daí a afirmativa peremptória de Pontes de Miranda, sufragando a boa doutrina, de que 'a pretensão à indenização que nasce da ofensa ao direito de vizinhança é independente de culpa'. [...] (*Direito de construir*. 8. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo. São Paulo: Editora Malheiros, p. 262).

Assim também a jurisprudência:

> A responsabilidade pelos danos de vizinhança resultantes de construção é objetiva e absoluta: nasce do só fato ou ato lesivo da obra ou de seus trabalhos preparatórios. Não se exige, para a reparação, nem dolo, nem culpa, nem voluntariedade do agente da ação lesiva (*RT* 675/128).

> Desde que a obra ou suas atividades conexas cause lesão ao vizinho, tem este o direito de ser indenizado dos prejuízos, independentemente da demonstração de culpa do agente do dano, vigorando no relacionamento de vizinhança o princípio da responsabilidade objetiva (TAMG - Rel. Humberto Theodoro Jr., *RT* 564/217).

No caso posto em lide, no que tange aos aventados danos, a matéria restou incontroversa, pois os requeridos em momento algum negaram a sua existência, restando, ainda, cabalmente demonstrados no laudo pericial e seus ilustrativos fotográficos (f. 152/181).

Cinge, pois, a *vexata quaestio* a saber se a terraplanagem, realizada no terreno de propriedade do 1° réu, Luiz Roncalli Rocha, confrontante do prédio do condomínio, e se o conseqüente "desaterramento" do muro divisório foram o que, de fato, acarretou os alegados danos causados ao imóvel.

Quanto à alegação de que as avarias foram constatadas logo após a construção do prédio, não guardando nenhuma relação com o "desaterro" de seu terreno, visto que realizado antes de sua edificação, verifica-se que o apelante não produziu prova alguma nesse sentido.

Inaceitáveis, também, suas alegações de que tanto o "Relatório de Vistoria", ofertado pelo autor (f. 213/241), quanto o laudo pericial (f. 161/162) revelaram a incerteza da origem dos danos.

Ora, se para comprovar que a responsabilidade pelas avarias deveria ser atribuída ao construtor, Júlio Antônio Jaud (2° réu), impunha-se a realização de "ensaios laboratoriais, sondagem, dentre outros testes mais minuciosos [...]", como, de fato, aludiu o laudo pericial (f. 160 e 192), caberia ao apelante a realização dessas provas. Não tendo, contudo, se desvencilhado do ônus imposto pelos ditames do art. 333, II, do CPC, inalbergável a alegação.

A propósito, bem observou o digno Sentenciante, *litteris*:

> Este confirmou, no depoimento pessoal, o desaterramento no seu terreno, mas alegou que este se deu entre cinco e dez anos antes da construção do prédio do condomínio, e, ademais, segundo pareceres que colheu, a correção deve ser feita na estrutura, sendo desnecessário muro de arrimo, fatos estes que não foram comprovados. Apresentando fato extintivo do direito do autor (a não-realização do desaterramento), o réu Luiz Roncalli Rocha atraiu para si o ônus da prova, nos termos do art. 333, II, do Código de Processo Civil, sem dele se desincumbir (f. 261).

Dessarte, ao contrário do que se pretende fazer crer, extrai-se, indene de dúvida, do mosaico probatório, notadamente do laudo técnico (f. 152/181) e dos esclarecimentos do ilustre *expert* (f. 191/193), que os danos foram causados pelo deslizamento de terra no terreno confrontante com o edifício do condomínio.

Em resposta ao quesito 2 do autor, assim respondeu o il. perito:

> Verificou-se a existência de um deslizamento de terra no talude do terreno que se diz de propriedade do 1° Réu, e com isso parte da fundação do muro de divisa se encontra exposta (f. 160).

E, também, a resposta aos quesitos 5 e 6 não deixa margem a dúvidas, ao assinalar que:

> [...] caso o terreno dos fundos continue a sofrer um deslizamento de terra, poderá, sem dúvida, comprometer toda a estabilidade do referido Edifício.
> Urge conter o deslizamento de terra do talude do lote que faz divisa de fundo com o Edifício, com execução de um muro de arrimo de acordo com as normas técnicas de engenharia (f. 161).

Em sua conclusão (f. 159), o perito é taxativo ao afirmar:

> [...] concluímos que o terreno de fundos que faz divisa com o Edifício está sofrendo um deslizamento de terra e com isso está comprometendo a estrutura da fundação do muro de divisa e, assim, a estrutura da edificação.

Ademais de tudo, em se tratando de obrigação *propter rem*, emerge induvidosa que a responsabilidade pela reparação dos danos acarretados ao prédio vizinho é do proprietário do imóvel confrontante, no qual foi realizada terraplanagem.

Nesse sentido, vale transcrever o aresto trazido por Rui Stoco, em seu *Tratado de responsabilidade civil (São Paulo: Saraiva, 2001, p. 501)*:

> Realização de aterro com danos à propriedade vizinha: O proprietário ou possuidor do imóvel, no qual foi realizado aterro causador dos danos em prédio vizinho, responde pela respectiva reparação, ainda que não tenha havido prova segura de que foi o autor direto da obra, por ser obrigação *propter rem* ( 2° TACivSP - 9ª Câmara - Ap. - Rel. Marcial Holanda - j. em 06.08.1997 - *RT* 748/290).

No mesmo norte, esta douta 9ª Câmara Cível, no julgamento da Apelação n° 1.0024.03.100333-8/001, de minha relatoria, teve ensejo de proclamar:

> Indenização. Danos materiais. Direito de vizinhança. Muro divisório. Rachaduras. Responsabilidade objetiva. Dever de indenizar. Construtor. Responsabilidade solidária afastada. - A responsabilidade do proprietário do prédio é objetiva, devendo responder pelos danos causados ao imóvel vizinho, caso demonstrados a sua ocorrência e o nexo causal, não havendo falar em prova da culpa [...].

Portanto, para que fique caracterizado o dever indenizatório, exige-se apenas a comprovação da existência do dano no imóvel e do nexo de causalidade entre este e a obra vizinha, sendo dispensável a averiguação da ocorrência de culpa por parte do proprietário do prédio confinante.

Nesse passo, cabe sublinhar que, muito embora o magistrado não esteja adstrito ao laudo pericial, podendo formar seu juízo de convencimento com outros elementos de informação (CPC, art. 436), este se reveste de presunção *juris tantum* de veracidade, sendo copiosa a jurisprudência no sentido de que "as conclusões da prova pericial oficial prevalecem em juízo até prova em contrário" (*RT* 521/253).

Como se vê, a discussão em pauta depende notadamente de conhecimento técnico para a sua elucidação, fazendo-se necessário o pronunciamento de profissional especializado, sem o qual o desate do feito seria assaz dificultado ou mesmo impossível.

A propósito, lúcidos, como sempre, os ensinamentos do festejado Professor Ernane Fidélis dos Santos:

> Perícia é prova especializada por excelência. Seu objetivo é suprir conhecimentos técnicos que o Juiz, pela natureza deles, não tem ou, pelo menos, presume-se não tê-los.
> A prova pericial deve sempre ser realizada, quando se 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. O Juiz não pode ser, ao mesmo tempo, perito e Juiz.
> Sob o aspecto qualitativo da prova, não há dúvida de que o Juiz tende a dar prevalência à perícia, apenas decidindo contra ela se houver fortes razões para tanto. O perito não assume a posição de julgador. Mas a ele se reconhece a qualidade de ser pessoa dotada de conhecimentos especiais que, tecnicamente, pode concluir, com mais segurança, sobre o fato (*Manual de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, v. 2, p. 437-438).

No caso, conforme já elucidado, é inquestionável que o laudo pericial demonstrou, de forma a convencer, que as avarias foram provocadas por deslizamento de terra do terreno vizinho "[...] e com isso está comprometendo a estrutura da fundação do muro de divisa e, assim, a estrutura da edificação" (f. 159).

E ainda: os danos somente se apresentaram após a realização de serviços de terraplanagem no terreno confinante com o edifício do condomínio apelado, restando, portanto, indiscutível a obrigação do 1º requerido, aqui apelante, à reparação dos prejuízos causados ao prédio vizinho.

Com tais considerações, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se incólume a respeitável sentença de primeiro grau, por seus e por esses fundamentos.

Custas recursais, pela apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ ANTÔNIO BRAGA e GENEROSO FILHO.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

...

## Embargos do devedor - Direito intertemporal - Lei 11.382/06 - Arts. 729-A e 1.211 do Código de Processo Civil - Aplicabilidade

Ementa: Agravo de instrumento. Embargos à execução. Recebimento. Efeito suspensivo. Direito intertemporal. Aplicação da Lei nº 11.382/06.

- A Lei nº 11.382/06 introduziu no Código de Processo Civil Brasileiro, o artigo 739-A, o qual estabelece novas regras para a concessão de efeito suspensivo nos processos de execução.

- De acordo com o disposto no art. 1.211 do CPC, a lei nova se aplicará a todas as ações pendentes, não atingindo os atos já realizados em seu curso.

AGRAVO Nº 1.0024.07.765047-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravantes: Oswaldo Eustáquio de Queiroz e outra - Agravado: Consórcio MTS IBR - 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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 31 de julho de 2008. - *Eulina do Carmo Almeida* - Relatora.

### Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral, na sessão do dia 24.07.2008, e assistiu ao julgamento, na sessão de 31.07.2008, pelo agravante, o Dr. Eduardo Machado Costa.

DES.ª EULINA DO CARMO ALMEIDA - Cuida a espécie de agravo de instrumento interposto por

Oswaldo Eustáquio de Queiroz e Eliana Guimarães de Queiroz em razão do decisório de f. 13, proferido nos embargos da execução movida pelos agravantes em desfavor de Consórcio MTS IBR, que decidiu:

> Considerando o princípio da incidência imediata da norma processual, recebo os presentes embargos para discussão sem suspender o curso da execução conexa (art. 739-A do CPC, com redação dada pela Lei nº 11.382/06), por não vislumbrar a presença dos requisitos da relevância da fundamentação e do perigo de grave dano de difícil ou incerta reparação.

No entender dos insurgentes a nova lei processual não pode ser aplicada, uma vez que a citação da executória foi efetivada sob a égide da norma antiga.

Recurso recebido apenas no efeito devolutivo, f. 344.

Informações do MM. Juiz *a quo* à f. 342.

Contraminuta às f. 77/90.

O feito refere-se à análise e aplicação das alterações promovidas pela Lei nº 11.382, de 7 de dezembro de 2006, que acrescentou novos dispositivos à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil Brasileiro, agregando ao texto anterior, dentre outros, o art. 739, letras A e B.

É cediço que, em matéria de direito intertemporal, o ordenamento jurídico brasileiro determina que as regras processuais se aplicarão de imediato, atingindo a lide na fase em que se encontra. Somente os atos já praticados não serão submetidos à nova lei, em virtude do princípio constitucional do direito adquirido (art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República).

A disciplina está prescrita no art. 1.211 do Código de Processo Civil, que dispõe:

> Este Código regerá o processo civil em todo o território brasileiro. Ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes.

De acordo com o disposto no artigo supramencionado, a atual legislação se aplicará a todos os processos pendentes, não atingindo os procedimentos já realizados em seu curso.

A doutrina leciona:

> Também a lei processual não tem efeito retroativo. Também ela não se aplica a fatos ou atos passados, regulados por lei anterior, os quais permanecem com os efeitos produzidos ou a produzir. A lei nova atinge o processo em curso no ponto em que este se achar, no momento em que ela entrar em vigor, sendo resguardada a inteira eficácia dos atos processuais até então praticados. São os atos posteriores à lei nova que se regularão conforme os preceitos desta. [...] válidos e eficazes são os atos realizados na vigência e conformidade da lei antiga, aplicando-se imediatamente a lei nova aos atos subseqüentes (SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, nº 22, v. 1, p. 30-34).

O novo art. 739-A do CPC, dispõe que os embargos não terão efeito suspensivo. O § 1º da citada norma permite que a referida ação seja recebida no duplo efeito quando o magistrado verificar que a continuidade da execução poderá causar grave dano de difícil reparação ao devedor desde que já se tenha realizado a penhora, depósito ou caução.

*In casu*, ocorreu a constrição de um imóvel; entretanto, não se verifica a presença do perigo de lesão. Dessa forma agiu com acerto o Magistrado *a quo* quando recebeu a peça de defesa do executado apenas no efeito devolutivo, entendimento este que tem amparo na doutrina, como segue:

> Por óbvio, esse perigo não se caracteriza tão-só pelo fato de que os bens do devedor poderão ser alienados no curso da execução ou porque dinheiro do devedor pode ser entregue ao credor. Fosse suficiente esse risco, toda execução deveria ser paralisada pelos embargos, já que a execução que seguisse sempre conduziria à prática destes atos expropriatórios e satisfativos (MARIONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. Editora RT, 2007, v. 3, p. 450).

Este Tribunal já decidiu:

> Não havendo comprovação da efetiva existência do dano grave e de difícil reparação advindo do prosseguimento da execução, deve-se aplicar a regra do art. 739-A do CPC, não havendo como se obstar o procedimento executivo, por ocasião da oposição dos embargos à execução (17ª CC, AI nº 1.0079.07.326438-8/001, Rel. Des. Irmar Ferreira Campos, 10.05.2007).

> É excepcional o recebimento dos embargos de devedor no efeito suspensivo, a requerimento do embargante, desde que sejam relevantes os seus fundamentos, que esteja presente o perigo de dano grave e de difícil ou incerta reparação com o prosseguimento da execução e, ainda, que já haja a garantia do juízo. Trata-se de pressupostos concorrentes, de forma que a falta de demonstração da existência de qualquer deles é suficiente para tornar inviável o recebimento dos embargos à execução no duplo efeito (14ª CC, AI nº 1.0079.07.345402-1/001, Rel. Des. Elias Camilo, 26.07.2007).

De todo o exposto, conclui-se que, observando o caráter instrumental da Lei nº 11.382/06 e o princípio *tempus regit actum*, que enseja a aplicação imediata da legislação ao processo em andamento, entendo aplicável a nova norma legal no caso em tela.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso, para manter a v. decisão hostilizada em todos os seus termos.

Custas recursais, pelos agravantes.

DES. FRANCISCO KUPIDLOWSKI - Peço vista.

Sessão do dia 31.07.2008

DES. PRESIDENTE - Este feito veio adiado da sessão anterior a pedido do Des. 1º Vogal.

DES. FRANCISCO KUPIDLOWSKI - Pedi vista dos autos na sessão anterior para melhor análise da questão, contudo, razão não assiste ao agravante, pois, embora a citação do mesmo fosse realizada antes da entrada em vigor da Lei nº 11.382/06, seu processamento alcançou a vigência da norma atual.

Tal situação se justifica, uma vez que, vigente a nova lei processual, aplica-se imediatamente a todos os processos em andamento, bem como aos que se iniciem, atendendo-se ao princípio *tempus regit actum*, tendo como referência a prática do ato processual, conforme previsto no art. 1.211 do Código de Processo Civil.

Ora, considera-se que a norma contida no § 1º do art. 739-A do CPC estipula que, para a atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução, impõe-se a existência, concomitante, da relevância dos fundamentos do embargante, do perigo de dano grave de difícil ou incerta reparação, bem como que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.

*In casu*, embora a execução esteja garantida pela penhora, a argumentação trazida nos embargos, de que o prosseguimento da execução lhe acarretará grave lesão, não é suficiente para atribuir o efeito suspensivo aos mesmos, por não possuir um suporte probatório consistente.

Portanto, neste momento, não se pode atribuir o efeito pretendido pelos recorrentes, devendo-se ressaltar, ainda, que tal matéria é de ordem pública e, portanto, apta a ser examinada a qualquer tempo, de modo que, em se constatando a necessidade de paralisar a execução, o efeito suspensivo poderá ser atribuído em outro momento, consoante disposição legal:

> Art. 739-A - Os embargos do executado não terão efeito suspensivo.
> [...]
> § 2º - A decisão relativa aos efeitos dos embargos poderá, a requerimento da parte, ser modificada ou revogada a qualquer tempo, em decisão fundamentada, cessando as circunstâncias que a motivaram.

Por tais razões, diante da ausência dos requisitos para a atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução, acompanho o voto da eminente Desembargadora Relatora Eulina do Carmo Almeida.

Com o exposto, nego provimento ao agravo, mantendo a decisão que recebeu os embargos à execução sem, contudo, atribuir efeito suspensivo ao mesmo.

DES. ALBERTO HENRIQUE - De acordo.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

...

## Servidor público - Regime jurídico - Alteração - Celetista para estatutário - Contrato de trabalho - Extinção - Vencimentos

Ementa: Apelação Cível. Administrativo. Servidor público. Decisão trabalhista. Incorporação de vantagens. Alteração do regime jurídico. Celetista para o estatutário. Incorporação. Lei Estadual nº 10.254/90. Improcedência dos pedidos.

- Em função da implementação da Lei Estadual nº 10.254, de julho de 1990, a natureza do vínculo funcional do servidor apelante, que estava sob o pálio do regime da CLT, foi alterado para o regime estatutário, sendo que tal transformação implicou extinção automática do respectivo contrato de trabalho, conforme previsão expressa do § 5º do art. 4º da citada lei.

- Não há que se falar, assim, em direito adquirido ou em irredutibilidade de vencimentos quando há a transposição de um regime para outro, pois que, a partir daí, inicia-se uma nova relação jurídica, com novas regras disciplinares e remuneratórias.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.930458-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Wellington Cláudio da Silva - Apelado: IPEM - Instituto de Pesos e Medidas de Minas Gerais - 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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 25 de setembro de 2008. - *Dárcio Lopardi Mendes* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES - Trata-se de apelação cível interposta por Wellington Cláudio da Silva, contra a r. sentença proferida pelo MM. Juiz da 5ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, que, nos autos da ação ordinária de reclassificação de vencimentos e cobrança interposta em face do IPEM - Instituto de Pesos e Medidas de Minas Gerais, julgou improcedentes os pedidos do autor, condenando-o, ainda, ao pagamento de custas e honorários advocatícios arbitrados no valor de R$ 1.000,00 (mil reais).

Em suas razões de f. 106/109, destaca que, reconhecido seu direito na Justiça do Trabalho, através de sentença com o trânsito em julgado, nada poderia modificar o resultado e suas conseqüências.

Salienta que o regime jurídico único não gera ruptura no vínculo jurídico que une o servidor ao Estado, mas, tão-somente, a alteração de sua natureza jurídica; portanto, devem ser mantidos os diversos direitos e vantagens que auferiu na condição de celetista.

Por fim, ressalva que, se foi absorvido pelo quadro de servidores públicos, em face do regime único, em função pública, tem garantidos na legislação, principalmente constitucional, o direito à irredutibilidade salarial e o respeito à *res judicata*.

Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos legais para a sua admissibilidade.

Conforme observo dos autos, pretende o autor estender os direitos e os reflexos remuneratórios deferidos na sentença trabalhista, inclusive, já transitada em julgado, referente à ação que promoveu na Justiça do Trabalho, quando ainda era empregado regido pela CLT, para o período posterior à mudança do regime celetista, ocorrida em julho de 1990, com o advento da Lei 10.254/90, quando a relação do autor com o IPEM passou a ser estatutária.

Assim, o cerne da questão reside em averiguar se o autor tem ou não direito à incorporação em seus vencimentos do valor referente aos aumentos salariais reconhecidos pela Justiça do Trabalho, quando ele ainda estava sob a égide do regime celetista.

Nos termos do art. 4º e seu § 5º, da Lei Estadual nº 10.254/90, que instituiu o regime jurídico único no Estado de Minas Gerais:

> Art. 4º O atual servidor da administração direta, de autarquia ou fundação pública, inclusive aquele admitido mediante convênio com entidade da administração indireta, ocupante de emprego regido pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT -, terá seu emprego transformado em função pública, automaticamente, no dia primeiro do mês subseqüente ao de publicação desta lei.
> [...]
> § 5º A transformação de que trata este artigo implica a automática extinção do respectivo contrato de trabalho ou vínculo de outra natureza.

Nesse sentido, é de notar que, em função da implementação da Lei Estadual nº 10.254, de julho de 1990, a natureza do vínculo funcional do servidor apelante, que estava sob o pálio do regime da CLT, foi alterada para o regime estatutário, sendo que tal transformação implicou a extinção automática do respectivo contrato de trabalho, conforme previsão expressa do § 5º do art. 4º da lei supracitada.

Não há que se falar, assim, em direito adquirido ou em irredutibilidade de vencimentos quando há a transposição de um regime para outro, pois que, a partir daí, iniciou-se uma nova relação jurídica, com novas regras disciplinares e remuneratórias.

Ora, observando-se o princípio da legalidade, não há como assegurar ao servidor os benefícios do regime celetista, nem mesmo seus reflexos sobre a remuneração devida no regime estatutário se o contrato de trabalho firmado sob o regime celetista se extinguiu de pleno direito com a alteração do regime funcional.

Ademais, com a mudança do regime, adotando-se o estatuto como regramento específico para incidir sobre todas as relações havidas entre o Instituto de Pesos e Medidas de Minas Gerais e todos os seus servidores, seria no mínimo ilegal admitir o pagamento das parcelas dispostas no comando sentencial trabalhista exclusivamente ao autor, eximindo de tais vantagens os outros servidores ocupantes do mesmo cargo e que desempenham mesma função.

Assim, tal incorporação infringe o princípio da isonomia, esculpido no *caput* do art. 5º da Constituição da República, pois que privilegiaria somente um único servidor, em detrimento dos outros.

Ora, a distinção existente entre o servidor estatutário e o celetista cinge-se à relação firmada entre o agente público e a Administração Pública. No primeiro caso, não se vislumbra natureza contratual, mas institucional, disciplinada pelas normas estatutárias que possuem regras diversas do regime celetista, detendo o Poder Público a reserva exclusiva de estabelecer, unilateralmente, os respectivos critérios remuneratórios, fazendo-os através de lei e sem discriminações pessoais.

Não bastasse isso, ainda se saliente que, embora o autor tenha alegado que sofreu redução em seus vencimentos em razão da alteração do regime celetista para o estatutário, não comprovou efetivamente qualquer tipo de minoração em seu salário. Ateve-se a meras alegações desprovidas de qualquer cunho probatório.

É cediço que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito, e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, conforme a regra expressa do art. 333 do Código de Processo Civil.

Vê-se, pois, que, na distribuição do ônus da prova, o legislador determinou que cada parte envolvida na demanda traga aos autos os pressupostos fáticos do direito que pretenda seja aplicado à prestação jurisdicional invocada.

Para ilustrar o entendimento ora adotado acerca do ônus probatório, vem a calhar a lição de Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, in *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante*, no sentido de que "O sistema não determina quem deve fazer a prova, mas sim quem assume o risco caso não se produza" (*Revista dos Tribunais*. São Paulo, 1999, p. 835).

Assim, observo, das razões apresentadas pelo apelante, tanto na exordial quanto na apelação, quanto ao seu pretenso direito de recebimento das parcelas que lhe foram deferidas em sentença trabalhista, que se dá de forma genérica, pois que nem sequer mencionou os

valores referentes à incorporação dessas vantagens pecuniárias em seu salário.

Assim, por todos os motivos ora alinhavados, entendo que a pretensão do recorrente não merece acolhida, razão pela qual nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pelo autor, suspensa a exigibilidade em face da justiça gratuita deferida.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CÉLIO CÉSAR PADUANI e AUDEBERT DELAGE.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

...

## Embargos à execução - Cédula de crédito rural - Decisão extra petita - Nulidade - Inexistência - Taxa TJLP - Substituição - Comissão de permanência

Ementa: Embargos à execução. Cédula de crédito rural. Nulidade da sentença afastada. Código de Defesa do Consumidor. Inaplicabilidade. Comissão de permanência. Taxa TJLP e seguro vedados. INPC.

- Não se revela *extra petita* a sentença que dirime a lide nos exatos moldes determinados pela legislação aplicável à espécie, mormente no que tange à verificação de encargos contratuais celebrados entre as partes que ferem normas de ordem pública, que devem ser enfrentadas de ofício pelo julgador.

- A comissão de permanência e a TJLP possuem o mesmo objetivo da correção monetária, a saber, manter atualizado o valor da dívida, sendo vedada a incidência cumulativa desses institutos ou que se promova um acréscimo exagerado do débito, principalmente se se considerar a impossibilidade de os referidos encargos abrangerem qualquer remuneração de capital, finalidade esta restrita aos denominados juros remuneratórios.

- Aos contratos relativos à Cédula de Crédito Rural não se aplicam as disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor, em razão da existência de legislação específica sobre a matéria, vale dizer, o Decreto 167/67.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0684.07.000977-5/001 - Comarca de Tarumirim - Apelante: Banco do Brasil S.A. - Apelados: Osório de Assis Moura e outro - 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 REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 6 de agosto de 2008. - *Otávio Portes* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. OTÁVIO PORTES - Trata-se de ação monitória ajuizada pelo Banco do Brasil S.A. em face de Osório de Assis Moura e Eni Carmem de Souza, alegando que firmaram instrumento de Cédula Rural Hipotecária nº 97/00005-1, no valor original de R$ 29.000,00 (vinte e nove mil reais), com vencimento em 31.07.2000, sendo assim credor dos requeridos na importância de R$ 34.837,17 (trinta e quatro mil oitocentos e trinta e sete reais e dezessete centavos).

O MM. Juiz *a quo* (f. 101/107) julgou parcialmente procedente o pedido veiculado nos embargos à ação monitória para constituir o título executivo judicial em favor do Banco do Brasil S.A., observados os parâmetros constantes da fundamentação, devendo o embargado apresentar novo demonstrativo de débito, prosseguindo-se na forma prevista no Livro I, Título VIII, Capítulo X, do Código de Processo Civil (CPC). Reconhecendo a sucumbência recíproca, determinou às partes a obrigação de arcarem com as custas à razão de 50% (cinqüenta por cento), mesmo percentual a ser observado no pagamento da verba honorária, que, atento ao zelo e ao grau de dificuldade da demanda, restou fixada em R$ 2.250,00 (dois mil e duzentos e cinqüenta reais).

Inconformado, apela o Banco do Brasil S.A. (f. 111/114), alegando, em suma, a nulidade da sentença em razão de suposto julgamento *extra petita*, sob o fundamento de que não requereu a aplicação de inadimplemento, mesmo sabendo a real situação do devedor, optando por cobrar o débito pelo modo menos oneroso para o devedor, qual seja aplicando a correção monetária consoante a TJLP.

Contra-razões de f. 121/122.

Conhece-se do recurso, visto que presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de sua admissibilidade.

Sem delongas, já que bastante singela a matéria recursal, importa salientar que reza o art. 460 do Código de Processo Civil ser defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado, salvo no que diga respeito a questões de ordem pública constantes dos autos, elucidando Ernane Fidélis dos Santos que "os dois

primeiros casos são de sentença *citra petita* e *ultra petita*, respectivamente. O último é de sentença *extra petita* (*Manual de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, p. 214).

Essa limitação quantitativa e limitativa encontra-se em sintonia com a regra expressa no art. 128 do mesmo diploma legal, que excepciona as questões que não exigem a iniciativa da parte, permitindo ao julgador desvincular-se das características do pedido, sem violação ao ordenamento jurídico, sendo certo que não está contaminado de qualquer vício o ato sentencial no qual o juiz enfrentou matérias de ordem pública constantes dos autos, como se verifica na hipótese de cobrança, pela instituição financeira, de taxas contratuais revestidas de objetivo de atualização monetária ou remuneração de capital.

Observa-se, portanto, que o entendimento exarado em primeiro grau, acerca da substituição da taxa TJLP pela comissão de permanência especificadas constantes do contrato, não foge dos limites estabelecidos pelos arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil, não havendo que se falar em nulidade, motivo pelo qual se rejeita a preliminar e se nega provimento ao mérito recursal.

Nesse sentido, não discrepa a jurisprudência:

> Recurso especial. Julgamento *extra petita*. Inexistência. Violação aos artigos 458 e 535 do Cód. de Proc. Civil não caracterizada. Cédulas de crédito rural. Limitação da taxa de juros. Cabimento. Capitalização mensal dos juros. Admissibilidade. Multa contratual. Validade. Correção monetária pela taxa referencial. Possibilidade. Multa por embargos procrastinatórios. Súmula 98/STJ.
> I - Inexiste julgamento *extra petita* no reconhecimento da nulidade de cláusulas contratuais com base no Código de Defesa do Consumidor, mormente quando havia pedido de refazimento das contas da dívida.
> II - Inocorre a alegada violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil, eis que os temas foram devidamente analisados, não tendo o condão de macular a decisão, a ponto de anulá-la, o fato de não ter o tribunal encontrado a solução buscada pelo recorrente. A negativa de prestação jurisdicional nos embargos declaratórios só se configura quando, na apreciação do recurso, o tribunal de origem insiste em omitir pronunciamento sobre questão que deveria ser decidida e não foi, o que não corresponde à hipótese dos autos [...]. Recurso especial parcialmente provido (Relator: Ministro Castro Filho - Fonte: *DJ* de 15.12.2003, p. 302 - Acórdão: REsp 369069/RS - 200101323112 - 522794 - Recurso especial - Data da decisão: 25.11.2003 - Órgão julgador: Terceira Turma).

Ademais, ainda que assim não se entendesse, houve pedido de revisão do contrato pela parte ré, que atacou a questão da aplicação da TJLP e a possibilidade de sua substituição, como se infere da peça de resistência à f. 50.

O simples fato de tal questão não ter sido deduzida de forma expressa nos pedidos não impede o seu conhecimento pelo Poder Judiciário.

Com tais argumentos, nego provimento ao recurso.

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

DES. SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA (Presidente) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 09.07.2008, a pedido do Vogal. O Relator e o Revisor negavam provimento ao recurso.

DES. BATISTA DE ABREU - Nesta oportunidade, também acompanho o voto do em. Relator.

*Súmula* - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

## Propriedade rural - Reserva legal - Dúvida - Averbação - Registro de imóveis - Transmissão - Exigência - Legalidade

Ementa: Constitucional. Administrativo. Registro de imóveis rurais. Dúvida. Averbação da reserva legal. Cobertura vegetal originária.

- A exigência da averbação da reserva legal como condição para o registro de imóvel rural se revela legítima, mesmo quando inexistente a cobertura vegetal originária. Assim, improcede a dúvida suscitada no sentido do afastamento da exigência de averbação da reserva legal no caso de transmissão de imóveis *causa mortis*. Dar provimento ao apelo.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0144.07.020375-3/001 - Comarca de Carmo do Rio Claro - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Oficial do Cartório de Registro de Imóveis de Carmo do Rio Claro, Cooxupé - Cooperativa Regional de Cafeicultores de Guaxupé Ltda. - 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, EM REJEITAR PRELIMINAR À UNANIMIDADE, DAR PROVIMENTO, VENCIDO O REVISOR.

Belo Horizonte, 7 de agosto de 2008. - *Cláudio Costa* - Relator.

## Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo apelado, o Dr. Felipe Cândido.

DES. CLÁUDIO COSTA - Como relatado, trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face da sentença de f. 75/79, proferida nos autos da dúvida suscitada pelo ilustre Oficial do Registro de Imóveis de Carmo do Rio Claro, que, acolhendo-a, orientou o titular daquela serventia que somente exija no ato do registro a averbação de reserva legal em imóveis rurais que abriguem área coberta de floresta, revogando qualquer orientação em sentido contrário.

Em suas razões de f. 81/104, o apelante sustenta que a decisão hostilizada é *extra petita*, porquanto inovou na consulta inicial formulada pelo Sr. Oficial do Registro de Imóveis, em desrespeito a outra decisão sua, já transitada em julgado. Segue alegando que a sentença recorrida é incerta, por não ter explicitado os meios para o seu cumprimento, dificultando sobremaneira a averbação de reserva legal naquela comarca. Defende que os registros de escritura de compra e venda de imóveis rurais estão condicionados à comprovação de que a reserva legal foi devidamente averbada perante a serventia competente, nos termos do art. 16 da Lei Federal nº 4.771/65. Diz irrelevante o fato de existir ou não floresta no imóvel para fins de exigência da averbação legal. Tece considerações acerca da função social da propriedade, da responsabilidade ambiental objetiva e do dano ao meio ambiente. Por tudo pede a cassação da sentença e, eventualmente, a sua reforma no sentido de manter a obrigatoriedade da averbação da reserva legal como condição para o registro de imóveis na comarca.

Contra-razões apresentadas pelo Sr. Oficial do Registro de Imóveis da Comarca de Carmo do Rio Claro às f. 110/121, e pela Cooperativa Regional dos Cafeicultores em Guaxupé Ltda. às f. 125/140, ambas defendendo a manutenção da sentença.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela cassação da sentença, e, caso seja apreciado o mérito, pelo provimento do apelo.

Conheço do recurso por presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Rejeito a preliminar de nulidade da sentença por não entendê-la *extra petita* como defende o apelante. É que a dúvida suscitada pelo Oficial do Registro de Imóveis de Carmo do Rio Claro foi, a meu sentir, contemplada no julgado, muito embora a sentença tenha decidido mais do que foi pleiteado.

De fato, tenho para mim que a decisão recorrida é *ultra* e não *extra petita*, pois a questão suscitada, relativa à liberação do ato da averbação da reserva legal para fins de registro de formais de partilha, está contida no comando sentencial de exigência da averbação da reserva legal para registro de imóvel rural, em razão de negócio jurídico entre vivos ou *causa mortis*.

Assim, não há falar em nulidade do *decisum*, mas, nesse caso, em decote do que se julgou além do pedido.

Rejeito, igualmente, a preliminar de violação da coisa julgada, pois, a rigor do art. 204 da Lei nº 6.015/73, a sentença que decide a dúvida tem natureza administrativa e não impede o uso do processo contencioso.

Por fim, inacolho a preliminar de incerteza e impossibilidade de cumprimento da sentença, por entender que o Oficial do Registro de Imóveis de Carmo do Rio Claro, com base nos eventuais títulos levados a registro, pode perquirir sobre a existência de reserva legal averbada no imóvel.

Quanto ao mérito, estou em que o apelo deve ser provido.

Já até pensei de forma diferente, mas agora tenho firme entendimento de que, em harmonia com a política de preservação ambiental para o equilíbrio ecológico, a Constituição Federal de 1988 procura conciliar dois direitos igualmente respeitáveis: propriedade e meio ambiente.

Inelutável que a reserva legal configura elemento fundamental para a manutenção da biodiversidade e da produtividade dos agroecossistemas.

Disso advém que a Constituição Federal vigente impôs uma limitação constitucional ao direito de propriedade quanto aos seus elementos materiais e a sua utilização econômica. Integrou a Constituição a propriedade privada ao meio ambiente, que é bem de uso comum do povo. E nesse aspecto a Constituição Federal de 1988 inovou no trato da matéria ambiental, cuidada como verdadeira projeção do direito fundamental à vida e à sua boa qualidade, com necessária e inevitável repercussão em outros direitos constitucionais, especialmente o de propriedade na forma de exigir-lhe uma específica forma de uso e fins.

Nesse contexto, estou em que o Código Florestal (Lei nº 4.771/65) foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. E nesse diapasão é dever do proprietário respeitar o percentual da vegetação existente em sua área para atendimento dos princípios constitucionais da defesa do meio ambiente e da ordem econômica.

Com efeito, a reserva legal decorre de normas que limitam o direito de propriedade, impondo o Código Florestal sua averbação à margem do título de domínio do imóvel ao estabelecer que, em caso de transferência, alienação, etc., a reserva legal é inalterável. Ora, para que se permaneça inalterável, necessário é a delimitação, a identificação, demarcação e a preservação da mesma.

Tendo em vista que os Cartórios de Registro de Imóveis procedem e certificam as inscrições (registros e averbações) existentes nos imóveis, fica atribuída aos

registradores a função fiscalizadora da realização da "Reserva Legal"; já a lei proíbe a modificação da reserva em caso de transmissão da titularidade do bem.

Dessa feita, a titularidade do domínio, por si só, é suficiente para fazer com que os proprietários rurais cumpram com sua obrigação legal de averbação da respectiva área.

A obrigação dos registradores é de não efetuar transferência do domínio, a qualquer título, sem o cumprimento da prévia exigência da legislação.

A esta altura, impende considerar que já houve quem argumentasse que a discussão em torno da reserva legal se aplicaria tão-só às áreas de florestas, pois, se confrontada à realidade fática presente (contemporânea), não encontraria suporte na inexistência detectável - e cada vez maior - de florestas neste país.

De sua parte, entretanto, o legislador não quer ver restaurado todo esse complexo de florestas, mas pretende que, por preservação e/ou restituição (restauração), ao menos 20% (vinte por cento) ou 50% (cinqüenta por cento) seja mantido sob guarda do particular (afora as reservas ecológicas, parques e outros).

Não nos calha, assim, que o sentido da lei tenha sido voltado só para as vegetações (por florestas ou outras) apenas existentes agora, mas procura o restauro (parte do passado com vista ao futuro), inspirada pelo princípio do direito à qualidade de vida.

O objetivo da legislação como um todo, ao pretender dar proteção às florestas e vegetação nativa que de maneira diversa se manifeste no meio ambiente, envolve o restauro delas, recompondo o que já houve e foi destruído pela ação inconseqüente do homem. Se assim não fosse, muitos passariam a desmatar e devastar suas áreas para não se submeterem ao comando legal. Está ínsita, pois, a recuperação como elemento viabilizador do resgate do desenvolvimento ambiental sustentável.

A função da lei ordinária vem apenas regulamentar e dar efetividade à consagração constitucional dos princípios ecológicos, tudo incidindo no conceito de meio ambiente ecologicamente equilibrado. E, para garantia e real efetividade do comando, impôs sua averbação à margem do respectivo registro daqueles imóveis rurais.

Por tudo, então, estou em que a dúvida suscitada pelo Sr. Oficial do Registro de Imóveis da Comarca de Carmo do Rio Claro não procede, devendo ser mantida a orientação anterior no sentido da exigência da averbação da reserva legal em todos os atos de transmissão de imóveis rurais, na forma do art. 16 do Código Florestal.

Pelo exposto, dou provimento ao apelo, reformando a sentença.

Custas, *ex lege*.

DES. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA - Tratam os presentes autos de suscitação de dúvida ofertada pelo Oficial do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Carmo do Rio Claro acerca da questão referente à averbação de reserva legal, prevista no art. 16 do Código Florestal, tendo o digno Magistrado de origem a acolhido, orientando o suscitante a somente exigir "no ato do registro a averbação de reserva legal em imóveis rurais que abriguem área coberta de floresta" (*litteris*, f. 79-TJ), pleiteando o Ministério Público do Estado de Minas Gerais a sua reforma.

Conheço do recurso, por atendidos os pressupostos que regem sua admissibilidade.

Também rejeito as prefaciais argüidas pelo *Parquet*.

*Circa meritum causae*, saliento que a matéria tratada neste feito já se encontra sedimentada pela jurisprudência deste colendo Tribunal de Justiça, no sentido de ser inconstitucional a exigência constante do Provimento nº 50/2000, da eg. Corregedoria-Geral de Justiça deste Sodalício, tanto é que foi editado o Aviso nº 030/GACOR/2003, pelo então Corregedor Des. Isalino Lisboa, no uso de suas atribuições, nos seguintes termos:

> Considerando o acórdão resultante do Mandado de Segurança nº 279.477-4/000, julgado pela egrégia Corte Superior do Tribunal, publicado no *Diário do Judiciário - Minas Gerais*, de 12 de agosto de 2003, avisa aos MM. Juízes de Direito e Oficiais de Registro de Imóveis das comarcas do Estado de Minas Gerais e demais interessados que estão suspensos todos os efeitos do Provimento n° 050, de 07.11.00, e do Provimento n° 092, de 19.03.03, desta Corregedoria, que tratam da 'Reserva Legal'.

De fato, a Corte Superior deste eg. Tribunal de Justiça, no julgamento do Mandado de Segurança nº 1.0000.00.279477-4/000, da Relatoria do Des. Antônio Hélio Silva, ocorrido em 25.06.2003, *DJ* de 12.08.2003, determinou que:

> Com efeito, o condicionamento dos atos notariais à prévia averbação da reserva legal extrapola o disposto no art. 16 do Código Florestal - Lei 4.771/95 - além de restringir e ferir o direito constitucional de propriedade do art. 5º, inciso XXII, da Constituição Federal. O § 2º do art. 16 do Código Florestal não impõe o momento da averbação da reserva legal - portanto não há imposição de que a averbação deve ser prévia - e muito menos condiciona a prática dos atos notariais a tal averbação.
>
> Assim, tem-se que a lei não autoriza a abstenção de qualquer ato notarial ao pretexto da falta de averbação da reserva legal. Trata tal averbação de ato administrativo autônomo, com procedimento próprio e sem caráter autoexecutório, não podendo ser entendida a sua ausência como ensejadora de qualquer tipo de coerção em relação à prática de outros atos notariais.
>
> Oportuno dizer que o mencionado art. 16 do Código Florestal, *caput*, disciplina a exploração de florestas de domínio privado. Tal exploração se sujeita às restrições impostas no restante do artigo. Contudo, é sabido que os incisos e parágrafos de determinado artigo de lei devem ser interpretados sempre tendo-se como limite o disposto no seu *caput*. Portanto, o bem jurídico tutelado no caso é a preservação de florestas.
>
> Ora, o argumento de que toda propriedade rural necessariamente tem área de floresta não se constitui numa realidade.

A norma jurídica deve ser genérica e abstrata, contudo é necessário que sua generalização e abstração encontre suporte no mundo real. Se uma norma jurídica trata de forma igual situações diferentes, fere direito constitucional. Portanto, a reserva legal não deve atingir toda e qualquer propriedade rural, mas apenas aquelas que contêm área de florestas, característica essencialmente técnica a ser apurada pelos órgãos competentes previstos em lei.

Assim, por não existir 'floresta' - da qual trata o art. 16 do Código Florestal - na maioria das propriedades de nosso Estado, não há como fazer uma restrição à propriedade de maneira genérica, como vem sendo interpretado o Provimento nº 50/2000, sendo que tal restrição somente pode haver quando existir floresta no imóvel rural, o que não é o caso dos autos. Como o referido artigo trata de exploração de floresta, somente quando houver a exploração é que haverá a obrigação de se averbar a reserva legal.

De lembrar que a exploração de floresta está regulamentada em lei e o seu não-cumprimento implica sanções administrativas e até penais.

Entretanto, não é o caso dos autos, em que se pretende a generalização do instituto da reserva legal para qualquer propriedade.

Dessa forma, a sentença hostilizada deve ser mantida em sua integralidade, pois analisou os fatos e aplicou o direito de forma correta, nos termos da jurisprudência dominante deste eg. Tribunal de Justiça.

Ressalte-se, por derradeiro, que o entendimento esposado neste voto já foi por mim sustentado quando do julgamento da Apelação Cível nº 1.0111.03.900264-2/001, oriunda da Comarca de Campina Verde, ocorrido em 05.02.2004, de minha relatoria, à unanimidade, cujo respectivo acórdão resultou na lavratura da seguinte ementa:

Constitucional e administrativo - Mandado de segurança - Averbação de registro de imóveis - Reserva legal - Impossibilidade - Manutenção integral da sentença - Inteligência do art. 5º, XXII, da Constituição Federal, Lei 6.015/73, Provimento 092/03 da eg. Corregedoria de Justiça de Minas Gerais e Aviso 030/GACOR/2003. - O condicionamento dos atos notariais à prévia averbação da reserva legal extrapola a Constituição Federal, na medida em que fere o direito de propriedade.

Pelo exposto, rejeito as preliminares e nego provimento à apelação interposta.

Custas recursais, *ex lege*.

DES.ª MARIA ELZA - Senhor Presidente. Acompanho o eminente Des. Relator, embora, anteriormente, tenha votado num processo em sentido contrário, mas, reexaminando melhor a matéria, que, penso, é até de ordem pública, direito ambiental, reposicionei-me e estou dando provimento, acompanhando o eminente Relator.

*Súmula* - REJEITARAM PRELIMINAR À UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO, VENCIDO O REVISOR.

...

## Embargos de terceiro - Execução - Venda posterior do bem - Citação - Validade - Fraude à execução - Má-fé - Insolvência do devedor - Comprovação - Necessidade

Ementa: Apelação cível. Embargos de terceiro. Venda do bem após a propositura da execução. Citação válida. Fraude à execução. Necessidade de comprovação da má-fé do adquirente e da insolvência do devedor.

- O exeqüente deve comprovar o requisito objetivo, isto é, o dano decorrente da insolvência a que supostamente chegou o devedor, seja pela alienação de bem ou por sua oneração. Além disso, também deve provar o requisito subjetivo (ciência da demanda em curso) se a ação não for inscrita no registro público.

- Por fim, se houver a constrição judicial, mas se esta não houver sido levada a registro público, a fraude à execução se configurará tão-somente se o credor demonstrar que os adquirentes/embargantes tinham ciência.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0223.04.138960-0/001 - Comarca de Divinópolis - Apelante: Vidroeste Ltda. - Apelada: Ana Lídia Rodrigues de Andrade representada p/ seus pais Gilson Carlos de Andrade e Lourdinalva Garcia Rodrigues Andrade - 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, 24 de setembro de 2008. - *Nicolau Masselli* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. NICOLAU MASSELLI - Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do recurso.

Trata-se de embargos de terceiro opostos por Ana Lídia Rodrigues de Andrade representada por seus pais Gilson Carlos de Andrade e Lourdinalva Garcia Rodrigues de Andrade contra Vidroeste Ltda., pugnando pela nulidade da penhora realizada sobre o apartamento de propriedade dos autores adquirido da ré em 06.09.2000 e devidamente registrado em 18.09.2000, no Cartório de Registro de Imóveis.

A penhora ocorreu em 23.10.2000, e foi requerido o registro da penhora em 03.11.2000, sendo que, no momento da aquisição do bem pelos autores, não havia

qualquer notícia quanto à existência de restrição. Tanto é verdade que foi providenciada certidão negativa de ônus que não apontou nenhum ônus, o que demonstra cabalmente que os mesmos são adquirentes de boa-fé.

Por fim, afirmam que não houve comprovação por parte da embargada quanto à situação de insolvência da executada, ou seja, que a mesma não tinha outros bens em sua propriedade, inclusive indicando outro apartamento que a executada possuía.

A empresa embargada apresentou contestação às f. 31/40, pugnando pela improcedência dos embargos de terceiros, argumentando que houve fraude à execução ao ser alienado o bem objeto de penhora para os embargantes somente um mês após a citação pessoal da executada nos autos da execução, conforme prova dos autos.

Sobreveio a sentença de f. 146/153 por meio da qual o MM. Juiz julgou procedente o pedido exordial, declarando a nulidade da penhora que incidiu sobre o apartamento de propriedade dos embargantes.

Condenou a embargada no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), atualizados a partir da sentença.

A embargada Vidroeste Ltda., ora apelante, interpôs o recurso de f. 154/162, pugnando pela reforma integral da sentença sob o fundamento de que restou comprovada a fraude à execução, pois a alienação do bem ocorreu após a citação da executada e mais: que os outros bens de propriedade da executada já são objeto de outras penhoras servindo como garantia de outras execuções.

Assim, afirma que a fraude à execução se encontra plenamente configurada, devendo ser mantida a penhora sobre o bem, principalmente porque a executada tinha ciência da execução quando alienou o bem.

Por fim, pugna pela redução dos honorários advocatícios a patamares mais razoáveis.

Contra-razões às f. 165/172.

Passo a analisar as razões recursais.

Da análise dos autos, assevera-se que o litígio gira em torno da comprovação de ter havido ou não fraude à execução.

A apelante aviou embargos de terceiro, que são uma ação de conhecimento constitutiva negativa exercida por um terceiro estranho à relação principal executiva, que se vê prejudicado por constrição judicial realizada naquela e que, injustamente, vem a afetar seu patrimônio, haja vista que este terceiro nem sequer figure como parte naquele processo.

Aduzem que adquiriram o imóvel, no ano de 2000, da executada, que foi devidamente registrado conforme cópia de f. 48, sendo que, à época, verificaram que não constava qualquer restrição nos imóveis, ou seja, se resguardaram no momento da aquisição.

O MM. Juiz primevo, ao analisar os documentos, entendeu que não houve configuração de fraude à execução diante das provas produzidas nos autos. Vejamos o que diz o art. 593 do CPC:

> Art. 593. Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens:
> [...]
> II - quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência;

Depreende-se do acima disposto que, para configurar a fraude à execução, o bem objeto da alienação ou oneração deve ser o bem objeto de litígio fundado em direito real ou deve a alienação dificultar ou até mesmo impossibilitar a satisfação do direito de credores.

O inciso II do supracitado artigo é o que deve ser analisado para elidir o caso em tela. Além de observar se a alienação era capaz de levar a alienante à insolvência, deve-se observar, também, de acordo com o entendimento jurisprudencial, se o comprador adquiriu o bem agindo de boa ou de má-fé, isto é, se tinha ciência ou não da execução em curso.

Conforme jurisprudência que se segue:

> Processual civil. Fraude à execução. Art. 593, II, do CPC. Inocorrência. - Para que se tenha como de fraude a execução de bens, de que trata o inciso II do art. 593 do Código de Processo Civil, é necessária a presença concomitante dos seguintes elementos: A) que a ação já tenha sido aforada; B) que o adquirente saiba da existência da ação - ou por já constar no cartório imobiliário algum registro dando conta de sua existência (presunção *juris et de jure* contra o adquirente), ou porque o exeqüente, por outros meios, provou que do aforamento da ação o adquirente tinha ciência; e C) que a alienação ou a oneração dos bens seja capaz de reduzir o devedor à insolvência, militando em favor do exeqüente a presunção *juris tantum*. Inocorrente, na hipótese, o segundo elemento supra-indicado, não se configurou a fraude à execução. Entendimento contrário geraria intranqüilidade nos atos negociais, conspiraria contra o comércio jurídico e atingiria a confiabilidade nos registros públicos. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido (*DJ* de 12.05.1997).

Do posicionamento atual da doutrina e da jurisprudência a respeito, esclarece Humberto Theodoro Júnior, em seu artigo Fraude contra credores e fraude de execução (*RT*, v. 776, p. 11):

> Enquanto a fraude, no direito privado, ensejaria uma anulação do ato de disposição, baseada na insolvência do alienante e na intenção de prejudicar credores por parte de ambos os sujeitos do negócio oneroso, no Código de Processo Civil, o legislador não teria se preocupado em invalidar o ato nocivo, limitando-se a, objetivamente, submeter os bens alienados à responsabilidade executória pelas dívidas do transmitente. Essa ótica, porém, não resistiu à construção jurisprudencial e doutrinária que solidamente se elaborou e definitivamente se estabeleceu entre nós acerca da fraude de execução. As primeiras vozes a se rebelarem contra o tratamento puramente objetivo da fraude de execução foram as de Alvino Lima e Mário Aguiar Moura, que demonstraram o equívoco da teoria de Buzaid e acentuaram que a sanção à

> fraude de execução, de acordo com as mais atualizadas concepções doutrinárias e jurisprudenciais, operaria de forma igual à da fraude contra credores. Dessa forma, devem ser vistas como requisitos comuns de ambas as variantes da fraude: 1) a fraude da alienação por parte do devedor; 2) a eventualidade de *consilium fraudis* pela ciência da fraude por parte do adquirente; e 3) o prejuízo do credor (*eventus damni*), por ter o devedor se reduzido à insolvência ou ter alienado ou onerado bens, quando pendia contra ele demanda capaz de reduzi-lo a insolvência. A tese que prevalece, atualmente, nos Tribunais, especialmente no STJ, é a que reclama para a alienação onerosa em fraude de execução o mesmo elemento subjetivo da fraude comum contra credores. Além do elemento objetivo representado pelo dano suportado pelo credor em razão da insolvência provocada ou agravada pelo ato de disposição, é necessário que o terceiro adquirente tenha concorrido conscientemente para o ato danoso. Incumbe, portanto, àquele que invoca o art. 793 do CPC demonstrar ambos os elementos da fraude, de maneira que, estando o terceiro de boa-fé, não haverá como sujeitá-lo à responsabilidade executiva pelo débito do alienante. É necessário sempre que o terceiro tenha ciência efetiva ou presumida da existência da demanda contra o alienante e do seu estado de insolvência. Do contrário, o que prevalece é a boa-fé como dado suficiente para impedir a configuração da fraude.

Para configurar a fraude à execução, em princípio, basta a propositura da ação, a citação válida do devedor, ao tempo da alienação do bem, e o estado de insolvência do mesmo, sendo este o entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência pátrias.

Nesse sentido, confira-se a orientação do colendo Superior Tribunal de Justiça no REsp 20.778-6-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo:

> A caracterização da fraude de execução prevista no inciso II do art. 593 do CPC, ressalvadas as hipóteses de constrição legal, reclama a concorrência de dois pressupostos, a saber, uma ação em curso (seja executiva, seja condenatória), com citação válida, e o estado de insolvência a que, em virtude da alienação ou oneração, fora conduzido o devedor (*DJU* de 31.10.1994).

É interessante notar que já havia citação válida da executada, alienante do imóvel na ação de execução proposta, contudo não restou configurada a insolvência. Inclusive, a executada possuía outros imóveis registrados em seu nome, dentre eles veículos.

Assim, há duas hipóteses a serem consideradas:

1ª) se a citação, na ação, tiver sido levada à inscrição no Registro Geral de Imóveis, a fraude não depende de prova, porque se presume do registro que o fato registrado é de conhecimento de todos e, portanto, do adquirente dos bens ou daquele em favor de quem foi feita a oneração do mesmo;

2ª) se não tiver sido levada a citação a registro, cumpre ao exeqüente provar a fraude.

Não há como admitir, mesmo que remotamente, que houve imprevidência da apelada, visto que, nesse caso, a apelante não comprovou que a apelada tinha conhecimento da ação já ajuizada em face da devedora/executada.

Ademais, há prova de que no momento da alienação do bem ainda não havia penhora. Tanto é verdade que foram apresentadas certidões negativas no momento do registro.

Portanto, a apelante deixou de comprovar o requisito objetivo, isto é, o dano decorrente da insolvência a que supostamente chegou a devedora, seja pela alienação de bem ou por sua oneração.

Além disso, também não restou provado o requisito subjetivo (ciência da demanda em curso), se a ação não for inscrita no registro público.

Por fim, se houver a constrição judicial, mas esta não houver sido levada a registro público, a fraude à execução se configurará tão-somente se o credor demonstrar que os adquirentes/embargantes tinham ciência.

Neste sentido, seguem estes julgados:

> Processual civil. Fraude à execução. Inexistência de ação capaz de tornar insolvente o devedor. Matéria de prova.
> I. A jurisprudência do STJ acolheu entendimento no sentido de que a fraude à execução não se caracteriza quando, na alienação do bem, inexistir ação capaz de tornar insolvente o devedor, sendo certo ainda que o simples ajuizamento de ação, por si só, não gera fraude, pois esta somente se configurara se houver dano ou prejuízo decorrente da insolvência a que chegou o devedor com a alienação ou oneração de seus bens.
> II - Matéria de prova não se reexamina em sede de especial (Súmula nº 7 - STJ).
> III - Recurso não conhecido (REsp nº 34.498-9/RS, Rel. Min. Waldemar Zveiter, *DJU* de 02.08.93).
>
> Processual civil. Fraude de execução. Alienação de bem antes da penhora. Inexistência da insolvência.
> I - A simples propositura da ação, por si só, não gera a fraude, pois a mesma somente se configurara se houver dano, prejuízo, decorrente da insolvência a que chegou o devedor com alienação ou oneração de seus bens. Assim, tal ilícito processual não ocorre se a aquisição do bem ocorreu antes da constrição judicial e o executado até então era solvente.
> II - Recurso não conhecido (REsp nº 24.154/GO, Rel. Min. Waldemar Zveiter, *DJ* de 03.11.92).
>
> Processo civil. Fraude de execução. Art. 593, II, CPC. Bem alienado quando já se achava em curso a execução, mas não abrangida pela constrição. Acórdão que afirma o estado de insolvência do executado. Veto sumular. Enunciado 7/STJ. Recurso não conhecido.
> I - Se ao tempo da alienação do bem já se achava em curso a execução, mas não fora ele atingido pela constrição, a demonstração da insolvência do devedor é indispensável para caracterizar-se a fraude de execução fundamentada no art. 593, II, CPC.
> II - Afirmando o acórdão recorrido haver restado caracterizada a insolvência do executado-alienante, ao tempo da alienação, não é o recurso especial sede adequada à desconstituição desse entendimento, mercê do veto contido no enunciado da Súmula 7/STJ.

III - A fraude de execução se contenta com a insolvência de fato (REsp nº 101472/RJ, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJ* de 10.12.1996).

Processo civil. Embargos de terceiro. Fraude de execução. Imóvel alienado pelo executado antes de sua citação. Art. 593, II, CPC. Nova alienação. Posterior a penhora, aos embargantes. Constrição não levada a registro. Precedentes. Recurso acolhido.
I - Na linha dos precedentes da Corte, não se considera realizada em fraude de execução a alienação ocorrida antes da citação do executado-alienante.
II - Para que não se desconstitua penhora sobre imóvel alienado posteriormente à efetivação da medida constritiva, ao exeqüente que a não tenha levado a registro cumpre demonstrar que dela os adquirentes embargantes tinham ciência, máxime quando a alienação a estes tenha sido realizada por terceiros, que não o executado (REsp nº 37.011-6/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, *DJ* de 11.10.93, 4ª T.).

Tributário. Execução. Penhora. Registro. Embargos de terceiro. - A penhora não registrada não torna ineficaz a alienação efetivada por terceiro, que não o executado, fazendo-se necessária a prova de que o adquirente tinha conhecimento da fraude. - Precedentes (REsp nº 43.738/MG, Rel. Min. Américo Luz, 2ª T., *DJ* de 14.08.1995).

Com essas razões, nego provimento à apelação para manter a decisão primeva por seus próprios fundamentos e conseqüentemente mantendo-se a nulidade da penhora efetuada sobre o referido bem.

Custas, pelo apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BATISTA DE ABREU e SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

## Ação rescisória - Município - Representação judicial - Procuração - Desnecessidade - Literal disposição de lei - Violação - Não-ocorrência

Ementa: Ação rescisória. Representação processual do Município. Violação à literal disposição de lei - Pretensão de rescisão do julgado em face de interpretação controversa da questão em casos similares. Impossibilidade.

- Não há se falar em irregularidade da representação processual do réu no processo de origem, pois, de acordo com o art. 12, II, CPC, a representação judicial do Município incumbirá ao seu prefeito ou procurador, resultando que a procuradora municipal não necessita de instrumento de procuração para agir em juízo.

- Restando claro que o acórdão rescindendo se baseou, literalmente, nas regras pertinentes à prescrição de dívidas da Fazenda Pública - como, aliás, reconhece a própria autora -, elegendo interpretação cabível e que pareceu mais acertada, sem se divorciar do texto da lei, mostra-se inviável o reconhecimento de violação literal à lei que motive a rescisão da decisão colegiada.

**AÇÃO RESCISÓRIA Nº 1.0000.06.439415-8/000 - Comarca de Conquista - Autora: Andreia Aparecida Matioli de Oliveira - Réu: Município de Conquista - Relator: DES. ALBERTO VILAS BOAS**

### Acórdão

Vistos etc., acorda o 1º 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 JULGAR IMPROCEDENTE A AÇÃO RESCISÓRIA.

Belo Horizonte, 3 de setembro de 2008. - *Alberto Vilas Boas* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. ALBERTO VILAS BOAS - Conheço da ação. A autora pretende a rescisão do acórdão exarado em ação de cobrança na qual pleiteou o pagamento de verbas trabalhistas e teve sua pretensão rejeitada em face da prescrição.

Aduz, em síntese, que a representação processual do Município foi irregular e que esta Corte já julgou e acolheu ações idênticas, propostas por servidores outros com base nos mesmos fatos e fundamentos de direito - circunstância esta que, inclusive, levou ao manejo de uniformização de jurisprudência -, ressurgindo daí que o julgado rescindendo contrariou o princípio da igualdade, incorrendo em expressa violação de disposição constitucional.

Não lhe assiste razão, *data venia*.

Com efeito, no tocante à representação processual do Município, observa-se que a autora em momento algum no primitivo processo alegou qualquer irregularidade, circunstância que presume a ausência de vício, *ex vi* do art. 13 do CPC.

Não bastasse, tem-se que, de acordo com o art. 12, II, CPC, a representação judicial do Município, ativa e passivamente, incumbirá ao prefeito ou procurador, resultando que a Procuradora Municipal não necessita de instrumento de procuração para agir em juízo.

Nesse sentido:

O Município é representado em juízo pelo Prefeito ou Procurador Municipal, dispensada a exigência do instrumento de procuração (art.12, II, do CPC) (REsp nº 493.287/TO, Rel. Min. Francisco Falcão, *DJ* de 25.04.2005).

No que concerne ao mérito propriamente dito, é assente que a hipótese prevista no art. 485, V, CPC não

inclui a possibilidade de rescindir julgado em face de interpretação controvertida nos tribunais sobre disposição de lei - Súmula nº 343, STF.

É certo que o entendimento sumulado em referência não tem aplicação absoluta, pois, consoante doutrina José Carlos Barbosa Moreira:

> [...] não parece razoável afastar a incidência do art. 485, V, só porque dois ou três acórdãos infelizes, ao arrepio do entendimento preponderante, hajam adotado interpretação absurda, manifestamente contrária ao sentido da norma (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, V. 5, p. 130).

Todavia, não é menos certo que a pretensão de que sejam adotados entendimentos iguais em hipóteses análogas é inviável, porquanto a lei, muitas vezes, abre possibilidades de interpretação diversas, cabendo ao julgador adotar a que lhe pareça mais acertada sem, com isso, violar literalmente qualquer disposição constitucional ou infraconstitucional.

Nesse sentido, pondera o doutrinador mencionado que:

> [...] sem dúvida, no campo interpretativo há que admitir certa flexibilidade, abandonada a ilusão positivista de que para toda questão hermenêutica exista uma única solução correta (ob. cit., p. 130).

Outrossim, a igualdade prevista constitucionalmente - e utilizada pela autora como argumento central de sua tese - refere-se àquela conferida aos litigantes dentro de um processo, em que seja assegurado às partes o acesso ao devido processo legal e seus consectários - ampla defesa e contraditório.

Não assim quando em confronto com processos diversos, ainda que retratem hipóteses análogas. Nesses casos e como referido, é perfeitamente cabível a adoção de linhas de interpretação distintas e que podem ser extraídas do texto legal sem se caracterizarem como absurdas ou totalmente divorciadas da intenção do legislador.

Vale ressaltar que, para hipóteses tais - nas quais ao texto legal é dada interpretação distinta -, há previsão de remédio próprio, consubstanciado no incidente de uniformização de jurisprudência. E, ainda assim, o resultado daí advindo não vincula o julgador, como cediço.

O que se observa, portanto, é que o princípio da igualdade, no caso concreto, não foi em momento algum violado, porquanto a autora nem sequer aventou a possibilidade de cerceamento de defesa ou qualquer empecilho outro, apto a coibir-lhe o acesso ao devido processo legal, com exercício da ampla defesa e do contraditório.

Sua única alegação é no sentido de que o resultado do julgado rescindendo haveria que ser igual a vários outros acolhidos por esta Corte, e esse motivo não é suficiente a ensejar o reconhecimento da hipótese prevista no art. 485, V, CPC, *data venia*.

Outrossim, resta claro que o julgado rescindendo baseou-se, literalmente, nas regras pertinentes à prescrição de dívidas da Fazenda Pública (f. 108/109) - como, aliás, reconhece a própria autora (f. 19) -, elegendo interpretação cabível e que pareceu mais acertada, sem se divorciar do texto da lei. Não há, pois, como reconhecer a violação literal a qualquer disposição legal.

Sobre o tema, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que:

> Processo civil. Recurso especial. Ação rescisória. Violação à literal disposição de lei. Súmula 343 do STF. Matéria controvertida nos tribunais.
> 1. A violação da lei que autoriza o remédio extremo da ação rescisória é aquela que consubstancia desprezo pelo sistema de normas no julgado rescindendo.
> 2. [...]
> 3. É cediço na Corte que, 'para que a ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC prospere, é necessário que a interpretação dada pelo *decisum* rescindendo seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Se, ao contrário, o acórdão rescindendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não merece vingar, sob pena de tornar-se 'recurso' ordinário com prazo de interposição de dois anos (REsp 9.086/SP, Rel. Min. Adhemar Maciel, Sexta Turma, *DJ* de 05.08.1996; REsp 168.836/CE, Rel. Min. Adhemar Maciel, Segunda Turma, *DJ* de 1º.02.1999; AR 464/RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, Segunda Seção, *DJ* de 19.12.2003; AR 2.779/DF, Rel. Min. Jorge Scartezzini, Terceira Seção, *DJ* de 23.08.2004; e REsp 488.512/MG, Rel. Min. Jorge Scartezzini, Quarta Turma, *DJ* de 06.12.2004).
> 4. A doutrina encampa referido entendimento ao assentar, *verbis*: '[...] a causa de rescindibilidade reclama 'violação' à lei; por isso, 'interpretar' não é violar. Ainda é atual como fonte informativa que tem sido utilizada pela jurisprudência a enunciação do CPC de 1939, no seu art. 800, *caput*: 'A injustiça da sentença e a má apreciação da prova ou errônea interpretação do contrato não autorizam o exercício da ação rescisória'.
> Ademais, para que a ação fundada no art. 485, V, do CPC seja acolhida, é necessário que a interpretação dada pelo *decisum* rescindendo seja de tal modo teratológica que viole o dispositivo legal em sua literalidade.
> Ao revés, se a decisão rescindenda elege uma dentre as interpretações cabíveis, a ação rescisória não merece prosperar.
> Aliás, devemos ter sempre presente o texto da Súmula nº 343 do STF: 'Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais'.
> *A contrario sensu*, se a decisão rescindenda isoladamente acolhe pela vez primeira tese inusitada, sugere-se a violação (FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 849-850).
> 5. Consoante a Súmula nº 343/STF, não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais (AgRg no Ag nº 854.368/RS - 1ª Turma - Rel. Ministro Luiz Fux - *DJU* de 07.05.2008, p. 1 - ementa parcial).

Especificamente sobre a questão versada nos autos, esta Corte de Justiça já pronunciou que:

Processual civil. Ação rescisória. Violação literal a disposição de lei. Representação. Irregularidade. Não-caracterização. Pedido rescisório improcedente.
1 - Não resta caracterizada violação a literal disposição de lei se o julgado está conforme a jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal e o autor da ação não apontou qual lei teria sido frontalmente violada.
2 - Irregularidade na representação da parte deve ser alegada, pois há presunção *juris tantum* de regularidade na representação da parte. O juiz só deve determinar a regularização da representação quando o vício for alegado pela parte contrária (Ação Rescisória nº 1.0000.06.443056-4 - Rel. Des. Manuel Saramago - j. em 02.04.2008).

Constitucional. Processual civil. Ação rescisória. Existência de julgados contrários. Alegação de violação ao princípio da igualdade. Inexistência. Rescisão do aresto. Necessidade de observância às hipóteses do art. 485 do Código de Processo Civil.
1. O princípio da igualdade no processo revela-se respeitado no instante em que as partes da relação processual são tratadas no processo como iguais em direitos, deveres, poderes e ônus, estando colocadas em perfeita paridade de condições e de idênticas possibilidades de obter justiça, sem se levar em conta o resultado do julgamento naquele processo em relação a outros julgados, em outros processos, envolvendo outras pessoas.
2. Para que se evite a existência de decisões conflitantes, o Estado garantiu - igualmente - a todos os jurisdicionados os meios próprios de uniformização de jurisprudência. Tal uniformização, na sistemática processual civil, se realiza através do manejo dos recursos próprios, não sendo este o propósito (uniformização) da ação rescisória.
3. As hipóteses da ação rescisória são aquelas elencadas no art. 485 do CPC, sendo que a hipótese do inciso V não subsiste quando o acórdão rescindendo, dentre as interpretações cabíveis, elege uma delas e a interpretação eleita não destoa da literalidade do texto legal.
4. É assente na jurisprudência a desnecessidade de apresentação do instrumento de representação pelos procuradores municipais (Ação Rescisória nº 1.0000.06.433006-1/001 - Rel. Des. Brandão Teixeira - j. em 30.11.2007).

Com essas considerações, julgo improcedente o pedido e atribuo à autora o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em R$ 1.500,00, que serão corrigidos monetariamente a partir deste julgamento.

Em face da concessão da gratuidade de justiça, fica suspensa a exigibilidade do aludido encargo nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50 e não há falar em levantamento do depósito em favor da ré.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES RONEY OLIVEIRA, CARREIRA MACHADO, NILSON REIS, BRANDÃO TEIXEIRA, EDUARDO ANDRADE, GERALDO AUGUSTO e VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE.

*Súmula* - JULGARAM IMPROCEDENTE.

...

## Ação monitória - Associação filantrópica - Assistência judiciária - Pedido - Caráter assistencial - Ausência de demonstração - Insuficiência de recursos financeiros - Comprovação - Inexistência

Ementa: Ação monitória - Associação filantrópica - Pedido de assistência judiciária - Ausência de demonstração do caráter assistencial - Não-comprovação da insuficiência de recursos.

- Declarações de utilidade pública e gratuitas certidões não bastam para caracterizar a instituição de assistência social destinatária do benefício da assistência judiciária.

- Para concessão do benefício da justiça gratuita às associações filantrópicas, mister é que se comprove a insuficiência de recursos financeiros para custear as despesas do processo, uma vez que se trata de taxas, não de impostos, o que afasta, por conseguinte, a imunidade constitucional.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0145.08.468325-2/001 - Comarca de Juiz de Fora - Agravante: Fundação Educacional Machado Sobrinho - Agravado: Leandro Silva de Oliveira - 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, 23 de setembro de 2008. - *Des. Elpídio Donizetti - Relator.*

### Notas taquigráficas

DES. ELPÍDIO DONIZETTI - Fundação Educacional Machado Sobrinho, qualificada nos autos, interpôs agravo de instrumento, com pedido de tutela antecipada, em face da decisão proferida pelo Juiz da 6ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora (reproduzida às f. 52-TJ), o qual, nos autos da ação monitória ajuizada em face de Leandro Silva de Oliveira, indeferiu o pedido de assistência judiciária formulado pela recorrente e intimou-a para recolhimento das custas, sob pena de cancelamento da distribuição.

Em síntese, a agravante sustenta que, conforme comprovado pelos documentos juntados aos autos, é pessoa jurídica filantrópica constituída para fins não lucrativos, razão pela qual afirma que a assistência judiciária pleiteada deve lhe ser concedida.

Acrescenta que basta a simples declaração de pobreza para deferimento do pedido de justiça gratuita.

Arremata, requerendo a concessão de tutela antecipatória recursal e, ao final, o provimento do agravo para reformar a decisão agravada, concedendo-lhe os benefícios da assistência judiciária.

Às f. 57-60-TJ, deferiu-se a formação do agravo, indeferindo-se, contudo, a concessão do efeito ativo.

Não foram apresentadas contra-razões.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

À guisa de fundamentação, reporto-me às considerações expendidas quando da análise do pedido de antecipação da tutela recursal.

Segundo a agravante, o fato de ter sido constituída para fins não econômicos bem como a declaração de impossibilidade de custear as custas processuais são bastantes para comprovar sua condição de hipossuficiência.

Compulsando os autos, verifica-se que, de acordo com o ato constitutivo da entidade, a agravante é uma pessoa jurídica de direito privado, de caráter filantrópico, eminentemente educacional e cultural, sem fins lucrativos, tendo por objetivo 'criar e manter, com os seus próprios recursos ou em regime de cooperação com instituições congêneres nacionais ou estrangeiras, serviços educacionais e assistenciais que beneficiem os estudantes da localidade e do país' (art. 2º - f. 22-TJ).

Entretanto, o estatuto não basta para comprovar a qualidade de instituição social sem fins lucrativos. Não se tem conhecimento - até porque não há comprovação nos autos - da real prática de assistência social pela agravante.

Em síntese, a recorrente não demonstrou que a integralidade dos lucros obtidos com a rentável atividade educacional é integralmente revertida para a assistência social. Ademais, sequer comprova quais são e de que forma são realizados os serviços educacionais assistenciais enunciados no ato constitutivo da entidade.

Ressalta-se que declarações de utilidade pública e gratuitas certidões não bastam para caracterizar a instituição de assistência social destinatária do benefício da assistência judiciária. Tal como a mulher de César, a aparência não basta. É preciso que demonstre, que torne visível aos olhos da população, ser merecedora da justiça gratuita.

Vale salientar que, consoante disposto no art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal, "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos". Logo, ainda que a agravante demonstrasse ser entidade sem fins lucrativos, mister é que comprovasse a insuficiência de recursos financeiros para custear as despesas do processo, uma vez que se trata de taxas, não de impostos.

Nesse sentido:

> Processual civil. Assistência judiciária gratuita. Pessoa jurídica. Entidade filantrópica sem fins lucrativos. Alegação de dificuldade financeira não comprovada. Não-concessão do benefício. - A ampliação do benefício às pessoas jurídicas deve limitar-se àquelas que não perseguem fins lucrativos e se dedicam a atividades beneficentes, filantrópicas, pias, ou morais, bem como às microempresas nitidamente familiares ou artesanais. Em todas as hipóteses é indispensável a comprovação da situação de necessidade. [...] (REsp 690482 / RS - Rel. Min. Teori Albino Zavascki - 1ª Turma - STJ - *DJ* de 15.02.2005.)

> Embargos de divergência. Assistência judiciária. Pessoa jurídica. - Cabe à pessoa jurídica, que comprovar não ter condições de suportar os encargos do processo, não relevando se ela possui fins lucrativos ou beneficentes, o benefício da justiça gratuita. [...] (EREsp 321997/MG - Rel. Min. César Asfor Rocha - Corte Especial - STJ - *DJ* de 04.02.2004.)

> Agravo regimental. Medida cautelar. Liminar. Ausência *do fumus boni iuris*. Assistência judiciária gratuita. Pessoa jurídica. Fins lucrativos. Ausência de comprovação de miserabilidade. Súmula nº 7 do STJ. [...] Mesmo que se admita o benefício da assistência judiciária gratuita para qualquer espécie de pessoa jurídica, faz-se necessário considerar sua real situação financeira. [...] (AgRg na MC 3058 / SC - Rel. Min. Franciulli Netto - 2ª Turma - STJ - *DJ* de 27.11.2000.)

Dessa forma, o fato de a associação ser constituída para fins não econômicos (art. 53 do CC) não demonstraria, por si só, a ausência de condições de arcar com o pagamento das despesas do processo.

A prevalecerem algumas decisões judiciais - com as quais não posso concordar -, para escapar da obrigação de pagar as custas processuais, bastaria que se comprovasse tratar-se de associação para que se deferisse a assistência judiciária.

O requisito da não-distribuição de lucros aos dirigentes, em alguns casos - e não me refiro à agravante -, é burlado com a constituição de associações destinadas à prestação de serviços à suposta entidade assistencial. Nesse caso, os dirigentes auferem lucros por meio das sociedades prestadoras de serviço. Casos há em que efetivamente não ocorre retirada por parte dos sócios e dirigentes e, então, a entidade aplica seus lucros em imóveis, uma vez que apenas uma ínfima parcela da receita é destinada à assistência social.

A simbólica venda da Justiça não significa cegueira e insensibilidade, mas sim atenção às desigualdades sociais, que devem ser combatidas por todos os flancos, mormente por meio de eqüitativa distribuição da carga tributária. Reconhecer a imunidade de rentáveis instituições de ensino - talvez o negócio mais rentável na atualidade - é fornecer carta branca à burla, à evasão de receitas tributárias, à injustiça social.

Com base em tais considerações, nego provimento ao recurso.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FÁBIO MAIA VIANI e GUILHERME LUCIANO BAETA NUNES.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

## Ação ordinária - Carteira Nacional de Habilitação - Documento público - Irregularidade - Meros indícios - Indeferimento administrativo - Motivo insuficiente - Prontuário - Transferência de outro Estado da Federação - Possibilidade - Custas processuais - Isenção - Lei Estadual n° 14.939/03

Ementa: Reexame necessário. Recurso voluntário. Ação ordinária. Desentranhamento de documentos carreados com as razões recursais. Cabimento. CNH. Transferência de prontuário de outro Estado da Federação. Documento público. Presunção de regularidade. Indeferimento administrativo com base em suspeitas. Motivo insuficiente para obstar o pedido. Custas processuais. Isenção. Lei Estadual n° 14.939, de 2003.

- A Carteira Nacional de Habilitação é documento público e goza da presunção relativa de veracidade, sendo que meros indícios de irregularidade na obtenção da habilitação, por si sós, não têm o condão de obstar o pedido de transferência de prontuário de outro Estado da Federação.

- Se inexiste antecipação de custas processuais, por parte do impetrante, o Município está isento de arcar com aquela verba, conforme disposição legal (Lei Estadual n° 14.939, de 2003).

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO N° 1.0024.07.743546-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda da Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelado: Custódio Dias do Vale - Relator: DES. SILAS VIEIRA

### 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 DETERMINAR O DESENTRANHAMENTO DOS DOCUMENTOS DE F. 88/91. REFORMAR PARCIALMENTE A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 21 de agosto de 2008. - *Silas Vieira* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. SILAS VIEIRA - Trata-se de reexame necessário e de recurso voluntário à r. sentença de f. 68/75 - nos autos da ação de obrigação de fazer c/ pedido de tutela antecipada proposta por Custódio Dias do Vale em face do Estado de Minas Gerais -, por via da qual a MM. Juíza de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte rejeitou a preliminar de falta de interesse de agir e, no mérito, julgou procedente o pleito inicial,

> [...] para determinar ao Estado de Minas Gerais, através de seu órgão executivo de trânsito, que promova a transferência do prontuário de condutor da requerente para este Estado (f. 74).

O requerido foi condenado ao pagamento das custas processuais e de R$ 500,00 (quinhentos reais), a título de honorários advocatícios de sucumbência.

Inconformado, o Estado de Minas Gerais recorre às f. 77/87.

Afirma que:

> [...] a transferência da PPD obtida em outro Estado da Federação pressupõe o exercício da função fiscalizatória atribuída ao órgão de trânsito mineiro, assim como a qualquer outro ao qual seja dirigido pedido de transferência de prontuário de outro Estado (f. 79).

Pondera que:

> [...] no caso em apreço, ainda com base nas informações prestadas pelo Detran-MG, o autor, que é domiciliado em Belo Horizonte-MG, não comprovou vínculo algum com o Estado de São Paulo, ou seja, não comprovou o cumprimento do disposto no art. 140 do Código de Trânsito Brasileiro, sendo essa a razão pela qual a transferência do seu prontuário de condutor foi negada perante o órgão executivo de trânsito (f. 80).

Ressalta que junta cópia do termo de declarações prestadas à autoridade policial, por Luiz Cândido Ferreira, pois o depoimento do mesmo teria sido colhido após a contestação do Estado nos presentes autos, até porque só agora chegou ao seu conhecimento tal documentação.

Assevera que:

> Nas anexas declarações, o depoente esclarece detalhes da fraude, que não serão aqui transcritas para evitar maiores delongas, uma vez que poderá ser verificada na íntegra por essa egrégia Corte. Porém é importante ressaltar que, além de revelar que sua CNH foi obtida sem o cumprimento de nenhuma exigência legal, o declarante revela que o [...] Sr. Paulo forneceu a ele o endereço e número do telefone do Escritório Sinal Verde, do Advogado Corgosinho, que patrocina a ação do ora apelado (f. 86).

Sem preparo, nos moldes da Lei Estadual n° 14.939, de 2003.

Contra-razões (f. 93/96), momento em que o apelado pugna pelo desentranhamento das cópias carreadas com as razões recursais do Estado de Minas Gerais.

Dispensado o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, em atendimento à Recomendação CSMP n° 1, de 3 de setembro de 2001.

É o relato.

Conheço do reexame necessário, *ex vi* do art. 475, I, do CPC. Conheço, também, do recurso voluntário, pois que preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

Em suas contra-razões (f. 93/96), o autor/apelado requer, preliminarmente, o desentranhamento dos documentos que acompanham a apelação, porquanto, além de intempestivamente juntadas, é evidente que se referem "[...] a um processo policial envolvendo um terceiro" (f. 95).

Merece acolhida tal alegação, porquanto, a meu ver, a documentação de f. 88/91, protocolizada com as razões recursais, foi carreada em momento processual absolutamente impróprio.

Com efeito. Os referidos documentos indicam depoimentos prestados, em 10.10.2007, à autoridade policial por pessoa que não integra a lide e destinam-se a corroborar a tese de defesa sustentada pelo Estado de Minas Gerais, razão pela qual deveriam ter vindo com a peça da contestação (protocolizada em 14.12.2007 - f. 38), em consonância com o art. 396 do CPC.

Ademais, é de se realçar que as cópias de f. 88/91 não se enquadram na definição de "documentos novos", a que alude o art. 397 do CPC.

Logo, concluo pelo desentranhamento da documentação em apreço.

Nesse mesmo sentido:

> Prova - Documentos - Parte que não justificou a impossibilidade de apresentá-los anteriormente, tendo-os juntado apenas em razões finais - Inviabilidade - Inobservância dos princípios da lealdade processual e da estabilização da lide - Desentranhamento mantido. - Agravo retido improvido (1º TACSP, Apelação nº 741452-4, Juiz Elliot Akel, j. em 01.08.98).

> Agravo de Instrumento. Ação ordinária de cumprimento de obrigação. Desentranhamento de documentos. Momento inoportuno da juntada. Decisão acertada. Recurso improvido.
> I.Tratando-se de documentos destinados a fazer prova, e deles dispondo a parte desde antes da propositura da demanda, não é admissível a sua juntada posterior, tendo em vista que poderia fazê-lo no momento garantido.
> II. Uma vez que se pretende a comprovação das alegações do agravante com a apresentação dos referidos documentos, não se admite a sua apresentação serôdia, com o espírito de ocultação premeditada e o propósito de surpreender o juízo, pois a sua contratação antecede, e em muito, a propositura da ação, pois os documentos já se encontravam em poder do agravante há mais de dois anos (TAPR, Agravo de Instrumento nº 111632100, Juiz Lídio J. R. de Macedo, *DJ* de 05.12.97).

Ante o deduzido, acolho o requerimento formulado pelo apelado e determino o desentranhamento dos documentos de f. 88/91.

Pondero que essa ordem não quer significar qualquer desconsideração acerca da gravidade dos fatos noticiados pelo Estado de Minas Gerais em torno de possíveis irregularidades para a obtenção da CNH. Contudo, não se pode esquecer que, por ora, há, apenas, indícios, os quais merecerão apuração, análise e conclusão pelas autoridades competentes nas vias adequadas.

Ultrapassada a questão atinente à documentação carreada com as razões recursais, passo, desde logo, ao reexame da r. sentença.

Vejamos.

Infere-se, às f. 08 e 10/13, que Custódio Dias do Vale obteve habilitação no Detran-SP, requereu administrativamente a transferência do prontuário para o Estado de Minas Gerais, mas não obteve resposta do Detran-MG.

Segundo o autor/apelado, a Carteira Nacional de Habilitação - CNH é válida e deve ser aceita em todo o território nacional.

O Estado de Minas Gerais, do outro lado, insiste na prévia e necessária apuração, por parte do Detran-MG, de supostas irregularidades no processo para habilitação dos condutores.

A MM. Juíza monocrática, por sua vez, indeferiu o pleito liminar (f. 32/34) e, ao final, rejeitou a preliminar de falta de interesse de agir, julgando, no mérito, procedente o pedido,

> [...] para determinar ao Estado de Minas Gerais, através de seu órgão executivo de trânsito, que promova a transferência do prontuário de condutor da requerente para este Estado (f. 74).

Pois bem.

No que tange à falta de interesse de agir, não há qualquer reparo ao ato sentencial.

De fato. Como destacado pela eminente Juíza sentenciante, a formulação, ou não, de prévio requerimento administrativo não afasta o interesse de agir de Custódio Dias do Vale, para manejar a presente ação, tendo em vista que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5º, XXXV, da Constituição da República de 1988).

Vale dizer, a via administrativa, se existente, não representa caminho indispensável para, só depois, possibilitar ao interessado a propositura de ação judicial, de modo que resta claro o interesse de agir do autor/apelado.

Quanto à controvérsia propriamente dita, também mantenho a r. sentença em reexame.

Explico.

No caso, a pretensão inicial encontra fundamento de validade no art. 159 do Código de Trânsito Brasileiro, uma vez que a CNH é documento público válido em todo o território nacional, sendo vedado ao Detran-MG questionar a autenticidade da carteira emitida pelo Detran-SP, sem qualquer indício de prova especificamente em relação ao autor/apelado.

Depreende-se, do processado, que a recusa na transferência do prontuário do autor/apelado para Minas Gerais está pautada, apenas, em suspeita genérica de fraude em sua habilitação obtida no Estado de São Paulo.

Ora, entendo que a mera suspeita de fraude, sem oportunidade ao interessado do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV, LV, da Lei Maior), não pode servir de motivação para negar a transferência da carteira de habilitação, pois prepondera a presunção relativa de regularidade das habilitações emitidas pelos Detrans de outros Estados da Federação (art. 159 da Lei Federal nº 9.503/97).

A propósito, jurisprudência dominante deste eg. Tribunal de Justiça:

> Ementa: Administrativo. Mandado de segurança. Carteira Nacional de Habilitação. Presunção de regularidade. Recusa de transferência do prontuário. Suspeita de fraude. Motivação insuficiente. Falta de apuração em procedimento administrativo regular.
> O art. 159 da Lei Federal nº 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) assegura à Carteira de Habilitação fé pública e equivalência a documento de identidade em todo o território nacional. A mera suspeita de fraude, sem a devida apuração, em contraditório com defesa do interessado, não constitui motivação bastante para a recusa de transferência de Carteira Nacional de Habilitação obtida em outro Estado, uma vez que há presunção de regularidade do documento emitido por órgão público de trânsito de qualquer unidade da federação. Dá-se provimento ao recurso. (Apelação Cível nº 1.0024.05.698424-8/001, Rel. Des. Almeida Melo, j. em 03.08.2006).
>
> Ementa: Mandado de segurança - Transferência da CNH - Carteira Nacional de Habilitação e respectivo prontuário. - Nos termos do art. 159 do CTB, a Carteira Nacional de Habilitação, como o próprio nome diz, é válida em todo território nacional; logo, portador de CNH proveniente de outro Estado, onde cumpriu com todas as normas regulamentares estabelecidas pela autarquia estadual daquele, possui direito líquido e certo de transferi-la para o Estado em que esteja residindo (Reexame Necessário nº 1.0024.05. 699484-1/001, Rel. Des. Alvim Soares, *DJ* de 06.06.2006).
>
> Constitucional. Mandado de segurança. Carteira Nacional de Habilitação. Presunção relativa de regularidade. Transferência de outro estado. Direito líquido e certo.
> 1. A Carteira Nacional de Habilitação - CNH, documento público, goza de presunção relativa de regularidade, bem como de obtenção regular, não se admitindo recusar fé, porque é instrumento oficial que recebe a nomenclatura de documento público, nos exatos termos do art. 19, inciso II, da Constituição da República.
> 2. Os indícios de irregularidades na obtenção da CNH, como facilitação, não têm o condão de impedir a transferência de prontuário, até que haja prova contrária.
> 3. Dá-se provimento ao apelo (Apelação Cível nº 1.0024. 05.633130-9/001, Relator: Des. Nilson Reis, *DJ* de 20.04.2006).

Assim, reputa-se ilegal a negativa de validade à CNH emitida noutro Estado da Federação, por obstaculizar a transferência ao Estado de Minas Gerais, pautando-se em alegações genéricas de irregularidades, que, nos moldes do art. 333, II, do CPC, não são suficientes para afastar a pretensão do autor/apelante.

No tocante aos honorários advocatícios de sucumbência, é de se manter, mais uma vez, o ato sentencial, pois que, nesse ponto específico, observou-se o disposto no art. 20, *caput* e § 4º, do CPC, sendo certo que a fixação de montante irrisório a esse título deve ser evitada.

Faço, todavia, pequena alteração na sentença, apenas para isentar o Estado de Minas Gerais do pagamento das custas processuais às quais fora condenado.

Isso porque o autor está sob o pálio da gratuidade judiciária e, conseqüentemente, não recolheu a aludida verba, de modo que se atrai a isenção prevista na Lei Estadual nº 14.939, de 2003.

Ante o exposto, determino o desentranhamento da documentação de f. 88/91. Em reexame necessário, reformo parcialmente a sentença, apenas para isentar o Estado de Minas Gerais do recolhimento das custas processuais.

Custas recursais, *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MANUEL SARAMAGO e DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA.

*Súmula* - DETERMINARAM O DESENTRANHAMENTO DOS DOCUMENTOS DE F. 88/91. REFORMARAM PARCIALMENTE A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

...

## Contrato - Prestação de serviços - Empreitada - Título executivo extrajudicial - Apuração de fatos - Necessidade - Título líquido e certo - Ausência - Nulidade da execução

Ementa: Agravo de instrumento. Contrato de prestação de serviços. Empreitada. Título executivo extrajudicial. Necessidade de apurar fatos. Requisitos de liquidez, certeza e exigibilidade. Ausência de título hábil. Nulidade da execução. Art. 618, I, do CPC.

- A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título líquido, certo e exigível. No caso em tela, o pedido da agravada exeqüente está amparado em um contrato de prestação de serviços em que pairam dúvidas acerca da prestação dos serviços contratados, dependendo tal situação da verificação de fatos, ou seja, da produção de provas, o que se revela impossível na via dos embargos, já que este visa a desconstituição de título, e não a sua formação. Infere-se que o contrato de prestação de serviços, objeto da lide, não é título hábil a autorizar a execução extrajudicial em razão da necessidade de apurar se os serviços foram efetivamente presta-

dos, nos termos contratados, mediante a utilização do procedimento próprio.

**AGRAVO Nº 1.0024.07.783754-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Prometálica Mineração Centro Oeste S.A. - Agravada: Orca Construtora Ltda. - 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 DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 31 de julho de 2008. - *Hilda Teixeira da Costa* - Relatora.

## Notas taquigráficas

DES.ª HILDA TEIXEIRA DA COSTA - Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto em face da r. decisão proferida pelo digno Juiz de Direito da 26ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte/MG (reproduzida às f. 351-TJ), nos autos dos embargos à execução, proveniente da ação de execução movida por Orca Construtora Ltda. em face de Prometálica Mineração Centro Oeste S.A.

Consiste o inconformismo recursal no fato de o douto Julgador *a quo* ter afastado a preliminar de falta de título executivo bem como de inépcia da inicial, e ter deferido as provas documental, pericial e oral.

Esclarece que a agravada ajuizou execução amparada em um contrato de prestação de serviços, objetivando a execução de obras civis, fabricação de estruturas metálicas, adaptação de estruturas metálicas já existentes, fabricação de caldeira e montagem eletromecânica de maneira a viabilizar a implantação de planta de beneficiamento de minério na cidade de Americano do Brasil/GO, alegando que cumpriu o contrato, sendo credora da quantia de R$ 1.376.083,72 (um milhão trezentos e setenta e seis mil oitenta e três reais e setenta e dois centavos).

Alega, em suma, que o contrato de empreitada no qual a agravada se baseou para manusear a execução não tem caráter de executividade, conforme preceituam o art. 585, inciso II, e art. 615, IV, do CPC.

Assevera que a execução se baseou em contrato de empreitada, de natureza bilateral e sinalagmática, sendo necessária a demonstração inequívoca do cumprimento das obrigações mediante amplo contraditório, por meio de processo de conhecimento.

Defende serem os prejuízos flagrantes, pois, com a designação da perícia, a agravante será obrigada a arcar com os ônus do pagamento dos trabalhos periciais e contratação de assistente técnico.

Informa que o documento referente ao laudo de medição de serviços executados dos autos demonstra a divergência na quantidade de execução dos trabalhos realizados e que o boletim de medição dos serviços, ao contrário do que afirma a agravada, não foi aprovado pela agravante. Conclui que, diante da necessidade de apurar a divergência dos valores cobrados e de comprovar se os serviços foram executados, seria cabível ao caso o processo de conhecimento, e não a ação de execução, visto que o documento que a embasa é destituído de liquidez.

Argúi que o prosseguimento da execução com o desdobramento da fase de instrução do feito, com a realização de perícia, prestes a ser realizada, poderá restar prejudicado, caso venha a ser acolhida, posteriormente, a preliminar de extinção do feito por carência de título executivo.

Por fim, requer o provimento do recurso a fim de acolher a preliminar de extinção do feito sem julgamento de mérito, por inexistir título executivo hábil para amparar a pretensão agravada.

O recurso foi recebido às f. 371/372-TJ.

Requisitadas as informações necessárias, estas foram prestadas às f. 377-TJ, noticiando o cumprimento do art. 526 do CPC e a manutenção da decisão agravada.

Intimada, a agravada apresentou sua contraminuta, às f. 379/386-TJ, argüindo, a liquidez, certeza e exigibilidade do título que instrui a ação executiva. Pugna pelo desprovimento do recurso.

No mérito.

A questão do presente recurso cinge-se ao fato de o douto Juiz *a quo* ter indeferido a preliminar de falta de título executivo, tendo a agravante proposto o presente recurso a fim de que seja acolhida a preliminar de extinção do feito sem julgamento de mérito, por inexistir título executivo hábil a amparar a pretensão agravada.

É cediço que a execução para cobrança de crédito se fundará sempre em título líquido, certo e exigível.

Conforme elucidam os autores Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> "Título executivo. - O título que autoriza a execução é aquele que *prima facie* evidencia certeza, liquidez e exigibilidade que permitem que o credor lance mão de pronta e eficaz medida para o cumprimento da obrigação a que o devedor se prestou a cumprir (*Código de Processo Civil comentado*. 9. ed. São Paulo: RT, p. 844).

O contrato, apresentado como título extrajudicial pela agravada, tem por objeto a prestação pela contratada de serviços de execução de obras civis, fabricação de estruturas metálicas, adaptação de estruturas metálicas já existentes, fabricação de caldeiraria e montagem eletromecânica para a implantação da planta de beneficiamento de minério, localizada no município de Americano do Brasil - GO (f. 50).

No caso em tela, extraí-se da cópia da inicial da execução por título extrajudicial que a exeqüente busca o

recebimento do seu crédito, referente aos itens 2.2 e 2.4 da Planilha de Quantitativos e Preços do Anexo I do Contrato de Prestação de Serviços nº 05.001.00.2005, sob o argumento de ter cumprido fielmente e com exatidão a pactuação consubstanciada nos referidos itens.

O item 2.2 refere-se ao desmatamento, destocamento inclusive limpeza vegetal com carga e transporte e descarga do material até 600 metros, constando na planilha a quantidade de 12.486 m² e o preço unitário de R$ 3,20. O item 2.4 trata de escavação de material rochoso com uso de explosivos, inclusive, carga, transporte, descarga e espalhamento, até 600m, constando na planilha apenas o preço unitário de R$ 266,19.

Observa-se do referido contrato de prestação de serviços que fora convencionada a realização de medição dos serviços para liberar a autorização para faturamento (cláusula oitava, f. 56) e que, após a liberação do Boletim de Medição e a emissão da Autorização de Faturamento, a contratada, ora agravada, emitiria a documentação hábil de cobrança (cláusula nona); contudo não consta nos autos, de forma inequívoca, a liberação do boletim de medição referente aos itens 2.2 e 2.4 da Planilha de Quantitativos e Preços do anexo I, pleiteados pela agravada, nem a autorização de faturamento dos itens mencionados, que implicassem a emissão do documento hábil de cobrança pela contratada.

A agravada, ora exeqüente, juntou em suas contrarazões cópias de planilhas; relatórios topográfico e diário de obra; relatório de produção e memória de cálculo, que, apesar de se relacionarem com os itens 2.2 e 2.4, objeto da ação de execução, não demonstram o fiel e integral cumprimento das obrigações na forma contratada.

Compulsando os autos, verifica-se que a agravante colacionou no presente recurso documentos que discutem o valor cobrado no item 2.4 pela contratada, por estar em desconformidade com o preço de mercado (f. 320/322), além de notificação extrajudicial referente à rescisão contratual na qual faz menção de que os serviços previstos na planilha contratual não foram executados em sua totalidade pela contratada (f. 329/332).

Desta feita, constata-se que o pedido da agravada exeqüente está amparado em um contrato de prestação de serviços em que pairam dúvidas acerca da prestação dos serviços contratados, dependendo tal situação da verificação de fatos, ou melhor, da produção de provas, o que se revela impossível na via dos embargos, já que este visa à desconstituição de título, e não à sua formação.

Frise-se que o título executivo para embasar a execução deve ser revestido de certeza (quanto à existência da obrigação), liquidez (determinado quanto ao objeto, mais especificamente quanto à espécie, qualidade e quantidade) e exigibilidade (obrigação de pagar não sujeita ao advento de condição ou termo). Logo, no título executivo, para ser exigido diretamente pelo processo de execução, devem inexistir condições dependentes de fatos a se apurar, o que não ocorre no caso em tela.

Sobre o tema Humberto Theodoro Júnior esclarece:

> Nessa ordem de idéias, o título há de ser completo, já que não se compreende nos objetivos da execução forçada a definição ou o acertamento de situação jurídica controvertida. Por suas medidas, brandas ou drásticas - observa Mendonça Lima – 'apenas se tornará efetivo o que já fora anteriormente assegurado'. Toda declaração ou reconhecimento do direito do credor há de se conter, por inteiro, no título, posto que a execução 'nada agrega, nem diminui e nem amplia; realiza-o se não foi espontaneamente pelo devedor'.
> Não cabendo ao juiz pesquisar em torno da existência ou extensão do direito do credor, no curso da execução, toda fonte de convicção ou certeza deve se concentrar no título executivo (*Curso de direito processual civil*. Processo de execução e processo cautelar. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, v. II, p. 32).

Assim, infere-se que o contrato de prestação de serviços, objeto da lide, não é título hábil a autorizar a execução extrajudicial em razão da necessidade de se apurar se os serviços foram efetivamente prestados nos termos contratados, mediante a utilização do procedimento próprio.

Consoante a jurisprudência anotada por Theotônio Negrão (nota 16a e 16b ao art. 585, II, do CPC):

> Título executivo extrajudicial, previsto no art. 585, II, do CPC, é o documento que contém a obrigação incondicionada de pagamento de quantia determinada (ou entrega de coisa fungível), em momento certo. Os requisitos da certeza, liquidez e exigibilidade devem estar ínsitos no título. A apuração de fatos, a atribuição de responsabilidades, a exegese de cláusulas contratuais tornam necessário o processo de conhecimento, e descaracterizam o documento como título executivo (*RSTJ* 8/371). O contrato que enseja execução como título extrajudicial é aquele que assenta a obrigação unilateral do devedor de pagar quantia certa, pois, nesse caso, o título particular representa o reconhecimento da liquidez do débito. O contrato bilateral não serve para a instauração de execução, pois cumpre ao credor demonstrar que cumpriu a parte que lhe tocava para exigir o pagamento convencionado, o que deverá ser feito através do processo de conhecimento (*RT* 636/94).

Nesse sentido, segue jurisprudência do colendo STJ:

> Processual civil - Título executivo extrajudicial - Ausência de liquidez, certeza e exigibilidade.
> I - Título executivo extrajudicial, previsto no art. 585, II, do CPC, é o documento que contém a obrigação incondicionada de pagamento de quantia determinada (ou entrega de coisa fungível) em momento certo. Os requisitos da certeza, liquidez e exigibilidade devem estar insertos no título. A apuração de fatos, a atribuição de responsabilidades, a exegese de cláusulas contratuais tornam necessário o processo de conhecimento e descaracterizam o documento como título executivo.

II - Recurso não conhecido (REsp nº 71.331/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter, *DJ* de 12.02.1996).

Em face do exposto, dou provimento ao recurso para acolher a preliminar de nulidade de execução em razão da inexistência de título executivo hábil a embasar a ação, nos termos do art. 618, I, do CPC.

Custas, pela agravada.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES EVANGELINA CASTILHO DUARTE e ANTÔNIO DE PÁDUA.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO.

...

## Crime contra a honra - Calúnia - Advogado - Imunidade profissional não caracterizada - Condenação - Fixação da pena - Circunstâncias judiciais - Funcionário público - Conceito - Causa de aumento de pena - Aplicabilidade

Ementa: Penal. Processual penal. Apelação criminal. Calúnia. Preliminares rejeitadas. Imunidade do advogado. Limites extrapolados. Não-caracterização. Ofensa a funcionário público. Majorante mantida. Circunstâncias judiciais parcialmente desfavoráveis. Penas mantidas.

- A imunidade prevista no art. 142, I, do Código Penal não abrange o delito de calúnia, por falta de previsão expressa no *caput* do dispositivo.

- Nos termos do art. 327 do CP, considera-se funcionário público, para efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

- As circunstâncias judiciais parcialmente desfavoráveis justificam a pena-base acima do mínimo legal.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0534.05.002176-3/001 - Comarca de Presidente Olegário - Apelante: Israel Mendonça Souza, em causa própria - Apelado: Antônio Simões da Cunha Neto, em causa própria - 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 REJEITAR AS PRELIMINARES, NEGAR PROVIMENTO E FAZER RECOMENDAÇÃO.

Belo Horizonte, 27 de agosto de 2008. - *Eli Lucas de Mendonça* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. ELI LUCAS DE MENDONÇA - Apelação interposta por Israel Mendonça Souza, inconformado com a r. sentença de f. 694/706, que condenou o primeiro como incurso nas sanções do art. 138 c/c o art. 141, II, ambos do Código Penal, às penas definitivas de 1 ano e 2 meses de detenção (substituída por duas penas restritivas de direitos), regime aberto, e 60 dias-multa, à base de 20/30 do salário mínimo vigente à data do fato. O mesmo *decisum* o absolveu da imputação dos delitos do art. 139 e extinguiu a punibilidade em relação ao delito do art. 140, ambos do Código Penal.

Narra a queixa-crime, f. 02/10, em síntese, que, na data de 05.07.2001, o apelante enviou ao Prefeito do Município de Presidente Olegário/MG um relatório cujo teor, além de injuriar e difamar o apelado Antônio Simões da Cunha Neto, imputava-lhe o crime de tergiversação de mandato, quando da defesa do Município em ação de reintegração de posse, alegando que este favorecera a parte adversa em detrimento do interesse público.

Consta, ainda, que o teor desse documento ganhou notoriedade na data de 06.07.2001, através do Ofício nº 128/2001, endereçado ao Presidente da Câmara Municipal.

Intimações regulares, f. 718.

Pleiteia o apelante, f. 732/742, em tumultuadas alegações, preliminarmente, a nulidade da sentença, que não se manifestou acerca da exceção da verdade; a declaração de suspeição do Sentenciante; e a realização de diligência. No mérito, além de contestar o reconhecimento da prescrição em relação ao delito de injúria, requer a absolvição pela atipicidade do fato, por ausência de *animus calumniandi* no envio do relatório, já que elaborado no exercício da advocacia, e, alternativamente, o decote da majorante do art. 141, II, do CP e a redução da pena-base.

Apelo contra-arrazoado, f. 954/957, em que se pleiteia a rejeição da preliminar e o desprovimento do recurso, ao que aquiescem o Ministério Público, f. 961/968, e a d. Procuradoria-Geral de Justiça, f. 976/980.

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Analiso a preliminar de nulidade da sentença ante a ausência de manifestação sobre a exceção da verdade para rejeitá-la, *data venia*.

A exceção foi proposta, equivocadamente, em sede de alegações finais - e não em peça apartada (via própria) -, pelo apelante, e, conforme bem salientado pelo d. Promotor de Justiça oficiante:

> Foi ela devidamente processada, esclarecendo que, *in casu*, processar a queixa-crime consistiria apenas em fazê-la encartar aos autos, uma vez que tudo o que o recorrente pretender demonstrar à guisa de *exceptio veritatis* se materializava em prova documental (f. 963).

Ora, o MM. Juiz, na r. sentença de f. 694/706, analisou a tese alegada e fundamentou sua decisão conforme o contexto das provas, concluindo que o apelante praticou o crime descrito na denúncia. Ao assim justificar a conclusão, evidentemente que julgou improcedente a exceção, não havendo que se falar em nulidade.

De fato, o recorrente, através dos documentos juntados às f. 225/686, não comprovou a veracidade dos fatos ofensivos à reputação do apelado, conforme esclarecido, satisfatoriamente, pelo d. Sentenciante quando da prolação da decisão.

Rejeito, pois, a preliminar.

Lado outro, no que tange à alegada suspeição do Juiz sentenciante, em que pese o reconhecimento de que a exceção de suspeição pode ser argüida mesmo após a prolação da sentença, desde que comprovada a ocorrência de fato superveniente que se enquadre nas hipóteses legais, tem-se, no entanto, que a mesma deve ser elaborada por meio de petição própria, dirigida ao juiz *a quo*, sendo incabível sua argüição como preliminar do recurso de apelação, razão pela qual a rejeito.

Ainda, quanto ao pedido de diligência - envio de ofício ao Delegado de Polícia da Comarca de Presidente Olegário para remeter cópia da ocorrência policial formulada pela prática de lesão corporal contra a vítima Arlindo Mendes -, tal providência em nada se relaciona com os presentes autos, além de não contribuir para o esclarecimento dos fatos, devendo, também, ser rejeitada.

Passo ao exame do mérito.

Esclareço, inicialmente, que, ao contrário do sustentado pela defesa, ocorreu sim a prescrição da pretensão punitiva estatal, em sua modalidade retroativa, com a conseqüente extinção da punibilidade em relação ao delito de injúria - entre a data do recebimento da queixa-crime (24.06.2002, f. 44) e a data da sentença (11.02.2005, f. 707). A pena máxima cominada ao delito é de 6 meses, e, nos termos do art. 109, VI, do CP, a prescrição ocorrerá em 2 anos, prazo, então, já ultrapassado.

No que concerne ao delito previsto no art. 138 do CP, materialidade e autoria fartamente comprovadas pelos documentos de f. 12/24 e pelas declarações do apelante, f. 62/63.

A calúnia encontra-se configurada no relatório de f. 12/24, que imputou ao apelante a prática do crime de tergiversação, tipificado no art. 355 do Código Penal:

> [...] Vislumbrei no ato do Doutor Antônio Simões Neto, não só a desídia, mas o crime de tergiversação de mandato, isto quer significar, aparentemente, advogar para o Município, defendendo os interesses do Poder Público, mas na realidade estaria advogando para os Senhores José Bento Rodrigues e D. Vicentina Pinheiro Rodrigues [...].

Ao contrário de suas ponderações, vejo que o apelante efetivamente teve a intenção de caluniar o então advogado do Município, ora apelado, extrapolando os limites da imunidade garantida ao seu desempenho profissional.

É que a imunidade prevista no art. 142, I, do Código Penal não abrange o delito de calúnia, por falta de previsão expressa no *caput* do dispositivo.

Ainda que assim não fosse,

> A imunidade do advogado não é absoluta, restringindo-se aos atos cometidos no exercício da profissão, em função de argumentação relacionada diretamente à causa. Precedentes do STJ e do STF (STJ - R*HC* 15389/CE - Rel. Min. Gilson Dipp - 5ª T. - j. em 09.03.2004 - *DJ* de 19.04.2004, p. 213).

Por outro lado, as testemunhas Januário José Pinheiro, Prefeito Municipal, f. 200/201, e Luiz Henrique Borges, preposto do Município - que, inclusive, se encontrava presente no momento em que a vítima assinou o acordo com as partes, f. 203/204 - confirmam a honestidade e a lisura da conduta do ofendido, esclarecendo, dessa forma, que não existiam motivos para as ofensas caluniosas proferidas pelo apelante.

Ressalte-se, ainda, que não há notícias de que a vítima estaria sendo investigada ou processada criminalmente pela suposta prática do delito a ela imputada pelo apelante.

Dessa forma, comprovadas as elementares e o dolo do delito de calúnia, afasto a absolvição reclamada.

Noutro giro, quanto ao pedido de decote da majorante descrita no art. 141, II, do CP, este também não prospera.

É que o delito foi praticado contra funcionário público, nos termos do art. 327 do CP: "Considera-se funcionário público, para efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública".

Ora, o apelado, conforme vastamente comprovado, estava investido na função de Assessor Jurídico do Município e foi caluniado em razão de suas funções - atuação no Processo Judicial nº 5.991/2000, f. 11.

Por fim, mantenho as penas nos moldes em que foram individualizadas, resultantes de criteriosa análise das circunstâncias judiciais (art. 59, CP), certo de que aquelas desfavoráveis ao apelante justificaram a superação do mínimo cominado. Outrossim, considerando a apenação prevista para o crime de calúnia (mínima de 6 meses e máxima de 2 anos), a fixação da pena-base em 1 ano de detenção não é exagero algum, já que intermediária.

Ademais, réu nenhum tem o direito público subjetivo à apenação mínima, senão à pena suficientemente justificada, nos limites da cominação. Daí que correta a sua fixação acima desse limite, tanto mais se se leva em conta que parte das circunstâncias judiciais são desfavoráveis ao apelante.

Portanto, as penas aplicadas apresentam-se condizentes com a conduta incriminada, assim como o regime de seu cumprimento - aberto - e a substituição procedida, devidamente justificados na r. sentença.

Ante o exposto, rejeito a preliminar e nego provimento ao recurso, mantendo, em todos os seus termos, a r. sentença prolatada.

Determino a remessa de cópia das razões de apelação, f. 732/742, ao Ministério Público Estadual e ao Juízo *a quo*, para que seja verificada a eventual práti-

ca de delitos contra a honra do MM. Juiz sentenciante, bem como daquele que se deu por suspeito à f. 82.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDIWAL JOSÉ DE MORAIS e RENATO MARTINS JACOB.

*Súmula* - REJEITARAM AS PRELIMINARES, NEGARAM PROVIMENTO E FIZERAM RECOMENDAÇÃO.

...

## Extorsão mediante seqüestro - Desclassificação do crime - Inadmissibilidade - Crime formal - Crime consumado - Sentença criminal - Fundamentação - Nulidade não configurada - Fixação da pena - Circunstâncias judiciais - Regime fechado - Pena privativa de liberdade - Substituição - Inadmissibilidade

Ementa: Penal. Extorsão mediante seqüestro. Condenação. Irresignação defensiva. Preliminar. Nulidade da sentença por ausência de fundamentação. Impossibilidade. Sentença devidamente fundamentada. Absolvição. Autoria e materialidade comprovadas. Coação não demonstrada. Condenação mantida. Desclassificação. Art. 157, § 2º, inciso V. Inviabilidade. Pena corporal. Fixação muito acima do mínimo legal. Circunstâncias judiciais favoráveis em sua maioria. Redução que se impõe. Pena superior a oito anos. Regime fechado. Art. 33 do Código Penal. Substituição da pena corporal por restritiva de direitos. Impossibilidade. Delito cometido mediante violência e grave ameaça. Recurso conhecido e parcialmente provido.

- A deficiência da fundamentação da sentença não leva à sua nulidade, solução cabível apenas nos casos de inexistência de motivação.

- Presente o fim especial de obter vantagem, para si ou para outrem, como preço ou condição do resgate, impossível a absolvição ou a desclassificação para o delito do art. 157, § 2º, inciso V, do Código Penal, mantendo-se a condenação do apelante nas iras do art. 159 do *Codex*.

- O delito de extorsão mediante seqüestro, por se tratar de crime formal, se consuma com o simples seqüestro, independentemente de a vítima praticar o ato exigido e os agentes obterem a vantagem econômica.

- Sendo as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal favoráveis ao agente, em sua maioria, deve a pena-base ser fixada pouco acima do mínimo legal.

- Fixa-se o regime fechado para o cumprimento da pena ao condenado que recebe pena superior a oito anos, nos termos do art. 33, § 2º, alínea *a*, do Código Penal.

- Inviável a substituição da pena corporal nos delitos praticados mediante grave ameaça à vítima em atenção ao disposto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0295.07.015249-7/001 - Comarca de Ibiá - Apelante: Marcelo Henrique de Oliveira - 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 REJEITAR PRELIMINAR DA DEFESA E DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 23 de setembro de 2008. - *Pedro Vergara* - Relator.

### Notas taquigráficas

Adiado a pedido do advogado do apelante, o Dr. Maruzam Alves de Macedo.

### Notas taquigráficas

Proferiu sustentação, pelo apelante, o Dr. Maruzam Alves de Macedo.

DES. PEDRO VERGARA - Cuida-se de ação penal pública, promovida pelo Ministério Público contra Marcelo Henrique de Oliveira, Charlin Pereira dos Santos, Diego Alves da Silva Correia, Junieri Pereira dos Santos e Aldino Dias Ferreira, como incursos os quatro primeiros acusados nas sanções do art. 159 (extorsão mediante seqüestro) c/c art. 29 (concurso de pessoas) do Código Penal e o último, nas iras do art. 14 da Lei nº 10.826/03 (porte ilegal de arma de fogo de uso permitido).

Narra a denúncia que, no dia 17 de dezembro de 2006, por volta das 12 horas, no local denominado Rua Tatão Palhares, nas proximidades do "Clube da Terceira Idade", Bairro Jardim, na Comarca de Ibiá, os quatro primeiros acusados, previamente ajustados e com unidade de desígnios, um aderindo expressamente à vontade do outro, seqüestraram a vítima, Carlos Eduardo Pereira Paiva, com o fim de obterem vantagem econômica, como condição ou preço do resgate, tudo conforme consta do anexo inquérito policial (f. 02/09).

Consta, ainda, da exordial, que o acusado Aldino Dias Ferreira foi quem forneceu, onerosamente (vendeu), a arma de fogo, calibre 32, marca Schimit, aos denunciados Marcelo e Charlin, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, sem que soubesse da intenção criminosa dos acusados, a qual foi utilizada no delito (idem).

Recebida a denúncia, foram os acusados, com exceção de Junieri Pereira dos Santos, que estava foragido, regularmente citados e interrogados, apresentando seus defensores as alegações preliminares de f. 130/131 ratificadas às f. 136/137, 134/135, 140 e 143 (f. 113, 126, 127, 128, 129, 119/120, 121/122 e 123/124-v.).

O douto Juízo *a quo* deferiu o pedido de assistência da acusação e procedeu à instrução, ouvindo as testemunhas arroladas pelas partes (f. 150, 151/153, 154/155, 156/157, 158, 159, 160, 161, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195 e 328/331).

O feito foi desmembrado em relação aos acusados Charlin Pereira dos Santos, Diego Alves da Silva Correia e Aldino Dias Ferreira, conforme despacho acostado à f. 277.

A digna representante do Ministério Público, em diligência, pugnou pela juntada da CAC e FAC atualizada do acusado Marcelo Henrique de Oliveira e para que fosse certificado acerca das cartas precatórias expedidas em relação a Junieri Pereira dos Santos. O digno assistente da acusação e a defesa nada requereram (f. 333-v., 334-v. e 337).

Nas alegações finais, pede o Órgão Ministerial a condenação nos termos da denúncia, ratificado pelo assistente da acusação; requer a defesa de Marcelo Henrique de Oliveira a absolvição em razão do reconhecimento da coação irresistível prevista no art. 22 do Código Penal, uma vez que foi chantageado pelo co-réu Junieri Pereira dos Santos; alternativamente, pede a desclassificação para o delito previsto no art. 157, § 2º, inciso V, do Estatuto Penal Repressivo, pois a vítima ficou muito pouco tempo em poder dos autores do delito e, ainda, que seja fixada a pena corporal no mínimo legal em razão de sua primariedade e bons antecedentes, bem como a substituição de eventual pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou, finalmente, a fixação do regime aberto para o cumprimento da pena (f. 342/352, 352-v. e 354/367).

Proferida a sentença, foi o acusado Marcelo Henrique de Oliveira condenado nas sanções do art. 159 do Código Penal à pena de 12 (doze) anos de reclusão, no regime inicial fechado (f. 368/395).

Inconformada com a decisão, recorreu a defesa de Marcelo Henrique de Oliveira, pretendendo a absolvição em razão do reconhecimento da coação irresistível prevista no art. 22 do Código Penal, uma vez que foi chantageado pelo co-réu Junieri Pereira dos Santos; alternativamente, pede a desclassificação para o delito previsto no art. 157, § 2º, inciso V, do Estatuto Penal Repressivo, pois a vítima ficou muito pouco tempo em poder dos autores do delito. Aduz, ainda, que a sentença condenatória é nula de pleno direito, pois não atendeu ao princípio de individualização da pena, e por inexistir fundamentação suficiente para a fixação da pena-base, uma vez que foi fixada muito acima do mínimo legal. Por fim, requer que seja a pena fixada no mínimo legal e, ainda, a restituição do veículo Ford/Versalles, 2.0 I GL, ano 1996, cor verde, placas GUN-1365 de propriedade do apelante (f. 437-456).

O Magistrado sentenciante deferiu o pedido de restituição do automóvel Ford/Versalles 2.0 I GL, ano 1996, cor verde, placas GUN-1365, conforme decisão de f. 458.

Por sua vez, suplica o *Parquet* seu improvimento, mantendo-se, na íntegra, o édito fustigado (f. 459/464).

O digno assistente da acusação ratificou as contrarazões lançadas pelo *Parquet* (f. 459/464) conforme se constata a f. 466-v.

Manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, opinou essa de igual forma (f. 474/479).

É o breve relato.

I - Da admissibilidade. Conheço do recurso, já que presentes os pressupostos para sua admissão.

II - Das preliminares. *Ab initio*, submeto à apreciação da douta Turma Julgadora a preliminar de nulidade da sentença, suscitada pela defesa, ao argumento de que existem vícios insanáveis em relação à fixação da pena-base, argumentando para tanto a ausência de fundamentação.

O exame da r. sentença objurgada revela que a ilustre Magistrada sentenciante analisou e considerou todas as diretrizes, circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, fixando a pena-base acima do mínimo legal por entender que tais circunstâncias não são favoráveis ao recorrente.

Sob tal prisma, restou analisado e fundamentado o entendimento da Juíza primeva, ressaltando que a fundamentação concisa ou deficiente não conduz à imprestabilidade da decisão.

Registre-se que a lei não exige exaustivo arrazoado na motivação da sentença, estabelecendo o art. 93, inciso IX, da Constituição da República, como princípio básico a fundamentação de todas as decisões judiciárias.

Sobre o assunto, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho, em *As nulidades no processo penal:*

> Nessa perspectiva, o vício de fundamentação abrange a hipótese em que existe alguma motivação, mas é ela insuficiente; assim, se o juiz deixa de apreciar questão importante apresentada pela acusação ou defesa nas razões finais. Diferente o caso de fundamentação sucinta, mas em que há análise dos elementos de prova, bem como a valoração e solução das questões de fato e de direito suscitadas no processo (8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 257).

Assim, percebe-se que incide a nulidade da decisão quando inexistir exame de determinada tese da acusação ou da defesa, e não pelo simples fato de ser a fundamentação sucinta.

Nesse sentido, assente é a jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> A fundamentação sucinta, que exponha os motivos que ensejaram a conclusão alcançada, não inquina a decisão de nulidade, ao contrário do que sucede com a decisão desmotivada. (STJ, REsp 316490/RJ, Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, *DJ* de 08.04.2003.)

E, ainda, conforme precedentes desta Corte:

> Somente ocorre o vício de nulidade da sentença que se encontra ausente do mínimo de motivação necessária à apreciação da matéria, sendo inadmissível falar-se em invalidade do *decisum* se o juiz expôs sucintamente as razões que o levaram a formar a sua convicção. (TJMG, AC 4020304, Rel. Alvimar de Ávila.)

O que não se admite, repito, até por imperativo constitucional previsto no art. 93, inciso IX, da Magna Carta, é a falta absoluta de fundamentação.

Registro, ainda, que eventuais correções em relação ao *quantum* da pena fixada ao apelante serão realizadas na análise do mérito do apelo, e não conduzem à nulidade do r. *decisum*.

Dessa forma, rejeito a preliminar de nulidade da sentença suscitada pela defesa.

DES. ADILSON LAMOUNIER - Também rejeito a preliminar, nos termos do voto do Relator.

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - Senhor Presidente, registro que ouvi com toda atenção a sustentação oral aguerrida do em. advogado, Dr. Maruzan Alves de Macedo, que tem escritório em Ituiutaba, e é um prazer sempre tê-lo aqui.

Analisando a sentença proferida pela Juíza Flávia Generoso de Matos, percebe-se que, diferentemente do que disse a ilustrada defesa, houve, sim, fundamentação acerca da conduta do acusado Marcelo Henrique de Oliveira, da materialidade do delito, bem como a ilustrada Magistrada examinou de modo adequado as teses defensivas sobre a exclusão da culpabilidade do réu, em face da coação moral irresistível e a outra referente à desclassificação do delito para o descrito no art. 157, § 2º, inciso V, do Código Penal.

Assim sendo, a alegação defensiva no sentido de que a sentença é desfundamentada não encontra guarida na análise da decisão vergastada, que se encontra nos autos às f. 368/395.

Rejeito esta preliminar.

No que se refere à alegação de ausência de individualização da pena, verifica-se às f. 393/394 dos autos, sem entrar no mérito da valoração produzida pela ilustre Magistrada de primeiro grau, que S. Ex.ª dividiu as três fases do art. 68 do Código Penal, examinando primeiro a pena-base, com fulcro no art. 59, e analisou culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos do crime e circunstâncias, conseqüências do crime e comportamento da vítima, fez o exame da segunda e da terceira fases, englobadamente, mas sem haver prejuízo, porque não existiam nem atenuantes nem agravantes, nem causas de aumento ou diminuição de pena e, portanto - repito e insisto -, sem adentrar o mérito do exame valorativo feito pela Magistrada, no que se refere à observância do princípio da individualização da pena previsto no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, no art. 68 do Código Penal, houve o cumprimento desse princípio, o que não leva, *data maxima venia*, à nulidade da decisão ora atacada.

Assim, rejeito a preliminar.

O SR. DES. PEDRO VERGARA - Ouvi atentamente a manifestação da defesa e como duas são as teses, vou colocar, primeiramente, em julgamento, a parte que se refere à desclassificação para o art. 157, § 2º, inciso V e, se não me falha a memória, é aquele inciso introduzido posteriormente, através de uma lei da reforma que estabelece a permanência da vítima por tempo razoável na presença do agente. Estou negando esta desclassificação.

III - Do mérito. Cuida-se de delito de extorsão, mediante seqüestro, consistindo a conduta típica em seqüestrar pessoa, com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate, cuja norma penal incriminadora se encontra insculpida no art. 159 do Código Penal.

Inicialmente, verifico que resta prejudicado o pedido de restituição do automóvel Ford/Versalles 2.0 I GL, ano 1996, cor verde, placas GUN-1365, porquanto a digna Magistrada primeva já deferiu o pedido conforme decisão de f. 458.

Observo que a materialidade delitiva se encontra suficientemente comprovada, principalmente, através dos autos de prisão em flagrante de f. 12/15 e 37/40, dos boletins de ocorrência de f. 20/28 e 44/47, dos autos de apreensão de f. 32 e 48, do auto de avaliação de f. 33 e, finalmente, através do termo de restituição de f. 34.

Cinge-se a questão na análise da possibilidade, ou não, de reconhecimento da coação irresistível prevista no art. 22 do Código Penal, na desclassificação para o delito previsto no art. 157, § 2º, inciso V, do Código Penal, na fixação da pena-base no mínimo legal.

Na lição do douto Procurador Eugênio Pacelli de Oliveira:

> A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no

> espaço e no tempo. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade (*Curso de processo penal*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002, p. 251).

E, no contexto dos autos, como não poderia ser diferente, deve-se analisar todo o conjunto probatório (provas materiais ou testemunhais, declaração da vítima e/ou de co-autor, evidências induvidosas, etc.), buscando, na medida do possível, a reconstrução da verdade, pois:

> ... da apuração dessa verdade trata a instrução, fase do processo em que as partes procuram demonstrar o que objetivam, sobretudo para demonstrar ao juiz a verdade ou falsidade da imputação feita ao réu e das circunstâncias que possam influir no julgamento da responsabilidade e na individualização das penas. Essa demonstração que deve gerar no juiz convicção de que necessita para o seu pronunciamento é o que constitui prova. Nesse sentido, ela se constitui em atividade probatória, isto é, no conjunto de atos praticados pelas partes, por terceiros (testemunhas, peritos etc.) e até pelo juiz para averiguar a verdade e formar a convicção deste último. (MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 16. ed. Editora Jurídico Atlas, p. 274.)

Como se vê do caderno probatório, apesar da parcial retratação do apelante Marcelo Henrique de Oliveira em juízo, restou a autoria integralmente comprovada pelas provas produzidas no decorrer da instrução judicial.

A vítima, Carlos Eduardo Pereira de Paiva, narrou detalhadamente os fatos na Depol, afirmando que estava recebendo ligações, tanto em seu escritório de advocacia quanto em seu celular, de uma pessoa que se identificava como "Cássio", seu colega de ginásio, e que estaria precisando dos seus serviços jurídicos (f. 29/31).

Referida pessoa alegou que morava em Uberlândia e precisava que fosse atendido no final de semana, daí por que marcaram um encontro para entrega de uns documentos, no sábado - dia 17 de dezembro de 2006 - em frente ao Clube da Terceira Idade, local para onde se dirigiu a vítima (idem).

Após esperar pelo suposto "Cássio" no local marcado, a vítima começou a desconfiar e foi embora, quando recebeu novamente a ligação desse, dizendo que havia caído num mata-burro e estava chegando (idem).

Nesse momento, a vítima cruzou com o apelante Marcelo Henrique de Oliveira, funcionário da Prefeitura e seu antigo colega de ginásio, que se identificou como primo de "Cássio" e disse que esse se encontrava em frente ao Clube da Terceira Idade o aguardando, o que "serviu para que o declarante se despreocupasse, em razão de que era parente de Marcelo e este é pessoa conhecida na cidade" (idem).

Quando parou seu veículo em frente ao clube, a vítima foi abordada por três indivíduos (Charlin, Diego e Junieri), estando um deles armado, os quais adentraram o seu veículo, ordenando que dirigisse sob a mira do revólver (idem).

Estando a vítima na condução do seu veículo e chegando a uma estrada de terra, foi ordenado que parasse o carro, momento em que o apelante Marcelo chegou e passou a conduzir o automóvel da vítima, parando-o debaixo de uma árvore, onde todos desceram, quando "Marcelo anunciou ao declarante que se tratava de um seqüestro" (idem).

Nesse ponto, sustentou a vítima que Marcelo, ora apelante, começou a sondar se o mesmo tinha bom relacionamento com seu sogro, proprietário do Supermercado Silveira, e quanto o referido estabelecimento arrecadava em um final de semana ou, ainda, se ele estaria disposto a pagar pelo resgate, sendo que referido acusado disse que pediria R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) (idem).

Como o celular da vítima havia sumido, os acusados amarraram-na no veículo, sendo certo que o apelante e Charlin (co-réu) voltaram para buscar o aparelho para fazer o pedido de resgate, e Diego e Junieri (co-réus) ficaram tomando conta da vítima, mas essa conseguiu "ouvir que estavam combinando em dar fim à vida do declarante, pois Marcelo dizia se os seus comparsas não tivesse coragem, ele teria" (idem).

Os dois acusados (Diego e Junieri), que ficaram vigiando a vítima, propuseram soltá-la mediante o pagamento da quantia de R$ 10.000,00 (dez mil reais), que seria utilizado para fugirem, pois acreditavam que Marcelo iria persegui-los e matá-los. Tal proposta foi aceita pela vítima e, assim, saíram do local e foram até uma fazenda próxima em busca de ajuda para resolver a questão (idem).

Nesse particular, a vítima, inclusive, ressaltou que Diego e Junieri afirmaram que foram "contratados por Marcelo, para capturar o declarante e levar o declarante até Marcelo".

A vítima, por sua vez, contatou seu cunhado, que foi buscá-lo e providenciou o dinheiro acordado, deixando-o no local marcado entre a vítima e os acusados, Diego e Junieri (idem).

Em juízo, sob o crivo do contraditório, a vítima ratificou suas declarações extrajudiciais, sustentando, ainda, que:

> [...] que durante todo o período a pessoa que dava as ordens era o denunciado Marcelo; [...]; que Marcelo estava o tempo todo bastante tranqüilo e sereno não demonstrando em momento algum estar coagido ou ameaçado por qualquer dos outros denunciados; que possuía consciência da programação da ação delituosa, ou seja, sabia o que já tinha acontecido e o que iria acontecer; que, após a chegada no cativeiro, Diego foi amarrar o depoente, mas, como não sabia como fazer, recebeu as ordens e ensinamentos de Marcelo; que após se colocaram os denunciados atrás do veículo e iniciaram uma reunião presidida por Marcelo sobre os próximos passos do delito; que o depoente ouviu claramente a conversa; que, inclusive, escutou o momento em que Marcelo disse aos demais que teriam que matar a vítima; que não sabe dizer qual deles, mas um dos denunciados

> mencionou que tal ação não estaria no combinado; que então Marcelo disse que se não tivessem coragem mataria o depoente com o estilete; (...) que quando chegaram ao local do cativeiro o denunciado Marcelo em conversa com o depoente deixou claro que se tratava de um seqüestro e que o dinheiro do resgate sairia do caixa do supermercado de seu sogro; que inclusive fez perguntas relacionadas ao relacionamento com seu sogro e quanto haveria em caixa no supermercado após um final de semana, véspera de Natal; [...]; que cumpriram a todo o tempo as ordens de Marcelo; [...] que os denunciados Diego e Junieri alegavam que queriam dinheiro para fugir, pois tinham medo da represália de Marcelo; que Charlin e Marcelo saíram do local à procura do telefone do depoente, pois era a forma de provar o seqüestro, pois ao ligarem para o sogro do telefone da vítima comprovariam que estariam com esta; que Marcelo chegou a perguntar antes de sair se o depoente estava com algum documento capaz de comprovar que estava em cativeiro [...] (f. 151/153).

A versão da vítima foi inteiramente confirmada pelos co-réus Diego (f. 63/64 e 121/122) e Charlin (f. 40), sendo que este último, em juízo (f.119/120), retratou-se, e o acusado Junieri encontrava-se foragido, portanto, não foi ouvido.

Atente-se, ainda, que o co-réu Aldino, em juízo, também confirmou que vendeu a arma utilizada no seqüestro para o apelante Marcelo e Charlin, conforme se verifica à f. 118.

Na fase do inquérito policial, o co-réu Charlin afirmou que quem planejou o seqüestro foi o acusado Marcelo, sendo certo que este determinou que ele providenciasse mais pessoas para ajudá-los na empreitada criminosa, e que receberia R$ 40.00,00 (quarenta mil) para ele e os demais acusados (f. 40-40-v.).

Esclareceu, naquela oportunidade, que, enquanto Diego e Junieri permaneceriam com a vítima no cativeiro, ele (Charlin) e Marcelo voltariam à cidade para providenciar o resgate; todavia, quando Marcelo lhe informou que iria matar a vítima com estilete, ele desistiu e não voltou mais ao local onde a vítima estava sendo mantida (idem).

Sob o crivo do contraditório, buscando se eximir de sua responsabilidade, alterou parcialmente sua versão, dizendo que ele e Marcelo foram ameaçados por seu irmão Junieri para participar do delito (f. 119/120).

Do mesmo modo, o apelante, Marcelo Henrique de Oliveira, no momento da lavratura do APFD, reservou-se o direito de permanecer em silêncio, mas depois confirmou integralmente os fatos para a autoridade policial, sustentando que:

> [...] que esclarece o declarante que quem planejou o seqüestro do 'Cadu', Carlos Eduardo de Paiva, foi o declarante, e que foi o declarante quem ligou para o 'Cadu', dizendo ser a pessoa de Cássio, que era um colega dele no ginásio; que foi o declarante quem procurou a pessoa de Charlin Pereira da Silva, pessoa conhecida do declarante, e que na hora o declarante contou para Charlin, o que pretendia fazer, seqüestrar o 'Cad' (sic), genro do Hélio Paiva da Silveira, dono do Supermercado Silveira, e a pretensão era de pedir resgate ao Hélio, e que um valor que não tinha ainda resolvido, e prometeu ao Charlin, que, se desse alguma coisa que valesse a pena, e poderia ser uns quarenta mil reais para ele, e para companheiros que arrumasse; que o Charlin indicou um senhor que negociaram o revólver, tendo o revólver sido adquirido por trezentos reais, e seria pago depois; que o declarante estava junto quando Charlin chamou o seu irmão e um outro que o declarante não conhece; que, pela manhã de ontem, o declarante ligou para o 'Cadu', e marcou um encontro perto do clube da terceira ldade, e ali estava os três esperando, tendo os três abordado o 'Cadu' e foram até a MG-187, onde esperaram pelo declarante; [...]; o declarante pegou de seu interior uma caixa de sapatos que estava com umas cordas, que era para amarrar 'Cadu', e que passou as cordas para os dois companheiros de Charlin, e não lembra quem amarrou o 'Cadu'; [...] que retornou do Mirante junto com o Charlin, e deixou os outros dois vigiando o Cadu; que como o declarante não achou o celular foi até a casa de Charlin, para avisar que não tinha encontrado o celular, para voltarem ao local onde estava o Cadu, para levar lanche, mas aí o Charlin falou que não ia; [...]; que o declarante ficou desconfiado, e preferiu ir ao Mirante sozinho levando o lanche, e ali chegando só encontrou o carro de Cadu, e como não viu ninguém, desconfiado de que alguma coisa tinha dado errado, o declarante voltou para Ibiá, e procurou de novo o Charlin, e este disse que não sabia dos outros companheiros, e então o declarante foi para casa e ficou esperando por alguma notícia, até que pela tarde a PM esteve na casa do declarante e prendeu o declarante junto com o veículo do declarante; que o declarante achou que tinham matado o Cadu, e que deixou tudo por conta deles, e que estava com a cabeça quente e que até chegaram a pensar em matar o Cadu; que a idéia era de pedir resgate com o celular do Cadu, não iria usar o seu celular porque seria descoberto; que o declarante arquitetou o seqüestro por estar passando por dificuldade financeira; [...] (f. 51/52).

Em juízo, como já era de se esperar, o apelante alterou parcialmente a versão apresentada na Depol, sustentando que estava sendo ameaçado por Junieri, pois ele pretendia contar à sua esposa a respeito de um suposto relacionamento extraconjugal que o apelante teria tido (f. 123-124-v.).

*Data venia*, a versão apresentada pelo recorrente não merece acolhida, porquanto desprovida de qualquer prova.

A defesa não se desincumbiu do ônus de provar as afirmações que fez, qual seja que o apelante, Marcelo, estava sendo ameaçado e chantageado pelo co-réu Junieri, restando, portanto, intocados os depoimentos prestados pela vítima, o co-réu Diego e demais testemunhas.

É cediço que o ônus da prova cabe a quem alegar e, neste particular, inverte-se o ônus da prova, cabendo ao apelante a comprovação da legitimidade de sua conduta, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

> Art. 156 - A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Outrossim, a vítima, Carlos Eduardo Pereira de Paiva, reconheceu o apelante, pois, conforme salientado por ele, "em momento algum Marcelo procurou se esconder/cobrir seu rosto; ao contrário, sempre conversou frente a frente com o declarante", sendo certo, ainda, que "percebeu que quem dava as ordens era Marcelo, pois os outros três pareciam sem saber o que fazer" (f. 31).

A versão do apelante, *venia permissa*, não tem lógica, pois, se o co-réu Junieri quisesse mesmo seqüestrar a vítima, Carlos Eduardo, com o fim de obter dinheiro, por que, então, no primeiro momento em que ficou apenas na companhia desta e do co-réu Diego, resolveram soltá-la pedindo apenas R$ 10.000,00 para fugirem do apelante Marcelo?

Portanto, vê-se que a suposta coação moral irresistível sustentada pela defesa do recorrente não passou de meras alegações, porquanto inexiste qualquer prova nesse sentido.

E a jurisprudência não discrepa, *in verbis*:

> Exige-se, para a admissão da coação moral irresistível, como causa de exclusão da culpabilidade, prova efetiva da sua existência (TAPR, Apelação Criminal nº 0073579300, Rel. Juiz Tufi Maron Filho, 3ª Câmara Criminal, j. em 18.04.95).
>
> Para poder ser reconhecida a coação moral irresistível, perseguida pelo apelante, a mesma somente poderá ser aceita e reconhecida se calcada em prova maciça e imbatível, cabalmente demonstrada pelo denunciado no transcorrer do procedimento penal (TAPR, Apelação Criminal nº 121199400, Rel. Juiz Hirose Zeni, 3ª Câmara Criminal, j. em 03.11.98).

Resta evidente que o apelante, Marcelo Henrique de Oliveira, praticou o delito de extorsão mediante seqüestro na forma consumada, porquanto se trata de delito formal ou de consumação imediata, que se consuma independentemente de obtenção da vantagem indevida pelos agentes.

Havendo obtenção de vantagem patrimonial pelo acusado, existirá, tão-somente, o exaurimento da extorsão mediante seqüestro, que já se encontra consumada, pela simples privação da liberdade da vítima.

Sobre a *quaestio* em voga, Júlio Fabbrini Mirabete ensina que:

> A consumação do crime opera-se com o simples seqüestro (privação da liberdade da vítima por tempo juridicamente relevante) [...] Trata-se de crime formal, de consumação antecipada, não havendo necessidade de que a vítima pratique o ato exigido (depósito do dinheiro em lugar determinado, assinatura de documento etc.) e muito menos que o agente obtenha a vantagem econômica, como por exemplo: o recebimento do resgate; este é mero exaurimento do delito [...] (*Manual de direito penal:* parte especial, arts.: 121 a 234 do CP. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2007, v. 2, p. 240).

Da mesma forma, não há falar em desclassificação para o delito previsto no art. 157, § 2º, inciso V, do Código Penal, porquanto presente, *in casu,* o elemento subjetivo especial do tipo do art. 159 do *Codex*, constituído pelo fim especial de obter qualquer vantagem, para si ou para outrem, como preço ou condição do resgate.

Nesse sentido, segue o posicionamento doutrinário do mestre Cezar Roberto Bitencourt:

> O elemento subjetivo especial do tipo é constituído pelo fim especial de obter qualquer vantagem, para si ou para outrem, como preço ou condição do resgate. Essa finalidade especial é o que distingue esse crime do de seqüestro (*Tratado de direito penal*: parte especial. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3, p.141).

No caso em exame, como visto alhures, há prova de que o apelante planejou e executou o delito de extorsão mediante seqüestro, conforme suas próprias declarações na fase inquisitiva e, também, pelas palavras da vítima e dos co-réus que sustentaram:

> [...] que quem planejou o seqüestro foi o Marcelo Henrique de Oliveira, conhecido do declarante, e que, conforme combinado, o declarante receberia quarenta mil reais [...] (Charlin Pereira dos Santos, f. 40).
>
> [...] que quem planejou o seqüestro do 'Cadu', Carlos Eduardo de Paiva, foi o declarante, [...] (Marcelo Henrique de Oliveira, f. 51).
>
> [...] que as ordens no cativeiro eram dadas por Marcelo; que a única ameaça que Juninho fez a Marcelo foi que, se este fosse preso, mataria Marcelo; [...]; que Marcelo lhe informou que iria matar a vítima no local do cativeiro; que foi Marcelo quem indicou o local do cativeiro; [...] (Diego Alves da Silva Correia, f. 121/122).

Diante disso, estou que a prova é mais que suficiente a garantir a certeza da participação dolosa do apelante no delito descrito na exordial, quer por ausência de provas, quer por aplicação do brocardo *in dubio pro reo,* ou, ainda, a desclassificação para o delito previsto no art. 157, § 2º, inciso V, do Código Penal, porquanto demonstrado o fim especial de obter qualquer vantagem, para si ou para outrem, como preço ou condição do resgate.

Finalmente, quanto ao pedido de redução da pena-base ao mínimo legal, razão assiste à combativa defesa, porquanto considerou a digna Magistrada sentenciante como sendo desfavoráveis a culpabilidade, a personalidade, os motivos, circunstâncias e conseqüências do delito, fixando a pena-base em 12 (doze) anos de reclusão.

Todavia, no que concerne à culpabilidade, não existem nos autos elementos suficientes para aferi-la, devendo, portanto, ser considerada "normal ao tipo", *data venia*.

Quanto à questão dos maus antecedentes, me reposicionei recentemente, para aderir ao entendimento

firmado pelo eg. Superior Tribunal de Justiça, que entende tratar-se de toda e qualquer condenação transitada em julgado, que não configure a reincidência.

Anteriormente, entendia que caracterizavam maus antecedentes condenações definitivas por crime anterior ao ora em análise, com trânsito em julgado anteriormente à sentença prolatada no presente feito.

Todavia, após acurado estudo da matéria em voga, e tratando-se de questão não definida na legislação, revi meu posicionamento para não estender o conceito de maus antecedentes de forma a prejudicar o acusado, considerando, portanto, como toda condenação transitada em julgado, que não configura a reincidência.

Sobre a *quaestio* em voga segue o entendimento firmado pelo eg. STJ:

> Por maus antecedentes criminais, em virtude do que dispõe o art. 5º, inciso LVII, da Constituição de República, deve-se entender a condenação transitada em julgado, excluída aquela que configura reincidência (art. 64, I, CP), excluindo-se processo criminal em curso e indiciamento em inquérito policial (*HC* 31.693/MS, Rel. Min. Paulo Medina, *DJ* de 06.12.2004, p. 368). [...] (REsp 884812/DF, Recurso Especial 2006/0196055-4, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma do STJ, *DJ* de 07.05.2007, p. 364).

Amparando a tese, já decidiu esta Corte:

> Consideram-se maus antecedentes apenas as condenações transitadas em julgado, por fato anterior, que não sejam aptas a gerar a reincidência (Apelação Criminal nº. 1.0145.01.006015-3/001, Rel. Des. Hélcio Valentim, 5ª Câmara Criminal do TJMG, *DJ* de 17.12.2005).

Conforme se verifica da certidão de antecedentes criminais acostada à f. 339, não há demonstração de condenações com trânsito em julgado aptas a configurar maus antecedentes, *venia permissa*.

Por conduta social, tem-se a análise conjunta do comportamento do agente em seu meio social, na família, na sociedade, na empresa, na associação de bairro, etc., donde se conclui, pelas provas carreadas aos autos, a impossibilidade de inferência dessa circunstância de forma negativa, pois nenhuma prova foi feita nesse sentido.

Já a personalidade não deve ser considerada desfavorável, conforme preceitua José Antônio Paganella Boschi:

> [...] é mais complexa do que essas simples manifestações de caráter ou de temperamento, não sendo fácil determinar-lhe o conteúdo, porque, além das exigências relacionadas ao conhecimento técnico-científico de antropologia, psicologia, medicina, psiquiatria e, de outro lado, aqueles que se dispõem a realizá-lo tendem a raciocinar com base nos próprios atributos de personalidade, que elegem, não raro, como paradigmas. Isso tudo para não falarmos, por hora, na tese que propõe a absoluta impossibilidade de determinação da personalidade, que é dinâmica, que nasce e se constrói, permanentemente, com o indivíduo (*Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 207).

E continua o renomado autor:

> [...] sem nenhuma pretensão de, com as respostas, dar o problema por resolvido, queremos registrar nossa adesão à corrente que propõe a punibilidade pelo que o agente fez, e não pelo que ele é ou pensa, para não termos que renegar a evolução do direito penal e retornarmos ao tempo em que os indivíduos eram executados porque divergiam, e não pelo que faziam (obra citada, p. 212).

Assim, não há registro nos autos quanto à personalidade do apelante, *data venia*.

Outrossim, os motivos e as circunstâncias são inerentes ao próprio delito, não havendo nada de extraordinário a ser considerado, inexistindo, portanto, razões para um *plus* de reprovabilidade.

As conseqüências do delito devem ser consideradas desfavoráveis, tendo em vista o sofrimento mental e o prejuízo financeiro que a vítima teve que suportar, *data venia*.

Finalmente, no que concerne ao comportamento da vítima, tenho que esta em nada contribuiu decisivamente para a consecução do delito.

Dessa forma, conforme análise supra, considerando-se favoráveis quase todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, fixo a pena-base em 8 (oito) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Na segunda fase, inexistem atenuantes ou agravantes a serem consideradas; portanto, mantenho a pena provisoriamente no patamar acima indicado.

Na terceira fase, inexistentes quaisquer causas de aumento ou diminuição a serem consideradas, fica, portanto, definitivamente fixada em 8 (oito) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Fixo o regime fechado para o início de cumprimento da reprimenda corporal, nos termos do § 1º do art. 2º da Lei Federal 8.072/90 com a redação que lhe foi dada pelo artigo 1º da Lei Federal 11.464/07.

Não faz jus o apelante aos benefícios da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nem ao *sursis*, uma vez que o delito foi praticado mediante grave ameaça e violência.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso de Marcelo Henrique de Oliveira, apenas para reduzir a pena corporal para 8 (oito) anos e 6 (seis) meses de reclusão, fixando o regime fechado para o início do cumprimento da pena.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

DES. ADILSON LAMOUNIER - Também ouvi, atentamente, a sustentação oral feita pelo ilustre advogado e, no que se refere a esta desclassificação, estou acompanhando o em. Relator.

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - Peço vista.

Notas taquigráficas

Adiado pelo Desembargador Vogal.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo apelante, a Dr.ª Sandra de Moraes Ribeiro.

DES. PRESIDENTE - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 02.09.2008, a pedido do advogado do apelante, o Dr. Maruzam Alves de Macedo. Na sessão do dia 09.09.2008, foi adiado a pedido do Desembargador Vogal, após rejeitarem a preliminar da defesa, à unanimidade, e votarem os Desem-bargadores Relator e Revisor, negando provimento ao recurso, e continuou adiado na sessão do dia 16.09.2008, pelo Desembargador Vogal.

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - Pedi vista dos autos para melhor examinar a questão da desclassificação trazida pela defesa. Coloco-me de acordo com o bem-lançado voto do eminente Des. Relator, que reconheceu a prática da extorsão mediante seqüestro.

Os co-réus foram julgados por esta 5ª Câmara Criminal em 29.04.2008 - Apelação Criminal nº 1.0295.06.014494-2/001-, e, na ocasião, foi reconhecida a caracterização dos fatos narrados na denúncia como sendo extorsão mediante seqüestro consumada. Como afirmei naquela oportunidade, restou provado que a vítima foi seqüestrada por tempo juridicamente relevante. Ressaltei e reafirmo, neste julgamento, que o segundo fato, que não envolve o apelante, consistente em eventual extorsão daqueles que vigiavam, restou absorvido pelo delito inicial.

O eminente Desembargador Relator acolheu o pedido alternativo da defesa, consistente na redução da pena. Reexaminando as circunstâncias judiciais, o nobre Colega fixou a pena-base um pouco acima do patamar mínimo, oito anos e seis meses de reclusão, com o que estou de acordo, já que nem todas as circunstâncias judiciais são favoráveis ao apelante.

O *quantum* de pena fixado obstaria a fixação de regime mais brando, qual seja aberto e semi-aberto, ainda que não se tratasse de crime hediondo. Assim, há duas razões legais para a imposição do regime fechado.

O pleito relativo à substituição da pena privativa de liberdade encontra inequívoca vedação legal, pelo que completamente insubsistente.

É como voto.

*Súmula* - REJEITARAM PRELIMINAR DA DEFESA E DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...

## Delito de trânsito - Homicídio culposo - Responsabilidade penal - Atos praticados por adolescentes - Princípio da responsabilidade penal pessoal - Culpa presumida das mães - Impossibilidade - Dever de agir - Ausência de prova - Crime omissivo impróprio não caracterizado - Absolvição

Ementa: Apelação. Homicídio culposo. Mães que supostamente permitiram aos filhos menores dirigirem veículos. Princípio da responsabilidade pessoal. Princípio da auto-responsabilidade. Crime omissivo impróprio. Capacidade de ação e ação esperada. Inexistência de comprovação dos requisitos do delito especial. Absolvição.

- Como conseqüência do princípio da responsabilidade penal pessoal, ninguém pode ser condenado criminalmente por ato de outrem, senão pelas próprias ações ou omissões lesivas (princípio da auto-responsabilidade).

- Para que um sinistro praticado pelos filhos menores seja imputado às mães, é imprescindível a comprovação nos autos de um comportamento positivo ou omissivo das genitoras que concretamente tenha ensejado o resultado lesivo.

- Os delitos omissivos impróprios exigem a demonstração da capacidade de ação dos omitentes, em especial, da real possibilidade de evitarem a lesão ao bem jurídico tutelado, bem como a indicação da ação concreta que era esperada e não se verificou; inadmissível a presunção de que as mães sempre podem evitar ações lesivas de seus filhos.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0342.05.056175-8/001 - Comarca de Ituiutaba - Apelantes: 1ª) Ellen Alves Galan, 2ª) Sandra Maria de Oliveira Ferreira - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - 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, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINARES DA DEFESA E DAR PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 9 de setembro de 2008. - *Alexandre Victor de Carvalho* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação, pela segunda apelante, o Dr. Carmo José Ferreira; e pela primeira apelante, o Dr. Fernando Schneider.

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - I - Relatório.

Trata-se de apelação interposta por Ellen Alves Galan e Sandra Maria de Oliveira Ferreira visando à reforma da sentença que condenou as apelantes pela prática do crime descrito no art. 302, parágrafo único, da Lei 9.503/97.

A instrução transcorreu normalmente e, ao final, sobreveio a sentença hostilizada que condenou as recorrentes, considerando provada a violação do dever de cuidado objetivo.

Inconformadas, apelam as acusadas, pugnando pela reforma da sentença.

Após o oferecimento das contra-razões recursais, foi aberta vista à Procuradoria de Justiça, que opinou pelo provimento parcial do recurso da acusada Ellen Galan e que fosse negado provimento ao apelo da ré Sandra Maria.

É o relatório.

II - Conhecimento.

Presentes os pressupostos legais, conheço do recurso.

III - Preliminar.

A preliminar de extinção da punibilidade deve ser rechaçada.

O crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor é de ação penal pública incondicionada, sendo desnecessário o oferecimento de representação.

Na clareza do que dispõe o art. 100, § 1°, do *Codex*, rejeito a prefacial sem necessidade de maiores prolongamentos.

DES. HÉLCIO VALENTIM - De acordo com o eminente Relator.

DES. PEDRO VERGARA - Acompanho o Desembargador Relator para rechaçar a preliminar.

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - Quanto à preliminar de nulidade do processo por ausência de oferecimento do benefício do art. 89 da Lei 9.099/95, também não merece acolhida. Tal benesse, por disposição expressa da mencionada norma, somente é aplicável aos crimes cuja pena mínima seja igual ou inferior a um ano, o que não é o caso dos autos, uma vez que o delito do art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro tem pena mínima de dois anos.

A vigência da Lei 10.259/01 não alterou o âmbito de incidência da suspensão condicional do processo, e sim o conceito de infração de menor potencial ofensivo, que passaram a ser todas cuja pena máxima - e não mínima - não fosse superior a dois anos.

Rejeito, também, esta preliminar.

DES. HÉLCIO VALENTIM - De acordo.

DES. PEDRO VERGARA - De acordo.

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - IV - Mérito.

No mérito, após leitura minuciosa dos autos, entendo que a sentença condenatória deve ser reformada.

A decisão hostilizada assim resumiu o fundamento da condenação das acusadas:

> O que ficou suficientemente demonstrado nos presentes autos é que as denunciadas toleravam que seus filhos, mesmo imaturos e inexperientes, dirigissem sem habilitação, fazendo dos veículos da família valiosos brinquedos, tanto que eram utilizados em pegas pelas vias públicas. *In casu*, a omissão das denunciadas ao negligenciarem o dever de impedir seus filhos de dirigir veículos automotores foi inegavelmente fator preponderante para a ocorrência do acidente fatal, que acabou por ceifar a vida do jovem Henrique Alves Paranaíba. Com efeito, se for excluída a negligência das denunciadas, em outras palavras, se se considerar que elas não tivessem permitido que seus filhos saíssem com os veículos naquela fatídica tarde, o acidente automobilístico não teria ocorrido (f. 321).

O fundamento da condenação consiste no fato de que os menores responsáveis pelo acidente fatal dirigiam de forma um tanto quanto freqüente pelas ruas da cidade, gerando a conclusão de que tal comportamento era rotineiro e fruto da omissão das acusadas.

Ora, se for aceito tal fundamento, os pais deveriam também ser responsabilizados criminalmente pelo evento, não se encontrando nenhuma motivação para que não tivessem sido denunciados pelo Ministério Público.

Seria até uma atitude preconceituosa considerar que apenas as mães são responsáveis pela educação dos filhos, em tempos em que o compartilhamento de deveres educacionais é uma realidade, inclusive, jurídica.

Lado outro, prefiro entender que a sentença se fundamentou em um equívoco, ou seja, que basta relacionar o ato de dirigir veículos pelos menores com a falta de educação ou repreensão das suas mães para poder imputar às acusadas o resultado fatal, ou seja, a morte da vítima Henrique.

Mas isso não se admite em um Direito Penal Humanitário.

Ninguém pode ser responsabilizado por ato criminoso de outrem, já que a responsabilidade penal é pessoal, inclusive, por princípio - art. 5°, XLV, da Constituição Federal.

Decorre de tal postulado que o resultado deve ser imputado ao agente pelo que fez ou deixou de fazer concretamente, e não por uma mera suposição do que poderia ter feito.

Conseqüência do princípio da pessoalidade das penas supramencionado, encontra-se o princípio da auto-responsabilidade que afirma a impossibilidade de se responder criminalmente pela conduta de terceiros, ensejando a sanção penal como resposta exclusiva da própria ação do agente, e não de outrem.

Lado outro, imputado um crime omissivo impróprio às acusadas, deveriam estar demonstrados nos autos todos os requisitos de tal modalidade criminosa, entre eles a capacidade de ação e a ação esperada salvadora do bem jurídico não realizada pelas omitentes.

A capacidade de ação é o poder concreto de agir cumprindo a determinação legal - dever de atuar - ou de salvaguardar o bem tutelado de danos ou situações perigosas. É um pressuposto que se encontra tanto nos delitos omissivos próprios como impróprios.

Tal capacidade de agir deve ser finalisticamente orientada e se desdobra em poder físico de evitabilidade do resultado ou desempenho do mandato e capacidade cognitiva relacionada com o conhecimento da situação típica que impõe a atuação, bem como da própria posição de garantia e de destinatário da norma mandamental.

Não se demonstrou nos autos, de forma concreta, que as acusadas tinham a capacidade de agir para evitar o sinistro, apenas tal capacidade foi presumida pela sentença monocrática em face da qualificação das recorrentes como mães dos menores que dirigiam veículos pelas ruas de Ituiutaba.

Quanto ao segundo requisito não provado nos autos, o núcleo do conceito da omissão penalmente relevante é a ausência da ação determinada pelo mandato ou salvadora de um bem jurídico cuja especial responsabilidade de proteção é de atribuição do garante. O descumprimento do mandato ou a não-realização de conduta efetivamente protetora do bem jurídico ameaçado é o requisito central dos delitos omissivos.

*In casu*, deveria ser comprovado que os menores filhos das acusadas tiveram acesso à condução dos veículos por uma determinada ação ou omissão concreta, como, por exemplo, emprestar o automóvel deliberadamente para os adolescentes ou permitir o acesso às chaves do carro.

Tal omissão concreta não restou comprovada nos autos, e a sentença, ao condenar as apelantes, não mencionou a ação esperada, e não realizada, que teria permitido a direção sem habilitação dos seus filhos que culminou no sinistro narrado na exordial.

A conclusão do Magistrado monocrático é que a prova testemunhal indicava que os adolescentes dirigiram em outras ocasiões e, se o fizeram, é porque suas mães foram omissas.

Desconsiderou que poderiam os filhos ter subtraído de forma camuflada e insidiosa as chaves dos automóveis ou, até mesmo, mediante outras ações furtivas que, infelizmente, ocorrem no seio familiar.

Afirmar que os filhos das acusadas dirigiram em outros dias não significa afirmar que o fizeram em face de uma negligência de suas mães. Há uma distância significativa entre as duas assertivas que não foi considerada pela sentença monocrática.

Imputar o comportamento dos filhos a uma falha genérica de educação por parte das mães - e, não se sabe o porquê, nestes autos, não dos pais - é inadmissível penalmente em um sistema que consagra o princípio da auto-responsabilidade.

O que os filhos fazem nem sempre conta com a conivência dos pais ou seu apoio omissivo. Nem é certo dizer que, se agiram mal, é porque lhes foi permitido assim agir pelos pais.

Essa imputação omissiva genérica apenas referencia o dever jurídico de agir, a posição de garantidor, mas nada fala da ação concretamente esperada, e que não ocorreu.

Nenhum depoimento colhido nos autos revela que a conduta dos menores foi determinada por uma precisa omissão das mães ora acusadas, apenas asseveram que foram vistos dirigindo em outros momentos que não aquele mencionado na denúncia.

O que se extrai dos autos é a condenação das acusadas por serem mães de menores que dirigiam de forma imprudente pelas ruas de Ituiutaba, em uma responsabilização por ato de outrem inadmissível no Estado Democrático de Direito.

Assim, a absolvição é a medida constitucionalmente adequada.

V - Conclusão.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso da defesa e absolvo as apelantes por insuficiência de provas.

É como voto.

Custas, *ex lege*.

DES. HÉLCIO VALENTIM - Senhor Presidente, tenho por substanciosas as razões lançadas pelo Relator e as subscrevo.

Se bem compreendi aquilo que pede o Ministério Público e acolhe o Juiz na sentença, só se pode ter a situação das duas acusadas como de participação no homicídio praticado pelos seus filhos. E a doutrina na sua esmagadora maioria, inclusive a doutrina alienígena das mais respeitadas como a alemã, rechaçam de forma veemente a possibilidade de participação em crime culposo, no caso, aqui, homicídio culposo.

Há um voto do Desembargador Alexandre Victor de Carvalho que foi acompanhado, na íntegra, pela Turma Julgadora, no dia 8 de junho de 2004, em que Sua Excelência examina essa questão à exaustão, como de costume. Cuida-se da Apelação Criminal nº 2.0000.00.438534-0/000. A publicação do acórdão respectivo se deu no dia 26 de junho de 2004.

Acrescento, como razão de decidir, as teses que se encontram lançadas nessa apelação para justificar posição de que, tal como manejada a acusação, não se pode admiti-la, em hipótese alguma também, porque não se admite participação em crime culposo.

Portanto, subscrevendo as razões de Sua Excelência e acrescentando essas outras, também, assinadas pelo

em. Desembargador Relator, estou acompanhando integralmente Sua Excelência para dar provimento aos recursos e absolver as apelantes.

DES. PEDRO VERGARA - Estou também de acordo com o voto proferido pelo Desembargador Alexandre Victor de Carvalho para absolver as apelantes, fazendo tão-somente um comentário de que ninguém pode ser punido por fatos praticados por terceiros, isso é básico no Direito Penal, até Vossa Excelência fez esse comentário no seu voto.

*Súmula* - REJEITARAM PRELIMINARES DA DEFESA E DERAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

...

## Crime contra a ordem tributária - ICMS - Supressão de tributo - Dolo - Nota fiscal - Fraude - Valoração da prova - Condenação - Constituição de crédito tributário - Processo administrativo fiscal - Denúncia - Inépcia não caracterizada - Crime continuado - Pena de multa - Critério

Ementa: Penal e processo penal. Crime contra a ordem tributária. Recolhimento a menor de imposto mediante fraude na documentação fiscal. Inépcia da inicial. Inexaurimento do procedimento administrativo. Independência entre as esferas administrativa e penal. Denúncia apta. Preliminar rejeitada. Materialidade do delito. Comprovação por documentos resultantes de processo de fiscalização tributária. Suficiência. Condenação mantida. Pena de multa. Proporcionalidade. Recurso parcialmente provido.

- A regular instauração do procedimento criminal por crime contra a ordem tributária independe do exaurimento das instâncias administrativas fazendárias, cujas autoridades representarão ao Ministério Público tão logo concluído o procedimento de apuração fiscal, conforme a recomendação contida no art. 83 da Lei 9.430/96. Preliminar rejeitada.

- A utilização de inumeráveis notas fiscais declaradas inidôneas por meio de ato oficial, inseridas em livros mercantis, de modo a reduzir fraudulentamente o *quantum* de ICMS devido, configura o crime descrito no art. 1°, I, II e IV, da Lei 8.137/90.

- O cálculo da pena de multa deve guardar proporção com o da pena corporal.

Recurso parcialmente provido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0313.04.141319-3/001 - Comarca de Ipatinga - Apelante: Nilon Edson Macêdo Filho - 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 REJEITAR PRELIMINAR DA DEFESA E DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 8 de julho 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 2ª Vara Criminal e de Precatórias Criminais da Comarca de Ipatinga, contra Nilon Edson Macêdo Filho e Maria Scotta Macêdo, imputando-lhes a prática de fato tipificado como crime de supressão de tributo, consistente em omitir informações e prestar informações falsas às autoridades fazendárias, fraudar fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal, e utilizar documento que sabia ser falso, nos termos do art. 1°, I, II e IV, da Lei 8.137/90.

Narra a denúncia que, entre os anos de 1994 e 1998, os denunciados, na qualidade de sócios-gerentes da empresa denominada "Comercial Stamac Ltda.", CNPJ n. 86498201/0001-86, agindo em unidade de desígnios, mediante fraude, consistente no aproveitamento de créditos de ICMS inexistentes com a utilização de documentos fiscais falsos e inidôneos, não correspondentes à efetiva circulação de mercadorias, suprimiram R$ 128.871,27 (cento e vinte e oito mil oitocentos e setenta e um reais e vinte e sete centavos) em Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços - ICMS, devidos à Fazenda.

Segundo a inicial acusatória, os denunciados registraram, em sua contabilidade e em livro fiscal de preenchimento obrigatório, os créditos fictícios de ICMS gerados pelas referidas "notas frias", deixando, assim, de recolher o tributo (f. 2/7).

A inicial acusatória veio acompanhada de procedimento administrativo da Superintendência Regional da Fazenda IV (f. 8/197).

Recebida a denúncia (f. 204), a denunciada Maria Scotta Macêdo foi regularmente citada (f. 210-v) e interrogada (f. 212). O acusado Nilon Edson Macêdo Filho, embora não tenha sido citado, compareceu espontaneamente

ao interrogatório (f. 211). Na oportunidade, alegou haver efetuado realmente a compra das mercadorias a que se referem as notas fiscais inidôneas e que desconhecia à época qualquer irregularidade em sua emissão (f. 211). A acusada Maria Scotta, por sua vez, afirmou nada saber acerca dos fatos imputados na denúncia, sendo apenas sócia cotista da empresa.

Defesa prévia, por ambos os acusados, à f. 214.

Durante a instrução, foram ouvidas quatro testemunhas (f. 233/235, 238).

Na fase do art. 499 do CPP, nada foi requerido pelas partes (f. 239).

Em suas alegações finais, o Promotor de Justiça pugnou pela condenação do réu Nilon Edson Macêdo Filho e pela absolvição da co-ré Maria Scotta Macêdo, na forma do art. 386, IV, do Código de Processo Penal (f. 240/248). A defesa, a seu turno, sustentou, preliminarmente, a inépcia da denúncia pela inexistência de prova do trânsito em julgado do procedimento administrativo para a constituição do débito tributário, fato impeditivo da propositura da ação penal. No mérito, pediu a absolvição dos réus, alegando que os atos de declaração de inidoneidade dos documentos fiscais utilizados para a compensação tributária se deram após a emissão das notas utilizadas e que no rol de notas fiscais apresentadas pelo Órgão Ministerial existem notas cuja inidoneidade sequer foi declarada. Alega, ainda, não haver sido possível aos acusados verificar a inidoneidade das notas fiscais com que realizaram a operação tributária, uma vez que essa informação é disponível apenas às autoridades fazendárias, não ao particular, que teria de conferir diariamente os atos do Diário Oficial, fiscalizando a regularidade de seus parceiros comerciais, o que se lhe afiguraria impossível (f. 253/260).

Sentença às f. 262/269, através da qual restou o réu Nilon Edson Macêdo Filho condenado, como incurso nas iras do art. 1°, I, II e IV, da Lei 8.137/90, na forma do art. 71 do Código Penal, a 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, e 100 (cem) dias-multa, no valor unitário de 1/10 (um décimo) do salário-mínimo. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos, uma de prestação de serviços à comunidade, pelo tempo da condenação, e uma de prestação pecuniária, no valor de 20 (vinte) salários-mínimos, em favor da Apac da cidade de Ipatinga. A ré Maria Scotta Macêdo restou absolvida, na forma do art. 386, IV, do CPP.

As partes foram devidamente intimadas da sentença, às f. 270-v, 275, 277.

Inconformada, apelou a defesa (f. 276), em cujas razões insiste na preliminar de inépcia da inicial e no pedido de absolvição de Nilon Edson Macêdo Filho, pelos argumentos apresentados em sede de alegações finais (f. 280/290).

Em contra-razões, o *Parquet* manifesta-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso (f. 292/301), no que é secundado no parecer da douta Procuradoria de Justiça (f. 305/308).

Eis do que importa o relatório.

Juízo de admissibilidade.

Conheço do recurso porque presentes os pressupostos para a sua admissão.

Preliminares.

Diz a defesa, em preliminar, que a denúncia é inepta, por inexistir prova de haver o Fisco procedido aos ulteriores termos do procedimento administrativo que apurou o ilícito tributário.

Assim não é, no entanto, como enxergo a peça de intróito.

É pacífico o entendimento jurisprudencial segundo o qual são independentes as instâncias administrativa e judicial para a persecução do ilícito tributário perpetrado.

Quando a Lei n. 9.430/96, em seu art. 83, dispõe que "a representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1° e 2° da Lei n° 8.137, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente", estabelece, tão-somente, regramento dirigido às autoridades fazendárias, que deverão proceder da forma ali prevista, representando penalmente no Ministério Público, tão logo encerrado o procedimento para a apuração do crédito tributário devido.

Nesse sentido, registro o entendimento jurisprudencial pertinente:

> Em razão da independência das esferas administrativa e penal, não há de se esperar a conclusão de procedimento administrativo fiscal sobre a exigência de crédito tributário para que o Ministério Público proponha ação penal para a apuração de crime contra a ordem tributária, se existentes elementos suficientes que sirvam de lastro para a persecução penal, eis que a norma do art. 83 da Lei 9.430/96 vislumbra apenas uma orientação dirigida às autoridades fazendárias, no sentido de que, obrigatoriamente, comuniquem ao titular da *persecutio criminis* a ocorrência de crimes apurados em procedimento administrativo (TJSP, 1ª Câmara Extraordinária, *HC* 363.964-3/8, Rel. Des. Xavier de Souza, j. em 24.10.2001, *RT* 796/607).

E, segundo a orientação jurisprudencial deste Tribunal de Justiça: "A atividade penal não está vinculada ao procedimento fiscal, não configurando este fator prejudicial à apuração criminal" (TJMG, Ap. Crim. n. 1.0672.99.007150-4/001, Rel. Des. Armando Freire, j. em 22.03.2005, p. em 1°.04.2005).

Ademais, a conclusão do procedimento administrativo é atestada no Relatório Circunstanciado e Conclusivo de f. 187/190, na Certidão de Não-Recolhimento do Crédito Tributário e da Inexistência de Impugnação de f. 191, além do Termo de Revelia de f. 192/193, que atesta haver sido apurada a certeza e a liquidez do débito fiscal.

Julgando, assim, suficientemente lastreada a denúncia oferecida contra o acusado, rejeito a preliminar defensiva e passo à análise do mérito recursal.

Mérito.

No mérito, melhor sorte não assiste ao apelante, pois que a sentença condenatória se arrima no firme conjunto de elementos probatórios reunidos por ocasião do procedimento administrativo para a apuração do débito fiscal.

A farta documentação trazida aos autos durante a operação fiscal denominada "Verificação Fiscal Analítica", instaurada na empresa do acusado, comprova, satisfatoriamente, a materialidade do crime de supressão de tributo que lhe rendeu a condenação aqui questionada.

As notas fiscais de f. 48/90, as declarações de inidoneidade de f. 42/47, e os livros mercantis de f. 147/187 demonstram, à exaustão, haver o acusado se beneficiado de "notas frias" para a compensação de débito de ICMS, deixando de recolher R$ 128.871,27 (cento e vinte e oito mil oitocentos e setenta e um reais e vinte e sete centavos), valor esse apurado à época dos fatos, que, corrigido, assomou à quantia de R$ 808. 853,41 (oitocentos e oito mil oitocentos e cinqüenta e três reais e quarenta e um centavos), conforme atesta o documento fiscal emitido à f. 141.

Em sua argumentação, aduz o apelante que o ato de declaração de inidoneidade das notas fiscais utilizadas para abater o imposto se deu posteriormente à utilização das notas. Aduz, ainda, que algumas das notas fiscais não foram alcançadas pela inidoneidade declarada nos atos documentados às f. 42/47.

Com efeito, relativamente às notas fiscais emitidas pelas empresas Símbolos Ltda. e Elianto Peças Ltda., não há falar em utilização de "notas frias" uma vez que as notas contidas às f. 48/90 não se referem aos atos declaratórios de inidoneidade de f. 43 e 47.

Os demais atos declaratórios de inidoneidade, todavia, alcançam muitas das notas acostadas às f. 48/90. As notas fiscais recebidas dos estabelecimentos Begel Brasil Equipamentos Gerais Ltda., TeleSoldas Equipamentos & Comércio Ltda., Duravence Ltda. e Use Segurança Comércio e Representações Ltda. referem-se justamente aos atos que declararam ilícita a compensação dos créditos de ICMS utilizados pelo acusado.

Segundo o ato declaratório de f. 42, são inidôneos os documentos fiscais emitidos pela empresa Begel Ltda., a partir de 1º de outubro de 1993. As notas fiscais utilizadas pelo acusado foram emitidas a partir de 14 de julho de 1994, conforme demonstram as cópias de f. 48/90.

Segundo o ato declaratório de f. 44, são inidôneos todos os documentos fiscais emitidos pela empresa TeleSoldas Ltda. O acusado, conforme tornam certo os documentos de f. 48/90, lançou mão de pelo menos 6 (seis) documentos fiscais emitidos pelo estabelecimento referido.

Já segundo o ato declaratório de f. 45, são inidôneos os documentos fiscais emitidos pela empresa Duravence Ltda., a partir de 1º de janeiro de 1993. As notas fiscais utilizadas pelo acusado foram emitidas a partir de 16 de março de 1995, conforme demonstram as cópias de f. 48/90.

O ato declaratório de f. 46, por seu turno, afirma a inidoneidade dos documentos fiscais emitidos pela empresa Use Segurança Ltda., a partir de 1º de junho de 1995. As notas fiscais utilizadas pelo acusado foram emitidas a partir de 7 de junho de 1995, conforme demonstram as cópias de f. 48/90.

Anote-se, por oportuno, haver sido o apelante condenado pela prática das condutas descritas no art. 1º, I, II e IV, da Lei n. 8.137/90, vale dizer, pela conduta de suprimir tributo (ICMS): a) prestando declaração falsa às autoridade fazendárias; b) fraudando a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos em livro exigido pela lei fiscal; e c) utilizando documento que devia saber inexato. Embora a análise da conduta possa muito bem ser enquadrada, tão-somente, em uma única das condutas descritas no tipo penal, é certo que o aperfeiçoamento do comportamento típico se dá com a realização de qualquer dos comportamentos contidos no dispositivo legal.

Sobre a conduta descrita no inciso II do art. 1º da Lei de Crimes contra a Ordem Tributária, assim ensina Rui Stoco:

> Hipótese corriqueira é a do comerciante ou empresa que recebe ou 'compra' nota fiscal inverídica ou falsa, ou seja, que não representa efetivamente uma operação comercial legítima e se credita no livro fiscal próprio, de modo a reduzir o ICMS a pagar no momento oportuno. A conduta se enquadra à perfeição no inciso II sob comentário. A inserção de elementos inexatos (operação comercial inexistente) com o objetivo claro de fraudar e evitar o recolhimento de tributo configura crime de sonegação fiscal (FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coords.). *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2001, v. 1, p. 615).

*In casu*, a inserção de documentos inexatos consistiu em efetuar o registro das "notas frias" no livro mercantil de entradas da empresa Comercial Stamac Ltda., de modo a obter a redução do ICMS devido.

O enquadramento típico do fato na figura no inciso IV do art. 1º da Lei 8.137/90, por seu turno, restou igualmente demonstrado, uma vez que o acusado utilizou documento que devia saber falso ou inexato para suprimir tributo, quando procedeu ao aproveitamento de créditos de ICMS gerados pelas "notas frias".

Quanto à hipótese, assim já se manifestou esta Corte:

> Devido ao caráter material dos crimes contra a ordem tributária, se comprovado o prejuízo para o Estado, através de

notas fiscais falsas motivadoras da redução do imposto (ICMS), considera-se tipificado o crime previsto no art. 1º, IV, da Lei 8.137/90 (TJMG, Ap. Crim. n. 134.570/1, Des. Rel. Luiz Carlos Biasutti, j. em 17.11.1998, *RT* 764/642).

Por seu turno, também não merece acolhida a tese defensiva de inexistência de dolo na conduta do acusado, segundo a qual este, não possuindo ciência da inidoneidade dos documentos fiscais, apresentou-os às autoridades fazendárias para obter compensação tributária que acreditava lícita.

Caso estivéssemos diante de uma situação excepcional, em que uma, duas ou três "notas frias" houvessem sido isoladamente apresentadas ao comerciante, que, mantendo a regularidade em toda a movimentação fiscal de sua empresa, as houvesse inserido em seus documentos fiscais, assim compensando alguma pequena parcela do débito tributário, então se poderia dar algum crédito à tese defensiva.

Contudo, a sonegação fiscal levada a efeito, por meio da utilização dos documentos fiscais inidôneos, alcançou, em 15 de maio de 2003, a assombrosa quantia de R$ 808.853,41 (oitocentos e oito mil oitocentos e cinqüenta e três reais e quarenta e um centavos) em prejuízo do erário. Consideradas as inumeráveis notas inidôneas apresentadas e a variedade de empresas que as forneceram ao comerciante, considerando também o fato de o acusado não haver impugnado a decisão proferida em sede administrativo-tributária, reconhecendo a prática dos ilícitos fiscais, e tendo em conta o fato de o acusado deixar de tomar qualquer providência no sentido de regularizar a sua situação fiscal, entendo plenamente configurado o dolo específico de lesar a Fazenda Pública, pela supressão de tributo, na forma do art. 1º da Lei 8.137/90.

A prova da materialidade, é certo, é unilateral, produzida aparentemente sem contraditório. Todavia, é bem de ver que o ato administrativo goza de presunção de validade e legitimidade. Assim, o lançamento tributário não depende de participação do contribuinte, que, no entanto, pode impugnar o seu conteúdo. O contraditório, portanto, não é afastado do procedimento administrativo-tributário, mas depende da iniciativa do devedor em questionar a atuação da fiscalização fazendária nas searas administrativa ou judicial, o que não ocorreu *in casu*.

Por tudo isso, tenho por acertada a condenação atacada, que deve ser confirmada por esta Corte.

Entretanto, embora subscreva a motivação expendida pelo Sentenciante para a fixação da reprimenda em desfavor do acusado, entendo que a pena de multa deve guardar a necessária proporcionalidade com a pena privativa de liberdade fixada.

Julgando, também, favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, reduzo a pena de multa aplicada, tornando-a compatível com a pena corporal fixada no mínimo *quantum* legal de 2 (dois) anos de reclusão, para defini-la em 10 (dez) dias-multa, que, no silêncio do julgador, deve ser mantido no mínimo legal.

Extinto, nos termos do art. 3º da Lei 8.177/91, o instituto do Bônus do Tesouro Nacional - BTN, resta inaplicável o disposto no art. 8º, parágrafo único, da Lei 8.137/90, que fixava entre 14 (quatorze) e 200 (duzentos) Bônus do Tesouro Nacional os parâmetros para a fixação do dia-multa. Vale, nesta sede, o disposto no art. 12 do Código Penal, que estabelece aplicarem-se as regras gerais contidas no Código Penal aos fatos incriminados por lei especial, quando esta não dispõe de modo diverso. *In casu*, extinto por lei o critério especial para a fixação do dia-multa para crimes contra a ordem tributária, remete-se o assunto à regra geral do art. 49, § 1º, do Código Penal.

Tendo por base a situação econômica do acusado, empresário que se locupletou fraudulentamente de valores que excedem a quantia de R$ 800.000,00 (oitocentos mil reais), mantenho o valor do dia-multa encontrado pelo Sentenciante, em 1/10 (um décimo) do salário-mínimo vigente à data dos fatos.

E, nada obstante o entendimento que tenho como correto, segundo o qual a pena de multa se submete ao critério do cúmulo material previsto no art. 72 do Código Penal, também quando se trate de crime continuado, deixo de efetuar a soma das penas de multa aplicadas, e que assomariam a 430 (quatrocentos e trinta) dias-multa, tratando-se de recurso exclusivo da defesa, em obediência à vedação da *reformatio in pejus*, para manter a condenação nos limites definidos na sentença não impugnada pelo Órgão Ministerial, fixando, definitivamente, em 100 (cem) dias-multa, a pena pecuniária em desfavor do acusado, em 1/10 (um décimo) do salário-mínimo vigente à data dos fatos o valor do dia-multa.

Tudo considerado, rejeito a preliminar e dou parcial provimento ao recurso para modificar os fundamentos da pena de multa aplicada, mantendo-a fixada em 100 (cem) dias-multa, estes definidos em 1/10 (um décimo) do salário-mínimo vigente à data dos fatos, mantida, quanto ao mais, tal como lançada, a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, *ex lege*.

É como voto!

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PEDRO VERGARA e ADILSON LAMOUNIER.

*Súmula* - REJEITARAM PRELIMINAR DA DEFESA E DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...

## Furto qualificado - Escalada - Coisa de pequeno valor - Antecedentes criminais - Crime de bagatela - Princípio da insignificância - Inaplicabilidade - Condenação - Fixação da pena - Confissão espontânea - Reincidência - Compensação - Assistência judiciária - Isenção de custas

Ementa: Processual penal. Crime contra o patrimônio. Furto qualificado. Princípio da insignificância. Absolvição. Impossibilidade. Lesividade da conduta. Reprovabilidade da ação. Decote da qualificadora de escalada. Impossibilidade. Aplicação da atenuante da confissão espontânea. Necessidade. Compensação com agravante. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Expressa vedação legal a réu reincidente específico. Justiça gratuita. Concessão. Réu defendido por assistência judiciária. Equiparação à Defensoria Pública.

- A aplicação do princípio da insignificância somente se justifica quando a coisa furtada é de ínfimo valor e o agente não revele má personalidade ou antecedentes comprometedores indicativos de que há probabilidade de que ele vai voltar a delinqüir.

- Quando o agente emprega esforço incomum para penetrar no local dos fatos, atingindo altura inalcançável pelo homem comum, há de se reconhecer a escalada.

- O princípio da isonomia (igualdade) é o princípio constitucional informador da concessão pelo Estado do benefício da justiça gratuita, permitindo a todos, pobres ou ricos, o acesso ao Poder Judiciário. O Estado de Minas Gerais, nesse tocante, editou a Lei 14.939/2003, que em seu art. 10 isenta do pagamento de custas os que provarem insuficiência de recursos e os que forem beneficiários da assistência judiciária.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0702.07.367401-3/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Márcio Roberto Caetano Rosa - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - 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 DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 19 de agosto de 2008. - *Maria Celeste Porto* - Relatora.

### Notas taquigráficas

DES.ª MARIA CELESTE PORTO - Trata-se de recurso de apelação interposto por Márcio Roberto Caetano Rosa (f. 102) contra sentença oriunda da 4ª Vara Criminal desta Capital, f. 91/98, que o condenou nas sanções do art. 155, § 4º, inciso II, do Código Penal Brasileiro, porque, no dia 7 de abril de 2007, escalou o muro do asilo São Vicente de Paula e de lá subtraiu para si um extintor de incêndio, duas peças de queijo e dez pacotes de papel higiênico, marca Personal.

Em razão disso foi condenado à pena privativa de liberdade de quatro anos de reclusão, regime inicial fechado, e ao pagamento de 15 dias-multa, no mínimo legal.

Inconformada, a defesa apresentou as razões de f. 110/113, onde pugna pela absolvição do nacional pela atipicidade de sua conduta, em conformidade com o princípio da insignificância. Alternativamente, requer o decote da qualificadora de escalada, aplicação da atenuante da confissão espontânea e, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Ao final pede pela justiça gratuita.

Contra-arrazoando o recurso, f. 114/116, sustenta o órgão acusador primevo o improvimento do apelo e manutenção do *decisum*. No mesmo sentido é o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça (f. 135/139 - TJ).

É o sucinto relatório.

Presentes os pressupostos de sua admissibilidade, conheço do recurso.

Não foram argüidas preliminares e tampouco vislumbro qualquer nulidade a ser declarada de ofício, motivo pelo qual passo ao imediato exame do mérito recursal, valendo destacar que autoria e materialidade do delito restam devidamente comprovadas nos autos, não sendo sequer questionadas pelas partes.

Assim, em princípio, insurge-se a defesa de Márcio Roberto Caetano Rosa contra a decisão monocrática condenatória pleiteando pela aplicação do princípio da insignificância e conseqüente absolvição por ausência de lesão a bem jurídico protegido.

Todavia, *in casu*, não creio seja ele ajustável à espécie para se buscar a exclusão da tipicidade.

Em situações muito peculiares, tenho admitido sua aplicação mesmo nos crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa.

Ora, é papel e dever do juiz, ao tratar de direito penal, aplicar não só a lei, mas, principalmente, os fundamentos de nossa justiça. A aplicação cega da lei não leva a lugar algum; o julgador deve analisar cada caso concreto e aplicar a norma de acordo com sua interpretação de justiça que lhe ensinam os princípios gerais do Direito.

É certo que o princípio da insignificância não encontra um suporte genérico documentado pelo Congresso Nacional. Contudo, o Direito não se faz só

da lei escrita; pelo contrário, ele se constrói, sobretudo, da interpretação dela e da Constituição, principalmente porque esta não é algo estagnado no tempo, travado pela necessidade de formalização e publicação de escritas, como o é a norma oriunda do Legislativo. O intérprete é o melhor veículo do Direito, pois este deve andar com seu tempo.

Friso, portanto, que a falta de uma previsão expressa do princípio da insignificância não impede que o magistrado, como intérprete de nosso sistema jurídico - e não como mero leitor que obedece cegamente a palavras - o aplique a casos concretos e especiais que mereçam. É que a atividade jurisdicional é interpretativa e cognitiva, e não simplesmente repetitiva.

E é por isso mesmo que existe o intérprete e aplicador da lei, para enquadrar somente as situações realmente visadas pelo legislador penalista na previsão por este escrita e, quanto aos outros fatos, cuja realidade material os afasta da relevância penal, fazer a verdadeira justiça que merecem.

Entretanto, o caso dos autos não está entre as situações especiais que permitem a aplicação do referido princípio, por não traduzir boa forma de se fazer justiça.

Ora, tenho adotado o entendimento de que não se trata apenas de analisar a irrelevância da lesividade ao patrimônio da vítima, sendo também de suma importância averiguar as características pessoais do agente, a ofensividade da conduta e o grau de reprovabilidade da ação.

Destarte, tratando-se de réu multirreincidente em crimes patrimoniais (vide CAC, f. 52/59) e de furto de bens de um asilo, não se pode considerar a conduta insignificante, mormente diante da necessidade de proteção ao idoso.

Ademais, de se ver que o privilégio inserto no § 2º do art. 155 do Código Penal não pode ser aplicado aos reincidentes, o que dirá o princípio da insignificância, que não deixa de ser uma segunda chance ao agente.

Sou da opinião de que sua aplicação desavisada somente poderia servir para estimular, com maior intensidade ainda, a injustificada e desmedida tolerância social com o crime e com o criminoso, contribuindo com o descrédito da Justiça, ao relevar condutas que, ainda que não se revelem como grandes delitos contra o patrimônio, são praticadas por indivíduos que insistem em perturbar a paz e a harmonia sociais.

Trago, por derradeiro, à colação o seguinte entendimento jurisprudencial, em acórdão do qual foi Relator o ilustre Magistrado paulista Emeric Levai:

> O fato de as coisas furtadas terem valor irrisório não significa que o fato seja tão insignificante para permanecer no limbo da criminalidade, visto que no Direito brasileiro o princípio da insignificância ainda não adquiriu foro de cidadania, de molde a excluir tal evento de moldura da tipicidade penal (TACrim-SP - *RJD* 6/88) (in *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 5.ed., RT, p. 43).

Confira jurisprudência do colendo Supremo Tribunal Federal:

> Princípio da insignificância. Identificação dos vetores cuja presença legitima o reconhecimento desse postulado de política criminal. Conseqüente descaracterização da tipicidade penal em seu aspecto material. Delito de furto simples, em sua modalidade tentada. *Res furtiva* no valor (ínfimo) de R$ 20,00 (equivalente a 5,26% do salário mínimo atualmente em vigor). Doutrina. Considerações em torno da jurisprudência do STF. Pedido deferido. - O princípio da insignificância qualifica-se como fator de descaracterização material da tipicidade penal.
> - O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O postulado da insignificância e a função do direito penal: *de minimis non curat praetor*.
> - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social (Rel. Ministro Celso de Mello, *HC* 92463/RS, j. em 16/10/2007).

Em seguida, pede pelo decote da qualificadora do inciso II, § 2º, art. 155, Código Penal, aduzindo para tanto que o muro escalado não necessitava de grande esforço para ser transposto.

Ora, sabe-se que a qualificadora da escalada supõe o ingresso ao local do delito de forma anormal, devido à altura do obstáculo a ser transposto e à falta de suporte para a subida, demonstrando maior necessidade de reprovação à conduta do agente obstinado a vencer quaisquer empecilhos à prática do delito.

Escalada é ter acesso anormal a um lugar por via anormal. Não se trata apenas da escalada em sentido estrito, isto é, de subir ou galgar alguma coisa, podendo ser assim considerado o acesso por uma galeria subterrânea, a utilização de uma escada ou uma corda, a passagem pelo esgoto, dentre outras possibilidades.

E, ao contrário da qualificadora do arrombamento, a escalada não deixa vestígios, sendo possível compro-

vá-la através de depoimentos, uma vez que se cinge na comprovação do esforço incomum do agente para alcançar altura superior à alcançável pelo *homo medius*.

Confira:

> Furto qualificado. Escalada. Conceito. - O conceito de escalada qualificada, prevista no art. 155, § 4º, II, do CP, consiste em penetrar no local do furto por via anormal, sendo necessário emprego de meio artificial, como escada e corda, ou esforço incomum e destreza (Apelação nº 1.155.241/4, Conmarca de Ibitinga, 10ª Câmara, Relator Márcio Bártoli, j. em 03.11.99, v.u. (Voto nº 7.589).

Assim, irretocável a tipificação *a quo*.

Lado outro, razão lhe assiste ao pleitear pela aplicação da atenuante da confissão espontânea, malgrado a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal para a espécie.

Incidindo na dosimetria da pena a agravante da reincidência, mostra-se imprescindível sua compensação, mas não de forma integral.

De fato, quanto ao concurso de circunstâncias legais (atenuantes e agravantes), há circunstâncias previamente consideradas pela lei como preponderantes, a teor do art. 67 do CP (motivos, personalidade e reincidência), que observa o princípio da culpabilidade.

Para Shecaira e Corrêa Júnior, a ordem de importância é a menoridade, a reincidência, circunstâncias subjetivas (aquelas que se referem ao agente, ou seja, que decorrem dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência) e objetivas (relativas à natureza, espécie, meios, ao objeto, ao lugar, à modalidade e à forma de execução).

Fernando Galvão (*Direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 610-611), aponta para determinados critérios na aplicação da regra de preponderância: as circunstâncias subjetivas previstas no art. 67 preponderam sobre as circunstâncias subjetivas não apontadas, e estas, por sua vez, preponderam sobre as circunstâncias objetivas; quando não há preponderância (circunstâncias do mesmo peso), uma circunstância compensa a outra; no confronto de duas circunstâncias preponderantes, também há compensação, exceto se se tratar, como dito, da circunstância da menoridade; entre uma circunstância preponderante e uma não, prevalece o sinal da preponderante. Portanto, circunstâncias de igual peso se compensam.

A meu ver, não se deve adotar processos aritméticos rígidos para a fixação da pena, mas sim estabelecer critérios objetivos que possibilitem ao juiz fundamentar a opção pelo *quantum* aplicado na reprimenda, evitando-se, ao mesmo tempo, hipóteses de arbitrariedade durante a valoração das circunstâncias legais.

O objetivo primordial é a segurança jurídica, sem descuidar das particularidades do caso concreto, em vista das finalidades da pena, e sem deixar de perceber a medida da culpabilidade.

Por assim entender, creio mesmo que a confissão do acusado merece premiação, mas a agravante da reincidência, mormente quando múltipla, como no caso dos autos, sem dúvida prepondera sobre a atenuante genérica em comento, nos termos do citado art. 67 do Códex.

Passo, portanto, à reestruturação da reprimenda.

Mantenho a pena-base em 2 (dois) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, unitariamente no mínimo legal.

Na segunda fase, compenso a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, frisando aqui as quatro condenações transitadas em julgado antes dos fatos em comento, três delas por crime contra o patrimônio, de forma a subsistir um acréscimo de 8 (oito) meses de reclusão e 5 (cinco) dias-multa.

Inexistem causas especiais de diminuição e aumento de pena, motivo pelo qual torno a reprimenda concreta e definitiva em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 15 (quinze) dias-multa.

Mantenho o regime inicial fechado para seu cumprimento, diante dos péssimos antecedentes do apenado e necessidade de maior rigor em sua repreensão.

Fica vedada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ante a reincidência específica do agente.

Finalizando, quanto ao pedido de concessão da justiça gratuita, vejo que o art. 805 do Código de Processo Penal dispõe que as custas serão cobradas de acordo com os regulamentos expedidos pela União e pelos Estados.

O Estado de Minas Gerais, neste tocante, já editou a Lei 14.939/2003, que em seu art. 10 dispõe:

> São isentos do pagamento de custas:
> I - (...)
> II - Os que provarem insuficiência de recursos e os que forem beneficiários da assistência judiciária.

O apelante, visto ter sido acompanhado pela assistência judiciária da Universidade Federal de Uberlândia, faz jus aos benefícios da citada lei.

Por assim entender, dou provimento parcial ao recurso, para aplicar a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, perfazendo, por conseguinte, uma nova dosimetria da reprimenda, bem como para isentá-lo do pagamento das custas processuais.

É como voto.

Custas, *ex lege*.

DES. HÉLCIO VALENTIM - No julgamento do presente recurso, acompanho o voto da em. Desembargadora Relatora, tendo em vista que Sua Ex.ª recusou aplicação, *in casu*, ao princípio da insignificância, ao argumento de que o apelante é multirreincidente em delitos patrimoniais.

Entendo importante, contudo, deixar consignado o meu posicionamento de que o princípio em comento não é aplicável em hipótese alguma, porquanto inadequado à realidade brasileira e, portanto, não aplicável aos casos que aqui se apresentam. Nesse sentido há jurisprudência, a saber:

> O fato de as coisas furtadas terem valor irrisório não significa que o fato seja tão insignificante para permanecer no limbo da criminalidade, visto que no Direito brasileiro o princípio da insignificância ainda não adquiriu foros de cidadania, de molde a excluir tal evento de moldura da tipicidade penal (TACrimSP - AC Rel. Juiz Emeric Levai - *BMJ* 84/6).

> O nosso ordenamento jurídico ainda não acatou a teoria da bagatela ou da insignificância, não tendo, por isso, o ínfimo valor do bem ou do prejuízo qualquer influência na configuração do crime (TACrimSP - *RJDTACrim* 27/66).

Isso porque, sem dúvida, o Professor Claus Roxin desenvolveu o princípio da insignificância desconsiderando as condições pessoais do agente, mas não nos é permitido ignorar que a realidade alemã em muito difere da brasileira, em que há uma constatação empírica de que o direito penal pátrio deve, sim, se preocupar com a reiteração de pequenos furtos.

Há, ainda, outros problemas que o mencionado princípio não consegue solucionar, como, por exemplo, o caso da punição da tentativa, quando não se logra êxito em comprovar o que se pretendia furtar. Aliás, toda tentativa de furto, ainda que de um bem de valor elevado, lesa de forma menos gravosa o patrimônio alheio do que qualquer furto consumado, ainda que de uma *res* de valor irrisório.

Diante de tantas complicações, não vejo como admitir, em face de nosso direito posto, o princípio da insignificância, sendo certo que o princípio da irrelevância penal do fato, lado outro, revela-se suficiente para evitar apenações injustas por infrações que realmente não reclamem resposta penal.

Com essa ressalva, acompanho a em. Desembargadora Relatora e, assim como Sua Ex.ª, dou parcial provimento ao recurso.

É como voto!

DES. PEDRO VERGARA - No caso *sub examine*, coloco-me de acordo com o entendimento do il. Revisor Des. Hélcio Valentim, no que tange à não-aplicação do princípio da insignificância, uma vez que compartilho do entendimento de que tal construção doutrinária não encontra assento no direito penal pátrio.

Ressalte-se que a admissão de tal princípio estimula a reiteração de pequenos delitos, instaurando-se na sociedade verdadeiro sentimento de impunidade.

Lado outro, ouso discordar da manifestação de V. Ex.ª, no sentido de que o princípio da irrelevância penal do fato "revela-se suficiente para evitar punições injustas por infrações que realmente não reclamem resposta penal", muito embora não o tenha empregado no caso enfocado.

É que, com a vênia devida, a referida construção doutrinária, também, não encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio, tratando-se de recurso interpretativo à margem da lei.

Assim, entendo inviável a aplicação desse princípio, mesmo em caso de condenação, não se isentando o acusado de pena, ao argumento de que o delito tenha causado lesão irrisória ao bem jurídico protegido (ínfimo desvalor do resultado) e as circunstâncias do crime e condições subjetivas se revelassem extremamente favoráveis (ínfimo desvalor da ação), sendo necessária a imposição de pena ao mesmo, em estrita observância ao preceito legal.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso, nos termos do voto da eminente Desembargadora Relatora, acompanhando parte da manifestação de voto do Desembargador Revisor, ressalvado o entendimento deste Vogal no que concerne ao princípio da irrelevância penal do fato.

É como voto.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...

## Extorsão mediante seqüestro - Dolo específico - Materialidade - Autoria - Valoração da prova - Condenação - Roubo qualificado - Desclassificação do crime - Impossibilidade - Concurso de pessoas - Participação de menor importância - Não-ocorrência - Fixação da pena - Critério

Ementa: Extorsão mediante seqüestro. Materialidade e autoria. Comprovação. Desclassificação. Impossibilidade. Participação de menor importância. Não-ocorrência. Pena corretamente aplicada. Recurso desprovido.

- Impõe-se o indeferimento da desclassificação do delito de extorsão mediante seqüestro se verificado que houve privação da liberdade da vítima com o dolo específico de exigir vantagem patrimonial como preço ou condição do resgate da mesma vítima.

- Não se exige, para a verificação da co-autoria, que todos os agentes efetuem, necessariamente, a ação descrita pelo verbo componente do núcleo do tipo, sendo suficiente a adesão ao plano criminoso e a ajuda àquele que, efetivamente, pratica os atos de execução.

- Se a atitude do co-réu é essencial para possibilitar a prática do delito, não há falar em participação de menor importância.

- Comprovadas a materialidade, autoria e tipicidade do delito, impõe-se a manutenção da condenação, agindo o juiz com acerto ao fixar a pena em conformidade com os princípios ditados pelos arts. 59 e 68 do CP.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.07.446169-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Leandro Ferreira Gomes - 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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 30 de julho de 2008. - *Walter Pinto da Rocha* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação, pelo apelante, o advogado Leon Bambirra Obregon Gonçalves.

DES. WALTER PINTO DA ROCHA - Ouvi com atenção a sustentação oral do ilustre advogado Leon Bambirra Obregon Gonçalves.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de apelação criminal interposta por Leandro Ferreira Gomes contra sentença de f. 316/326, através da qual o MM. Juiz da 5ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte condenou o denunciado pela prática do crime previsto no art. 159, *caput,* do CP, à pena definitiva de onze anos e seis meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicialmente fechado.

Narra a peça acusatória que, no dia 14.12.06, por volta das 10h20min, na Rua Contendas, nº 10, Bairro Prado, os denunciados Paulo Henrique de Jesus Paixão, vulgo "Dé", Paulo Henrique Cardoso, vulgo "Porcão", e Leandro Ferreira Gomes, em unidade de esforços e desígnios delitivos, seqüestraram a vítima José Omar Campos, com o fim de obterem, para si, vantagem econômica indevida, no montante de R$30.000,00, como condição e preço de resgate. Consta que o denunciado Paulo Henrique de Jesus deu início à execução do crime, simulando ter sido assaltado por meliantes não identificados, distraindo, assim, a atenção dos funcionários do "Posto Jéssica" de propriedade da vítima. Aproveitando-se da menor vigilância, principalmente do gerente do estabelecimento, Marcelo Henrique Teixeira Silva, o denunciado Paulo Henrique Cardoso e Leandro abordaram a vítima e mediante emprego de arma de fogo, a constrangeram a ingressar no veículo. Apurou-se que os denunciados, juntamente com o ofendido, rodaram por aproximadamente três horas, ocasião em que os acusados o ameaçavam de morte e o agrediam, passando a exigir a título de resgate a quantia de R$ 30.000,00 para libertá-lo. A vítima fez contato com os funcionários do posto para que fosse apurada a quantia exigida, e estes, de posse do montante de R$ 9.880,00 entregaram ao motociclista Edinaldo Xisto da Silva, o qual se dirigiu até o local combinado, sendo que, ao entregar o dinheiro, os denunciados empreenderam fuga e libertaram a vítima. Consta que os acusados foram acobertados por indivíduos não identificados que conduziam um veículo Ford/Ka, os quais vieram a disparar dois tiros de arma de fogo contra a guarnição policial. Realizadas buscas pelos policiais, foi encontrada na residência de Leandro a quantia de R$ 5.177,00, bem como outros objetos. Na residência do denunciado Paulo Cardoso foram encontrados aparelhos celulares e na casa de Paulo Henrique de Jesus, a quantia de R$ 350,00, uma câmera digital, dois adesivos da Polícia Civil, bem como duas munições de arma de fogo calibre 38.

O processo foi desmembrado para o acusado Leandro Ferreira Gomes.

Razões de apelação, f. 354/367, requerendo o acusado Leandro Ferreira Gomes a desclassificação para o delito de roubo qualificado pela restrição de liberdade, alegando que pretendia, ao manter a vítima em seu poder, simplesmente a subtração, e não o fim estatuído no art. 159 do CP. Discorre acerca da participação de menor importância do ora recorrente, inexistindo prévio ajuste, não contribuindo para a consumação do delito. Afirma restar provado nos autos que participou do delito por motivo relevante, apenas para conseguir dinheiro para pagar sua operação de rins, não apresentando sua conduta determinante para a realização da empreitada criminosa. Alega ser primário, bons antecedentes, inexistindo fundamento para majoração da pena-base em quatro anos, conforme procedido pelo MM. Juiz. Pede o provimento do recurso.

Contra-razões, f. 364/370, requerendo o apelado a manutenção da sentença.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 371/387, pelo desprovimento do recurso.

O pleito recursal não merece provimento.

A materialidade do delito resta devidamente comprovada nos autos pelo auto de prisão em flagrante delito, f. 09/20, boletim de ocorrência, f. 23/27, auto de apreensão, f. 36, termo de restituição, f. 37 e termos de declarações.

A autoria está provada, inclusive pela confissão do acusado Leandro, o qual nega o prévio ajuste, mas confirma a participação na empreitada criminosa, f. 170/172.

Corroborando a confissão parcial do acusado, apresenta-se o fato de terem sido localizados, no veículo do denunciado Paulo Henrique, documentos pertencentes ao apelante, bem como o depoimento da vítima, a qual declara, f. 220: "(...) que o motorista do dia do seqüestro era um tal de Leandro (...)".

Materialidade e autoria restam amplamente comprovadas, não tendo sido objeto de insurgência recursal.

No tocante ao pedido de desclassificação para o delito de roubo majorado, tenho que razão não assiste ao recorrente.

A extorsão mediante seqüestro pressupõe o dolo específico do agente em obter vantagem como condição ou preço do resgate, ou seja, como contrapartida da libertação do seqüestrado.

No caso em apreço, houve privação da liberdade da vítima com o intuito de exigir vantagem patrimonial como preço ou condição do resgate da mesma.

Comprova-se que o denunciado, juntamente com os demais acusados, buscava extorquir a vítima desde o início da ação delituosa, através do cerceamento de sua liberdade visando obter vantagem ilícita para si, subsume-se o caso na hipótese do art. 159 do CP, o qual preceitua: "Seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço de resgate".

Levando-se em consideração a lição de Cezar Roberto Bitencourt:

> no roubo, o agente toma a coisa, ou obriga a vítima (sem opção) a entregá-la; na extorsão, a vítima pode, em princípio, optar entre acatar a ordem e oferecer resistência. (*Tratado de direito penal*. Parte Especial. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003, v. 3, p.125.)

*In casu*, a vítima relata com riqueza de detalhes a empreitada criminosa, declarando que, após estar em poder dos acusados, foi requerido o resgate no valor de trinta mil reais, f. 220, encaixando-se perfeitamente no crime do art. 159 do CP, tendo opção de acatar a ordem ou oferecer resistência, restando afastado o pedido de desclassificação.

Aduz a jurisprudência:

> Cometem o crime de extorsão e não roubo na forma tentada aqueles que, mediante violência ou grave ameaça, visando a obtenção de indevida vantagem econômica, constrangem a vítima a acompanhá-los a diversos caixas eletrônicos de vários bancos, para sacar dinheiro através de cartões magnéticos (*RT* 755/727).

> A figura delitiva prevista no art. 159 do CP pressupõe o seqüestro de pessoa com o fim de obter o agente, para si ou para outrem, qualquer vantagem como condição ou preço do resgate. A exigência de condição ou preço da libertação constitui elemento essencial do crime (*JUTACRIM* 90/340).

Quanto à alegação de ausência de ajuste prévio, não merece acolhimento, uma vez que a repartição das tarefas restou evidenciada, sendo simulado um assalto por um dos denunciados para desviar a atenção dos funcionários, enquanto os outros conseguiram pegar a vítima, ligaram para o acusado Paulo Henrique de Jesus Paixão, dizendo que já estavam com o "homem na mão", f. 220.

A alegação de que não participou do delito é de todo impertinente, dado que esteve presente durante todo o *iter criminis*, pois comprovou-se a abordagem da vítima pelo mesmo, estando dentro do veículo durante toda empreitada criminosa, apresentando-se os denunciados unidos pelo mesmo liame subjetivo, pretendendo os mesmos resultados, tendo cada qual uma atividade certa, determinante e fundamental para o sucesso do intento criminoso.

Em nenhum momento ficou demonstrado que o apelante não pretendia participar do delito, sendo pouco crível que se tenha envolvido no crime, sem prévio ajuste, ou seja, por acaso estava no local e resolveu contribuir, fundamento este inaceitável.

Como é sabido, não se exige, para a configuração da co-autoria, que todos os agentes pratiquem, necessariamente, de forma igual a ação descrita no verbo componente do núcleo do tipo.

Pela própria descrição dos fatos, não há como reconhecer a participação de menor importância, pois estavam unidos pelo mesmo liame subjetivo, tendo cada qual uma atividade certa, determinante e fundamental para o sucesso do intento criminoso.

A respeito, eis o entendimento uniforme da jurisprudência:

> Não se trata de caso de participação de menor importância, conforme prevê o parágrafo 1° do art. 29 do CP. Esta só tem aplicação quando a conduta do partícipe demonstra leve eficiência causal. Portanto, não é de menor importância a participação de quem atua de forma direta e ativa na ação delituosa, inclusive, fugindo na posse da *res furtiva* para retirá-la da esfera de disponibilidade e de vigilância da vítima (*JUTACRIM* 99/234).

Cabe citar aqui a lição de Júlio Fabbrini Mirabete:

> Não há realmente necessidade de colaboração efetiva de cada agente em cada ato executivo da infração penal, podendo haver repartição de tarefas entre os co-autores. Há, na co-autoria, a decisão comum para a realização do resultado e a execução da conduta. Aquele que concorre na realização do tipo também responde pela qualificadora ou agravante de caráter objetivo quando tem consciência desta e a aceita como possível (in *Manual de direito penal*. 11. ed. Ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 230).

Incabível, portanto, o reconhecimento da participação de menor importância.

O alegado motivo relevante, quanto à necessidade de dinheiro para tratamento de saúde, não o isenta de

responsabilidade no cometimento do delito, sendo certo que, mesmo restando comprovado, não justificaria a prática de um delito de natureza tão grave, restando afastada qualquer causa excludente de ilicitude.

Quanto à aplicação da pena, tenho que não se afigura exacerbada a pena-base, uma vez que, mesmo sendo primário e de bons antecedentes, entendo que tais situações não o tornam imune à elevação da pena, em face da situação concreta grave que envolve o fato delituoso que lhe é imputado, restando correta a análise desfavorável das demais circunstâncias judiciais quanto à personalidade, circunstâncias, motivo e conseqüências graves.

Pelo exposto, nego provimento à apelação.

Custas processuais, *ex lege*.

DES. DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS - Sr. Presidente, ouvi com toda a atenção a sustentação oral que produziu o Dr. Leon Bambirra Obregon Gonçalves.

Fiz um exame dos autos e cheguei à mesma conclusão de que realmente a prova dos autos convence, de que a sentença está certa. Tanto é que o Procurador Ronaldo César de Faria, em excelente parecer, demonstra que a verdade sempre prevalece. Reconheço, nestes autos, que a situação de um deles era necessidade de dinheiro, tratamento de saúde, mas nem por isso fica eximido de penalização nem tal ato justificaria um delito de tamanha gravidade.

Acompanho o Relator.

DES. ELI LUCAS DE MENDONÇA - Também com os registros da atenção ao eminente advogado, Dr. Leon Bambirra, estou acompanhando os votos precedentes.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

...

## Crime contra as relações de consumo - Exposição à venda de mercadoria em desacordo com a prescrição legal - Concurso de pessoas - Caracterização - Inquérito policial - Ausência - Ação penal pública - Ministério Público - Denúncia - Nulidade - Não-configuração - Autoria - Materialidade - Dolo específico - Valoração da prova - Condenação - Causa de aumento de pena - Aplicabilidade - *Sursis* - Impossibilidade

Ementa: Apelação criminal. Denúncia não foi precedida de inquérito policial. Dispensabilidade. Ilegitimidade da ré. Não reconhecida. Preliminares rejeitadas. Crime contra as relações de consumo. Expor à venda mercadorias impróprias ao consumo. Materialidade e autoria comprovadas. Absolvição. Inadmissibilidade. Condenação mantida. Modalidade culposa não reconhecida. Dolo específico caracterizado. Majorante do art. 12 da Lei nº 8.137/90. Manifestamente procedente. *Sursis*. Inaplicabilidade. Inteligência do art. 77, inciso III, do Código Penal. Recurso improvido.

- O fato de a denúncia não estar fundamentada em inquérito policial, por si só, não tem o condão de caracterizar qualquer ofensa ao princípio do devido processo legal, nem mesmo de prejudicar a defesa dos apelantes.

- De acordo com os arts. 27 e 28 do Código de Processo Penal, nos crimes em que caiba ação pública, o Ministério Público poderá oferecer denúncia independentemente da instauração de inquérito policial, desde que detenha documentos satisfatórios e idôneos para instruir a ação penal.

- Se os réus são sócios proprietários do estabelecimento comercial, ambos exercem a administração, representação e a gerência dele. Logo, há de se reconhecer o concurso de agentes, pois ambos os réus agiram com o mesmo propósito ou mesmo um aderindo à conduta do outro.

- Os agentes tinham em depósito para a venda produtos impróprios para o consumo humano, consistentes em carne suína e leite bovino de procedência clandestina, não inspecionados e desprovidos de documentos sanitário e fiscal, objetivando o lucro indevido.

- Uma vez reconhecido o dolo específico na conduta dos réus, é inadmissível e até mesmo incompatível reconhecer o elemento subjetivo culpa.

- Entre os bens essenciais à vida e à saúde, incluem-se os alimentos em primeiro plano. Portanto, se a carne e o leite são gêneros alimentícios necessários ao consumo do homem médio, a causa de aumento prevista no art. 12, inciso III, da Lei nº 8.137/90 é manifestamente procedente.

- O art. 77, III, do Código Penal estabelece que a suspensão da pena só será aplicada quando não for indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 do mesmo diploma legal.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0043.04.001560-4/001 - Comarca de Areado - Apelantes: Celso Martins, Izabel Cristina de Lacerda Martins - 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 REJEITAR PRELIMINARES E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 30 de setembro de 2008. - *Fernando Starling* - Relator.

## Notas taquigráficas

DES. FERNANDO STARLING - Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Cuida-se de apelação criminal interposta por Celso Martins e Izabel Cristina de Lacerda Martins contra a sentença de f. 115/122, que julgou procedente a denúncia para condená-los à pena de dois anos e oito meses de detenção, a ser cumprida em regime aberto. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos, a saber, prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor correspondente a dois salários mínimos.

Preliminares.

I) Nulidade do feito.

Os apelantes requereram a rejeição da denúncia, tendo em vista que ela não foi precedida de inquérito policial. No entanto, de acordo com os arts. 27 e 28 do Código de Processo Penal, nos crimes em que caiba ação pública, o Ministério Público poderá oferecer denúncia independentemente da instauração de inquérito policial, desde que detenha documentos satisfatórios e idôneos para instruir a ação penal. A legislação processual genericamente dá o nome de peças de informações a todo e qualquer conjunto indiciário resultante das atividades desenvolvidas fora de instauração de inquérito policial. Desse modo, a formação do conhecimento do encarregado da acusação pode ocorrer através de atividades desenvolvidas em procedimentos administrativos e até mesmo de atuação de particular através do encaminhamento de documentação ou informação suficiente à formação da *opinio delecti*.

Além disso, como bem registrou a douta Procuradoria-Geral de Justiça:

> o fato de a denúncia não estar fundamentada em inquérito policial, por si só, não tem o condão de caracterizar qualquer ofensa ao princípio do devido processo legal, nem mesmo de prejudicar a defesa dos apelantes. Não é demasiado lembrar que o apego excessivo ao formalismo não se compatibiliza com as diretrizes adotadas pelo nosso Código de Processo Penal (f. 158).

Por tudo isso, rejeito a preliminar de nulidade do feito.

II) Ilegitimidade da ré Izabel Cristina de Lacerda Martins.

Os recorrentes argüiram a ilegitimidade da ré, sob o argumento de que ela não possui qualquer responsabilidade pela conduta descrita na peça acusatória, visto que foi o co-réu Celso quem abateu o suíno e guardou a carne para o consumo da família.

Nesse aspeto, igualmente não assiste razão aos réus. Depreende-se dos autos que Celso e sua esposa Izabel são sócios proprietários do Supermercado e Lanchonete Lacerda Ltda., sendo que ambos exercem a administração, representação e a gerência do estabelecimento comercial. Ademais, segundo a prudente fundamentação do Magistrado monocrático:

> o fato de a ré ter dito que não estava no supermercado quando da fiscalização mencionada na denúncia e não ter promovido pessoalmente o abate de suínos não a socorre, vez que é responsável pela empresa que comercializava o produto em situação irregular. Em conseqüência, há de se reconhecer o concurso de agentes, pois que ambos os réus agiram com o mesmo propósito, ou mesmo um aderindo à conduta do outro (f. 118).

Portanto, não há que se falar em ilegitimidade da ré para figurar no pólo passivo da presente ação penal.

Mérito.

Superadas as preliminares, passo ao exame do mérito.

Os apelantes sustentam que não mantinham os produtos apreendidos em estoque para a venda. Sustentam que nem mesmo a materialidade delitiva está comprovada nos autos, pois não foi realizado o imprescindível exame pericial no produto apreendido para se apurar a sua impropriedade ao consumo. Requer o provimento do recurso para serem absolvidos por atipicidade da conduta ou por insuficiência de provas. Pleiteiam, alternativamente, a desclassificação do delito para a modalidade culposa, o decote da causa de aumento inserta no art. 12 da Lei nº 8.137/90 e a concessão do *sursis*.

Analisando as razões apresentadas no recurso, os fundamentos lançados pelo Juiz sentenciante e o conjunto probatório, tenho que o inconformismo da defesa não deve prosperar.

Inicialmente, cabe ressaltar que a conduta imputada aos réus está tipificada no art. 7º, inciso IX, c/c art. 12, inciso III, da Lei nº 8.137/90 e art. 18, § 6º, inciso II, da Lei nº 8.078/90.

> Art. 7°. Constitui crime contra as relações de consumo: [...]
> IX - vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo;
> [...]
> Art. 12. São circunstâncias que podem agravar de 1/3 (um terço) até a metade as penas previstas nos arts. 1°, 2° e 4° a 7°: [...]
> III - ser o crime praticado em relação à prestação de serviços ou ao comércio de bens essenciais à vida ou à saúde.
> Art. 18 [...]
> § 6° São impróprios ao uso e consumo: [...]
> II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou

> à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação.

Considerando que as regras acima transcritas são normas penais em branco, elas devem ser complementadas pela Lei Estadual nº 12.728/97, que estabelece as condições para o transporte e a comercialização, no Estado de Minas Gerais, de carne e de produtos de origem animal e seus derivados.

> Art. 1º - A carne e o produto de origem animal e seus derivados, em trânsito ou colocados à venda em estabelecimento atacadista, varejista, comercial ou industrial, terão obrigatoriamente sua procedência e estado sanitário atestados em Autorização para Comércio e Trânsito de Produto Animal ACT, emitida pelo Instituto Mineiro de Agropecuária - IMA - ou por entidade por ele credenciada.

Feitas essas considerações, vejo que a materialidade está suficientemente comprovada através das informações contidas no auto de apreensão de f. 07, no qual consta que no interior do estabelecimento de propriedade dos réus foram apreendidos vinte e cinco quilos de pernil suíno e onze quilos e meio de carne e cabeça suínos de origem clandestina, porquanto desprovido o produto de documento sanitário e fiscal que pudesse comprovar a procedência inspecionada, além de nove litros de leite bovino, igualmente de origem clandestina, por não ser pasteurizado, sem rotulagem e sem data de fabricação e de vencimento.

Na hipótese dos autos, o laudo pericial para apurar a impropriedade dos produtos arrecadados é totalmente prescindível, visto que a clandestinidade dos bens é evidente e foi assumida pelo próprio réu. Por outro lado, o simples fato de a carne e o leite estarem sendo comercializados em condições sanitárias e fiscais inapropriadas ao consumo humano e em desacordo com a legislação estadual vigente sobre o assunto já é um indicativo para a caracterização do delito relatado na peça acusatória.

A propósito, a orientação jurisprudencial:

> O crime contra as relações de consumo previsto no art. 7º, IX, da Lei 8.137/90 se caracteriza como simples depósito de produto deteriorado, sendo desnecessária para comprovação da materialidade delitiva a realização de perícia na mercadoria apreendida, mormente se os fiscais responsáveis pela apreensão atestam a impropriedade para o consumo da carne mantida em depósito no estabelecimento comercial (*RT* 760/726).

Quanto à autoria, o réu afirmou que realmente realizou o abate e o corte de um porco, o qual, embora estivesse armazenado no *freezer* do estabelecimento comercial, seria utilizado para o consumo familiar. Salientou que o leite encontrado em depósito era originário da sua propriedade rural e também serviria ao abastecimento da sua família. Argumentou, ainda, que na época dos fatos não havia *freezer* em sua residência, por isso os bens estavam num refrigerador do supermercado. A ré, por sua vez, confirmou a narrativa dos fatos apresentada pelo seu esposo. Vejam-se os depoimentos, respectivamente:

> [...] todos os produtos para consumo próprio do interrogando e seus familiares; [...] que o leite encontrado em depósito também é originário da propriedade rural do interrogando [...]; que foi o próprio interrogando quem realizou o abate de um porco e o corte; que o interrogando tinha o costume de assim proceder; que o interrogando tem o conhecimento de que, para a venda ao público, a mercadoria deveria ter sido inspecionada; que, todavia, ressalta que a mercadoria apreendida 'não estava a venda'; que o *freezer* em que estava depositada a mercadoria apreendida também serve para o supermercado [...] (f. 51/52).

> [...] todos os produtos para consumo próprio da interroganda e seus familiares; que o *freezer* está localizado nos fundos do supermercado; que na ocasião a interroganda não tinha *freezer* em sua residência [...]; que foi o marido da interroganda quem realizou o abate dos porcos e o corte; que já aconteceu da interroganda assim proceder, 'mas foi raramente'; que a interroganda tem conhecimento de que, para venda ao público, a mercadoria deveria ter sido inspecionada; que, todavia, ressalta que a mercadoria apreendida 'não estava à venda' [...] (f. 53/54).

Dessa forma, não há dúvida de que Celso efetuou o abate indevido de carne suína, bem como de que ele armazenava litros de leite não pasteurizado e sem rotulagem. Nesse caso, a controvérsia existente entre a tese da defesa e da acusação cinge-se à finalidade do produto apreendido, ou seja, se ele seria destinado ao consumo próprio da família ou à venda no estabelecimento comercial.

As testemunhas Marcelo Macedo Terra (f. 50), Roberto dos Santos Oliveira (f. 69) e Valéria Marise Peixoto (f. 89), todos fiscais do IMA, foram unânimes e coerentes ao informar que a carne e o leite apreendidos estavam expostos à venda no supermercado dos réus e eram impróprios ao consumo, sendo iminente o perigo à saúde dos consumidores. Esclareceram que os produtos carecem de documentos sanitário e fiscal e estavam armazenados em um *freezer* na área destinada ao açougue.

Nesse ângulo, a prudente manifestação do Ministério Público no sentido de que

> os produtos apreendidos, ambos de origem comprovadamente clandestina, encontravam-se depositados em refrigerador localizado no interior do estabelecimento comercial de propriedade dos apelantes, mais especificamente na área do açougue, inclusive conjuntamente com outros produtos de origem animal (carne bovina), circunstância comprobatória de que estavam expostos à venda; que no estabelecimento comercial de propriedade dos apelantes, os consumidores de produtos de origem animal são atendidos no balcão por funcionário, não se tratando de caso *self-service*, de modo que a coletividade de consumidores estava à mercê dos próprios apelantes e de seus funcionários. Então, como acreditar que considerável quantidade de carne de origem

> clandestina e de leite bovino, apreendidos no interior de um açougue do seu estabelecimento comercial, ali se encontravam apenas para que fossem conservados, não se destinando à venda? Ora, acreditar na versão dos apelantes seria subverter a lógica do razoável, não se devendo descuidar de que o exercício da jurisdição é, antes de mais nada, o exercício da própria lógica (f. 143/144).

A par de tudo isso, é impossível absolver os réus, devendo, pois, ser mantida a bem-lançada decisão monocrática.

Os recorrentes requereram, alternativamente, a desclassificação do delito para a sua modalidade culposa, aplicando-se, por conseguinte, apenas a pena de multa. Contudo, uma vez reconhecido o dolo específico na conduta dos réus, é inadmissível e até mesmo incompatível reconhecer o elemento subjetivo culpa. Os agentes tinham em depósito para a venda produtos impróprios para o consumo humano, consistentes em carne suína e leite bovino de procedência clandestina, não inspecionados e desprovidos de documentos sanitário e fiscal, objetivando o lucro indevido.

No que diz respeito à causa de aumento prevista no art. 12, inciso III, da Lei nº 8.137/90, diferentemente do que foi alegado pelos apelantes, entre os bens essenciais à vida e à saúde, incluem-se os alimentos em primeiro plano. Logo, a carne e o leite são gêneros alimentícios necessários ao consumo do homem médio. Nesse aspecto, mais uma vez vale citar a criteriosa observação do Ministério Público, de que:

> é óbvio que a carne e o leite, isoladamente considerados, não são essenciais à vida, mas a compreensão do tema é um pouco mais profunda do quanto alcançado pela defesa dos apelantes: o alimento é essencial à vida, estando aí incluídos os produtos apreendidos no estabelecimento de propriedade dos apelantes (f. 152).

Por derradeiro, os recorrentes pleitearam a concessão do *sursis*. Todavia, eles já foram beneficiados com a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, e, segundo o art. 77, III, do Código Penal, a suspensão da pena só será aplicada quando não for indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 do mesmo diploma legal.

Assim, a reprimenda dos réus e o regime prisional escolhido não carecem de reparos, visto que foram sopesados com acerto pelo Juiz singular, consoante o ordenamento jurídico vigente e em observância aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade, inclusive no que toca à substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, uma vez que essa medida se mostra eficaz para o caso e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Diante do exposto e do mais que dos autos consta, rejeito as preliminares e, no mérito, nego provimento ao recurso para manter a sentença de f. 115/122 por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, como de lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDELBERTO SANTIAGO e MÁRCIA MILANEZ.

*Súmula* - REJEITARAM PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO.

...

## Crime contra a ordem econômica - Comercialização de gás liquefeito de petróleo em desacordo com as prescrições legais - Erro de proibição não caracterizado - Casa de prostituição - Concurso material - Valoração da prova - Condenação - Fixação da pena - Critério trifásico - Circunstâncias judiciais - Reincidência - Regime de cumprimento da pena

Ementa: Apelação criminal. Delito do art. 1º, I, Lei nº 8.176/91. Materialidade e autoria comprovadas. Erro de proibição. Não-ocorrência. Absolvição ou isenção de pena. Impossibilidade. Art. 229 do Código Penal. Provas das elementares do tipo. Decreto condenatório mantido. Sistema trifásico observado. Circunstâncias judiciais corretamente valoradas. Reprimendas não reduzidas. Regime inicial fechado. Adequação.

- Restando comprovadas a materialidade e a autoria do crime previsto no art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.176/91, bem como o conhecimento, por parte do réu, da vedação relativa à comercialização de gás liquefeito de petróleo em desacordo com as normas legais, não incorrendo em erro de proibição, impossível decretar sua absolvição ou isentá-lo de pena.

- Se as provas colhidas no bojo dos autos revelam que o acusado mantinha por conta própria, com habitualidade, lugar destinado a encontros para fim libidinoso, com intuito de lucro, mostra-se acertada sua condenação pela prática do delito tipificado no art. 229 do Código Penal.

- Não há como reduzir as reprimendas aplicadas para os mencionados crimes quando o sistema trifásico é rigorosamente observado e as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal são corretamente valoradas pelo julgador.

- A quantidade de pena é apenas um dos critérios balizadores da fixação do regime inicial de cumprimento, cabendo ao magistrado verificar, também, se o réu é ou não reincidente, assim como analisar as circunstâncias judiciais.

- Sendo as circunstâncias judiciais desfavoráveis ao acusado, revela-se adequada a imposição do regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda.

Precedentes do STJ. Apelo desprovido.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0143.05.009281-4/001 - Comarca de Carmo do Paranaíba - Apelante: Edson Moreira Duarte - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - 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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 17 de setembro de 2008. - *Ediwal José de Morais* - Relator.

**Notas taquigráficas**

DES. EDIWAL JOSÉ DE MORAIS - Cuida-se de recurso de apelação interposto por Edson Moreira Duarte contra a respeitável sentença de f. 162/176, que, nos autos da ação penal pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, julgou procedente a pretensão constante da denúncia para condenar o acusado, ora apelante, como incurso nas sanções do art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.176/91, c/c art. 229 do Código Penal, na forma do art. 69, também do Código Penal, assim dosando as penas:

a) pela prática do delito do art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.176/91, o MM. Juiz de Direito fixou a pena de dois anos de detenção, à míngua de circunstâncias atenuantes, agravantes ou causas de diminuição e aumento de pena;

b) para o crime do art. 229 do Código Penal, o Julgador fixou as penas em três anos de reclusão e 40 dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo.

Em razão do concurso material, atentando para os comandos do art. 69, *caput* e 2ª parte, do CP, o Sentenciante procedeu ao somatório das penas, tornando definitivas as reprimendas em cinco anos de reclusão e 40 dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, estabelecendo o regime fechado para o início do cumprimento da sanção carcerária.

O Magistrado concluiu, ainda, pela impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e/ou multa, bem como da suspensão condicional.

Nas razões de f. 188/203, o acusado esclarece que, segundo a denúncia, em 18 de novembro de 2003, fiscais da vigilância sanitária compareceram ao seu estabelecimento comercial, constatando armazenamento de gás liquefeito de petróleo (GLP) em desacordo com as normas legais.

Informa que a peça acusatória descreve, ainda, que mantinha, no mesmo local, casa de prostituição ou lugar destinado a encontros libidinosos, com intuito de lucro, havendo, nos fundos do estabelecimento comercial, dois quartos, devidamente mobiliados, os quais eram alugados para a prática de atos libidinosos com prostitutas que freqüentavam o lugar.

Prossegue, alegando que o delito do art. 229 do CP não restou configurado.

Afirma que "havia dois quartos nos fundos do pequeno estabelecimento comercial, um mísero bar de uma única porta em anexo à residência do apelante, localizada na periferia de pequena cidade no interior destas Minas Gerais", sendo incontroverso que "a atividade do estabelecimento comercial era a de bar", conforme provas coligidas para o bojo dos autos (*sic*).

Continua, ressaltando que o laudo da vigilância sanitária não faz qualquer referência à existência de casa de prostituição no estabelecimento comercial.

Salienta que os dois quartos eram alugados para terceiros, principalmente para seus fregueses que vinham da zona rural, que, por ausência de condução ou necessidade de pernoitar na cidade, ali se alojavam até o dia seguinte.

Assevera que o simples aluguel de quartos não caracteriza o delito do art. 229 do CP, colacionando julgados deste Sodalício.

Acrescenta que não existe prova do benefício econômico auferido com a exploração da prostituição.

Argumenta que não houve um único ato flagrancial de libidinagem ou de prostituição no local.

Invoca a natureza habitual do crime em questão e os elementos que compõem o tipo.

De outro lado, discorre sobre o contexto histórico em que surgiu a Lei nº 8.176/91 e as nefastas conseqüências trazidas por ela.

Avança, destacando que mantinha - em depósito -, de maneira consignada, apenas seis botijões de gás, numa época em que havia poucas lojas especializadas em vendas de gás na cidade de Carmo do Paranaíba, como forma de atender às necessidades da comunidade local.

Pondera que não tinha conhecimento da vedação legal relativa à comercialização de gás liquefeito de petróleo, incorrendo em erro de proibição.

Frisa ter suspendido a comercialização do mencionado produto logo após a vistoria do bar pelo Corpo de Bombeiros.

Insurge-se, ainda, contra a pena fixada para crime do art. 1º da Lei nº 8.176/91, pugnando pela sua redução ao mínimo legal.

Formula seus pleitos à f. 203.

Contrariedade recursal deduzida às f. 205/218, rebatendo as alegações recursais e requerendo a manutenção da sentença.

A ilustre Procuradora de Justiça Myrian Regina Xavier do Nascimento Carvalhaes manifestou-se às f. 223/227, opinando pelo provimento parcial da apelação, a fim de que seja fixado o regime semi-aberto para o início do cumprimento da reprimenda.

Conheço do recurso, uma vez presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Não existem preliminares a serem dirimidas.

Mister destacar, de início, que o apelante foi denunciado e, posteriormente, condenado por infração aos arts. 1°, inciso I, da Lei n° 8.176/91 e 229 do Código Penal, em concurso material, porque, no dia 18 de setembro de 2003, horário não determinado, fiscais técnicos do Departamento de Vigilância Sanitária Municipal compareceram ao seu estabelecimento comercial, situado na Rua Juca de Henriqueta, n° 50, na cidade de Carmo do Paranaíba/MG, e verificaram que ele armazenava e revendia gás liquefeito de petróleo (GLP), em desacordo com as normas legais.

Colhe-se ainda da denúncia que, no mesmo local, o acusado mantinha, por conta própria, casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso, com o intuito de lucro, fato atestado pela Polícia Militar, em 27 de novembro de 2002. Na ocasião, a Polícia Militar constatou que, nos fundos do estabelecimento comercial, havia dois quartos mobiliados, que eram alugados pelo preço de R$ 50,00 (cinqüenta reais) para a prática de atos libidinosos com prostitutas que freqüentavam o bar existente na parte frontal do imóvel, sendo o pagamento do "programa" feito diretamente às meretrizes.

Importante realçar, outrossim, que a denúncia foi recebida no dia 13.09.2005 e a sentença condenatória publicada em 30.08.2007.

Do crime do art. 1°, inciso I, da Lei n° 8.176/91:

A materialidade delitiva está positivada nas seguintes peças: relatório de inspeção de f. 21/24 e contrato de comodato de f. 75.

Os fiscais e a coordenadora do Departamento de Vigilância Sanitária, responsáveis pela confecção do citado relatório, foram categóricos ao concluir "que o estabelecimento encontra-se irregular de acordo com a Lei 951/83, Código de Saúde Municipal, Portaria 27/96 Comercialização e armazenamento de GLP para a prática de atividade comercial" (f. 23).

Outrossim, ficou devidamente demonstrada nos autos a autoria delituosa, conforme declarações judiciais prestadas pelo próprio apelante e depoimentos colhidos durante a instrução do processo.

Ouvido às f. 68/69, o acusado disse:

> que no dia da fiscalização não haviam treze botijões de GLP no estabelecimento do interrogando, sendo que haviam ali cinco botijões que o interrogando vendia em consignação em face da empresa Eletrolar.

As testemunhas Adair José Barbosa, Alencásio de Deus Teixeira e Serenita Camila Fernandes confirmaram que o acusado comercializava botijões de gás (vide termos de f. 106, 107/108 e 111).

Demonstradas a materialidade e a autoria do crime, que, aliás, não foram alvos de impugnação específica na via recursal, passo à análise da tese defensiva de que o apelante incorreu em erro de proibição, porquanto não tinha conhecimento da vedação legal relativa à comercialização de gás liquefeito de petróleo.

*Permissa venia*, não há como acolher essa tese.

Sobre o tema, leciona o mestre Francisco de Assis Toledo:

> A consciência da ilicitude, no entanto, não trata de juízo técnico-jurídico, que não se poderia exigir do leigo, mas sim de um juízo profano, um juízo que é emitido de acordo com a opinião comum dominante no meio social e comunitário. Daí a denominação de 'erro de proibição', ou 'erro sobre o estar proibido', para designar esta forma muito especial de erro ou ignorância que se traduz numa espécie de cegueira para com os preceitos fundamentais de convivência social que chegam necessariamente ao conhecimento de todos e cada um, na maioria dos casos, através dos usos e costumes, da escola, da religião, da tradição, da família, da educação e até mesmo juntamente com o ar que se respira, numa bela metáfora de Binding (*apud* Ap. n° 1.0248.05.000540-9/001, 1ª Câm. Crim. do TJMG, j. em 25.03.2008).

O erro de proibição só deve ser reconhecido como fator de isenção (erro invencível) ou atenuação da pena (erro vencível) quando o autor se equivoca sobre a ilicitude de sua conduta. Se, ao revés, o autor tem pleno conhecimento da atuação ilícita, não pode invocar o erro sobre a ilicitude do fato.

*In casu*, não remanesce dúvida de que o acusado tinha conhecimento da norma contida no art. 1°, inciso I, da Lei n° 8.176/91 - que veda a comercialização de GLP fora das regras legais -, uma vez que, antes dos fatos que ensejaram o oferecimento da denúncia, ele já havia sido advertido pelos fiscais da vigilância sanitária da cidade de Carmo do Paranaíba/MG da prática ilícita.

Consoante informado pelo próprio recorrente, por ocasião de seu interrogatório em juízo, "antes do dia dos fatos, o estabelecimento comercial do interrogando havia recebido duas outras visitas da Vigilância Sanitária Municipal" (f. 68).

Oportuno lembrar, ademais, que ninguém pode se escusar de cumprir a lei, sob a simples alegação de que a desconhece, por força do art. 3° da Lei de Introdução ao Código Civil.

Nesse contexto, fica rechaçada a tese do erro de proibição.

Superado esse ponto, no tocante à dosimetria da pena, verifico que o inconformismo recursal também não merece vingar, haja vista que o sistema trifásico de fixação da reprimenda, ditado pelo art. 68 do Código Penal, foi rigorosamente observado pelo douto Juízo *a quo*.

É certo, ainda, que as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal foram devidamente sopesadas

pelo Magistrado de primeiro grau, o qual concluiu, com acerto, pela existência de circunstâncias desfavoráveis ao apelante, ocasionando a fixação da pena-base carcerária um pouco acima do mínimo legal (dois anos de detenção).

Na fixação das penas privativa e de multa, o Julgador se ateve estritamente aos critérios do citado art. 59 do Código Penal, consignando que:

> a culpabilidade do réu como juízo de reprovação foi acentuada, pois agiu com potencial conhecimento da ilicitude do fato, sendo que poderia agir de modo diverso; os antecedentes o beneficiam, haja vista que não possui antecedentes conforme certidões de f. 158/160; a conduta social é irregular, estando a merecer forte censura social, havendo notícias de que responde por vários delitos nesta comarca, bem como possui condenações ainda não transitadas em julgado nos autos nº 0143.05.009831-6 e 0143.05.010024-5 conforme certidão mencionada alhures, bem como existem 34 (trinta e quatro) boletins de ocorrência em seu desfavor conforme ofício de f. 20; a personalidade do acusado, por tratar-se de critério que depende de análise profissional e, não existindo tal laudo nos autos, deixo de analisá-la, militando tal circunstância em seu favor; os motivos do crime são injustificáveis, cupidez e ganho fácil, portanto, inteiramente desfavoráveis ao réu; as circunstâncias do crime são comuns à espécie, com substrato antisocial; as conseqüências do crime são graves para a sociedade, pois colocaram em perigo de dano as propriedades e pessoas circunvizinhas ao seu estabelecimento comercial; o comportamento da vítima em nada contribuiu para o ocorrido, haja vista que a vítima é a sociedade (f. 174).

Logo, impossível alterar a pena-base para o mínimo legal.

Do crime do art. 229 do Código Penal.

O apelante nega ter cometido o delito do art. 229 do Código Penal, ao fundamento de que os quartos localizados no fundo do seu estabelecimento comercial se destinavam à hospedagem de pessoas, principalmente dos seus fregueses da zona rural que necessitavam pernoitar na cidade de Carmo do Paranaíba/MG, e não a encontros para fim libidinoso, conforme constou da denúncia, buscando, dessa forma, a absolvição.

Sem razão o recorrente.

A materialidade do crime encontra-se devidamente comprovada pelo boletim de ocorrência de f. 11/13 e documentos de f. 49/55, aliados aos depoimentos colhidos na fase judicial.

As provas carreadas para o bojo dos autos revelam, também, que o acusado é autor do delito tipificado no art. 229 do Código Penal.

Ora, diante da comprovação da materialidade e autoria delitiva, não há como decretar a absolvição do réu.

Adentrando o campo probatório, importante trazer à colação, de início, o relato contido no BO:

> Fomos solicitados pelas testemunhas deste BO, as quais nos narraram que nos fundos do bar do Sr. Edson está funcionando um local de encontros amorosos, sendo alugados quartos para tal fim e ainda neste mesmo ambiente estão sendo visto com freqüência, crianças presentes em tal estabelecimento.
> Ao vistoriarmos o local constatamos que havia nos fundos do bar 02 quartos com camas de casal, com cestos de lixo e rolos de papel higiênico, levando-nos a crer que o local realmente está preparado para ser usado por casais (f. 13).

O policial militar responsável pela lavratura do BO ratificou tais declarações em juízo, valendo conferir o termo de depoimento de f. 105.

A testemunha Adair José Barbosa, depondo perante a autoridade judicial, afirmou:

> que quando recebeu o convite da prostituta a mesma estava na porta do bar e convidava o depoente para entrar no bar e fazer uso do quarto; que o depoente chegou a ver quarto com a cama de casal, mas não adentrou naquele recinto; que no momento referido acima estava no bar apenas a prostituta Lúcia, mas era costume de ali outras mulheres que se ofereciam àqueles que passavam na rua, inclusive cercando os clientes (f. 106).

No mesmo sentido, as informações judiciais prestadas por Alencásio de Deus Teixeira à f. 107, com riqueza de detalhes:

> que certa vez ouviu Edinho informando a um homem que estava interessado em fazer programa com uma das mulheres que ficavam naquele bar: 'a chave é cinco reais. Você paga para mim, o dela é dela e você paga separado'; que diversas vezes viu casais entrando dentro do bar e passando para os fundos onde haviam os quartos; que este dois quartos não ficam na casa do denunciado; que a entrada dos quartos não é a mesma entrada da casa; que nos fundos do bar existe apenas os dois quartos utilizados para prostituição; que por morar em frente ao bar do Edinho podia ver umas três ou quatros mulheres que ficavam às vezes dentro do bar e às vezes fora, sendo que todos os clientes sabiam que eram mulheres de programa.

A testemunha Cristina Gonçalves dos Santos, sob o crivo constitucional do contraditório, aduziu:

> que também freqüentava o bar do Edinho a Naiara Cabrita; que Naiara também era menina de programa. [...] que os programas eram feitos todos os dias no bar do Edinho de dia e de noite; que Raiane e Daniela eram menores; [...] que haviam muitas mulheres que vinham de fora para ficar no bar do Edinho, mas a depoente não sabe dizer quanto elas cobravam pelos programas (f. 110).

Outra não foi a versão apresentada por Gaspar Leonardo à f. 132:

> que havia nos fundos do bar uma varanda onde ficavam algumas mulheres de programas; que havia ali nos fundos quartos utilizados para acomodar os clientes que queriam agendar os programas de sexo; que o próprio declarante utilizou uma vez aquele quarto; que no preço cobrado pela mulher de programa já estava incluído o preço do quarto, o qual era repassado para o denunciado; que muitas vezes os

> clientes chegavam e entravam para os fundos do bar onde ficavam bebendo com as mulheres e depois faziam uso dos quartos para fins de programas de sexo. ... que aqueles quartos nos fundos do bar eram para fins de programas de sexo; que naquela região da cidade há vários bares como o do denunciado, isto é, com som e mulheres de programa, os quais estão até hoje em funcionamento; que mora no mesmo bairro do denunciado.

Como bem concluiu o Julgador primevo:

> temos nos autos depoimentos prestados por testemunhas que não só viram o denunciado alugando os quartos do fundo para encontros com fins libidinosos, onde foi relatado inclusive o preço aventado, como também, temos testemunhas que foram assediadas pelas prostitutas que freqüentavam o bar para terem com elas relação sexual nos quartos do fundo do estabelecimento comercial do denunciado (f. 171).

*Data venia*, a versão do apelante de que os quartos do estabelecimento comercial não se destinavam a encontros para fim libidinoso, e sim à hospedagem de viajantes, não encontra qualquer respaldo nos elementos probatórios constantes dos autos.

Insta anotar, noutro giro, que a prova oral colhida (vide trechos dos depoimentos que destaquei) não deixa dúvida alguma acerca da habitualidade do crime perpetrado pelo apelante, consistente nas reiteradas condutas de disponibilizar quartos do seu estabelecimento comercial para prática de atos de libidinagem, com intuito de lucro, inviabilizando, vez por todas, o pleito absolutório.

*Ad argumentandum tantum*, mesmo que não estivesse comprovada nos autos a cobrança de aluguéis por parte do apelante, o delito do art. 229 do Código Penal restaria configurado, ante a dispensabilidade do intuito de lucro, em consonância com a própria descrição do tipo.

No que concerne à pena aplicada, também não comporá reparo o *decisum*.

Isso porque o Magistrado primevo valorou, de modo fundamentado e correto, as circunstâncias judiciais, concluindo pela existência de circunstâncias desfavoráveis ao recorrente, fixando a reprimenda em três anos de reclusão.

A propósito, confira as bem-lançadas justificativas expendidas pelo Sentenciante para fixação da pena-base acima do mínimo legal às f. 174/175.

Lado outro, mister colocar em relevo que o douto Juízo *a quo*, reconhecendo o concurso material entre os delitos dos arts. 1º, inciso I, da Lei nº 8.176/91 e 229 do Código Penal, chegou a uma pena definitiva de cinco anos de reclusão e 40 dias-multa, estabelecendo o regime fechado para o cumprimento da reprimenda e vedando sua substituição por restritivas de direitos.

A meu ver, não há como alterar o regime inicial estabelecido pelo ilustre Magistrado.

Sabe-se que a quantidade de pena é apenas um dos critérios balizadores da fixação do regime de cumprimento, cabendo ao Magistrado observar, também, se o réu é ou não reincidente, bem como analisar as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Na espécie em tela, conforme já explanado, as circunstâncias judiciais são desfavoráveis ao acusado, revelando-se adequada, portanto, a imposição do regime inicialmente fechado para o cumprimento da reprimenda.

Nesse diapasão, manifestou-se, recentemente, o colendo Superior Tribunal de Justiça:

> Sendo desfavoráveis as circunstâncias judiciais (art. 59 do CP) na fixação da pena-base do crime de roubo, é apropriado o regime prisional inicialmente fechado para o cumprimento da reprimenda (precedentes) - *apud HC* 91.173/SP, Relator Min. Felix Fischer, j. em 06.03.2008.

*Concessa venia*, mostra-se totalmente descabido e desarroazado o pleito defensivo para que seja estabelecido o regime domiciliar, porquanto o caso dos autos não se enquadra em nenhuma das hipóteses excepcionais contempladas no art. 117 da Lei de Execução Penal.

Registro, por derradeiro, que a quantidade de pena imposta ao apelante não permite a substituição por restritivas de direito, a teor do art. 44, I, do Código Penal.

Logo, impõe-se a integral confirmação da r. decisão combatida.

Posto isso, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a sentença.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES WALTER PINTO DA ROCHA e DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

...

## Uso de documento falso - Falsificação de papéis públicos - Guia de arrecadação de multa de trânsito - Tipicidade - *Emendatio libelli* - Segunda instância - Admissibilidade - Dolo - Valoração da prova - Condenação - Fixação da pena - Circunstâncias judiciais - Conduta social - Personalidade do agente - Prova documental - Indispensabilidade

Ementa: Processual penal. Uso de documentos falsos. Falsificação de papéis públicos. Guias de arrecadação de multa de trânsito. *Emendatio libelli*. Segunda instância. Fatos descritos na denúncia. Admissibilidade. Absolvição. Impossibilidade. Falsificação grosseira. Inocorrência. Redução da pena. Possibilidade.

- Diante do princípio *narra mihi factum, dabo tibi jus*, contido no art. 383 do CPP, cabe ao magistrado ou ao Tribunal dar nova definição jurídica aos fatos, observado o disposto no art. 617 do CPP, pois há uma tipicidade própria para quem falsifica ou faz uso de papéis públicos, desde que devidamente narrados na denúncia, pois é cediço que o réu se defende dos fatos, e não da capitulação que lhes foi dada.

- Restando sobejamente comprovado que os agentes alteraram e fizeram uso de documento público falso, consistente em guias de arrecadação de multas de trânsito, impõe-se a manutenção da condenação firmada na r. sentença, pois ficou caracterizado o dolo exigido pelo tipo do injusto.

- Falsificação grosseira é aquela evidente, clara, que a todos se faz sentir, ou seja, perceptível ao leigo, feita sem nenhum cuidado, com rasuras e alterações visíveis.

- As circunstâncias judiciais relativas à conduta social e personalidade não devem servir para agravar as reprimendas, quando não tiverem sido feitos exames apropriados para essa finalidade.

Preliminar rejeitada, recursos parcialmente providos.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0145.01.011921-5/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelantes: 1º) Ediguche Gomes Carneiro Filho, 2º) Alexandre Herbert Figueiredo Marques - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - 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 PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO PARCIAL AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 12 de agosto de 2008. - *Antônio Armando dos Anjos* - Relator.

## Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS - Perante o Juízo da Comarca de Juiz de Fora, Ediguche Gomes Carneiro Filho, Leonir Jucelino Aroni e Alexandre Herbert Figueiredo Marques, alhures qualificados, foram denunciados, o primeiro como incurso no art. 304 do Código Penal, por cinco vezes, na forma do art. 70 do Código Penal, o segundo e o terceiro como incursos no art. 299, *caput*, por cinco vezes, na forma do art. 71, *caput,* ambos do Código Penal.

Quanto aos fatos narra a denúncia de f. 02/06 que, no dia 20.12.2000, por volta das 6h30min, na Av. Brasil, próximo ao nº 1.000, Bairro Costa Carvalho, na Cidade de Juiz de Fora, policiais militares apreenderam o veículo VW/Gol, placa GWJ 4270, pelo fato de a condutora Mirella Miranda não possuir carteira de habilitação e o veículo não estar com o IPVA e o seguro obrigatório quitados.

Segundo se apurou, a condutora Mirella havia alugado o carro do denunciado Ediguche, que, ao saber que o carro estava apreendido, encaminhou-se à delegacia visando obter a liberação do veículo, momento em que tomou conhecimento de que havia diversas multas não pagas referentes ao veículo. Ato contínuo, o denunciado pegou as 5 (cinco) guias de arrecadação, cuja soma chegava a R$ 585,23 (quinhentos e oitenta e cinco reais e vinte e três centavos), e procurou o denunciado Leonir, despachante, que se comprometeu a providenciar o recolhimento das guias por aproximadamente metade do valor das mesmas.

Consta ainda da exordial que Leonir procurou o denunciado Alexandre para que este inserisse nas guias de arrecadação informações falsas, o que Alexandre realizou em sua residência, utilizando-se de um *scanner*.

No curso da instrução (f. 163), foi extinta a punibilidade do denunciado Leonir Jucelino Aroni, com fulcro no art. 107, inciso I, do Código Penal, em virtude do seu falecimento.

Regularmente processados, ao final, sobreveio a r. sentença de f. 342/353, julgando parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal, condenando Ediguche Gomes Carneiro Filho como incurso no art. 304, por cinco vezes, c/c art. 70, ambos do Código Penal, às penas de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime aberto, e 28 (vinte e oito) dias-multa, fixados no patamar unitário mínimo; condenando Alexandre Herbert Figueiredo Marques como incurso no art. 299, por cinco vezes, c/c art. 61, inciso I, c/c art. 71, todos do Código Penal, às penas de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e 28 (vinte e oito) dias-multa, fixados no mínimo legal. A pena privativa de liberdade do réu Ediguche foi substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade.

A defesa do réu Alexandre Herbert Figueiredo Marques interpôs embargos de declaração (f. 358), os quais foram acolhidos pela decisão de f. 362/363, para decotar a agravante da reincidência e abrandar o regime prisional, reduzindo, em conseqüência, as penas do réu, as quais foram concretizadas em 4 (quatro) anos de reclusão, em regime semi-aberto, e 24 (vinte e quatro) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Inconformados com a r. sentença condenatória, apelaram os réus Ediguche (f. 360) e Alexandre (f. 361).

Em suas razões recursais (380/382), Alexandre pleiteia a absolvição, sob a alegação de que a falsificação foi grosseira. Alternativamente, pugna pela redução da pena-base imposta e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Por sua vez, o apelante Ediguche (f. 385/386) suscita preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa, por não considerar que a r. sentença tenha analisado as teses levantadas nas alegações finais. No mérito, busca a absolvição, sustentando a ausência de provas para embasar o decreto condenatório.

O Ministério Público, em contra-razões (f. 388/394), pugna pela manutenção da r. sentença vergastada.

Nesta instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Sérgio Lima de Souza (f. 398/401), il. Procurador de Justiça, opina pelo conhecimento e parcial provimento do recurso, para dar nova classificação penal aos delitos praticados pelos apelantes, para enquadrar a conduta do réu Ediguche Gomes Carneiro Filho ao tipo penal descrito no § 1º, inciso I, do art. 293 e a de Alexandre Herbert Figueiredo Marques no art. 293, inciso V, ambos do Código Penal, observando-se o disposto no art. 617 do *Codex* Processual Penal.

É, no essencial, o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento, conheço dos recursos apresentados.

*Ab initio*, por ser prejudicial ao mérito, passo ao exame da preliminar de nulidade da sentença por ausência de análise das teses defensivas suscitadas pelo apelante Ediguche Gomes Carneiro Filho.

Em que pese o zelo e acuidade do combativo advogado que assiste o acusado, a meu ver, *data venia*, a r. sentença hostilizada não incorre na mácula apontada, pois, ainda que não exaurida à exaustão a análise das teses defensivas, ela encontra-se satisfatoriamente fundamentada. A propósito, sobre o tema, de há muito prelecionava Basileu Garcia:

> O dispositivo da sentença deve resultar, irrecusavelmente, dos motivos apresentados, sem incongruência, com a natural força segundo a qual as boas premissas sugerem a conclusão a deduzir.
> Assim terá o prolator da sentença justificado a sua convicção, que é o que a lei deseja. Não necessitará, ao fazê-lo, preocupar-se em dar resposta a todas as questões emergentes no processo. Muitas serão de improcedência manifesta e seria levar longe demais o cumprimento do dever de motivação o pretender-se que o juiz tenha de demonstrar as mais resplandecentes evidências. Do seu bom senso espera-se que selecione, para discutir, o que infunda impressão de verossimilhança, ou mesmo que não infunda, o que se entremostre de certo relevo para o procurado desfecho. (GARCIA, Basileu. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1945, v. 3, p. 475-476)

No mesmo norte, a orientação jurisprudencial:

> Penal. Recurso especial. Latrocínio. Tese de desclassificação. Omissão. - Não é omissa a decisão que, fundamentadamente, abraça tese contrária à da defesa, condenando o réu. No caso, reconhecido o latrocínio - com precisa motivação -, a rejeição da tese do crime contra a vida, por redundância, não precisava ser formalmente explicitada. Recurso não conhecido. (STJ, 5ª Turma, REsp 257597/SC, Rel. Min. Félix Fischer, v.u., j. em 19.02.2002; in *DJU* de 18.03.2002, p. 282.)

> Penal. Processual. Sentença condenatória. Nulidade. Ausência de prejuízo. *Habeas corpus*. Recurso. 1. Não é necessário que o juiz sentenciante transcreva toda a argumentação das partes, mas apenas que sucintamente exponha os fatos para não causar prejuízo às mesmas. 2. Prevalência da regra *pas de nullité sans grief* (CPP, art. 563). 3. Recurso conhecido e improvido. (STJ, 5ª Turma, *RHC* 6700/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, v.u., j. em 07.10.97; in *DJU* de 03.11.97.)

> Crime contra a ordem econômica. Ausência de apreciação das teses defensivas. Nulidade. Teses apreciadas. Princípio da especialidade. Lei nº 8.176/91. Não-ocorrência. Recurso desprovido. - Não se exige do magistrado análise detida dos pontos suscitados se, por raciocínio lógico, há o acolhimento de teses de acusação que são analisadas e sopesadas em face de todo o contexto probatório e, por fim, acolhidas para sustentar a condenação. - Não há que se falar em especialidade entre as leis invocadas pela defesa, uma vez que tratam elas de questões diversas, não sendo uma especial em relação à outra, são leis meramente complementares, estabelecendo ambas tipos penais de crimes contra a ordem econômica que não são conflitantes. (TJMG, 2ª Câmara Criminal, Ap. 1.0701.01.010448-0/001, Rel. Des. José Antonino Baía Borges, v.u., j. em 27.07.2006, p. no *DJ* de 05.09.2006.)

Logo, não se anula sentença por não enfrentar com exaustão as teses da defesa quando essas puderem ser afastadas satisfatoriamente pela sentença.

Ademais, as teses sustentadas nas alegações finais acerca da ocorrência da prescrição, da nulidade do processo pelo falecimento do verdadeiro culpado ou da ausência de provas da autoria e do dolo do apelante, com o acolhimento parcial da denúncia foram implicitamente rejeitadas, pois prescrição não houve. Da mesma forma, a morte do co-réu Leonir não nulifica o processo, já que havia provas suficientes para autorizar a condenação, pois o próprio apelante relata ter procurado Leonir para que o mesmo facilitasse o valor da multa.

Assim sendo, rejeito a preliminar de nulidade da sentença por ausência de análise das teses defensivas.

Superada a preliminar e não havendo outros questionamentos preliminares que devam ser sanados de ofício, passo ao exame do mérito.

Entretanto, antes de adentrar no mérito dos recursos, verifico que o douto Procurador de Justiça oficiante, em sua manifestação de f. 398/401, entende que a melhor classificação dos fatos seria aquela prevista no inciso I do § 1º do art. 293 do CP, para o apelante Ediguche Gomes Carneiro Filho e a do inciso V do § 1º do art. 293 do CP, para o apelante Alexandre Herbert Figueiredo Marques.

A meu ver, assiste razão à Sua Excelência, pois, em decorrência do princípio da especialização, há uma tipici-

dade própria para quem falsifica ou faz uso de papéis públicos, sendo o caso de se aplicar a regra prevista no art. 383, com observância ao disposto no art. 617, ambos do CPP.

Ressalte-se, por oportuno, que não se trata de reconhecer qualquer circunstância elementar não contida expressamente na denúncia, mas apenas dar capitulação diversa aos fatos narrados na peça vestibular, fazendo-se necessário aplicar a *emendatio libelli* nesta Instância Revisora, a fim de que seja corrigida a capitulação dada aos delitos. A propósito, sobre o assunto trago à colação os seguintes arestos:

> Processual penal. Descrição correta e capitulação errônea do crime na denúncia. *Emendatio libelli*. Art. 383 do CPP. - Havendo a denúncia descrito fato concreto de determinado crime, dando-lhe, no entanto, capitulação legal errônea, cabe a *emendatio libelli*, mesmo em 2ª instância, a teor do art. 383 do CPP. Jurisprudência da Corte. Recurso especial conhecido e provido (STJ, 5ª Turma, REsp 43333/SC, Rel. Min. Cid Fláquer Scartezzini, v.u., j. em 16.05.1994, p. no *DJU* de 13.06.1994, p. 15.114).

> STF: No julgamento da apelação criminal interposta pela defesa, admite-se que seja dada nova definição jurídica ao fato delituoso, desde que não seja agravada a pena do réu. (CPP, arts. 617 e 383.) Precedentes citados: *HC* nº 61.191/SP (RTJ 108/1052); *HC* 63.040/SP (*RTJ* 115/185). (*HC* nº 78.373-PR - Rel. Min. Octavio Galotti, j. em 11.12.98, Informativo STF 135; apud MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. 11. ed., São Paulo, Atlas, 2006, p.1.587.)

Outrossim, diante do princípio *narra mihi factum, dabo tibi jus*, contido no art. 383 do CPP, cabe ao magistrado ou ao Tribunal dar nova definição jurídica aos fatos, observado o disposto no art. 617 do CPP, desde que devidamente narrados na denúncia, pois é cediço que o réu se defende dos fatos, e não capitulação que lhes foi dada.

Assim, entendendo que a melhor capitulação para os fatos descritos na denúncia é a apontada pelo il. Procurador oficiante, com fundamento no art. 383 c/c 617, ambos do CPP, hei por bem dar nova definição jurídica aos fatos declinados na denúncia, alterando a capitulação do delito imputado ao apelante Ediguche Gomes Carneiro Filho para o art. 293, § 1°, inciso I, do CP. Do mesmo modo, altero a capitulação do delito imputado a Alexandre Herbert Figueiredo Marques para o art. 293, inciso V, do Código Penal.

Concluídas as observações sobre a correta capitulação dos delitos descritos na denúncia, passo ao exame dos recursos dos apelantes, nos quais tanto Alexandre quanto Ediguche buscam a absolvição, seja ao argumento de que a falsificação foi grosseira, ou por ausência de provas para embasar a condenação.

Inicialmente, cumpre destacar que a materialidade do delito se encontra consubstanciada no boletim de ocorrência (f. 09/11), documentos alterados (f. 23/26) e laudo pericial (f. 60/62). Por sua vez, a autoria é indene de qualquer dúvida, restando consubstanciada nas provas amealhadas ao longo da instrução, que, aliadas à confissão de Alexandre, sobressaem induvidosas, senão vejamos.

Em suas declarações prestadas na fase inquisitiva e confirmadas em juízo (f. 18/19 e 149/150), o apelante Ediguche relata:

> [...] que o depoente procurou pelo despachante Lino solicitando do mesmo que este lhe facilitasse o valor das multas; que inclusive antigamente era fácil conseguir um preço melhor para o pagamento das multas; [...] que o despachante Lino disse ao depoente que o rapaz que iria tirar as multas era um tal de Alexandre; que não sabe informar se Alexandre é despachante, sabendo apenas informar que seria ele quem conseguiria baixar as citadas multas; [...] que posteriormente o depoente pegou as guias com o despachante Lino sendo que as mesmas já estavam autenticadas; (f. 18/19)

Por sua vez, Alexandre Herbert Figueiredo Marques, ao ser ouvido em juízo (f. 98/99), disse:

> [...] que são verdadeiros os fatos articulados na denúncia; que na época dos fatos trabalhava em sua residência com falsificação de vários tipos de documentos para despachantes da cidade, podendo nominar Lino Aroni (primo do acusado) [...]; que, nesta condição, na grande maioria falsificava guias DAE, basicamente para transferência de veículos; [...] que se lembra de ter falsificado as guias mencionadas na denúncia [...].

Diante dos depoimentos acima citados, não há dúvidas de que os apelantes, em conluio, falsificaram e fizeram uso de papéis públicos.

A presença do dolo sobressai das próprias declarações dos apelantes, pois, enquanto Ediguche conscientemente contratou despachante para alterar o valor do pagamento das multas, Alexandre, também conscientemente, falsificou as referidas guias, as quais foram usadas por Ediguche para tentar liberar o veículo Gol de sua propriedade.

Logo, restando comprovado que os apelantes falsificaram e fizeram uso de documento público alterado, impõe-se a manutenção da condenação firmada na r. sentença, pois restou caracterizado o dolo exigido pelo tipo do injusto, tanto daquele que efetuou a falsificação como daquele que fez uso dos documentos alterados.

Portanto, não há que se falar em absolvição por ausência de provas, já que as provas constantes dos autos são mais do que suficientes para embasar a condenação, pois não bastasse o próprio Ediguche ter procurado o despachante Lino, solicitando do mesmo que este lhe facilitasse o valor das multas, sabendo que não havia promoção ou incentivo para sua quitação, conclui-se, sem muito esforço, que a facilidade encomendada implicaria falsificação das guias ou baixa irregular das mesmas.

Do mesmo modo, não há que se falar em falsificação grosseira, pois essa só se caracteriza quando é facilmente perceptível por qualquer um. Ademais, a alegação de que os policiais tiveram facilidade em identificar a alteração não procede, visto que os mesmos são treinados para perceberem esse tipo de conduta. Nesse mesmo norte, é a jurisprudência:

> Penal. Uso de documento falso. Tipicidade. Entrega do documento após solicitação de policial militar. Falsificação grosseira não caracterizada. Pena-base fixada no mínimo legal. Circunstâncias atenuantes. Redução da pena aquém do mínimo legal. Impossibilidade. - O fato de a falsificação ter sido percebida pelo policial que exigiu sua apresentação não a caracteriza como grosseira, visto que os agentes públicos policiais são pessoas orientadas a prestar especial atenção a detalhes atinentes à autenticidade dos documentos. A exibição de documento falsificado em atendimento à ordem de autoridade policial não afasta a tipicidade do crime previsto no art. 304 do Código Penal, posto que sempre presente a possibilidade de o agente não apresentar documento algum. O simples fato de portar o documento já caracteriza a conduta descrita no referido dispositivo. A redução decorrente da existência de circunstâncias atenuantes não pode levar a pena-base aquém do mínimo legal. Orientação do colendo Superior Tribunal de Justiça, Súmula 231 (TJDFT, 1ª Turma, APCR 2004.10.1.001316-9, Rel. Des. Sérgio Bittencourt, v.u., j. em 05.10.2006, pub. no *DJU* de 16.11.2006, p. 89).

Não bastasse isso, é de se acrescentar que, na hipótese dos autos, a falsificação só pode ser constatada por perícia técnica, até porque, se assim não fosse, o apelante Ediguche não se arriscaria a apresentar tais documentos na delegacia.

Restando, pois, comprovadas autoria e materialidade, é de rigor o afastamento dos pleitos absolutórios fundados na ausência de provas ou na falsificação grosseira.

Todavia, penso que deve ser feito um pequeno ajuste nas penas dos apelantes, pois, sendo estes primários e com circunstâncias judiciais medianamente favoráveis, não se justifica que a pena-base seja fixada tão distante do mínimo legal, já que, à exceção do alto grau de culpabilidade de ambos, não há elementos para aferir as suas condutas sociais e suas personalidades, não podendo essas ser sopesadas em desfavor dos mesmos.

Ora, de acordo com a doutrina dominante, a conduta social diz respeito ao

> conjunto do comportamento do agente em seu meio social, na família, na sociedade, na empresa, na associação de bairro etc. Embora sem antecedentes criminais, um indivíduo pode ter sua vida recheada de deslizes, infâmias, imoralidades, reveladores de desajuste social. Por outro lado, é possível que determinado indivíduo, mesmo portador de antecedentes criminais, possa ser autor de fatos beneméritos, ou de grande relevância social ou moral.

Já a aferição da personalidade reclama um laudo técnico, pois tem a ver com

> a sua boa ou má índole, sua maior ou menor sensibilidade ético-social, a presença ou não de eventuais desvios de caráter de forma a identificar se o crime constitui um episódio acidental na vida do réu.

Sendo assim, passo a reestruturar as penas dos apelantes, mostrando-se, para tanto, desnecessária uma nova análise de suas circunstâncias judiciais, pois, à exceção da conduta social e personalidade, as demais foram bem sopesadas pelo MM. Juiz sentenciante, entretanto deve ser atribuído às mesmas menor desfavorabilidade.

Ediguche Gomes Carneiro Filho - Na primeira fase, hei por bem reduzir as penas, passando a pena-base de cada um dos cinco delitos que lhe foram imputados para 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa no patamar mínimo legal, o que tenho como necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito; na segunda fase, não há atenuantes nem agravantes a considerar; na terceira fase, à míngua de causas especiais de diminuição ou aumento de pena, concretizo a reprimenda em 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa no patamar mínimo legal.

Tratando a espécie de concurso formal (art. 70/CP), devidamente reconhecido na r. sentença, aplico-lhe somente a pena de um dos delitos, por serem idênticas, aumentada de 1/3 (um terço), restando a pena corporal concretizada em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão.

Muito embora à pena de multa seja aplicado o cúmulo material previsto no art. 72 do Código Penal, tratando-se de recurso exclusivo da defesa, diante do princípio *reformatio in pejus*, mantém-se a pena de multa fixada na r. sentença em 28 (vinte e oito) dias-multa no patamar unitário mínimo de 1/30 (um trigésimo) do salário vigente à época dos fatos.

Da mesma forma, mantém-se o regime aberto fixado na r. sentença, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade a entidade a ser designada no juízo da execução, e prestação pecuniária, a qual reduzo para 2 (dois) salários mínimos, na forma estabelecida na sentença.

Alexandre Herbert Figueiredo Marques - Na primeira fase, reduzo as penas-base de cada um dos cinco delitos para 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa no patamar mínimo legal, o que tenho como necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito; na segunda fase, inexistem agravantes a considerar, contudo, ainda que milite em seu favor a atenuante da confissão espontânea, deixo de aplicá-la por ter sido a pena-base fixada no mínimo legal; na terceira fase, à míngua de causas especiais de diminuição ou aumento de pena, concretizo a reprimenda em 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, no patamar mínimo legal.

Tratando a espécie de continuidade delitiva (art. 71/CP), devidamente reconhecida na r. sentença, aplico-lhe somente a pena de um dos delitos, por serem

idênticas, aumentada de 1/3 (um terço), restando a pena corporal concretizada em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão.

Mantenho a pena de multa fixada na r. sentença em 24 (vinte e quatro) dias-multa no patamar unitário mínimo de 1/30 (um trigésimo) do salário vigente à época dos fatos, pois, ainda que na multa seja aplicado o cúmulo material previsto no art. 72 do CP, diante do princípio *reformatio in pejus*, mantém-se a multa constante da r. sentença.

Fica mantido o regime aberto fixado nos embargos de declaração, concedendo ao apelante a substituição da pena corporal por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade a entidade a ser designada no juízo da execução e prestação pecuniária de 2 (dois) salários mínimos, na forma e condições estabelecidas para o outro apelante.

Fiel a essas considerações e a tudo mais que dos autos consta, meu voto é no sentido de se rejeitar a preliminar de nulidade da sentença. No mérito, dar parcial provimento aos recursos para reduzir as penas do apelante Ediguche Gomes Carneiro Filho para 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, e 28 (vinte e oito) dias-multa no patamar unitário mínimo de 1/30 (um trigésimo) do salário vigente à época dos fatos, como incurso nas sanções do art. 293, § 1°, inciso I, c/c art. 70, ambos do Código Penal, substituindo a pena corporal por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade a entidade a ser designada no juízo da execução e prestação pecuniária de 2 (dois) salários mínimos, na forma estabelecida na sentença, reduzindo as penas do apelante Alexandre Herbert Figueiredo Marques para 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, e 24 (vinte e quatro) dias-multa no patamar unitário mínimo de 1/30 (um trigésimo) do salário vigente à época dos fatos, como incurso nas sanções do art. 293, inciso V, c/c art. 71, ambos do Código Penal, substituindo a pena corporal por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade a entidade e prestação pecuniária de 2 (dois) salários mínimos, a entidades a serem designadas no juízo da execução, mantendo os demais termos da r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SÉRGIO RESENDE e PAULO CÉZAR DIAS.

*Súmula* - REJEITARAM PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO PARCIAL AOS RECURSOS.

...

## Homicídio qualificado - Motivo torpe - Porte de arma - Crime-meio - Princípio da consunção - Inaplicabilidade - Concurso material - Prova - Condenação - Circunstância qualificadora - Exclusão - Impossibilidade - Tribunal do Júri - Decisão contrária à prova dos autos - Não-ocorrência - Soberania do veredicto - Quesito complexo não caracterizado - Argüição de nulidade - Preclusão

Ementa: Direito penal e processual penal. Nulidade do julgamento. Perplexidade e erro na quesitação. Inocorrência. Arguição em momento posterior. Preclusão. Preliminar rejeitada. Homicídio qualificado. Correção de erro material contido no dispositivo da sentença. Decisão do júri manifestamente contrária à prova dos autos. Inocorrência. Cassação da sentença. Impossibilidade. Decote de qualificadora. Inviabilidade. Posse ilegal de arma de fogo. Crime-meio. Inocorrência. Penas reestruturadas. Regime semi-aberto. Recurso conhecido e parcialmente provido.

I - Inexistindo qualquer erro ou perplexidade nos quesitos apresentados aos jurados e tendo o Conselho de Sentença decidido de forma segura, não há que se falar em nulidade do julgamento.

II - Eventual deficiência na formulação dos quesitos deve ser argüida *opportuno tempore*, sob pena de preclusão.

III - Se a decisão do Júri se amparar em elementos de prova, em uma interpretação razoável dos dados instrutórios, deverá a mesma ser mantida, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da soberania dos veredictos populares.

IV - Decisão manifestamente contrária à prova dos autos é aquela em que os jurados adotam uma tese absolutamente divorciada do conjunto fático-probatório apurado na instrução criminal, e não quando, tão-somente, acolhem uma das teses possíveis do conjunto probatório.

V - Inviável o decote da qualificadora para efeito de condenação por este Tribunal se os jurados reconheceram sua incidência, em consonância com o conjunto probatório produzido.

VI - Não há que se falar na absolvição do acusado pelo crime de posse ilegal de arma de fogo, quando este não se constitui em crime-meio para a consecução de outro delito.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0388.08.017773-5/001 - Comarca de Luz - Apelante: Fabrício Soares Rodrigues -

Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Co-Réus: Leandro Pereira da Silva, Denise do Carmo Carvalho - Relator: DES. ADILSON LAMOUNIER

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 E DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 23 de setembro de 2008. - *Adilson Lamounier* - Relator.

Notas taquigráficas

Adiado a pedido do Desembargador Presidente da Câmara.

DES. PRESIDENTE - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 26.08.2008, a pedido do Desembargador Presidente da Câmara.

DES. ADILSON LAMOUNIER - Trata-se de apelação criminal interposta por Fabrício Soares Rodrigues contra a sentença de f. 256-259, através da qual a MM. Juíza Presidente do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri da Comarca de Luz condenou o recorrente a 11 (onze) anos de reclusão, a serem cumpridos, inicialmente, em regime fechado, e 10 (dez) dias-multa, o dia-multa fixado em 1/20 (um vigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos crimes, pela prática dos delitos previstos no art. 121, § 2º, I, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal (CP) e art. 16 da Lei 10.826/03, em concurso material.

Em suas razões de recurso (f. 272-281), bate-se o apelante pela nulidade do julgamento por "dois erros na quesitação" (f. 272), argumentando que "ocorreu nulidade absoluta na narrativa do 2º quesito, levando à perplexidade dos srs. Jurados, que certamente votaram sem a mínima noção do que se tratava" (f. 272). Sustenta, ainda, que houve "erro no 7º e 9º quesitos, que foram desmembrados, sendo que ambos constam do inc. I do § 2º do art. 121 do Código Penal" (f. 273). Em observância ao princípio da eventualidade, pugna pela sua absolvição, alegando que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos, ressaltando não ter agido com dolo e que "nem sequer a tese do princípio da consunção, que é pacífica sua ocorrência, foi acolhida pelo conselho de sentença" (f. 274). Afirma ter ocorrido equívoco na fixação da pena e do regime de cumprimento da pena privativa de liberdade, "vez que a nobre Juíza *a quo* somou a pena da tentativa de homicídio (08 anos) com o crime de porte de arma (03 anos), sem especificar detalhadamente o regime de cada um, adotando o regime fechado para ambos os delitos, [...] o que certamente traz prejuízo ao apelante" (f. 276). Ainda em observância ao princípio da eventualidade, no caso de manutenção da sentença, pugna pelo decote da qualificadora prevista no art. 121, § 2º, I, do CP, "por ser manifestamente improcedente" (f. 277); pelo reconhecimento da participação de menor importância, nos termos do art. 129, § 1º, do mesmo estatuto, com a conseqüente redução da pena no patamar de 1/3 (um terço) e pela redução da pena no patamar de 2/3 (dois terços) face ao reconhecimento da tentativa. Aduz, ainda, ter ocorrido erro na fixação da pena com relação ao crime previsto no art. 16 da Lei 10.826/03, afirmando que "a douta julgadora *a quo* aplicou a pena base de anos de reclusão, deixando de determinar o regime" (f. 279). Por fim, alega que "o delito previsto no art. 16 da Lei 10.826/03 deverá ser excluído, vez que o homicídio qualificado absolveu o delito em apreço, em decorrência do princípio da consunção" (f. 279).

Contra-razões do órgão acusador às f. 282-295, pelo desprovimento do recurso.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 298-305, pelo parcial provimento do apelo.

Conheço do recurso, presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Preliminar - nulidade do julgamento.

Inicialmente, não há que se falar em nulidade do julgamento empreendido em primeira instância por "erros na quesitação" (f. 272), porquanto inexistente qualquer irregularidade ou perplexidade nos quesitos apresentados ao Conselho de Sentença.

Insurge-se a defesa contra o 2º quesito, ao argumento de que a sua redação está complexa e contraditória, o que teria causado perplexidade nos jurados.

Observa-se, todavia, que não há qualquer contradição no referido quesito; ao contrário do alegado pela defesa, encontra-se ele em perfeita consonância com os fatos articulados na pronúncia e no libelo acusatório.

O fato de o executor do crime ter errado a pontaria não exclui a circunstância de a vítima ter se desvencilhado do ataque, sendo que foi devido à soma dessas circunstâncias que a mesma não foi atingida.

Conforme ressaltou o órgão acusador, em suas contra-razões,

> [...] no que se refere ao erro de pontaria do pistoleiro contratado para matar a vítima, que teria permitido àquela desvencilhar-se do ataque efetivado em seu desfavor, ressai que tais circunstâncias apresentam-se dentro de um desdobramento causal, lógico e coeso (f. 284).

E mais, não há que se falar ainda que a redação desse quesito tenha gerado "perplexidade" nos jurados,

tendo em vista que o Conselho de Sentença acatou a tese por unanimidade (7 votos a 0), o que demonstra a inexistência de qualquer dúvida.

Por outro lado, o desmembramento da quesitação referente à qualificadora do motivo torpe também não macula o procedimento, tendo a il. juíza *a qua*, apenas procedido de forma a permitir aos jurados melhor compreensão da matéria.

Segundo consta do termo de votação dos quesitos (f. 252-255), a qualificadora do motivo torpe foi assim indagada aos jurados:

> Terceira pessoa agiu mediante promessa de recompensa do réu e de outra pessoa, consistente no futuro pagamento da quantia de R$ 100,00 (cem reais) pela execução do crime? (no sétimo quesito, em relação à promessa de recompensa) e, ainda, o réu agiu imbuído de motivo torpe, qual seja, continuar realizando saques na conta bancária do Sr. Antônio Rodrigues Filho? (no nono quesito, em relação a outra circunstância que evidencie o motivo torpe).

Consoante orientação dominante da doutrina e dos Tribunais Superiores, os quesitos referentes às qualificadoras devem trazer, pormenorizadamente, a conduta que recebe a adjetivação penal, de acordo com a descrição contida no libelo.

Portanto, foi exatamente o que ocorreu no presente caso. Observa-se que os quesitos, além de reproduzirem fielmente as descrições trazidas no libelo de f. 173-175, contêm proposições claras e pertinentes, não sendo hábeis a comprometer a manifestação de vontade dos jurados.

Ademais, a deficiência na formulação de quesito, quando não é evidente a ponto de tornar a nulidade absoluta, deve ser argüida *opportune tempore*, sob pena de preclusão, o que se verificou na espécie, inexistente o respectivo protesto na ata de julgamento.

Neste sentido, tem-se a orientação do eg. Superior Tribunal de Justiça:

> Não havendo perplexidade ou prejuízo para a defesa, que não fez consignar em ata qualquer requerimento ou reclamação, não se declara nulidade de julgamento. Preclusão que se opera ante o silêncio da defesa (STJ, 5ª T., REsp 151.693, Rel. Edson Vidigal, j. em 18.02.1999, *DJU* de 29.03.1999, p. 200).

Com essas considerações, rejeito a preliminar.

Mérito.

Narrou a denúncia que

> [...] no dia 14 de Dezembro de 2006, por volta das 22h30, na Rua Professor Francisco Couto, nº 585, bairro Senhora Aparecida, nesta cidade e comarca, o denunciado Leandro Pereira da Silva, laborando com vontade de matar, valendo-se de um revólver, agindo de surpresa e previamente ajustado com os denunciados Fabrício Soares Rodrigues e Denise do Carmo Carvalho, desferiu dois tiros contra a pessoa de Inácio Rodrigues, pelas costas. Um dos projéteis passou rente à cabeça da vítima e o outro atingiu de raspão o lado esquerdo do corpo, abaixo das costelas (f. 02-03).

Segue a narrativa da acusação, *in verbis*:

> Assim agindo, o denunciado Leandro deu início à execução de um crime de homicídio que somente não se consumou por circunstâncias alheias à sua vontade, ou seja, em razão de o agente não ter logrado atingir fatalmente a vítima como pretendido. Apurou-se, por fim, que o denunciado Leandro tentou matar a vítima mediante promessa de recompensa de R$ 100,00 (cem reais) oferecida pelos denunciados Denise do Carmo Carvalho e Fabrício Soares Rodrigues. Conforme consta dos autos, no início do mês de dezembro de 2006, Inácio desconfiou que a denunciada Denise estava dopando o Sr. Antônio Rodrigues Filho, de 92 anos - pai de Inácio e avô de Denise - para sacar dinheiro de suas contas bancárias. Desta forma, após verificar os extratos bancários e levar seu pai ao hospital, Inácio procurou a denunciada Denise pedindo-lhe explicações, a qual, juntamente com seu companheiro Fabrício, negou os fatos. Assim, os denunciados Denise e Fabrício começaram a planejar como se livrariam de Inácio, para que pudessem continuar efetuando os saques na conta do Sr. Antônio Rodrigues Filho. Então, os denunciados Denise e Fabrício, imbuídos do torpe motivo citado, procuraram o denunciado Leandro, oferecendo-lhe um revólver e a quantia de R$ 100,00 (cem reais) para atirar e matar Inácio Rodrigues, o que foi aceito por ele. No dia combinado, os denunciados Denise e Fabrício forneceram ao denunciado Leandro um revólver sem marca, calibre 32, número de série raspado, com capacidade para seis cartuchos, que possuíam em desacordo com determinação legal, o levaram até a casa de Inácio, esperaram que ele atirasse na vítima e, certos de terem concluído o crime, conduziram-no de volta à sua residência (f. 02-03).

Dessa forma, o apelante foi denunciado pela prática dos delitos previstos no art. 121, § 2º, incs. I e IV, c/c art. 14, II, do CP e art. 16, parágrafo único, IV, da Lei 10.826/03.

Pronunciado (f. 152-160), foi ele condenado à pena referida, pela prática do delito previsto no art. 121, § 2º, I c/c art. 14, II, todos do CP e art. 16, parágrafo único, IV, da Lei 10.826/03, ou seja, com decote da qualificadora prevista no inciso IV do § 2º do art. 121 do CP.

Inicialmente, procedo à correção de erro material contido no dispositivo da sentença de f. 256-259, porquanto a il. juíza *a qua*, ao capitular a conduta do recorrente, assim registrou:

> O Colendo Conselho de Sentença decidiu, por maioria de votos, que o réu Fabrício Soares Rodrigues cometeu um crime de homicídio qualificado tentado, tendo ainda cometido o crime descrito no art. 16, parágrafo único, IV, da Lei 10.826/03, ficando incurso nas sanções do art. 121, § 2º, I e II, c/c art. 14, II, todos do CP c/c art. 16, parágrafo único, IV, da Lei 10.826/03 c/c art. 69, todos do CP (f. 256).

Entretanto, a tentativa de homicídio pela qual restou condenado o apelante conta apenas com a qualificadora do inciso I do § 2º do art. 121 do CP, não

incidindo à espécie o "motivo fútil", previsto no inciso II do mesmo dispositivo legal.

Assim, procedo à correção do referido equívoco, apenas para que conste a correta capitulação dos fatos, dando o acusado como incurso nas iras do art. 121, § 2º, I, c/c art. 14, II, do CP e art. 16, parágrafo único, IV, da Lei 10.826/03, na forma do art. 69, também do CP.

Analisando detidamente os autos, verifico que a materialidade e a autoria dos delitos restaram devidamente comprovadas pelo Inquérito Policial de f. 05-54; Auto de Prisão em Flagrante Delito de f. 06-14; Boletim de Ocorrência de f. 15-26; Autos de Apreensão de f. 35 e 80; Laudo de Eficiência de Arma de Fogo de f. 75; Termos de Restituição de f. 81, 82 e 83; Laudo Pericial de f. 117; e, por fim, pela prova oral colhida.

Como se pode observar pelo relatório supra, o réu se bate contra a sentença condenatória ao argumento de que o julgamento está em confronto com as provas dos autos, o que autorizaria a sua cassação por parte deste Tribunal e a conseqüente determinação de novo julgamento, tal como previsto na alínea *d* do inciso III do art. 593 do Código de Processo Penal c/c § 3º, primeira parte, do mesmo artigo.

Entretanto, a meu ver, a prova dos autos permite claramente a conclusão a que chegou o corpo de jurados, o que afasta a pretensão do apelante.

É que, embora a acusado tenha negado a prática do crime, tanto em juízo (f. 108) quanto em seu depoimento colhido em plenário (f. 228-231), sustentando que "estava na Av. Laerton Paulinelli em um trailer, com amigos de nome Vinícius e Alexandre, por volta de 23:00, quando Denise chegou acompanhada de Leandro e informou sobre os fatos", e que quando "Denise disse que tinha pedido para Leandro passar um susto em Inácio, em decorrência dos fatos ocorridos em sua casa [...] disse a Denise que aquilo era uma grande loucura"; em seu depoimento extrajudicial de f. 11-12, havia afirmado o seguinte:

> [...] que, perguntado qual o valor exato que o mesmo e Denise combinaram de pagar ao conduzido Leandro, além da arma de fogo que fora fornecida para a execução da vítima Inácio, vulgo, 'Inácio Careca', respondeu que 'não foi combinado valor nenhum com ele, a gente combinou o valor, ele só pediu a arma, pois a arma iria ficar para o Leandro, só que no caso eu falei para o Leandro que era para ele passar um susto no Inácio, porque o Inácio agrediu a Denise na casa do vô dela, aonde eu tive que arrombar porta pra defender ela [...] eu passei o revólver com as seis munições para o Leandro, isso eu não nego, mas eu comprei o revólver com seis munições por R$ 100,00 [...]

Nesse contexto, o co-réu Leandro Pereira da Silva, executor do crime, e que efetivamente desferiu os disparos com a arma de fogo em direção à vítima, em seu depoimento judicial de f. 106, ratificou o depoimento extrajudicial em que, às f. 09-10, havia afirmado:

> [...] que, perguntado qual o valor exato que a Denise e Fabrício propuseram ao mesmo além da arma de fogo como bônus para a execução da vítima Inácio, vulgo, 'Inácio Careca', respondeu que 'os dois, Denise e Fabrício, me falaram que seria mais de R$ 100,00, mas não especificaram quanto não e que era pra eu deixar a arma na minha casa, que depois nós iríamos ver'; [...]

E mais, em sintonia com a delação proferida pelo acusado Leandro está o depoimento da testemunha Cléber do Carmo de Carvalho, que, nas três oportunidades em que foi ouvido (f. 46-47, 128 e 240-241), afirmou ter presenciado o apelante ameaçando a vítima.

Vê-se que tais declarações são perfeitamente harmônicas com os depoimentos das demais testemunhas, formando com eles um conjunto probatório que legitima a condenação imposta, não podendo sobre este prevalecer a negativa isolada do réu, feita em juízo.

Além da materialidade e autoria, verifica-se o dolo na conduta do agente, porquanto, obviamente, tendo ele fornecido uma arma ao co-réu, com seis munições, para que o mesmo atirasse contra a vítima, buscava consumar um homicídio.

Tem-se, ainda, que decisão manifestamente contrária à prova dos autos é aquela em que os jurados, equivocadamente, adotam uma tese que está absolutamente divorciada do contexto fático-probatório apurado na instrução criminal, o que, induvidosamente, não ocorreu neste caso.

Não se pode olvidar que a Constituição Federal garante ao júri a soberania de seus veredictos (CF/88, art. 5º, XXXVIII, *c*), sendo certo que a cassação de sua decisão por parte do tribunal é permitida tão-somente quando a decisão do primeiro estiver manifestamente contrária à prova dos autos (CPP, art. 593, III, *d*), e não apenas quando os jurados optam por uma dentre as várias correntes de interpretação da prova possíveis.

Esse é, aliás, o teor da Súmula 28 deste Tribunal e do reiterado entendimento jurisprudencial aqui adotado.

A propósito, confira-se:

> Súmula 28 - A cassação do veredicto popular por manifestamente contrário à prova dos autos só é possível quando a decisão for escandalosa, arbitrária e totalmente divorciada do contexto probatório, nunca aquela que opta por uma das versões existentes (maioria).

> Ementa: Tentativa de homicídio qualificado. Julgamento contrário às provas dos autos. Quando o Conselho de Sentença opta por versão sustentada por uma das partes e o faz com fulcro nas provas dos autos não há espaço para a cassação do veredicto popular (TJMG, Apelação Criminal nº 1.0344.05.024016-9/001, Rel.ª Desª Jane Silva, j. em 30/01/2007).

No mesmo sentido, ensina Vicente Greco Filho:

> Decisão manifestamente contrária à prova dos autos é a que afronta a corrente probatória dominante e inequívoca dos

> autos, no sentido da condenação ou da absolvição. Se os autos contêm duas correntes ou versões probatórias, a decisão não será manifestamente contrária à prova dos autos e não será anulada (*Manual de processo penal*, São Paulo: Saraiva, 1991).

Não vislumbro, pois, razão para que se anule a decisão do Tribunal do Júri, uma vez que ausente a alegada contradição do veredicto popular com as provas produzidas no presente caso.

E mais, as teses de consunção, bem como de existirem possíveis erros na fixação da pena, sustentadas pela defesa, ainda que procedentes, não conduzem à nulidade do julgamento, podendo ser alteradas por este Tribunal, caso necessário.

Lado outro, o fato de a MM. Juíza ter somado as penas referentes aos crimes de homicídio e porte de arma não acarreta prejuízo algum ao recorrente, porquanto apenas atuou conforme a determinação legal do art. 69 do CP, uma vez reconhecido o concurso material de delitos.

Quanto ao pedido de exclusão da qualificadora, entendo que também não merece prosperar.

Cuida-se o presente fato de qualificadora prevista no inciso I do § 2º do art. 121 do CP, qual seja "mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe".

Ora, nenhuma dúvida há quanto a sua configuração, considerando haver prova nos autos no sentido de que o acusado, juntamente com a co-ré Denise, contrataram terceira pessoa para matar a vítima, mediante a promessa de recompensa em dinheiro.

Ademais, ressalta-se ainda que o motivo que os levou a praticar o crime e contratar o pistoleiro foi a garantia de que pudessem continuar furtando dinheiro na conta corrente da vítima.

O próprio Leandro, executor do crime, às f. 09-10, afirmou:

> [...] perguntado qual o valor exato que a Denise e Fabrício propuseram ao mesmo além da arma de fogo como bônus para a execução da vítima Inácio, vulgo, 'Inácio Careca', respondeu que 'os dois, Denise e Fabrício, me falaram que seria mais de R$ 100,00, mas não especificaram quanto não, e que era pra eu deixar a arma na minha casa, que depois nós iríamos ver' [...]

A vítima Antônio Rodrigues Filho, por sua vez, em juízo, confirmou o furto de dinheiro efetuado por sua neta mediante saques em sua conta corrente (f. 76).

Deste modo, a qualificadora prevista no inciso I do § 2º do art. 121 do CP foi acertadamente mantida pelo Conselho de Sentença, não havendo que se falar em qualquer contrariedade às provas produzidas.

Cumpre ressaltar que, se os jurados reconheceram a qualificadora, que encontra apoio na prova, não pode o Tribunal decotá-la para efeito de condenação, pelo que já foi dito.

No que tange ao reconhecimento da participação de menor importância, algumas observações se fazem pertinentes. Primeiramente, não foi a mesma expressamente abordada pela defesa, em suas razões recursais, como causa legitimadora da hipótese prevista no art. 593, inciso III, alínea *d*, do CPP.

Em segundo lugar, essa questão foi devidamente quesitada aos jurados durante o julgamento pelo Tribunal do Júri, sendo negado o seu reconhecimento, não havendo que se falar em qualquer contrariedade às provas produzidas, demonstrada a sua efetiva e essencial participação no evento delituoso.

Por fim, no que tange ao crime de posse ilegal de arma de fogo (art. 16, parágrafo único, IV, da Lei 10.826/03), razão não assiste ao apelante, porquanto essa conduta, ao contrário do alegado nas razões de recurso, não configura *ante factum* impunível, precedendo a realização do delito de homicídio como meio necessário à sua realização.

Ora, realmente está provada nos presentes autos a posse de arma pelo recorrente, nos termos do art. 16, parágrafo único, IV, da Lei 10.826/03 e, embora o revólver trazido pelo agente tenha sido utilizado para a prática do homicídio, a posse restou configurada ante a efetiva comprovação de que o recorrente, antes mesmo da prática do homicídio, possuía a arma de fogo com numeração raspada em sua residência.

No máximo, entende-se que estaria absorvido pelo crime de homicídio, eventual porte de arma de fogo por ele praticado ao transportar a arma para entregá-la ao executor do homicídio.

Sobre o tema, temos a lição de Heleno Cláudio Fragoso:

> Há consunção quando um crime é meio necessário ou normal fase de preparação ou de execução de outro crime. *Lex consumens derogat legi consumptae*. Como diz Mezger (*Tratado*, II, p. 366), há consunção quando uma lei, conforme seu próprio sentido, inclui já em si o desvalor delictivo de outra, e não permite, por isso, a aplicação desta última. O fundamento que justifica essa exclusão não é uma relação lógica, mas, sim, o próprio sentido das leis em causa, determinado de acordo com uma interpretação valorativa (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal* - Parte Geral, 16. ed. Atualizador Fernando Fragoso, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003, p. 453)

Portanto, a posse da arma de fogo com numeração raspada praticada pelo acusado não pode ser entendida como crime-meio para a consecução do homicídio.

Ressalto, ainda, que considero a aplicação da reprimenda suficiente e necessária à reprovação e repreensão dos delitos, desmerecendo qualquer reparo, mantida, portanto, a redução da pena do crime de homicídio no patamar de 1/3 (um terço) pela tentativa, em função de terem sido praticados todos os atos executórios.

Pelo exposto, dou parcial provimento à apelação apenas para corrigir erro material contido no dispositivo da sentença, mantidas as demais cominações legais.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

DES.ª MARIA CELESTE PORTO - De acordo.

DES. HÉLCIO VALENTIM - De acordo.

*Súmula* - REJEITARAM PRELIMINAR DA DEFESA E DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...

## Receptação qualificada - Crime próprio - Art. 180, § 1º, do Código Penal - Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade - Inconstitucionalidade não caracterizada - Tentativa - Desclassificação do crime - Impossibilidade - Autoria - Materialidade - Dolo eventual - Valoração da prova - Condenação

Ementa: Receptação qualificada. Suposta ausência de provas. Forma tentada e desclassificação para a modalidade culposa. Impossibilidade. Condição de comerciante. Definição legal. Inconstitucionalidade por lesão aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Inexistência.

- Patente que o réu, na qualidade de microempresário da construção civil, adquiriu, pelo menos, duas das três partidas de produtos vegetais de origem ilícita, encontradas, em parte, em sua residência, confessando que os bens foram oferecidos em condições anormais e por preço abaixo do valor de mercado, impossível a aplicação da forma tentada do crime ou sua desclassificação para a modalidade culposa, porque patente o dolo eventual, menos ainda se pode desqualificar o delito para a forma simples pela ausência de prova da condição de comerciante, já que a atividade empresarial é definida atualmente no art. 966 do Código Civil, que adotou a "Teoria da Empresa" como delimitadora da atividade comercial, substituindo a antiga conceituação dos atos do comércio como elemento qualificador da atividade do comerciante, de modo que o só exercício de atividade profissional economicamente organizada dirigida à construção civil, mesmo que no formato de microempresário, não pode ser desqualificada como atividade comercial própria, expondo, inteiramente, a realização do tipo penal de receptação qualificada, cuja inconstitucionalidade por lesão aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade inexiste, mesmo porque não pode a razoabilidade ser utilizada como pretexto para o Poder Judiciário corrigir lei, muito menos tem o Poder Judiciário como se imiscuir em políticas legislativas.

Recurso a que se nega provimento.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0433.05.150180-0/001 - Comarca de Montes Claros - Apelante: Armando Madureira de Aquino - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - 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, 29 de julho de 2008. - *Judimar Biber* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. JUDIMAR BIBER - Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Armando Madureira de Aquino contra a sentença de f. 193/207, que julgou procedente a denúncia e o condenou como incurso nas sanções do art. 180, § 1º, do Código Penal, impondo-lhe a pena de 3 (três) anos de reclusão em regime aberto e condenando-o a pagar 36 (trinta e seis) dias-multa, sendo o valor do dia-multa fixado à razão de 1/30 (um trigésimo) do maior salário mínimo vigente à época do fato. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviço à comunidade e limitação de fim de semana.

Em suas razões recursais de f. 258/281, requer sua absolvição, pois não haveria provas suficientes para a condenação. Requer, ainda, que, caso seja mantida a condenação, haja a desclassificação para o delito do art. 180, *caput*, do Código Penal. Por fim, o réu requer o benefício legal contido no art. 155, § 2º, do Código Penal.

O recurso foi devidamente contra-arrazoado às f. 285/290.

Nesta instância revisora, f. 294/296, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo não-provimento do recurso aviado pela defesa.

É o relatório.

Passo ao voto.

Conheço do recurso, porquanto presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Segundo narra a denúncia:

> [...] Conforme consta dos inclusos autos de inquérito policial, detetives da polícia civil de Montes Claros/MG, adrede avisados pela vítima Charles de Araújo Medeiros de que os quatro primeiros denunciados vinham efetuando subtração

de madeiras na fazenda de sua propriedade, denominada Chapadão do Bugre, situada nas margens da BR 365, altura do km 26, zona rural deste Município e Comarca de Montes Claros/MG, e que resolveram manter campana nas imediações da referida rodovia, o que ocorreu no dia 27.03.05, oportunidade em que, por volta das 03h30, abordaram um caminhão carregado de eucaliptos que saíra da propriedade rural mencionada.

Ao procederem ao exame da carga, constataram os policiais tratar-se de 29 (vinte e nove) dúzias de toras de eucalipto, de aproximadamente 4 m (quatro metros) cada uma, madeira esta que acabara de ser subraída da fazenda da vítima, tendo sido apurado que esta já era a terceira vez em dois meses que os denunciados haviam feito a subtração, sempre no período da madrugada para não levantar suspeitas.

Restou apurado, finalmente, que a madeira subtraída da propriedade rural da vítima foi vendida para o quinto denunciado, que, na qualidade de comerciante do ramo madeireiro, a adquiriu mesmo sabendo da sua origem ilícita, sendo este também o destino que seria dado à carga apreendida pelos policiais civis [...].

A materialidade do delito encontra-se devidamente consubstanciada pelo auto de apreensão de f. 16, bem como pelo laudo de avaliação de f. 54/55.

A autoria, por seu turno, também não consente dúvidas.

Pretende a defesa a absolvição do réu ao argumento de que as provas produzidas seriam insuficientes, sustentando que o réu não sabia da origem ilícita da madeira apreendida, pugnando, ademais, pela desclassificação para a forma tentada do crime.

Do que se colhe das provas produzidas, o réu, ouvido perante a autoridade policial (f. 50), confessou ter adquirido as 20 (vinte) dúzias de madeira que foram encontradas no quintal de sua residência pela quantia de R$ 980,00, negando, no entanto, que o outro carregamento de madeira apreendido teria sido encomendado ao alienante:

> [...] que o declarante ficou conhecendo a pessoa de nome Nilson Simão Lopes há cerca de um mês, quando então o Sr. Nilson ofereceu ao declarante madeiras que estavam à venda; que o Sr. Nilson disse que se tratava de eucalipto e que servia para o serviço de 'escora de laje'; que o declarante é mestre-de-obras e, por isso, sempre está precisando desse tipo de madeira; que, por uma única vez, o declarante comprou nas mãos do Sr. Nilson a quantidade de 20 (vinte) dúzias de 'toras de escora' (eucalipto), pagando o preço de R$ 980,00 (novecentos e oitenta reais); que o próprio Sr. Nilson, juntamente com um desconhecido do declarante, foi entregar o produto; que a madeira foi descarregada na casa do declarante, local onde comumente o declarante costuma fazer de depósito das madeiras que irá utilizar nas construções; que as 20 (vinte) dúzias de eucalipto se encontram na casa do declarante, não tendo sido utilizada nenhuma 'peça'; que o declarante não tomou conhecimento da procedência da madeira, ou seja, de onde os eucaliptos estavam sendo retirados; que o declarante não conhece Charles de Araújo Medeiros, constando como vítima nestes autos; que deseja esclarecer que as 20 (vinte) dúzias que adquiriu do Sr. Nilson se encontram na casa do declarante à disposição da polícia para apreensão; que não conhece as pessoas de nomes Fernando Ruas de Aguiar, Wilson Silva Aguiar e Reinaldo Moraes de Souza; que, quanto às madeiras apreendidas no dia 27.03.05, o declarante não iria comprá-las, não sabendo a origem nem o destino que seria dado às mesmas; que somente tomou conhecimento dos fatos, melhor dizendo, da prisão de Nilson, porque estava viajando, e, quando chegou, ficou sabendo que os policiais haviam estado em sua residência com intuito de esclarecer os fatos, de que o declarante seria um suposto receptador de madeiras produto de furto; [...].

Em juízo (f. 81/82), o réu sustentou a mesma versão; no entanto, asseverou não ter achado estranho que o co-réu, na qualidade de carroceiro, tivesse à venda 20 (vinte) dúzias de madeiras por um preço equivalente a pouco mais da metade do valor de mercado, nem tampouco se preocupou em pegar a nota fiscal do produto:

> [...] que, realmente, comprou vinte dúzias, ou seja, duzentas e quarenta estacas de eucalipto de três ou quatro metros de comprimento e dez a doze centímetros de diâmetro; que pagou quarenta e nove reais a dúzia, ou seja, pagou um total de novecentos e oitenta reais como consta no recibo de f. 32; que cada peça custou um pouco mais de quatro reais; perguntado por que no mercado de ontem o preço era de R$ 8,50 por peça de 2,20 metros de comprimento e diâmetro de dez ou doze centímetros, enquanto o interrogando conseguiu comprar peças maiores por menos da metade do preço, ele respondeu: 'o que eu tenho a dizer é que na madeireira eu consigo comprar por sessenta reais a dúzia'; que não tinha encomendado para o réu Nilson madeira que foi apreendida na noite dos fatos; que conheceu o réu fazendo fretes com uma carroça e depois ele disse que tinha essa madeira para vender; que não chegou a perguntar a Nilson se tinha nota fiscal da compra dessa madeira; que não achou estranho o carroceiro ter vinte dúzias de eucaliptos para vender [...].

A vítima, ao ser ouvida no calor dos acontecimentos (f. 09), informou à autoridade policial ter visto madeiras idênticas às furtadas em sua propriedade no quintal da casa do réu, ao afirmar:

> [...] que o declarante e a pessoa de Nilson Reis são proprietários da Fazenda de Reflorestamento de Eucalipto denominada Chapadão do Bugre, localizada às margens da BR 365, km 26, deste Município; que, há aproximadamente um ano e meio, o declarante e seu sócio Nilson Reis vêm sendo vítima de invasão de propriedade e, ao mesmo tempo, de furto de madeira de eucalipto, embora tenham renovado as cercas, próximo à BR-365, colocado postes mais resistentes e cancelas com cadeados, mas não está sendo o suficiente para conter as investidas de autores de invasões e furtos; que, umas duas vezes, o declarante acionou policiais militares, que estiveram no local acima descrito e efetuaram a prisão de alguns autores, trazendo-os para esta delegacia de plantão, mas não foram autuados em flagrante delito pela autoridade que se encontrava de plantão; que, ontem, por volta das 10h, o declarante tomou conhecimento através do Sr. Geraldo Anael dos Reis, testemunha dos autos, de que teria sido contratado pelo conduzido Nilson Simão Lopes e outros para efetuar o transporte, nesta madrugada, de

madeira de eucalipto, da propriedade do declarante, até a Vila Atlântica nesta cidade; que o declarante achou por bem acionar os detetives Emerson Mota Rocha e Paulo César Lopes da Silva, lotados nesta 8ª DRPC, para, em conjunto com o declarante, fazer uma campana, visando prender em flagrante o conduzido Nilson Simão Lopes e outros; que, hoje, por volta das 03h30, os detetives acima descritos, em companhia do declarante, abordaram o caminhão de placa GMM-2223, conduzido pela testemunha Geraldo Anael dos Reis, nas proximidades do Parque Municipal, desta cidade, sendo abordados, além do conduzido Nilson, os conduzidos Fernando Ruas de Aguiar, Wilson Silva Aguiar e Reinaldo Moraes de Souza, os quais também confessaram a participação no furto e foram presos em flagrante delito pelos detetives Emerson e Paulo César e trazidos para esta delegacia de plantão, sendo apresentados a esta autoridade policial, que ratificou a voz de prisão em flagrante delito; que o declarante tem conhecimento de que, além da testemunha Geraldo Anael dos Reis, que já transportou três caminhões de madeira para os conduzidos, ainda há também outros motoristas que têm prestado serviços, transportando madeira em outros caminhões para os citados conduzidos; que o declarante constatou que já foram desmatados aproximadamente 200 hectares, totalizando 220.000 pés de eucaliptos; que o declarante tomou conhecimento através de Geraldo Anel dos Reis de que um dos receptadores é a pessoa de Armando de tal, morador da Vila Atlântica, de forma que o declarante esteve em frente ao lote do lado da casa do receptador e, olhando por cima do muro, deu para constatar que há madeira estocada naquele local e que é idêntica à que está sendo furtada em sua fazenda; que o declarante já esteve junto à polícia florestal e de meio ambiente nesta cidade, esclarecendo sobre o furto de madeira de eucalipto de que está sendo vítima e, ao mesmo tempo, sugerindo que fossem fiscalizadas as casas de materiais de construções, padarias e cerâmicas desta cidade, visto que são as maiores consumidoras, visando encontrar alguma madeira produto de furto; [...].

O motorista do caminhão, fretado por Nilson para transporte da madeira subtraída da fazenda da vítima, afirmou que, por mais de uma vez, tinha realizado o transporte de madeira e depositado o produto no quintal da residência de Armando (f. 07). Se não, vejamos:

> [...] que o depoente, há aproximadamente uns quarenta e cinco dias, vem fazendo o transporte fretado de madeira de eucalipto para a pessoa do conduzido Nilson e de outros conduzidos, pelo valor de R$ 150,00; que esta é a terceira carga de madeira que o depoente está transportando para o conduzido Nilson e outros da Fazenda Chapadão do Bugre, localizada às margens da BR-365, km 26 deste Município, até a Vila Atlântica, nesta cidade, onde está sendo vendida para a pessoa de Armando de tal; que deposita a madeira no depósito ao lado de sua casa; que, nesta madrugada, por volta das 3h30, além do conduzido Nilson Simão Lopes, também estavam participando do furto os conduzidos Fernando Ruas de Aguiar, Nilson Silva Aguiar, irmão do conduzido Fernando, e Reinaldo Moraes de Souza; que o depoente algumas vezes questionou o conduzido Nilson sobre a legalidade das cargas de madeira e se este tinha alguma nota fiscal de compra da referida madeira, tendo o conduzido respondido para o depoente que a referida madeira era doada pelo encarregado da Fazenda do Bugre, conhecido por Juarez de tal; que o depoente andou questionando o conduzido Nilson e os outros conduzidos sobre a legalidade da madeira, visto que, normalmente, o mesmo era convidado para fazer o frete sempre à noite, levando-o a acreditar que tinha algo de errado; [...].

Finalmente, as declarações de Nilson Simão (f. 10), de que já teria vendido outras partes de madeira ao réu, não deixam dúvida de que a condenação não derivou do fato alardeado pela defesa, mas da prova de que em outras duas oportunidades o réu teria adquirido o produto das mãos daquele que realizou a subtração ilícita. Se não, vejamos:

> [...] que o declarante, há mais de dois meses, vem furtando madeira de eucalipto de uma fazenda denominada Chapadão do Bugre, situada no km 25, da BR-365; que o declarante já contratou o serviço de frente do Sr. Geraldo de tal por três vezes, sendo utilizado o caminhão Mercedes-Benz 1113, placa GMM-2223; que, de uma outra feita, se fazia também presente a pessoa de Fernando Ruas de Aguiar; que, nesta madrugada, se encontravam, juntamente com o declarante, as pessoas dos conduzidos Fernando Ruas de Aguiar, Wilson Silva Aguiar e Reinaldo Moraes de Souza, os quais ajudaram o declarante a furtar a madeira, retirando-as e, ao mesmo tempo, carregando o caminhão; que toda madeira que o declarante e seus comparsas furtaram na Fazenda Chapadão do Bugre foi vendida para a pessoa de Armando de tal, residente na Vila Atlântica, sendo que cada dúzia de madeira era vendida a R$ 22,00; que o declarante acredita que nesta madrugada estava trazendo vinte e poucas dúzias de madeira em cima do caminhão, visto que, no momento em que estava carregando, não chegou a contar a quantidade de toras que tinham 4 metros de tamanho, aproximadamente; [...].

A jogar uma pá de cal sobre os argumentos da defesa em relação à modalidade tentada do crime está a comunicação de serviço (f. 28), em que os detetives responsáveis pela investigação ressaltaram existir, na residência do réu, quinze dúzias da madeira, as quais faziam parte de uma carga comprada dias atrás pelo apelante. Vejamos:

> [...] Comparecemos à Rua Novo Milênio, 81, Vila Atlântica, nesta cidade, residência de Armando Madureira de Aquino, filho de Belarmino Ferreira de Aquino e Deraldina Madureira de Aquino, nascido em Japonvá, com aproximadamente quarenta anos de idade, qualificação obtida através de uma tia do Armando, uma vez que o mesmo não estava na residência, o qual, segundo o que apuramos, seria o receptador do produto dos furtos ocorridos na Fazenda Chapadão do Bugre, de propriedade da vítima supracitada. Outrossim, existem, na residência do suposto receptador, aproximadamente quinze dúzias da citada madeira, as quais fazem parte de uma carga comprada dias atrás dos autores.

É de destacar, por oportuno, que a dedução, de que o delito deveria ser chancelado na forma tentada, não tem qualquer sustentação lógica, com todo o respeito que mereça a ilustre defesa, porque o que vejo da dedução é que os argumentos parecem esquecer

que, além do carregamento apreendido nas mãos dos demais denunciados em plena situação de flagrância, o próprio réu confessou ter adquirido o produto vegetal que foi subtraído em três oportunidades distintas, conforme narrado na denúncia, e que parte do material acabou sendo encontrado no quintal de sua residência, o que expõe a completa impossibilidade da desclassificação para a forma tentada pretendida.

Logo, malgrado não haja real prova de que a terceira remessa apreendida tivesse por destinatário o réu, patentes, nos autos, duas outras aquisições de bens de origem ilícita.

Pretende a defesa que se leve em conta o recibo de f. 36 como documento a desqualificar o conhecimento da condição ilícita do bem pelo só valor da operação, mormente quando a perícia realizada suporte preço inferior ao da aquisição representada pelo documento.

Em que pesem as ponderações da defesa, a cópia do recibo trazida à f. 36 levanta sérias dúvidas a respeito da legitimidade do valor ali consignado em função das coesas declarações prestadas pelo alienante, que, em ambas as fases processuais, afirma ter realizado a venda por valor absolutamente incompatível com aquele indicado no documento, além de os caracteres datiloscópicos sugerirem, a olhos vistos, a inidoneidade da assinatura ali lançada como sendo do vendedor, o que exporia a impossibilidade de adoção do documento como prova irrefutável, criando uma condição duvidosa a afastar o seu conteúdo.

E a dúvida parece se resolver pelo fato de o laudo de avaliação do material apreendido indicar o preço normal de mercado de madeira similar à apreendida em valor muitíssimo inferior àquele indicado pelo próprio conteúdo do recibo como sendo de R$ 49,00 a dúzia, quando o real preço de mercado do produto girava em R$ 30,00 a dúzia segundo o laudo, embora o alienante afirme que realizou o negócio pelo valor de R$ 22,00, pondo às claras a imprópria validação daquele documento como prova a afastar as condições típicas do crime a que foi condenado.

A prova é consistente com as declarações prestadas pelo alienante e o motorista do caminhão, mormente porque a pretensão da defesa é desqualificar a condição de receptador do réu pela só indicação do valor contido na perícia em comparação com o valor deduzido em recibo cuja validade seria duvidosa, mormente porque o alienante que subtraiu a madeira e a vendeu ao réu nos dá conta de que a dúzia de toras foi alienada por valor 36,36% abaixo do preço de mercado, quando o documento apresentado expõe valor na ordem de 63,33% acima do preço de mercado.

Ora, seria mesmo temerário supor que o réu, comerciante experiente na aquisição de madeiramento para escora em construção civil, tivesse adquirido o produto vegetal pelo preço apontado no recibo indicado, mormente quando o valor apontado pelo alienante é diverso daquele indicado no recibo e a perícia torne patente o real preço de mercado do bem por comparação.

Logo, não vejo como atribuir ao suposto recibo partido do alienante a força probatória sustentada como inconteste pela defesa, antes pelo contrário, a ação narrativa contida na denúncia dá conta de que houve três subtrações distintas no período de dois meses e de que o réu teria adquirido a madeira de origem ilícita, aquisição, que, diga-se de passagem, não é negada em termos absolutos, antes é confessada parcialmente, e apenas o último carregamento, que foi objeto de apreensão, suportaria real dúvida do destinatário, sendo literalmente irrelevante o fato de estar o réu viajando quando da apreensão da terceira partida de madeira e da prisão dos demais co-denunciados.

E não seria apenas o valor da aquisição que suportaria a realização do tipo de receptação qualificada, mas das condições do oferecimento, mormente porque, para a aquisição lícita de produto vegetal, conforme preceitua o art. 46 da Lei Federal 9.605/98, seria natural que o empresário exigisse do comprador a exibição da licença outorgada pela autoridade competente para o corte e da via de nota para acompanhar o produto até o beneficiamento final, tornando induvidoso o fato de que a só forma do oferecimento, desacompanhada de tais documentos, já sugeriria que o réu deveria saber da origem ilícita da madeira adquirida.

Ao contrário do que sustenta a defesa, o tipo penal qualificado da receptação, ao declinar os diversos núcleos, exige que o comerciante deva saber que a coisa é produto de crime, porque não seria mesmo possível a aquisição em proveito próprio de bens, cuja origem seria notoriamente ilícita e a só despreocupação do réu no momento da aquisição suportaria a condição típica da ação, porque lhe seria exigível a desconfiança da origem, seja em razão do valor a que a madeira fora oferecida, seja pela ausência de documentos indispensáveis à aquisição, quanto mais quando o réu se mostre experiente na compra de madeiras destinadas ao escoramento de construção civil e confesse não ter se preocupado em saber da origem do produto vegetal que lhe era destinado.

Ressalto que outra interpretação do tipo penal qualificado não teria qualquer eficácia, porque todo comércio envolve riscos e supõe uma condição lucrativa ínsita, mas não torna o comerciante cego à realidade das coisas.

E é por essas mazelas que a norma penal de receptação qualificada dispõe como elemento subjetivo do tipo não apenas o dolo direto, mas declina a condição do dolo eventual como elemento subjetivo do tipo, ao suscitar a aquisição de coisa que o comerciante, no caso o empresário, deva saber ser produto de crime, porque não lhe é dado simplesmente fechar os olhos à origem

da coisa adquirida, quando qualquer comerciante, ainda que absolutamente ingênuo, não duvidaria da origem ilícita da madeira se lhe fossem oferecidas as condições trazidas aos autos.

Júlio Fabbrini Mirabete anota:

> O tipo subjetivo é o dolo, ou seja, a vontade dirigida à prática de uma das condutas registradas no tipo. É indispensável, porém, o elemento subjetivo do tipo registrado na expressão 'deve saber ser produto de crime', que não significa a necessidade de que o agente 'saiba' dessa circunstância, caso contrário, a lei teria repetido a expressão contida no *caput* do art. 180, nem a mera culpa, por se tratar de crime doloso. Assim, basta para a caracterização do ilícito a comprovação de que o agente, em decorrência das circunstâncias do fato, tinha todas as condições para saber da procedência ilícita da *res* adquirida, recebida etc. Assim, se não agiu na certeza, ao menos tinha ele dúvida a respeito dessa circunstância. A expressão trata, a rigor, de uma regra probatória, de uma presunção legal de que o agente, diante das circunstâncias do fato, não poderia desconhecer completamente a origem espúria da coisa (*Código Penal interpretado*. São Paulo: Ed. Atlas, 1999, p. 1.186).

A prova produzida nos autos, ao contrário de supor a desqualificação da ação, ou tentativa, impõe inteiramente a realização da ação típica descrita no tipo penal de receptação qualificada, que se exauriu pela utilização de parte do madeiramento, já que apenas 15 das 20 dúzias do madeiramento confessadamente adquiridos foram encontradas em poder do réu.

Pretende, ainda, a defesa a desclassificação do delito de receptação qualificada para a forma culposa, bem como a aplicação da benesse do § 5º do art. 180 do Código Penal, ao argumento de que o sujeito ativo da receptação qualificada somente poderia ser o comerciante.

De início, lembraria que a virtual desqualificação da condição de comerciante do réu não conduziria à imposição da modalidade culposa da ação de receptação, se não à modalidade simples do crime.

Da prova dos autos, vê-se que o apelante teria adquirido madeira destinada à realização de sua atividade econômica de microempresário da construção civil, fato por ele próprio confessado quando apresentou à autoridade policial a petição de f. 33/35, na qual que expõe:

> [...] tais compras são sempre lastreadas por notas fiscais emitidas em nome da firma do requerente, cujo CGC é 06.076.294/0001-11;
> [...] a compra do material feita pelo requerente também seria lastreada por nota fiscal, já que o material se destina a uma obra em outra cidade e já que o mesmo é construtor, participando, inclusive, de certames de licitação em pequenas cidades do Norte de Minas.

Nesse contexto, as ponderações da defesa a respeito do objetivo de lucro na aquisição dos bens que foram objeto de apreensão não sustentam a pretensa desqualificação da condição de comerciante, mesmo porque não é o lucro que caracteriza a condição legalmente exigida, mas a condição de empresário, já que o art. 966 do atual Código Civil brasileiro adotou a "Teoria da Empresa" como delimitadora da atividade comercial, substituindo a antiga conceituação dos atos do comércio como elemento qualificador da atividade do comerciante.

Segundo a dicção legal, o empresário, sinônimo atual de comerciante, é definido como sendo quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, ficando patente que a atividade profissional economicamente organizada de construção civil, mesmo que no formato de microempresário, não pode ser desqualificada como atividade comercial própria, revelando condição fática exigida no tipo penal qualificado.

Portanto, ao contrário do que sustenta a defesa, as próprias declarações do réu expõem, às escâncaras, o cometimento do tipo descrito no art. 180, § 1º, do Código Penal, e não seriam necessárias sequer outras considerações para que a ação se subsumisse no tipo penal, afastando, por completo, a pretensão de privilégio do § 5º do art. 180 do Código Penal, que só é cabível na hipótese da modalidade culposa de ação, o que não é absolutamente o caso dos autos.

Pretende, finalmente, a defesa que se reconheça a inconstitucionalidade do art. 180, § 1º, do Código Penal em razão da razoabilidade e da proporcionalidade da pena aplicada e da ação desenvolvida.

Em que pesem as ponderações da defesa, não alcancei, nem com muito esforço lógico, em que consistiria a inconstitucionalidade alardeada, uma vez que a intenção do legislador não foi outra senão a de apenar com maior gravidade a prática do crime no exercício da atividade empresarial, cuja razão da maior gravidade da pena é justamente a maior censurabilidade que deve recair sobre a conduta daquele que, na qualidade de profissional do comércio, recepta mercadoria de origem ilícita, em função da própria intermediação.

Por outro lado, conforme ressaltou o Min. Eros Grau, quando do julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal do RE 209843/SP, publicado no *DJU* de 19.12.2006, a razoabilidade não pode ser usada como pretexto para o Poder Judiciário corrigir lei.

Ademais, não seria possível ao empresário sustentar sua condição isonômica com a do indivíduo que não exerce tal profissão, porque a qualificação se fixou em razão da atividade profissional, não decorrendo daí senão o fato de que teria maior facilidade em alienar, ou se utilizar dos bens em virtude da própria atividade profissional.

Sobre o tema, precioso é o magistério de Cezar Roberto Bittencourt:

> Pois bem, assim, está posta a divergência. Constata-se, de plano, que a análise crítica limitou-se à comparação das locuções 'sabe' e 'deve saber', ignorando completamente

todos os demais elementos constantes das duas estruturas tipológicas, inclusive, a classificação dos dois crimes, sendo um comum (*caput*) e outro próprio (§ 1º); o desvalor das ações e dos resultados tampouco foi objeto de consideração, embora toda a crítica tenha sido centrada no princípio da proporcionalidade; as condutas distintas igualmente não foram avaliadas.

Percebe-se, mais uma vez, que o absurdo e, hoje, desnecessário uso das locuções 'sabe' e 'deve saber' na tipificação de condutas criminosas, como demonstramos no tópico anterior, só servem para dificultar a interpretação e a boa aplicação da lei penal. Não houvesse o legislador contemporâneo inserido tais expressões nas construções tipológicas, não se estaria perdendo tempo com discussão puramente dogmática, com sérios reflexos nas conseqüências jurídicas do crime.

[...]

Com efeito, o princípio da proporcionalidade exige o respeito à correlação entre a gravidade da pena e a relevância do dano ou perigo a que o bem jurídico protegido está sujeito, e, particularmente, a importância do próprio bem jurídico tutelado. No entanto, o juízo de proporcionalidade, *in concreto*, resolve-se por meio de valorações e comparações. Contudo, nessa relação valorativa não se pode ignorar toda a construção tipológica, com seus diversos elementos objetivos, subjetivos e normativos e, particularmente, desconsiderar o desvalor da ação e o desvalor do resultado, para fixar-se exclusivamente na comparação de duas locuções isoladas - 'sabe' e 'deve saber' - de duvidosa natureza subjetiva ou normativa.

E continua:

Assim, *venia concessa*, consideramos equivocada, por carecedora de fundamento dogmático, a conclusão de que os tipos penais descritos no *caput* e no § 1º ferem o princípio da proporcionalidade porque, segundo entendem, a figura que admite dolo eventual recebe punição mais grave que a outra, que admite dolo direto. Como deixamos claro no tópico anterior, as elementares 'sabe' e 'deve saber', de cunho normativo, não identificam o dolo, que, a partir da teoria normativa pura da culpabilidade, é um dolo psicológico, despido de qualquer elemento normativo. Por isso aquelas expressões não podem ter qualquer relação com o elemento subjetivo que orienta a conduta do agente, especialmente porque o (des)conhecimento (saber ou não) representa apenas o elemento intelectual do dolo, que, para aperfeiçoar-se, necessita também do elemento volitivo, que não está abrangido por aquelas elementares (*Tratado de direito penal*. Parte especial. São Paulo: Ed. Saraiva, v. 3, p. 391).

Aliás, complementaria os argumentos afirmando que não compete ao Poder Judiciário imiscuir-se nas opções da política legislativa acometidas especificamente ao Poder Legislativo que resolveu por bem fixar reprimenda penal de forma diversa entre a ação desenvolvida pelo empresário e a desenvolvida pelo indivíduo comum, mesmo porque seria vedado tomar em conta considerações metajurídicas para afastar a imposição penal legitimamente legislada, sob pena de lesão ao princípio da separação de Poderes.

Certo é que o tipo previsto no *caput* do art. 180 retrata um crime comum, que pode ser cometido por qualquer pessoa, enquanto que a conduta descrita no § 1º do mesmo dispositivo legal constitui figura penal própria, que requer uma qualidade especial do agente e justifica maior imposição penal pela só opção legislativa de tratar com maior censurabilidade aquele que se aproveita de sua condição de empresário ou de comerciante, para adquirir mercadorias ilícitas, porquanto tal opção foi chancelada em função da própria facilidade de destinação e desbaratamento dos bens ilicitamente adquiridos em função do próprio exercício da atividade empresarial, não derivando daí qualquer lesão à norma constitucional.

Nesse contexto, inviável que se dê guarita a qualquer das razões recursais apresentadas.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, pelo apelante, na forma do art. 804 do Código de Processo Penal.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FERNANDO STARLING e EDELBERTO SANTIAGO.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

...

## Uso de documento falso - Concurso de pessoas - Autoria - Materialidade - Dolo genérico - Valoração da prova - Condenação - Inquérito policial - Irregularidade - Ação penal - Nulidade - Não-caracterização

Ementa: Apelação criminal. Uso de documento falso. Irregularidades no inquérito policial. Mera peça informativa que não tem o condão de macular a respectiva ação penal. Absolvição. Impossibilidade. Autorias e materialidade devidamente demonstradas. Conjunto probatório robusto, apto a sustentar a condenação. Elemento subjetivo do tipo evidenciado. Recurso conhecido e desprovido, rejeitada a preliminar.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.02.872270-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Solange de Fátima Morais Alfredo, José Alfredo de Souza - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relatora: DES.ª MÁRCIA MILANEZ

### 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 con-

formidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 23 de setembro de 2008. - *Márcia Milanez* - Relatora.

## Notas taquigráficas

DES.ª MÁRCIA MILANEZ - Solange de Fátima Morais Alfredo e José Alfredo de Souza, qualificados nos autos do processo em epígrafe, foram denunciados como incursos nas sanções do art. 299, *caput*, c/c o art. 304, na forma do art. 69, todos do Código Penal.

Extrai-se da inaugural acusatória que, no ano de 2001, os denunciados, com unidade de propósitos, inseriram declarações falsas em contrato de constituição de sociedade por cotas de responsabilidade limitada, datado de 19 de outubro de 2001, como, por exemplo, endereço falso da sede da empresa, identidades e endereços inexistentes das testemunhas, assim como produziram, de próprio punho, assinaturas das pessoas de Luciane Damascena da Silva e Ronivaldo F. Matias, tudo com o fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

Consta que o documento particular falsificado foi utilizado pelos acusados, que procederam a sua inscrição no Registro Civil das Pessoas Jurídicas desta Capital (f. 02/03).

Após regular instrução probatória, o MM. Juiz de Direito *a quo* acolheu parcialmente os termos da denúncia, condenando Solange de Fátima Morais Alfredo e José Alfredo de Souza nas sanções do art. 304 do Código Penal, ao cumprimento, cada qual, da pena de dois anos de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 dias-multa. A pena privativa de liberdade restou substituída por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária (f. 597/603).

Inconformada, apela a defesa dos réus (f. 605), pugnando, nas respectivas razões de apelação (f. 612/-622), pela absolvição sob o argumento de insuficiência probatória.

As contra-razões foram ofertadas pelo representante do Ministério Público às f. 624/629, batendo-se pelo conhecimento e desprovimento do apelo.

No mesmo sentido, manifesta-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça mediante o parecer de f. 633/636.

É, em síntese, o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Inicialmente, verifico que a defesa aponta supostas irregularidades no inquérito policial, matéria que analiso em sede de preliminar.

Alega o douto causídico que a prisão em flagrante foi efetuada mais de um ano depois da suposta prática delitiva e que os termos de declarações foram apresentados prontos para assinatura dos acusados, sem que os mesmos tivessem prestados os depoimentos ali contidos.

Nesse tópico, é cediço que o inquérito policial constitui peça meramente informativa e, desse modo, as diligências policiais investigativas servem apenas como mecanismo de conhecimento ao titular da ação penal, no sentido de que houve o cometimento de uma infração, para que possa exercer o *jus persequendi in judicio*.

Assim, ocorrendo eventual vício na fase inquisitiva, não estará a ação penal maculada, pois, frise-se, o inquérito policial serve como documento informativo para a propositura da ação penal.

Júlio Fabbrini Mirabete leciona:

> O inquérito policial, em síntese, é mero procedimento informativo, e não ato de jurisdição e, assim, os vícios nele acaso existentes não afetam a ação penal a que deu origem. A desobediência a formalidades legais pode acarretar, porém, a ineficácia do ato em si (prisão em flagrante, confissão etc.). Além disso, eventuais irregularidades podem e devem diminuir o valor dos atos a que se refiram e, em certas circunstâncias, do procedimento inquisitorial considerado globalmente. (*Código de Processo Penal interpretado*: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 37.)

No mesmo sentido, ensina Fernando Capez:

> Não sendo o inquérito policial ato de manifestação do Poder Jurisdicional, mas mero procedimento informativo destinado à formação da *opinio delicti* do titular da ação penal, os vícios por acaso existentes nessa fase não acarretam nulidades processuais, isto é, não tingem a fase seguinte da persecução penal: a da ação penal. A irregularidade poderá, entretanto, gerar a invalidade e a ineficácia do ato inquinado, *v.g.*, do auto de prisão em flagrante como peça coercitiva; do reconhecimento pessoal, da busca e apreensão, etc. (*Curso de processo penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 77).

Sobre o assunto, a jurisprudência já tem seu entendimento:

> *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Reconhecimento fotográfico na fase inquisitorial. Inobservância de formalidades. Teoria da árvore dos frutos envenenados. Contaminação das provas subseqüentes. Inocorrência. Sentença condenatória. Prova autônoma. - 1. Eventuais vícios do inquérito policial não contaminam a ação penal. O reconhecimento fotográfico, procedido na fase inquisitorial, em desconformidade com o art. 226, I, do Código de Processo Penal, não tem a virtude de contaminar o acervo probatório coligido na fase judicial, sob o crivo do contraditório. Inaplicabilidade da teoria da árvore dos frutos envenenados (*fruits of the poisonous tree*). Sentença condenatória embasada em provas autônomas produzidas em juízo. - 2. Pretensão de reexame da matéria fático-probatória. Inviabilidade do *writ*. Ordem denegada (STF - *RHC* 84903/RN – Rel. Min. Sepúlveda Pertence - Julgamento: 16.11.2004 - Órgão Julgador: Primeira Turma).

> Inquérito policial. Vícios. - Eventuais vícios concernentes ao inquérito policial não têm o condão de infirmar a validade jurídica do subseqüente processo penal condenatório. As

> nulidades processuais concernem, tão-somente, aos defeitos de ordem jurídica que afetam os atos praticados ao longo da ação penal condenatória (STF, 1ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello. *DJU*, 04.10.1996, p. 37100).
>
> Processual penal. *Habeas corpus*. Denunciação caluniosa. Justa causa. Limites do *habeas corpus*. Inquérito policial. Inaplicabilidade dos princípios da ampla defesa e do contraditório. Ação penal. ordem denegada. - 1. Em sede de *habeas corpus*, conforme pacífico magistério jurisprudencial, somente se admite o trancamento de inquérito policial ou ação penal por falta de justa causa, quando desponta, induvidosamente, a inocência do indiciado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade, circunstâncias não demonstradas na hipótese em exame. - 2. As impressões dos impetrantes sobre a parcialidade das autoridades locais não podem ser consideradas, haja vista que não teriam o condão de afastar a tipicidade da conduta das pacientes, objetivamente relatadas nos autos, além da impossibilidade de dilação probatória na via estreita do *habeas corpus*. - 3. Eventuais vícios procedimentais ocorridos no inquérito policial não teriam o condão de inviabilizar a ação penal, haja vista que aquele constitui mera peça informativa, não sujeito aos princípios da ampla defesa e do contraditório (STJ - *HC* 38831 – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima - Órgão Julgador - 5ª Turma - Julgamento: 12.04.2005 - Publicação: 20.06.2005).
>
> Criminal. R*HC*. Falsidades documentais. Ilegalidade das provas que embasaram a denúncia. Impropriedade do *writ*. Inquérito policial. Possíveis vícios que não maculam eventual processo-crime. Ofensa ao princípio do contraditório. Não-configuração. Peça meramente informativa. Recurso desprovido (STJ - R*HC* 15814/CE - Rel. Min. Gilson Dipp - Órgão Julgador: 5ª Turma - Julgamento: 25.05.2004 - Publicação: 02.08.2004).

Pelos fundamentos acima, rejeito a preliminar.

Passo à análise do mérito recursal.

Extrai-se da inaugural acusatória que, no ano de 2001, os denunciados, com unidade de propósitos, inseriram declarações falsas num contrato de constituição de uma sociedade por cotas de responsabilidade limitada, datado de 19 de outubro de 2001, como, por exemplo, endereço falso da sede da empresa, identidades e endereços irreais das testemunhas, assim como produziram de próprio punho assinaturas das pessoas de Luciane Damascena da Silva e Ronivaldo F. Matias, tudo com o objetivo de alterar verdade sobre fato juridicamente relevante.

Consta que o documento particular falsificado foi utilizado pelos acusados, que procederam a sua inscrição no Registro Civil das Pessoas Jurídicas desta Capital.

A irresignação trazida ao exame recursal resume-se ao fundamento de insuficiência probatória, postulando-se, assim, a absolvição.

Compulsando detidamente todo o acervo processual, verifico que a sentença prolatada pelo culto e probo Juiz da 1ª Vara Criminal da Capital está em perfeita sintonia com as provas produzidas, não merecendo qualquer reparo.

A materialidade resta comprovada através do APF de f. 05/11, auto de apreensão (f. 15), documentos de f. 16/24, laudo de f. 386/389, assim como dos termos de declarações.

A autoria, por sua vez, restou sobejamente comprovada, apesar da negativa dos acusados tanto na fase inquisitiva (f. 07/11) quanto em juízo (f. 468/471).

De fato, há importantes testemunhos, destacados a contento pelo Ministério Público em várias oportunidades e pelo Juízo singular, sendo prescindíveis novas transcrições.

Pelo que se depreende dos autos, os denunciados, a fim de regularizar a sociedade por cotas de responsabilidade limitada, CTO Prestadora de Serviços, no Serviço de Registro Civil das Pessoas Jurídicas e, diante da impossibilidade de José Alfredo constar como um dos sócios, usaram o nome de sua empregada doméstica Luciane Damacena da Silva para figurar como sócia, juntamente com Solange, no contrato de constituição da empresa, sem o seu consentimento.

É o que se verifica do depoimento da testemunha Luciane às f. 441/442, em que assevera que somente tomou conhecimento do documento na delegacia especializada, informando que, certa vez, Solange foi até a sua residência e pediu para que assinasse diversos papéis, sob o argumento de que Priscila, secretária da empresa:

> havia feito uma reclamação trabalhista e que um daqueles documentos era uma carta em que a depoente afirmava que trabalhava na residência como doméstica e que tais documentos eram para fazer defesa na Justiça do Trabalho.

Os acusados apresentaram no contrato da empresa assinaturas de duas testemunhas, Sandra Maria de Moraes (irmã de Solange), Alisson Morais Queiroz (sobrinho de Solange) e de um advogado, Dr. Leopoldo Magnani Júnior.

Sandra e Alisson afirmaram que assinaram o referido instrumento constitutivo a pedido de Solange, mas reconheceram que os números de identidades insertos não correspondem aos verdadeiros, tendo sido, portanto, adulterados (depoimentos f. 506 e 549).

Do mesmo modo, Leopoldo Magnani asseverou que jamais participou da confecção do contrato da sociedade, também não sendo sua a assinatura nele constante (f. 507).

O laudo de f. 386/389 é categórico ao concluir que as assinaturas de Sandra, Alisson e Leopoldo são falsas, ou seja, não partiram do punho subscritor de seus respectivos titulares.

Extrai-se, ainda, que os acusados com o propósito de formarem uma nova empresa CTO Service Administradora Ltda., mais uma vez utilizaram o nome de Luciane e agora de Priscila Aparecida Cândido.

Priscila informou ser secretária da empresa CTO Prestadora de Serviços Ltda., e, em certa ocasião, Solange e José Alfredo solicitaram que assinasse alguns

documentos, para que ela representasse a sociedade em atos de administração, mas, tempos depois, foi surpreendida ao ver um contrato de constituição de outra sociedade em que era sócia majoritária, o que lhe deu ensejo a procurar a Polícia e pedir providências, conforme consta do depoimento do condutor do APF, Sérgio Ribeiro Duarte, às f. 05/06.

Esse segundo contrato detinha como testemunhas as pessoas de Marcelo de Oliveira, Ronivaldo F. Martins e, novamente, como advogado, Dr. Leopoldo Magnani.

Conforme já demonstrado, o referido advogado disse que jamais assinou qualquer contrato, o que foi confirmado pelo laudo pericial.

Também, a mesma perícia grafotécnica (f. 386/-389) confirmou que as assinaturas de Ronivaldo F. Martins e de Luciane Damascena da Silva são falsas e partiram do punho subscritor da acusada Solange.

Os dois contratos foram efetivamente utilizados como se autênticos fossem, para inscrição de registros no Serviço de Registro Civil das Pessoas Jurídicas da Capital.

Por fim, registro que o dolo, nesta espécie de delito, é genérico e consiste na vontade deliberada de usar o documento com a consciência de sua falsidade.

Comentando o delito em questão, advertiu o insigne criminalista Nelson Hungria:

> que não menos criminoso que a falsificação documental, material ou ideológica, é o uso do documento falso. É com o uso que o documento falso vai exercer a função maléfica a que é destinado. O nosso Código Penal submete à mesma pena o falsificador e o usuário. É o que se vê do art. 304: 'Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302: Pena - a cominada à falsificação ou à alteração'. Fazer uso de documento falso é fazê-lo ou tentar fazê-lo passar como autêntico ou verídico. Por outras palavras: é o emprego ou tentativa de emprego de tal documento como atestado ou meio probatório (aparentemente informado de coação jurídica) do fato juridicamente relevante a que se refere (*Comentários*, v. IX, p. 297/298).

A tese defensiva de ignorância acerca da falsidade do documento do apelante José Alfredo não pode prevalecer, por absolutamente inconvincente. Ignorância pressupõe total ausência de conhecimento de determinada matéria. No caso do uso de documento falso, o que exclui o dolo é a total ignorância da falsidade, o que não é o caso dos autos.

O apelante, diga-se, marido da acusada Solange, confessou ser gerente da empresa e participar diretamente de sua administração, conforme f. 470/471, não sendo crível imaginar que sua esposa tenha realizado a falsificação dos dois contratos sociais sem que ele tenha tido conhecimento da manobra delituosa.

Verifica-se, assim, que os elementos de convicção coligidos nos autos não deixam a mínima dúvida quanto ao fato de que os apelantes estavam em conluio e fizeram uso dos contratos sociais falsificados, razão pela qual não merece guarida o pleito absolutório.

Também é de inteira propriedade a manutenção das penas privativas de liberdade atribuídas, visto que corretamente sopesadas pelo Magistrado sentenciante no mínimo legal, sendo, ainda, sabiamente, substituídas por duas restritivas de direitos.

Ante o exposto, em consonância com o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, conheço do recurso, rejeito a preliminar levantada e, no mérito, nego-lhe provimento, mantendo incólume a sentença vergastada, na forma supradelineada.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES EDUARDO BRUM e JUDIMAR BIBER.

*Súmula* - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

...

## Furto qualificado - Rompimento de obstáculo - *Res furtiva* no interior de veículo - Concurso de pessoas - Valoração da prova - Princípio do livre convencimento - Condenação - Fixação da pena - Critérios da suficiência e da necessidade - Circunstâncias judiciais - Agravante - Reincidência - Pena privativa de liberdade - Substituição por restritiva de direitos - Impossibilidade

Ementa: Furto qualificado. Absolvição. Impossibilidade. Conjunto probatório firme e idôneo. Decote das qualificadoras. Descabimento. Redução da pena. Necessidade. Substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direitos. Não-recomendação.

- Por não ser contrário ao texto expresso na lei nem à evidência dos autos, o decreto condenatório que, refletindo a livre apreciação das provas, se estriba na concordância da apreensão da *res furtiva* em poder do réu com outras fontes de convicção deve ser mantido.

- A quebra de vidro de veículo pelo agente para a subtração de coisas que se encontravam no interior do automóvel configura a qualificadora prevista no art. 155, § 4º, I, do CP, visto que os vidros são inegavelmente obstáculos externos à subtração da coisa, tendo por função dificultar ou impedir o acesso aos objetos que se encontrem dentro do mesmo.

- Comprovado o liame subjetivo entre os agentes, para a prática de furto, não deve ser decotada a qualificadora prevista no inciso IV do § 2º do art. 155 do CP.

- Verificando-se que a pena foi sopesada em primeira instância de forma exacerbada e em dissonância com as circunstâncias judiciais, que se apresentaram apenas em parte desfavoráveis ao acusado, impõe-se a respectiva redução, para que sejam observados os critérios da suficiência e da necessidade, de modo a se alcançar a tríplice finalidade da pena.

- Restando o réu condenado pelo crime de furto e verificando-se que ele é reincidente em crimes contra o patrimônio, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não se mostra recomendável.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.03.971909-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Flávio Henrique Magalhães - Co-réus: Robson Moreira de Souza e Thiago Guedes da Silva - Relator: DES. VIEIRA DE BRITO**

**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 DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 21 de agosto de 2008. - *Vieira de Brito* - Relator.

**Notas taquigráficas**

DES. VIEIRA DE BRITO - Flávio Henrique Magalhães, Robson Moreira de Souza e Thiago Guedes Silva foram denunciados como incursos no art. 155, § 4°, I e IV, do CP.

Narra a denúncia que, no dia 26.02.2003, por volta das 12h, na Rua Amarantina, Bairro Betânia, nesta Capital, os acusados, agindo com comunhão de propósitos, subtraíram para si, mediante rompimento de obstáculo, uma pasta marrom, que continha 25 CDs MP3 avaliados em R$ 129,50, pertencente à vítima João Batista de Magalhães Neto.

Consta que a vítima parou o veículo Fiat/Palio em frente à empresa Sistema Integrado de Segurança e se dirigiu ao interior da mesma.

Ao retornar, constatou que o automóvel tinha sido arrombado e sua pasta subtraída. Naquele momento, a testemunha Renato Pereira dos Santos lhe informou que tinha presenciado dois rapazes em atitude suspeita entrar num carro Ford/Fiesta, cuja placa ele anotara.

De posse dessa informação, a Polícia Militar localizou o veículo e logrou êxito em prender os três denunciados ainda na posse da *res furtiva*.

Após a instrução criminal, o d. Juiz *a quo* julgou procedente a denúncia e condenou os réus Flávio Henrique Magalhães, Robson Moreira de Souza e Thiago Guedes Silva como incursos no art. 155, § 4°, I e IV, do CP, impondo-lhes, respectivamente, as penas de 03 anos e 06 meses de reclusão, em regime fechado, e 30 dias-multa; 02 anos de reclusão, em regime aberto, e 12 dias-multa; 02 anos de reclusão, em regime aberto, e 12 dias-multa.

Inconformada, a defesa de Flávio interpôs a apelação, pleiteando sua absolvição por ausência de provas, o decote das qualificadoras, a redução da pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

A Promotoria contra-arrazoou o recurso, pugnando pelo seu conhecimento e desprovimento, sendo respaldada pelo parecer da Procuradoria-Geral de Justiça.

No essencial, é o relatório.

Conheço da apelação, pois estão presentes seus requisitos extrínsecos e intrínsecos.

Não sendo argüidas preliminares, nem vislumbrados vícios na prestação jurisdicional, passo ao exame do mérito.

A materialidade está comprovada pelo boletim de ocorrência (f. 07/11), pelo auto de apreensão (f. 16), pelo termo de restituição (f. 17), pelo laudo de avaliação (f. 34/35) e pelo laudo pericial (f. 40/42).

A autoria, inconformismo da defesa, também restou devidamente apurada nos autos, estando a prova clara e apta a manter a condenação.

Com efeito, em que pese a negativa dos réus, a forma como os fatos ocorreram não deixa dúvidas de que o ora apelante foi uma das pessoas responsáveis pela subtração da pasta pertencente à vítima João Batista de Magalhães Neto.

A vítima narrou que estacionou o carro em frente à empresa Sistema Integrado de Segurança e, quando retornou, constatou a quebra da porta do veículo e a subtração de seus bens, sendo informado pela testemunha Renato de que rapazes suspeitos formam vistos entrando em um veículo Ford/Fiesta (f. 15).

A referida testemunha, a seu turno, foi clara em asseverar:

> [...] observou que dois rapazes saíram correndo, entraram em um veículo Fiesta, conduzido por um terceiro, e saíram rapidamente do local, tendo o fato chamado a atenção do depoente, pois pensou ter ocorrido algum furto, sendo assim anotou a placa do veículo e perguntou nas vizinhanças se teria ocorrido algum furto; logo em seguida, apareceu o Sr. João Batista, proprietário de um veículo Pálio que estava estacionado no local, e constatou que seu veículo fora arrombado e que fora subtraída uma pasta contendo CDs; que o interessado acionou a PM, e, posteriormente, foram detidos 3 suspeitos que usavam o veículo Fiesta; [...] reconheceu o conduzido identificado por Flávio Henrique, como sendo um dos rapazes que foi visto fugindo e que entrou no veículo Fiesta (f. 20, sendo tal depoimento confirmado em juízo, à f. 195).

O policial Dárcio de Souza Lima, responsável pela prisão, fez constar no boletim de ocorrência:

> [...] deparou com o veículo Fiesta, sendo que a interceptação do veículo foi realizada pelos componentes da GU, juntamente com as *bikes*; que fizeram a abordagem do Fiesta, sendo encontrada, durante a busca, a pasta com os CDs no interior do porta-malas do veículo Fiesta. Compareceu ao local o Sr. João (vítima), que reconheceu a pasta como sendo o produto do furto [...].

Observe-se que tais assertivas foram confirmadas em juízo à f. 165.

Vê-se, pois, que, logo após a subtração, a Polícia foi eficiente em encontrar os réus ainda na posse dos bens subtraídos, bem como a testemunha reconheceu o apelante como sendo uma das pessoas que se evadiram do local do crime, de maneira suspeita.

Em relação ao primeiro ponto, vale ressaltar que a jurisprudência já decidiu:

> Furto qualificado. Provas. Conjunto suficiente à condenação. Negativa de autoria. Apreensão da *res furtiva* em poder do réu. Inversão do *onus probandi*.
> - Comprovadas materialidade e autoria, não se pode falar em insuficiência de provas para a manutenção do decreto condenatório. A apreensão da *res furtiva* em poder do réu inverte o ônus da prova, devendo a defesa trazer justificativa plausível para a posse dos objetos subtraídos. A justificativa inverossímil ou duvidosa transmuda a presunção em certeza da autoria.
> - Praticado o furto em concurso de agentes e mediante escalada e rompimento de obstáculo à subtração, devem ser reconhecidas as qualificadoras respectivas.
> Apelação ministerial provida (Des. Ediwal José de Morais - Apelação Criminal 1.0479.03.066474-8/001 - pub. em 10.10.2007).

Entretanto, as defesas não conseguiram comprovar as alegações dos réus de que teriam adquirido referida pasta de terceira pessoa.

Nesse contexto, a condenação é de rigor, estando claro que os réus praticaram o delito a eles imputado na denúncia.

Quanto ao pedido de decote da qualificadora do rompimento de obstáculo, em que pese a laboriosa argumentação da combativa defesa, tenho que razão não lhe assiste, porquanto a violência não foi empregada contra o veículo para o furto deste, mas sim contra a porta do mesmo, que tem por finalidade proteger objetos que estejam no seu interior, como é o caso de uma pasta.

Na lição do renomado Professor Cezar Roberto Bitencourt:

> Obstáculo é tudo o que é empregado para proteger a coisa contra eventual ação delitiva. Não se considera obstáculo aquilo que integra a própria coisa, como, por exemplo, os vidros do automóvel, a menos que sejam rompidos para subtrair os objetos que se encontram no interior do veículo, mas não para subtrair o próprio; [...]. É indispensável que a violência seja exercida contra um obstáculo exterior à coisa que se pretende subtrair; contudo, o obstáculo pode ser interno ou externo: externo, quando a violência se direciona, por exemplo, a obstáculo que objetiva impedir o acesso à parte interna de uma casa ou edifício ou qualquer outro ambiente fechado [...]. Enfim, para efeitos penais, não constitui obstáculo a resistência inerente à própria coisa, que por si mesma dificulte sua subtração. O obstáculo deve ter a finalidade de proteger o patrimônio, e para vencê-lo o agente deve empregar violência para destruí-lo ou rompê-lo (*Tratado de direito penal*. Parte especial. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003, v. 3, p. 28).

No mesmo sentido leciona o ilustre mestre Júlio Fabbrini Mirabete:

> Se o agente inutiliza, desfaz, desmancha, arrebenta, rasga, fende, corta ou deteriora um obstáculo, como trincos, portas, janelas, fechaduras, fios de alarme etc., que visam impedir a subtração, o furto é qualificado. Basta para isso a destruição total ou parcial de qualquer elemento do obstáculo (*Código Penal interpretado*. 3. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2003, p. 1.119).

Já em relação ao decote da qualificadora do concurso de agentes, novamente sem razão a defesa, já que restou comprovado o liame subjetivo entre eles, mormente em decorrência das declarações da testemunha Renato, e a forma como os fatos se desenrolaram.

De fato, no caso em comento, constatou-se que dois dos acusados, entre eles o apelante, se dirigiram até o carro da vítima e de lá subtraíram a *res*, evadindo-se do local no Ford Fiesta. Logo, está clara a união de esforços e desígnios, devendo ser mantida a referida qualificadora.

Dessarte, como bem observou a d. Promotoria:

> Aliás, no tocante à qualificadora em estudo, foi questionada a hipótese de sua inconstitucionalidade, por lesão ao princípio da proporcionalidade. Ocorre que, tomada a referência do roubo, o furto constitui crime autônomo, com qualificadoras próprias, distintas daquelas situações capazes de aumentar a pena no caso do roubo (f. 265).

O simples fato do aumento da pena pelo concurso de agentes ser diferente nos crimes de roubo e furto em nada viola o princípio da proporcionalidade, já que se trata de crimes diferentes, sendo tão-somente do mesmo gênero (contra o patrimônio).

Tanta é a diferença entre um e outro que o legislador dispôs a referida circunstância, no primeiro delito, como majorante, enquanto no segundo, como qualificadora.

Assim, não há qualquer violação ao princípio da proporcionalidade, e sim a efetivação do princípio da isonomia, em que se dá tratamento diferenciado a casos diferentes.

Por fim, no que se refere à pena-base, vejo que parcial razão assiste à defesa, já que a pena aplicada se mostrou alta, razão pela qual passo a uma nova dosimetria da pena:

A culpabilidade, entendida como grau de reprovação, foi mais acentuada do que a média. Possui o réu bons antecedentes, vide CAC de f. 51/52. Não

foram realizados exames próprios para aquilatar sua personalidade, devendo ser tida como favorável. Sua conduta social é boa, como restou demonstrado pela prova testemunhal. As conseqüências não podem ser tidas como ruins, já que inerentes ao tipo qualificado. Os motivos são inerentes à espécie. A vítima em nada contribuiu para a perpetração do delito.

Ponderadas essas circunstâncias judiciais, fixo a pena-base em 02 anos e 03 meses de reclusão e 11 dias-multa.

Aumento a pena em 06 meses pela reincidência e 02 dias-multa, tornando-a definitiva em 02 anos e 09 meses de reclusão e 13 dias-multa, à míngua de atenuantes, majorantes ou minorantes.

Considerando o disposto no art. 33, §§ 2º e 3°, do CP, abrando o regime para o semi-aberto.

Considerando que o réu é reincidente em crimes contra o patrimônio, vejo que não é recomendável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Mediante tais considerações, dou parcial provimento ao recurso defensivo para reduzir a pena do apelante, fixando-a em 02 anos e 09 meses de reclusão, em regime semi-aberto, e 13 dias-multa, mantidos os demais termos da r. sentença.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES HYPARCO IMMESI e BEATRIZ PINHEIRO CAIRES.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...

## Estupro - Menor de quatorze anos - Presunção de violência - Ação penal - Representação - Vício de forma - Não-ocorrência - Denúncia - Ministério Público - Legitimidade - Depoimento da vítima - Credibilidade - Consentimento e experiência não configurados - Valoração da prova - Condenação - Fixação da pena - Critério - Grau de parentesco - Causa de aumento da pena - Aplicabilidade

Ementa: Apelação criminal. Estupro. Violência presumida. Majorante. Réu absolvido. Inconformismo do Ministério Público. Representação. Autoria e materialidade suficientemente comprovadas. Vítima dita experiente em assuntos sexuais, apesar de menor de quatorze anos. Estudos social e psicológico que desmerecem tal tese. Palavra da ofendida. Valor. Crime configurado. Pena. Majorante do art. 226, inciso II, considerada, por ser o réu tio da vítima.

- "A representação, como condição de procedibilidade da ação penal, prescinde de fórmula rígida" (STJ; RT 725/517), "bastando apenas a manifestação espontânea de vontade, para que a persecução criminal seja iniciada" (STJ; TSTJ 62/283). Na espécie, denúncia encaminhada à Secretaria Adjunta de Direitos Humanos, órgão do Governo Estadual, legitima a atuação do Ministério Público.

- "Não há dúvida de que o legislador, ao fixar o limite de 14 anos, teve em mente a psicogênese da criança, sem esquecer que, a cada etapa do seu desenvolvimento, à medida que se lhe abrem novos horizontes, com inovações e novas descobertas, ela forma a sua unidade, que outra coisa não é senão a reunião de fragmentos 'feita de contrastes e conflitos'. É evidente que um ser que se metamorfoseia dessa forma, até atingir o seu grau normal de maturidade, não sabe querer. O seu consentimento é sempre a representação de uma visão distorcida de perspectiva de vida. Nem sempre o menor sabe querer, pouco importando o acúmulo de informações mal dirigidas que lhe endereça aquilo que se convencionou chamar de moderna civilização. Outra, pois, não foi a razão pela qual o legislador amparou o menor, negando validade ao seu consentimento, como ocorre na hipótese do art. 224 do Código Penal" (TJSP).

- "Em tema de delitos sexuais, é verdadeiro truísmo dizer que quem pode informar da autoria é quem sofreu a ação. São crimes que exigem isoladamente o afastamento de qualquer testemunha, como condição mesma de sua realização" (TJSP, *RT* 442/380).

- "Atualmente, tanto a doutrina como a jurisprudência têm admitido que a hipótese de presunção de violência prevista no art. 224, *a*, do CP é apenas relativa (*juris tantum*), e não absoluta (*juris et de jure*); para desconstituí-la, no entanto, como pode excepcionalmente ocorrer, são necessários argumentos probatórios idôneos, não bastando apenas tentar abalar o conceito moral da ofendida, sem a força indispensável ao fim almejado" (TJSC). Situação dos autos, onde bem elaborados estudos social e psicológico deitam por terra a tese abraçada pela douta decisão de 1º grau.

- Sendo o réu tio da vítima, é natural que dispusesse de ascendência sobre ela (Código Penal, art. 226, inciso II).

- "O juiz tem poder discricionário para fixar a pena-base dentro dos limites legais, mas este poder não é arbitrário, porque o *caput* do art. 59 do Código Penal estabelece um rol de oito circunstâncias judiciais que devem orientar a individualização da pena-base, de sorte que, quando todos os critérios são favoráveis ao réu, a pena deve

ser aplicada no mínimo cominado; entretanto, basta que um deles não seja favorável para que a pena não mais possa ficar no patamar mínimo" (STF).

Recurso provido.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0329.07.000401-8/001 - Comarca de Itamoji - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: B.S. - 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 DAR PROVIMENTO. MANDADO DE PRISÃO.

Belo Horizonte, 7 de agosto de 2008. - *Beatriz Pinheiro Caires* - Relatora.

**Notas taquigráficas**

DES.ª BEATRIZ PINHEIRO CAIRES - Conheço do recurso interposto, porque presentes os pressupostos de admissibilidade a tanto necessários.

O apelado tornou-se destinatário da presente ação, vinda com fincas nos arts. 213 (estupro), 224, alínea *a* (violência presumida: vítima que contava menos de quatorze anos ao tempo dos fatos) e 226, inciso II (majorante: o agente seria tio da ofendida), todos do Código Penal, porque, nos termos da inicial, em novembro de 2005, pela vez primeira e, após, em outras oportunidades, ele teria constrangido M.F.B.P. a consigo manter conjunção carnal (f. 2/4).

Em suas alegações finais (f. 118/125), ele ofertou preliminares de inépcia da inicial e de nulidade do processo, firmando-se a primeira na ausência de prova inequívoca quanto à idade da vítima, nada vindo a mostrá-la como menor de quatorze anos, condição necessária à caracterização do crime de estupro (f. 119).

Acertadamente, o douto Juízo monocrático viu comprovada a idade de M.F.B.P., inferior a quatorze anos, ao tempo dos fatos, nos dados lançados na ocorrência policial (f. 127).

Noutro giro, a nulidade do processo foi vista como decorrente da inexistência de declaração de pobreza da representante legal da aludida menor, não satisfeita, por conseguinte, a condição anotada no art. 225, § 1º, inciso I, do Código Penal (f. 119).

De igual sorte, o ilustre Sentenciante de 1º grau deixou de abraçar a pretensão do réu, ao considerar que o estado de miserabilidade da vítima seria patente e conhecida por seu ofensor (f. 127).

De outro lado, no entanto, entendeu grave a falta de representação nos autos, mas, por ter o réu permanecido silente a respeito e também porque, no mérito, ele já firmara entendimento favorável ao destinatário da lide, deu por ultrapassada a questão (f. 127-128).

A esse ponto, vejo oportuno trazer à colação, mormente pelo fato de não concordar com a absolvição afinal havida na instância de origem:

> A jurisprudência tem-se mostrado tolerante quanto ao formalismo da representação, bastando apenas a manifestação espontânea de vontade, para que a persecução criminal seja iniciada (STJ, *Habeas corpus*, Relator Ministro Fláquer Scartezzini, *JSTJ* 62/283).
>
> A representação a que se refere o art. 225, § 2º, do CP não depende de forma especial, bastando que o representante se dirija à autoridade competente para noticiar o delito, pois é de se presumir que, com essa atitude, pretenda a adoção de providências cabíveis (STF, 1ª Turma, *Habeas Corpus* nº 72.376, Relator Ministro Sydney Sanches, *DJU* de 9.6.1995, p. 17.234).

Pois bem, não tendo pai a então menor vítima de estupro e sofrendo a sua mãe de problemas mentais (f. 11), foram os graves fatos atribuídos ao réu B.S., tio da ofendida M.F.B.P., denunciados anonimamente à Secretaria de Direitos Humanos de Belo Horizonte (f. 10), entendendo o ilustre Prolator da sentença combatida que a autora da denúncia em tela fora "O., irmã do acusado" (f. 128), logo, tia de M.F.

Num quadro tal, a exemplo do ocorrido com o Ministério Público, vislumbro na

> busca de auxílio junto à Secretaria Adjunta de Direitos Humanos, órgão do Governo Estadual, (uma) clara intenção e interesse (de familiares) da vítima na apuração dos fatos, mediante a dificuldade que encontravam, tendo em vista que a garota permanecia na residência de sua avó, onde também morava o agressor (f. 142),

ainda que, a alguns de seus membros (*v. g.*, J., irmã de M.F.), a opção adotada tenha passado por ignorar a inaceitável situação a que se encontrava submetida a vítima.

Nem se olvidem dizeres contundentes da própria ofendida, constantes no boletim de ocorrência (f. 11) e registrados na douta decisão hostilizada (f. 129), assim:

> [...] que realmente está grávida e que seu tio B.S. (maior de idade) e seu irmão R.B.P. (menor de idade) vêm mantendo relação sexual com a mesma desde o início do ano 2005, e que tal relação sempre foi sem seu consentimento, mediante ameaça [...]. A menor alega que só não denunciou tal prática abusiva de seu irmão e tio por estar com receio de represália do autor e menor infrator [...].

Legítima, assim, a meu ver, a atuação desenvolvida pelo Órgão Ministerial nestes autos, valendo registrar:

> [...] A jurisprudência firmou que basta a descrição genérica dos fatos, sem a individualização da conduta do acusado,

> para a validade da denúncia. O atestado de pobreza pode ser substituído por outros elementos que denotem a condição de miserabilidade da família da vítima, dando legitimidade ao *Parquet* para o oferecimento da denúncia mediante o pedido de providências que configura uma representação [...] (TJMG, 3ª Câmara Criminal, Apelação Criminal nº 1.0395.02.003392-8/001, Relator Des. Antônio Carlos Cruvinel, j. em 26.3.2007, p. no *DJMG* de 3.7.2007).

Seguindo e firme em que o processo não disporia de prova suficiente ao amparo de decreto condenatório, o ilustre Juízo singular acabou absolvendo o réu (f. 126/135), fazendo assinalar, ao final de sua decisão:

> [...] Resumindo, embora tenha ficado provada a ocorrência de diversas conjunções carnais entre vítima e acusado, no período aproximado de agosto a dezembro de 2005, todas as provas indicam que a vítima consentiu nessas relações, que não ocorriam sob violência ou grave ameaça, e apontam ainda no sentido de que a vítima tinha experiência suficiente para que seu consentimento possa ser aceito como válido pela Justiça, apesar de sua idade (f. 134).

Após ilustrar seu pensamento, sobre ser relativa a presunção de violência descrita no art. 224, alínea *a*, do Código Penal, com dois julgados, ele concluiu:

> Afastada a possibilidade de aplicação de violência presumida ao caso em exame, em razão da experiência sexual da vítima, e não havendo provas de ocorrência de violência real ou grave ameaça, deve ser indeferida a denúncia (f. 135).

Com o inconformismo do Ministério Público (f. 138/153) e ao exame dos autos, reitero que o expediente anônimo de f. 12 e 13 é que deu origem às providências a partir de então adotadas, entendendo o ilustre Sentenciante de 1º grau que fora da lavra de O.B. - irmã do acusado e tia da vítima (f. 109) -, que muito odiaria o réu, agradando-lhe a idéia de "que ele pudesse vir a ser condenado" (sentença de f. 128).

Qualquer que tenha sido a intenção de O. - ou de outrem -, certo é que a preocupação constante de f. 13 se mostrou justificada, de tudo brotando que, aos seus onze anos de idade (f. 85), M.F. começara a sofrer abusos sexuais, partidos de seu irmão R.B., menor, como por ela declarado (f. 35.36, 85/86 e 105/106) e pelo próprio confirmado - aqui, sem menção à época primeira (f. 37/38).

Depois, "desde o início do ano de 2005", também seu tio B., ora acusado, passara a dela se servir sexualmente (f. 10) - como ela nasceu em 1º de fevereiro de 1992 (f. 35), contaria doze anos, ao ensejo, ou acabara de completar treze -, valendo conferir às f. 35/36, 85/86 e 105/106.

Num quadro tal, se M.F. se transformou, de fato, em pessoa sempre muito disposta para o sexo, dotada de "vasta experiência sexual", "de grande maturidade sexual", havendo, mais, entre ela e o tio, "um histórico de sedução", que em nada a amedrontava, segundo o douto Julgador *a quo* (f. 128/131), é inequívoco que contou, na passagem de seus doze para treze anos, com a grande colaboração do réu, então com quarenta e quatro, quarenta e cinco anos de vida (f. 95), apto, assim, em tese, a bem lhe ensinar "coisas de sexo".

Referiu-se, ainda, o ilustre Magistrado de 1º grau a que, "muito antes do suposto estupro, ocorrido em novembro de (2005) [...], indícios (estariam a apontar) no sentido de um envolvimento sexual de M.F. também com V." (f. 131), seu atual companheiro (f. 39).

A propósito, os "indícios" assinalados residem, em parte considerável, nos dizeres da avó da vítima (f. 27) e também mãe do acusado (f. 19), M.M.S., na fase inquisitorial, onde, contundentemente, denegriu a imagem da neta e respectiva mãe, F., dizendo até que esta "[...] 'dava' sua cama para que sua filha M.F. tivesse relacionamento sexual com algum homem [...]" (f. 27).

M.M., por não ter sido arrolada por seu filho, réu nestes autos (f. 97) - nem interessando a sua oitiva como testemunha do juízo -, não esteve na fase judicial. Com relação a F., porque falecida, não houve como se manifestar sobre as graves acusações que lhe foram dirigidas, por sinal, partidas, aqui, única e exclusivamente, de M.M., muito provavelmente para o fito de melhorar a situação de seu filho.

Apesar da inexistência absoluta, nestes autos, de prova em torno da aludida prostituição, na douta decisão de 1º grau, ficou constando:

> [...] Não admira que a filha tenha sido prostituída pela mãe, inclusive com o tio e com os irmãos. Infelizmente, a mãe F. não chegou a ser ouvida, tendo falecido pouco depois (f. 129).

Não houve "irmãos", mas apenas R.B., e, se se considera que M.F. foi "prostituída [...], inclusive com o tio", como deste afastar toda e qualquer responsabilidade em atos praticados com uma menina de doze, treze anos?

De outro lado, existindo notícia de que, "desde o início do ano 2005", a vítima mantinha relações sexuais com o réu e R.B. (f. 10) - situação reconhecida na respeitável sentença hostilizada (f. 129) -, não me pareceu convincente a colocação de que um relacionamento nascido "por volta de maio de 2005 (entre M.F. e V.) tenha sido bem anterior ao suposto estupro", como está à f. 131.

Aliás, na decisão em tela, há confusões em torno de datas, tanto se falando que o suposto estupro ocorreu em novembro de 2005 (f. 131), como se tendo por "provada a ocorrência de diversas conjunções carnais entre vítima e acusado, no período aproximado de agosto a dezembro de 2005" (f. 134).

Noutro giro, observo que a menor nunca se interessou pela condenação do tio - o que confere maior credibilidade às suas declarações -, tendo ficado consignado à f. 86:

> [...] que o seu sentimento em relação a eles (agressores) é de ódio, no entanto, não quer nenhuma punição, queria esquecer e quero que todo mundo esqueça, quero viver minha vida e, se acontecer alguma coisa com eles e um dia eu tiver que voltar para minha casa, eles podem fazer mal para meu filho [...].

Em tema de estupro, encontra-se assente:

> [...] A palavra da vítima, nos crimes contra os costumes, quando em perfeita harmonia com outros elementos de certeza dos autos, reveste-se de valor probante e autoriza a conclusão quanto à autoria por ela apontada [...] (STJ, 6ª Turma, *Habeas Corpus* nº 9.289/SP, j. em 18.10.1999, *DJ* de 16.11.1999, p. 230);
>
> Em infrações de natureza sexual, há que se dar elevado crédito ao depoimento da própria vítima, já que, em delitos deste jaez, cometidos quase sempre às ocultas, mostra-se difícil a obtenção de prova material (TJMG, 2ª Câmara Criminal, Apelação Criminal nº 000.318.035-3/00, Relator Des. Reynaldo Ximenes Carneiro, j. em 10.4.2003);
>
> Estupro. Comprovação através do exame de corpo de delito. Autoria. Palavra da vítima - Credibilidade. - Nos crimes contra os costumes, praticados, em regra, furtiva e clandestinamente, a palavra da vítima assume maior relevância, sendo suficiente a fundamentar um decreto condenatório, desde que encontre ressonância nos demais elementos da prova. - Recurso desprovido (TJMG, Apelação Criminal nº 1.0000.00.195837-0/000, j. em 3.10.2000, p. em 10.10.2000).

Aqui, os dizeres de M.F. guardam sintonia com inúmeros outros, no tocante à presença de conjunção carnal entre ela e B. (f. 29/30 e 107/108, 37/38, 109), tornando inócuas as negativas do réu quanto ao fato (f. 19/20 e 93/94).

Dessarte:

> Malgrado a reserva, a prevenção mesmo, com que se deve acolher a palavra de menores, não é ela de ser rejeitada quando avulta um conjunto probatório que se afirma em extensão e profundidade, capaz de fundamentar, com segurança, um convencimento positivo a respeito da responsabilidade criminal (TJSP, Relator Des. Hoeppner Dutra, *RT* 415/87 e 427/347).

Nem cabe olvidar:

> Não há dúvida de que o legislador, ao fixar o limite de 14 anos, teve em mente a psicogênese da criança, sem esquecer que, a cada etapa do seu desenvolvimento, à medida que se lhe abrem novos horizontes, com inovações e novas descobertas, ela forma a sua unidade, que outra coisa não é senão a reunião de fragmentos 'feitas de contrastes e conflitos'. É evidente que um ser que se metamorfoseia dessa forma, até atingir o seu grau normal de maturidade, não sabe querer. O seu consentimento é sempre a representação de uma visão distorcida de perspectiva de vida. Nem sempre o menor sabe querer, pouco importando o acúmulo de informações mal dirigidas que lhe endereça aquilo que se convencionou chamar de moderna civilização. Outra, pois, não foi a razão pela qual o legislador amparou o menor, negando validade ao seu consentimento, como ocorre na hipótese do art. 224 do Código Penal (TJSP, Apelação Criminal, Relator Des. Alves Braga, *RJTJSP* 23/466) - FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 2.524).

Dito isso, a mim também "causa estranheza e perplexidade a forma com que M.F. foi tratada e rotulada no presente feito" (Ministério Público, f. 144), exceção feita aos estudos social (f. 85/86) e psicológico (f. 87) a ele anexados, de onde se extraiu:

> [...] III. Parecer técnico.
> M.F. estabeleceu bom contato com os técnicos, mostrou-se cooperativa e clara em suas colocações.
> Em nenhum momento, demonstrou ter contribuído, provocado ou cooperado para que os abusos ocorressem; aparenta imaturidade e ingenuidade.
> Em sua fala, expõe sentimento de impotência e angústia, revelando-se duplamente como vítima: dos abusos sexuais e da incredulidade dos adultos.
> Teme a punição dos agressores, (por ter sido ameaçada pelo abusador) e por saber da incapacidade dos adultos em protegê-la da violência dos mesmos.
> Entendemos que a violência sexual ocorreu e sugerimos, SMJ, acompanhamento da vítima por um psicólogo (f. 86);
>
> [...] I. Da avaliação psicológica:
> Com a adolescente:
> M.F.B.P., 15 anos.
> Apresentou-se com certo descuido pessoal, denotando que não se preocupa muito com a aparência, não sendo muito vaidosa.
> Efetivou contato favorável com o técnico, porém, demonstrou excessiva timidez, evidenciada através de sua postura corporal: cabeça baixa e tom de voz baixo, demonstrando auto-estima negativa e insegurança.
> Passado o período de comprometimento emocional, procedeu-se à aplicação de testes buscando a investigação dos campos de percepção familiar, personalidade, inteligência e memória.
> No teste de percepção familiar, detectou-se desarmonia familiar, insegurança, introversão, distanciamento entre os familiares, rejeição e desvalorização de seus membros.
> Quanto ao relacionamento com o companheiro, alega que é bom, que ele 'não deixa faltar nada em casa' (sic), evidenciando que se sente segura ao lado de V.
> Em interação com seu filho de apenas 3 meses, mostrou-se carinhosa e amorosa e, segundo informações do companheiro, parece uma criança cuidando de outra criança, pois brinca e faz a criança rir o tempo todo, evidenciando certa imaturidade e ingenuidade.
> Não evidenciou nenhuma disfunção ou aberração sexual, ao contrário, sua vida sexual com o atual companheiro é limitada.
> M.F. apresentou inteligência limítrofe, provavelmente devido à privação de afeto e falta de estimulação.
> Apresentou curso de pensamento normal e raciocínio preservado, porém, observou-se vocabulário pobre [...].
>
> II. Parecer psicológico:
> De acordo com os aspectos avaliados, não ficou evidenciado que M. F. contribuiu ou consentiu com o abuso a que foi submetida.

> Foi-lhe recomendada psicoterapia, mas, internamente, M.F. não está motivada, alegando dificuldades de locomoção, por residir na zona rural e que vir (à) cidade para ela é difícil e penoso, por medo de encontrar os agressores, foi orientada e estimulada a procurar ajuda através da assistente social do fórum e/ou a casa da família em Itamogi, assim que se sentir mais segura e preparada para a psicoterapia (f. 87).

Está, mais, no último trabalho assinalado:

> Observou-se tensão e medo do que está por vir, evidenciando que sofre muito com a situação, porém não nutre desejo de vingança 'eu só quero que isto termine logo', desabafa (f. 87).

Não vejo como possa tudo terminar senão com a condenação do réu, olhados os conteúdos dos pareceres profissionais colocados sob realce e a própria pouca idade da ofendida ao tempo dos fatos - ainda que se queira relativa a presunção legal -, não me parecendo que a tentativa de abalar o seu conceito moral, em momento de notória distorção da perspectiva de vida colocada ao seu alcance, possa prevalecer até o ponto da absolvição de pessoa plenamente madura.

Anote-se:

> [...] Atualmente, tanto a doutrina como a jurisprudência têm admitido que a hipótese de presunção de violência prevista no art. 224, a, do CP é apenas relativa (*juris tantum*), e não absoluta (*juris et de jure*); para desconstituí-la, no entanto, como pode excepcionalmente ocorrer, são necessários argumentos probatórios idôneos, não bastando apenas tentar abalar o conceito moral da ofendida, sem a força indispensável ao fim almejado [...] (TJSC, Apelação Criminal nº 98.015258-5, j. em 23.2.1999).

O acusado agiu dolosamente, em área que sofre severa reprovação social, tanto que o estupro aparece relacionado como crime hediondo (culpabilidade). Nada há contra a sua vida pregressa em matéria criminal (antecedentes de f. 95). Nada se apurou em detrimento de sua conduta social. Foi retratado por sua irmã como sendo "muito agressivo e violento (e como não gostando) de trabalhar" (f. 109). Sua sobrinha J. disse nada saber em seu desabono (f. 107) - personalidade.

Os motivos que o levaram a delinqüir são reprováveis. Também o são as circunstâncias, mormente considerada a pouca idade da vítima. Igualmente no que tange às conseqüências, valendo ler os estudos de f. 85/86 e 87.

A contribuição da vítima para a formação do evento, de certa forma, aconteceu, não estando, no entanto, à época, em grau normal de maturidade.

Da jurisprudência, colhe-se:

> O juiz tem poder discricionário para fixar a pena-base dentro dos limites legais, mas este poder não é arbitrário, porque o *caput* do art. 59 do Código Penal estabelece um rol de oito circunstâncias judiciais que devem orientar a individualização da pena-base, de sorte que, quando todos os critérios são favoráveis ao réu, a pena deve ser aplicada no mínimo cominado; entretanto, basta que um deles não seja favorável para que a pena não mais possa ficar no patamar mínimo (STF, *RTJ* 176/743).

Natural, então, que a pena-base apareça em montante superior ao mínimo legal, sendo fixada em sete anos de reclusão, inviáveis de sofrer agravamento (Código Penal, art. 62) ou atenuação (Código Penal, art. 65), mas passíveis de majoração em vinte e um meses, à conta do disposto no art. 226, inciso II, do mesmo Código Penal, pois, sendo o réu tio da vítima, certamente dispunha de ascendência sobre ela.

Sem outros motivos aptos a provocar oscilação na reprimenda em tela, fica concreta em oito anos e nove meses de reclusão, sob inicial regime fechado, insubstituível por pena restritiva de direitos (Código Penal, art. 44, inciso I - sobretudo quanto ao montante) e imprópria a uma suspensão condicional (Código Penal, art. 77).

Assim convicta, provejo o recurso interposto pelo Ministério Público, para o fim de condenar B.S. pela prática do crime de estupro, contra sobrinha menor de quatorze anos, revelando-se, ao ensejo, a pena considerada necessária e suficiente às respectivas reprovação e prevenção.

Oportunamente, ao rol dos culpados, adotando-se as demais medidas de praxe.

Expeça-se mandado de prisão.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES VIEIRA DE BRITO e HERCULANO RODRIGUES.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO. MANDADO DE PRISÃO.

...

## Peculato - Crime próprio - Advogado - Prestação de serviços - Contrato com o município - Funcionário público - Equiparação - Apropriação de valor público - Honorários advocatícios - Exercício regular de direito não caracterizado - Desclassificação do crime - Exercício arbitrário das próprias razões - Inadmissibilidade - Condenação - Procedimento especial - Inobservância - Nulidade não configurada

Ementa: Peculato. Rito processual. Inobservância. Nulidade inexistente. Contrato de prestação de serviços. Advogado. Cobrança de tributos municipais. Função pública caracterizada. Retenção de valores. Exercício regular de um direito e exercício arbitrário das próprias razões. Situações não verificadas.

- A eventual inobservância do rito processual apropriado é irregularidade que não conduz à sua nulidade, visto que, adotado o rito ordinário, não se verificou qualquer ofensa ao princípio da ampla defesa, em face do disposto no art. 563 do CPP, consagrado no brocardo: *pas de nullité sans grief*.

- O advogado, que é contratado pelo município para efetivar a cobrança de tributos atrasados, exerce função pública, pelo que, aos efeitos penais, é equiparado a funcionário público, a teor do art. 327 do CP.

- Demonstrado que os valores apropriados pelo acusado pertencem ao município e não espelham os alegados honorários advocatícios, resulta que tal apropriação é ilícita e afasta a alegação do exercício regular de um direito e do uso arbitrário das próprias razões.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0144.03.000925-8/001 - Comarca de Carmo do Rio Claro - Apelante: João Salustiano Magalhães - 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 REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 30 de julho de 2008. - *Delmival de Almeida Campos* - Relator.

## Notas taquigráficas

DES. DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS - Registro, de início, ter recebido e lido o memorial enviado pelo Dr. Felipe Fagundes Cândido. Determinei sua juntada aos autos.

Cuida-se de apelação intentada por João Salustiano Magalhães contra sentença que julgou procedente a denúncia formulada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, condenando-o a cumprir a pena de dois anos e seis meses de reclusão, em regime aberto, além de pagar vinte dias-multa, por incurso no art. 312, *caput*, do CP. O acusado foi beneficiado pela substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, consistentes no pagamento de pecúnia e na prestação de serviços à comunidade.

As razões recursais das partes e o pronunciamento da ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça foram explanados, sinteticamente, no relatório de fls.

Conhece-se do recurso, por submeter-se aos seus pressupostos de admissibilidade.

Em preliminar, o apelante aponta a nulidade do processo, pois o seu trâmite rege-se por rito especial, obedecendo-se o disposto nos arts. 513/518 do CPP. Assim, a inobservância de quaisquer das exigências neles estabelecidas vicia o processo, especialmente o que dispõe o art. 514 do aludido Código. Nesse sentido, afirma que a nulidade apontada tem natureza absoluta e foi argüida em tempo oportuno, por isso deverá ser decretada por este Tribunal.

À minha ótica, embora seja correto que o presente feito deveria ter sido impulsionado no rito previsto nos arts. 513/518 do CPP, essa irregularidade não conduz à sua nulidade, pois, ao ser adotado o rito ordinário, nenhuma ofensa houve ao princípio constitucional da ampla defesa. Essa circunstância atrai o disposto no art. 563 do CPP, que consagra o princípio insculpido no brocardo: *pas de nullité sans grief*.

A propósito, leciona Júlio Fabbrini Mirabete:

> Negando o excesso de formalismo, estabeleceu o sistema da prevalência dos impedimentos de declaração ou argüição das nulidades. Seu princípio básico é enunciado logo de início no título referente às nulidades: 'Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resulta prejuízo para a acusação ou para a defesa' (art. 563). É o princípio *pas de nullité sans grief*, pelo qual não existe nulidade desde que da preterição da forma legal não resulta prejuízo para uma das partes. (*Processo Penal,* 8. ed., Atlas, 1998, p. 593).

Outrossim, registre-se que a providência do art. 514 do CPP se revela desnecessária quando o processo é precedido por inquérito policial. É o entendimento solidificado nos Tribunais pátrios, conforme demonstra Alberto Vilas Boas, *verbis*:

> A formalidade do art. 514 do CPP, de outra parte, é de ser observada, quando é instruída com documentos ou justificação a que se refere o art. 513 do mesmo diploma legal, sendo dispensável no caso de a denúncia basear-se em inquérito policial (*HC* nº 70.536-7-RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, j. em 28.09.93, *DJU* de 03.12.93) (*Código de Processo Penal anotado e interpretado*, Ed. Del Rey, 1999, p. 419).

Por conseguinte, rejeita-se a preliminar em epígrafe.

No âmbito meritório, o apelante aduz que a sua conduta é penalmente atípica, visto que ficou com o numerário como pagamento dos seus honorários advocatícios oriundos do contrato de prestação de serviços pactuado com a Prefeitura Municipal de Carmo do Rio Claro. Essa situação fática, a seu ver, é demonstrativa da ausência de dolo no seu ato, pelo que não se há de falar na prática do crime de peculato. Nesse sentido, assevera que não é ilícita a sua posse do numerário da referida prefeitura, pois originária do exercício regular de um direito, a teor do art. 23, III, do CP. Ademais, considera ser plenamente aplicável na espécie vertente a descriminante putativa definida no art. 20, § 1º, do CP, visto que

as circunstâncias envolventes do caso concreto o convenceram de estar praticando ato idôneo, o que gera a sua absolvição ou, pelo menos, responder só pela culpa.

Da detida análise do espectro probatório laborado no feito, infiro que o apelante apropriou-se, conscientemente, do dinheiro da Prefeitura Municipal de Carmo do Rio Claro, conforme ele próprio afirmou no seu interrogatório de f. 146, o que é confirmado pelo depoimento da testemunha Cesário Maldi Neto à f. 275. Dessarte, patenteia-se inequívoco o intento livre e consciente do apelante em apossar-se do dinheiro da aludida municipalidade, ou seja, presente é o dolo do apelante no ato focalizado.

No que concerne às descriminantes delineadas no art. 20, § 1°, e no art. 23, III, do CP, vislumbro que não são aplicáveis na espécie vertente, porquanto o apelante, como profissional do Direito, sabia que não podia assenhorear-se da *res* pública ao seu exclusivo alvedrio, pelo que se extrai do art. 101 do Código Civil. Além disso, tenho que o apelante não provou que o dinheiro retido espelhava exatamente a verba honorária que lhe era devida pela referida pessoa jurídica de direito público interno. Ao contrário, a cópia da sentença de f. 184/193, exarada na ação de prestação de contas havidas entre eles, demonstrou que os valores retidos pelo apelante não se referiam aos seus honorários, logo verifica-se que não estava exercitando um direito seu. Também ficou demonstrado que o apelante foi instado a devolver ao erário municipal os valores recebidos dos contribuintes, mas se recusou a fazê-lo, conforme narrado pela testemunha Valdirene das Graças Ribeiro (f. 263), fatos estes que retiram qualquer justificativa ao pleito do apelante em apossar-se do mencionado numerário. Assim, infere-se que o apelante não se beneficia das supramencionadas descriminantes.

Lado outro, o apelante, sustenta estar ausente um dos elementos do tipo penal, o qual se espelha na sua não-condição de funcionário público, pois apenas prestava serviços advocatícios a um ente público, por meio de um contrato específico, sem nenhuma relação empregatícia entre ambos. Logo, considera estar afastada a incidência do art. 312 do CP no caso dos autos, a gerar a improcedência da denúncia.

Essa questão, ao meu aviso, é deslindada pelo art. 327, *caput*, do CP, cujo texto estabelece:

> Considera-se funcionário, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

O alcance dessa norma legal é dado pela lição de Celso Delmanto, *verbatim*:

> Conceituação: Para efeitos penais, o conceito de funcionário público é diverso do que lhe dá o Direito Administrativo. Para o CP, é funcionário público quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. Para a caracterização, portanto, é desnecessária a permanência ou remuneração pelo Estado. Além de cargo ou emprego, a lei menciona função pública, com o que 'quis deixar claro que basta o simples exercício de uma função pública para caracterizar, para os efeitos penais, o funcionário público' (H. Fragoso, *Jurisprudência Criminal*, 1979, II/n° 250). Assim, ainda que a pessoa não seja empregada nem tenha cargo no Estado, ela estará incluída no conceito penal de funcionário público, desde que exerça de algum modo função pública. Para fins penais, são funcionários públicos: o Presidente da República, do Congresso, dos Tribunais, os senadores, deputados, os vereadores, os jurados (CPP, art. 438); os serventuários da justiça; as pessoas contratadas, diaristas ou extranumerárias etc. (*Código Penal comentado*, 3. ed., Ed. Renovar, p. 492/493).

*In casu*, emerge da cláusula primeira do contrato de prestação de serviços de f. 24/31 que o apelante foi contratado pelo Prefeito Municipal de Carmo do Rio Claro com a finalidade de cobrar, judicial ou extrajudicialmente, os tributos devidos pelos munícipes inadimplentes. Ora, essa cobrança dos tributos atrasados pelo apelante é, a toda evidência, o exercício de uma função pública, porquanto é múnus do referido município efetivar tal cobrança. Dessarte, conclui-se que o apelante na hipótese processada está equiparado ao funcionário público para efeitos penais, sendo decorrência que se sujeita às penas do art. 312 do CP.

Por fim, o apelante pretende a desclassificação da sua conduta àquela prescrita no art. 345 do CP, em face de se apropriar do dinheiro da municipalidade para satisfazer o seu legítimo direito oriundo de um contrato de prestação de serviços.

O ato do apelante sob foco desbordou os limites do mencionado contrato de prestação de serviços, pois, como visto acima, os valores apropriados por ele pertenciam ao Município de Carmo do Rio Claro e não poderiam ser tidos como os seus honorários advocatícios.

A convicção supra-expendida encontra ressonância na perspicaz observação do preclaro Procurador de Justiça, Dr. Sérgio Lima de Souza, ora transcrita:

> O mesmo se diga da pretensão desclassificatória, incabível na espécie. As normas contratuais não deixavam dúvidas sobre os direitos do apelante que, contrariando-as, apropriou-se, indevidamente, dos valores pertencentes ao município (f. 410).

Ante o exposto, nego provimento ao apelo em apreço.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ELI LUCAS DE MENDONÇA e WALTER PINTO DA ROCHA.

*Súmula* - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

...

## Fuga de pessoa presa - Forma qualificada - Princípios da especialidade e da consunção - Conflito aparente de normas - Corrupção passiva - Absorção - Delação - Valoração da prova - Condenação

Ementa: Facilitação de fuga de preso. Absorção do delito de corrupção passiva pelo de facilitação de fuga de preso. Dupla apenação pelo mesmo delito. Necessidade de evitá-lo. Aplicação dos princípios da consunção e do *bis in idem*. Prova. Delações de detentos perante o Ministério Público. Validade.

- Se demonstrado *salienter tantum* que o carcereiro facilitou a fuga de preso sob sua guarda, fica configurado o ilícito penal previsto no art. 351, § 3º, do Código Penal. Se, na facilitação da fuga (art. 351, § 3º), houve oferecimento de vantagem pecuniária (art. 317), descabe dupla apenação, o que tem o condão de evitar o *bis in idem*, ficando o do art. 317 absorvido pelo do art. 351, § 3º.

- A delação de detentos perante o Ministério Público tem validade e serve para embasar um decreto condenatório, desde que em harmonia com os demais indicativos existentes nos autos.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0034.01.001256-4/001 - Comarca de Araçuaí - Apelantes: 1º) Ministério Público do Estado de Minas Gerais; 2º) Sócrates Duffor Reis - Apelados: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Sócrates Duffor Reis - 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 AO RECURSO MINISTERIAL E DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DEFENSIVO.

Belo Horizonte, 10 de julho de 2008. - *Hyparco Immesi* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. HYPARCO IMMESI - Procedeu-se à denúncia de Sócrates Duffor Reis, Geraldo da Silva Pereira e Fábio Rodrigues de Souza, o primeiro (Sócrates) como incurso nas cominações do art. 351, § 3º, e art. 317, na forma do art. 69, todos do Código Penal, e o segundo e terceiro (Geraldo e Fábio) nas sanções do art. 351, *caput*, c/c o art. 29, também do CP, porque, em 29.03.1997, o denunciado Sócrates, este carcereiro, promoveu e facilitou a fuga do preso Edinaldo Duarte dos Santos, v. Baiano, da Cadeia Pública.

Segundo narra a exordial, o também apelante Sócrates acompanhava o banho de sol do preso Edinaldo Duarte dos Santos e outros detentos, quando Sócrates facilitou a fuga de Edinaldo.

Ainda conforme a denúncia, Edinaldo teria dado a Sócrates, pela facilitação, R$3.000,00 e eletrodomésticos.

Narra, ainda, a denúncia que Sócrates, para consumar a fuga de Edinaldo, solicitou a colaboração dos taxistas Geraldo e Fábio, que teriam ciência de que Edinaldo era preso.

O Ministério Público propôs a suspensão condicional do processo, em relação aos acusados Geraldo da Silva Pereira e Fábio Rodrigues de Souza, sendo aceita e homologada (f. 218/221).

Após instrução probatória, adveio a r. sentença de f. 320 *usque* 345 da lavra do dinâmico Magistrado Dr. Igor Queiroz, que julgou procedente, em parte, a denúncia e condenou o apelante Sócrates Duffor Reis nas cominações do art. 351, § 3º, do Código Penal, à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime semi-aberto. Foi declarada a perda do cargo público, como efeito da condenação, conforme art. 92, inciso I, alínea a, do CP.

Irresignado, recorre o Ministério Público (f. 346 e 358/364), às alegações, em síntese, a seguir indicadas: a) que "[...] não há de se falar em aplicação do princípio da especialidade no caso em exame [...]" (f. 359); b) que o apelado deve ser condenado, também, pelo delito do art. 317 do CP, pois houve "[...] recebimento de vantagem indevida [...]" (f. 360); c) que o delito do art. 351, § 3º, do CP, é "[...] uma norma que não exige que o agente receba qualquer vantagem para a prática do ato [...] por isso, prevê uma sanção menos rigorosa que a prevista no art. 317 do CP" (f. 360); d) que "[...] as vantagens recebidas indevidas por Sócrates tinham como escopo não apenas a facilitação da fuga do preso Edinaldo Duarte dos Santos, mas também para que aquele pudesse conferir a este "tratamento privilegiado" antes da efetiva fuga" (f. 362).

Almeja o provimento do apelo, com o escopo da condenação do carcereiro também nas sanções do art. 317 e do art. 351, § 3º, na forma do art. 69, todos do CP.

Há contra-razões (f. 200/205).

Também apela Sócrates aos seguintes argumentos (f; 349/351): a) que "[...] inexiste prova cabal, satisfatória e convincente que venha a incriminar o acusado[...]" (f. 350); b) que há somente "[...] meras deduções e informações [...], não se vislumbra qualquer possibilidade de uma condenação tranqüila e segura" (f. 350); c) que o apelante é primário e de bons antecedentes (f. 400), o que faz a pena encaminhar-se para o mínimo e permitir a fixação do regime aberto; d) que é inoportuna a perda do cargo (f. 401).

Pretende absolvição ou, alternativamente, redução e substituição de pena e alteração do regime prisional.

Há contra-razões (f. 365/371 e 389/393).

O Ministério Público de 2º grau, em r. parecer da lavra do conceituado Procurador de Justiça Dr. Cássio Murilo Soares de Carvalho (f. 403/405), recomenda o desprovimento de ambos os recursos.

É, em síntese, o relatório. Passa-se à decisão. Conhece-se dos recursos, visto que próprios e tempestivamente aviados.

Analisar-se-á, em primeiro lugar, o apelo de Sócrates, pois poderá, se provido, prejudicar o recurso do *Parquet*.

Do apelo de Sócrates.

No que concerne ao ilícito tipificado no art. 351, § 3º (fuga de pessoa presa), a materialidade delitiva está evidenciada pelo auto de apreensão (f. 64) e auto de reconhecimento (f. 61), bem como pela prova testemunhal.

A autoria também não enseja dúvidas, à luz do acervo probatório, em que pese a negativa do apelante (f. 38/38v e 250/252).

Em juízo, declarou ele:

> [...] na quinta-feira que antecedeu aos fatos eu recolhi todos os presos para dentro da cela, inclusive o Edinaldo, apelidado 'Baiano', e entreguei as chaves para o delegado Dr. Carlos Vitoriano, que, por sua vez, conferiu a quantidade dos presos recolhidos, e viu o Edinaldo trancado. Nessa quinta-feira, eu viajei para Itaobim e retornei no sábado à noite, ocasião em que o 'Baiano' já havia fugido, que 'Baiano' fugiu no sábado, mas não sei a hora, só sei que não foi no período em que estava com a posse da chave [...] (f. 250/252).

Ora, a negativa de autoria do apelante se acha isolada nos autos, sendo compreensível sua tentativa de eximir-se de responsabilidades.

Passa-se à análise da prova testemunhal mais significativa.

Na fase policial o detento Edinaldo Duarte dos Santos, vulgo "Baiano", esclareceu o plano de fuga:

> [...] que, ao chegar na Cadeia Pública, encontrou o carcereiro Sócrates, o qual já era conhecido do declarante; [...]; que, assim que chegou, na primeira oportunidade que esteve a sós na beira da grade com o carcereiro Sócrates, este lhe disse que 'agüentasse a mão, que o declarante não ficaria nem vinte dias ali dentro'; [...]; que, assim, o carcereiro Sócrates, ao ver aquele dinheiro, foi logo dando um jeito de tirar o declarante para fora da cela, quando combinaram todo o esquema da fuga; que, primeiramente, foi feito por Sócrates um esquema através de médico; que o carcereiro arranjou uma consulta particular com o médico do hospital local, cujo nome não sabe informar; [...]; que o carcereiro Sócrates disse ao declarante que já tinha arrumado o médico certo, e que o médico havia pedido a importância de R$1.000,00 (um mil reais); que, segundo disse, o Sócrates lhe pediu dinheiro para dar ao médico; que assim o declarante entregou ao Sócrates os mil reais para o médico; que o Sócrates exigiu do declarante para lhe dar a fuga, a importância em dinheiro de três mil reais (R$3.000,00), uma televisão cuja marca não se lembra, a cores, 14 polegadas, controle remoto, novinha, [...]; como exigiu também o Sócrates um vídeo cassete de quatro cabeças [...]; que o Sócrates exigiu também do declarante um ventilador e quatro litros de wisque[...] (f. 47/48-v.).

Todavia, em juízo, o detento Edinaldo se retratou, tendo assim se manifestado:

> [...] que a denúncia é falsa; que não pagou ao acusado Sócrates para facilitar a sua fuga; que Geraldo e 'Bin' não sabiam sobre a fuga; que nada pagou a estes [...] (f. 272).

O detento Ariston Pinheiro da Silva, ouvido no inquérito, afirmou:

> [...] que o referido preso saía todos os dias de sua cela para tomar sol, autorizado pelo carcereiro Sócrates; que o tempo de sol que deveria durar duas horas acabava ficando o dia todo, sendo um privilégio de 'Baiano', uma vez que outros presos não tinham essa regalia; que todo mundo sabe, no presídio, que a fuga de 'Baiano' foi planejada e aconteceu com a ajuda de Sócrates, sendo certo, inclusive, que 'Baiano' deu ao mesmo uma televisão e certa quantia em dinheiro a qual o declarante não sabe precisar [...] (Ariston Pinheiro da Silva, f. 21).

Todavia, em juízo, não confirmou o seu depoimento (f. 184). O também detento Antônio Lopes de Oliveira, no inquérito, disse:

> [...] que 'Baiano' ofereceu a quantia de três mil reais, mais uma televisão colorida, para que Sócrates o deixasse tomar banho de sol todos os dias, já visando uma oportunidade para que Baiano fugisse da prisão; que, além desses objetos, Baiano ofereceu também a Sócrates um ventilador, uma sandália de couro e três litros de whisky; que todos esses objetos foram entregues a Sócrates na presença do depoente [...] (f. 22/23).

O detento Antônio Lopes de Oliveira, em juízo, somente ratificou, em parte, suas declarações feitas na fase extrajudicial:

> [...] que não viu Sócrates facilitar a fuga do Baiano, apenas viu ele receber dinheiro do Baiano, uns três dias antes da fuga; que pelo que percebeu, Baiano passou para Sócrates uma quantia aproximada de uns quatrocentos reais, isto segundo disse Baiano; [...]; que Baiano foi quem disse que daria três mil reais ao Sócrates, mas não falou para que serviria o dinheiro; que viu a esposa do Baiano, em uma das visitas, entregar uma caixa de whisky para Sócrates, para que este entregasse a bebida ao médico que atendia Baiano [...] (f. 302, em juízo).

O detento Adelson Vieira de Almeida, não ouvido em juízo, afirmou, no inquérito:

> [...] que desde que o Baiano foi preso, o carcereiro Sócrates freqüentemente batia papo com o mesmo; que certo dia, cuja data não se recorda, o Sócrates recebeu, digo, abriu a

> porta da cela de nº 02, e o Baiano lhe passou uma televisão 14 polegadas a cores; que, segundo ouviu dizer, a televisão era para ser levada para a Bahia, onde mora a família do Baiano; [...]; que passados alguns dias, o Baiano passou para o Sócrates um ventilador [...]; que somente uma vez, o depoente viu o Baiano dar Cem Reais para o Sócrates, dizendo que estava colaborando com o Sócrates, para que ele pudesse consertar um fusca de sua propriedade (propriedade de Sócrates) [...] (f. 28/29, no inquisitório).

Por seu turno, o detento Roberto Alves Costa, no inquisitório, revelou:

> [...] que o Baiano comentava na cela, que ia dar uma grana ao Sócrates, Carcereiro, para que este conseguisse colocá-lo para tomar banho de sol; que assim que estivesse tomando banho de sol, ele fugiria; que passados alguns dias, o Baiano teve autorização judicial para tomar banho de sol, e todo dia era colocado para fora da cela, juntamente com os outros presos que tinham direito ao banho de sol; que, realmente, o depoente presenciou a esposa do Baiano chegar na cadeia com certa quantia em dinheiro; que o depoente não viu se ela passou o dinheiro para o Sócrates ou para o Baiano [...] (f. 37/37-v.).

Em juízo, também só confirmou, em parte, o que havia dito no inquérito, ao afirmar que "[...] nunca viu o denunciado Sócrates receber dinheiro de "Baiano" e nem de outro preso" (f. 303).

O miliciano Cristóvão Batista Rodrigues, só ouvido no inquisitório, disse:

> [...] que por volta das 17:30 horas, o carcereiro Sócrates, chegou da cidade de Itaobim/MG; que o Baiano, ao avistar o Sócrates lhe fez um gesto de cumprimento; que, posteriormente, o réu Baiano desceu e foi ao encontro do Carcereiro, que se encontrava em frente à sua casa; que o aludido réu, permaneceu em diálogo com o carcereiro, aproximadamente uns 15 a 20 minutos [...] (f. 39/39-v.).

Indubitavelmente, as palavras dos detentos Ariston e Antônio perante o Ministério Público, bem como a do detento Edinaldo Duarte dos Santos no inquisitório, apontando o apelante como o autor do delito, têm plena validade e servem para embasar um decreto condenatório, pois harmoniosas com os demais elementos de convicção contidos nos autos.

Por outro lado, note-se que o carcereiro Sócrates é réu primário, devendo sua pena, nas circunstâncias em que a facilitação da fuga do preso Edinaldo se deu, ser fixada entre o mínimo cominado (um ano de reclusão) e o máximo (quatro anos). É ela - pena - fixada, então, em dois anos de reclusão, à míngua da existência de atenuantes e agravantes, bem como causas de diminuição e aumento. Fixa-se o regime prisional aberto, *ex vi* do art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal. Procede-se, nos termos do art. 44, incisos I, II e III, do Código Penal, à substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos - suficientes à reprovabilidade do fato praticado -, sendo uma de prestação pecuniária, no valor de três salários mínimos, em prol de entidade assistencial a ser designada pelo Juízo da Execução, e a outra, de prestação de serviços à comunidade, pelo prazo da condenação, em instituição de assistência, também a ser designada por aquele Juízo (na eventualidade de residir, atualmente, noutra comarca, as medidas restritivas serão nela executadas).

Pondere-se que o Magistrado deve julgar com sensibilidade, sem se ater ao rigorismo extremado ou ao formalismo excessivo. A propósito, na espécie *sub judice*, deve-se atentar para o fato de que, além da condenação, ter sido decretada a perda do cargo público ocupado por Sócrates, ou seja, o de carcereiro, ficando ele sem sua base de sustento e de seus familiares, numa época de carência de empregos. Logo, sua condenação e a perda do cargo são suficientes à reprovabilidade do delito perpetrado.

Ainda a propósito, em resposta ao inconformismo do apelante Sócrates, enfatize-se que a perda do cargo foi conseqüência da condenação, pois sua conduta pôs à mostra *salienter tantum* a violação de seu inafastável dever funcional com a administração pública, a teor do art. 92, inciso I, alínea *a*, do Código Penal.

Do apelo do Ministério Público.

O apelo da Promotoria é limitado ao seu inconformismo contra a absolvição de Sócrates pelo delito de corrupção passiva. Alega o *Parquet* haver concurso material entre o delito de corrupção passiva e o de facilitação de fuga de preso.

O crime de fuga de pessoa presa é específico em relação à corrupção. Consiste o primeiro em dar fuga à pessoa sob custódia ou guarda; e o segundo, em solicitar, receber ou aceitar vantagem ou promessa de vantagem indevida, infringindo dever funcional (art. 317, § 1º).

Se a facilitação da fuga é promovida por funcionário público mediante corrupção, não poderá haver sua dupla punição, devendo ele ser apenado, pelo princípio da especialidade, tão-somente pelo delito do art. 351 do CP (embora a corrupção seja mais gravemente punida).

Em suma, fica o crime de corrupção passiva absorvido pelo de facilitação de fuga de preso.

À luz do exposto, dá-se provimento, em parte, ao apelo de Sócrates Duffor Reis para reduzir sua reprimenda a dois anos de reclusão, em regime prisional aberto, e substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, sendo uma de prestação pecuniária, no valor de três salários mínimos, em prol de entidade assistencial, e a outra, de prestação de serviços à comunidade pelo prazo da condenação, em instituição beneficente, ambas designadas pelo Juízo da Execução. Fica mantida a pena acessória de perda do cargo público de carcereiro, imposta na r.sentença verberada, por tratar-se

de conseqüência da condenação. Nega-se provimento ao apelo do Ministério Público.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BEATRIZ PINHEIRO CAIRES e VIEIRA DE BRITO.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL E DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DEFENSIVO.

...

## Quadrilha armada - Latrocínio - Roubo majorado - Emprego de arma - Concurso de pessoas - Dano qualificado - Seqüestro e cárcere privado - Disparo de arma de fogo - Concurso material - Concurso formal - Reconhecimento fotográfico - Validade - Declaração da vítima - Materialidade - Autoria - Valoração da prova - Condenação

Ementa: Quadrilha armada. Roubo qualificado. Disparos de arma de fogo em via pública. Dano qualificado. Seqüestro e latrocínio. Autoria e materialidade caracterizadas. Palavras seguras das vítimas. Reconhecimento fotográfico. Validade. Conjugação com outras provas. Manutenção da condenação. Penas corretamente fixadas. Concurso material. Recurso desprovido.

- O reconhecimento fotográfico é meio de prova plenamente cabível no processo penal, revestindo-se de eficácia jurídica para conferir ao julgador elementos de convicção ao lançamento do decreto condenatório, especialmente se corroborado por outros elementos de prova, como no caso dos autos.

- Nos crimes contra o patrimônio, a palavra da vítima tem importante valor probatório, considerando que o ofendido não tem qualquer intenção de incriminar inocentes, principalmente quando o agente lhe for pessoa desconhecida.

**Apelação Criminal nº 1.0621.07.015702-2/001 - Comarca de São Gotardo - Apelante: Francivaldo Moreira Pontes - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Co-réus: Adriano Alves Santana, Edvaldo Brito Martins, Rosicleide Nascimento Alves, Onicésar Abrenhosa Guimarães, Valter Cante de Oliveira, Amaury Lucena Guimarães, Sérgio Felipe dos Santos, Davi Braga, Marco Antônio Luquini, Márcio Carmo Pimentel - 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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 7 de agosto de 2008. - *Herculano Rodrigues* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. HERCULANO RODRIGUES - Na Comarca de São Gotardo, Onicésar Abrenhosa, Amaury Lucena, Sérgio Felipe, Márcio Carmo, Adriano Alves, Davi Braga, Marco Antônio, Francivaldo Moreira, Rosicleide Nascimento e Edvaldo Brito, já qualificados, foram denunciados, os oito primeiros, incursos nas sanções dos art. 157, § 3°, por duas vezes, c/c art. 71; art. 163, parágrafo único, III, por onze vezes c/c art. 71; art. 148, § 2°, por quinze vezes c/c art. 71; art. 157, § 2°, I e II, por sete vezes, c/c art. 71, parágrafo único, todos do Código Penal; art. 15 da Lei 10.826/03 e art. 288, parágrafo único, do Código Penal, o penúltimo, incurso na infração do art. 288, parágrafo único, do Código Penal e, por fim, o último, incurso nas sanções do art. 1°, VII, da Lei 9.613/98 e art. 288, parágrafo único, do Código Penal, todos em concurso material, porque, no dia 9 de janeiro de 2007, por volta das 15h30min, na Praça São Sebastião, agindo em conluio de vontades e unidade de desígnios, mediante grave ameaça e violência exercida com o uso de armas de fogo, que resultaram na morte do policial militar Vandec Costa Silva, subtraíram a quantia de aproximadamente R$ 800.000,00 (oitocentos mil reais) das agências do Banco do Brasil e do Itaú.

Consta, ainda, que o apelante e seus comparsas efetivaram inúmeros disparos de arma de fogo em via pública, colocando em risco a vida e a integridade de toda a coletividade; destruíram e deterioraram onze viaturas da Polícia Militar e Civil; mantiveram quinze pessoas como reféns e, ainda, subtraíram sete veículos automotores, tudo com intuito de possibilitar a fuga.

O feito foi desmembrado em relação ao apelante, conforme f. 953/957.

Ao final da instrução processual, o recorrente restou condenado incurso nas infrações do art. 157, § 3°, por duas vezes, c/c art. 70, segunda parte, do Código Penal; art. 15 da Lei 10.826/03; art. 163, parágrafo único, III, por onze vezes, c/c art. 71, *caput*, do Código Penal; art. 148, § 2°, por quinze vezes, c/c art. 71, parágrafo único, também do Código Penal; art. 157, § 2°, I e II, por sete vezes, c/c art. 71, parágrafo único, do Código Penal e, por fim, art. 288, parágrafo único, do Código Penal, em concurso material, apenado com 95 (noventa e cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão,

em regime inicialmente fechado, e 1 (um) ano e 8 (oito) meses de detenção, em regime semi-aberto, e 340 dias-multa, no valor unitário de 1 (um) salário mínimo.

Irresignado, apela, pleiteando a absolvição, forte na tese de negativa de autoria e insuficiência probatória.

As contra-razões e o parecer da douta Procuradoria de Justiça abraçam as conclusões da sentença.

No essencial, é o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Exsurge dos autos que, no dia 9 de janeiro de 2007, por volta das 15h30min, na Praça São Sebastião, o apelante, vulgo "Cabeção", e seus comparsas, previamente ajustados e em unidade de desígnios, mediante grave ameaça e violência exercida com o uso de armas de fogo, que resultaram na morte do policial militar Vandec Costa Silva, subtraíram a quantia de aproximadamente R$ 800.000,00 (oitocentos mil) reais das agências do Banco do Brasil e do Itaú.

Restou apurado que, enquanto quatro dos denunciados realizavam os assaltos nas instituições financeiras, os demais, utilizando de armamento pesado, se posicionaram de forma estratégica nas imediações da praça, atirando reiteradamente contra as viaturas, dando, assim, cobertura ao resto da quadrilha, caracterizando uma verdadeira organização criminosa, com específica divisão de tarefas.

Ato contínuo, os meliantes evadiram-se do local levando seis reféns, que serviram de "escudo humano", posicionando-os, dentro dos veículos, de forma a ficarem na mira dos disparos, sendo algumas vítimas transportadas em cima do capô dos carros, impossibilitando, dessa forma, qualquer ação por parte dos policiais.

Entre as inúmeras trocas de tiros travados com os milicianos, os reféns Luiz Fernandes e João Bosco Bernardes, que estavam sobre o capô dos veículos, foram gravemente feridos, conforme f. 400/401 e 148/149.

Ao confrontarem com uma viatura da Polícia Militar Rodoviária houveram por bem metralhá-la, ocasião em que um tiro de fuzil atingiu o rosto do policial Vandec Costa da Silva, resultando lesões que foram a causa eficiente de sua morte, conforme f. 218/229.

Na BR-354, nas proximidades do Posto Alpa, os assaltantes liberaram os reféns, prosseguindo rumo à cidade de Rio Paranaíba.

No trajeto da fuga, fizeram outros nove reféns, dentre eles, dois Delegados de Polícia, um Juiz de Direito e inúmeros policiais.

Ao todo, um policial militar foi morto, duas pessoas ficaram feridas, dez viaturas da Polícia Militar e Civil foram destruídas, quinze pessoas foram mantidas reféns e, ainda, sete veículos automotores foram subtraídos.

Restou devidamente comprovado que todos os quinze reféns tiveram suas integridades físicas expostas a grave risco e foram submetidos a intenso sofrimento físico e moral, visto que serviram o tempo todo de "escudo humano", nos tiroteios deflagrados entre a quadrilha e os policiais, conforme depoimentos de f. 107/109; 129/130; 146/147; 150/152; 153/155; 159/160; 73/77; 56/60; 51/55; 170/172; 70/72; 78/80; 131/136.

Inconteste, também, a subtração dos sete veículos, sendo eles: um GM/Vectra, placa GZI 0124; uma caminhonete Mitsubishi L200; um Fiat Palio/Adventure, placa HEE 1787; dois Ford F 250, um Fiat Pálio e um VW Gol, bem como a destruição e deterioração de dez viaturas policiais, em decorrência dos disparos de arma de fogo efetuados pela quadrilha.

Depois de esmiuçada investigação da "Força - Tarefa Operação Vandec", que teve como escopo o desmantelamento da quadrilha, foram identificados os indivíduos que participaram da empreitada criminosa, ocasião em que localizaram e prenderam o apelante, juntamente com outros membros do bando.

Ouvido em juízo, f. 977/978, o réu negou os fatos narrados na denúncia.

Os reféns Alvimar Adriano, f. 1.039, Valdinésio Rafael, f. 1.040, ambos policiais militares, reconheceram, sem sombra de dúvidas, por meio fotográfico, o apelante como um dos envolvidos na prática delitiva.

A materialidade encontra-se consubstanciada no boletim de ocorrência (f. 20/45); auto de apreensão (f. 50; 188; 281; 595); termo de restituição (f. 114; 282); laudos (f. 287/395), exames de corpo de delito (f. 400/401 e 148/149); laudo de vistoria (f. 198/214, 204/214, 227 e 288/300); anexos fotográficos (f. 228/229) e exame de necropsia da vítima Vandec Costa da Silva (f. 219/229).

Balizada a prova, restou devidamente comprovado que o recorrente era participante da quadrilha que perpetrou toda a série de crimes na cidade de São Gotardo e, ainda, a estabilidade da organização criminosa é evidente, quer pela forma de divisão de tarefas quer pela complexidade e tamanho da operação demonstrada nos autos.

Ressalto que, ao contrário do entendimento esposado pela douta defesa, o reconhecimento fotográfico é meio de prova plenamente cabível no processo penal, revestindo-se de eficácia jurídica para conferir ao julgador elementos de convicção ao lançamento do decreto condenatório, especialmente se corroborado por outros elementos de prova, como no caso em tela, em que nenhuma circunstância existe a tornar suspeita a identificação.

Confira jurisprudência do STF nesse sentido:

> A validade do reconhecimento fotográfico como meio de prova no processo penal condenatório é inquestionável e reveste-se de eficácia jurídica suficiente para legitimar, especialmente quando apoiado em outros elementos de convicção, como, no caso, a prolação de um decreto condenatório (STF - Rel. Min. Celso de Mello - *RT* 677:422)

Ademais, o reconhecimento fotográfico não é o único meio de prova existente, pois as interceptações

telefônicas de f. 815/864 comprovam efetivamente o envolvimento do apelante com a quadrilha.

Ressalta-se, ainda, que no momento da prisão foi apreendida em seu poder grande quantidade de munições calibre 7.62 e 9 mm, iguais aos das armas utilizadas nos assaltos às instituições financeiras.

Tem-se, portanto, que a negativa do apelante se encontra divorciada da prova, que se mostra suficiente e apta a sustentar a condenação abraçada na sentença, que deve subsistir.

A dosimetria da pena encontra-se correta, nada havendo a reparar.

As penas-base, para todos os delitos, foram corretamente fixadas acima do mínimo legal, em face das circunstâncias judiciais desfavoráveis analisadas na sentença, considerando que a culpabilidade se mostra elevada; a conduta social não pode ser tida como boa; as circunstâncias demonstram astúcia, agressividade e periculosidade da conduta, agindo ele em concurso de pessoas e mediante uso de armamento pesado; as conseqüências foram graves, haja vista que sua ação causou temor na população e, ainda, que o comportamento das vítimas em nada contribuiu para realização do evento.

Para o delito de latrocínio, a pena-base foi fixada em 25 (vinte e cinco) anos de reclusão e 12 dias-multa, para cada um dos dois delitos, restando concretizada em 50 (cinqüenta) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, e 24 dias-multa.

Em relação ao crime de disparo de arma de fogo, a reprimenda foi fixada em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime semi-aberto, e 12 dias-multa.

No tocante ao crime de dano qualificado, a pena-base foi fixada em 1 (um) ano de detenção e 15 dias-multa.

Correto o aumento em 2/3 (dois terços) em razão da continuidade delitiva, tendo em vista terem sido dez o total de veículos destruídos e deteriorados, concretizando a reprimenda em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de detenção, em regime semi-aberto, e 150 dias-multa.

Quanto ao delito de seqüestro qualificado, a pena-base foi fixada em 4 (quatro) anos de reclusão, em regime semi-aberto.

O aumento em razão da continuidade delitiva também se mostra correto, de acordo com o art. 71, parágrafo único, do Código Penal, concretizando a reprimenda em 12 (doze) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado.

Pelo crime de roubo, a pena-base foi fixada em 6 (seis) anos de reclusão e 15 dias-multa e, em seguida, aumentada em metade, em razão das qualificadoras do emprego da arma de fogo e concurso de pessoas e, posteriormente, majorada em triplo, em face da continuidade delitiva, art. 71, parágrafo único, do Código Penal, restando concretizada em 27 (vinte e sete) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, e 154 dias-multa.

E, por fim, quanto ao crime de formação de quadrilha na forma qualificada, a pena foi fixada em 4 (quatro) anos de reclusão, em regime semi-aberto.

Em face do concurso material de crimes, suas penas definitivas alcançam, então, 97 (noventa e sete) anos e 2 (dois) meses, sendo 95 (noventa e cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado; 1 (um) ano e 8 (oito) meses de detenção, em regime semi-aberto, e 340 dias-multa.

Mantido o valor do dia-multa fixado na sentença.

Do exposto, nego provimento ao recurso, permanecendo o réu Francivaldo Moreira Pontes condenado incurso nas infrações do art. 157, § 3°, por duas vezes, c/c art. 70, segunda parte, do Código Penal; art. 15 da Lei 10.826/03; art. 163, parágrafo único, III, por onze vezes, c/c art. 71, caput, do Código Penal; art. 148, § 2°, por quinze vezes, c/c art. 71, parágrafo único, também do Código Penal; art. 157, § 2°, I e II, por sete vezes, c/c art. 71, parágrafo único, do Código Penal e, por fim, art. 288, parágrafo único, do Código Penal, em concurso material, apenado com 97 (noventa e sete) anos e 2 (dois) meses, sendo 95 (noventa e cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e 1 (um) ano e 8 (oito) meses de detenção, em regime semi-aberto, e 340 dias-multa, no valor unitário de 1 (um) salário mínimo.

Custas, de lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES e HYPARCO IMMESI.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

...

## Latrocínio - Dolo - Roubo tentado - Irrelevância - Crime consumado - Confissão extrajudicial - Retratação - Testemunha - Materialidade - Autoria - Valoração da prova - Condenação - Fixação da pena - Regime inicialmente fechado

Ementa: Apelação criminal. Crime contra o patrimônio (latrocínio). Art. 157, § 3°, do Código Penal. Materialidade perfeitamente atestada nos autos. Autoria, apesar da negativa dos denunciados, que resulta certa do conjunto probatório. Réus que confessaram em sede policial e se retrataram em juízo. Identificação por prova testemunhal. Negativas que destoam do conjunto probatório. Prova inconteste de que, para obter, subtrair bens, os agentes alvejaram a vítima, ocasionando sua morte. Não-ocorrência de subtração de bens. Irrelevância.

Intenção de realizar o roubo. Súmula 610 do STF. Delito constante da denúncia e perfeitamente caracterizado nos autos. Alteração do regime de cumprimento da pena. Superveniência da lei 11.464/2007, que aboliu do ordenamento jurídico brasileiro o regime integralmente fechado. Extensão ao co-réu não apelante. Apelos parcialmente providos.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0625.04.033325-8/001 - Comarca de São João del-Rei - Apelantes: 1º) Moisés Davi da Silva, 2º) Mateus Daniel de Jesus - Apelado: Ministério Público do Estado 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 DAR PROVIMENTO PARCIAL AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 22 de julho de 2008. - *Sérgio Resende* - Relator.

## Notas taquigráficas

DES. SÉRGIO RESENDE - Pela sentença de f. 404/414, a MM. Juíza de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de São João del-Rei, julgando procedente a denúncia, condenou os acusados Nemilton Alves de Souza, Moisés Davi da Silva e Mateus Daniel de Jesus, todos qualificados nos autos, como incursos nas sanções do art. 157, § 3º, do Código Penal, impondo a cada um deles a reprimenda de 20 (vinte) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, e o pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Com exceção do réu Nemilton Alves de Souza, que não foi intimado pessoalmente da sentença condenatória (*vide* certidão de f. 424-v.), os demais réus, não satisfeitos com a sentença, apresentaram recursos.

Moisés Davi da Silva pugna por sua absolvição, ressaltando ser inocente e informando que sua confissão em fase inquisitiva foi obtida mediante tortura. Aduz ser frágil o acervo probatório para ensejar uma condenação e que a sentença se baseia, tão-somente, em provas produzidas no inquérito policial, o que é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro, visto afrontar os princípios da ampla defesa e do contraditório. Destaca, ainda, que a testemunha presencial Simone Tortato em suas declarações judiciais informou que nenhum de seus bens e tampouco do ofendido foram subtraídos, o que afastaria a figura típica do latrocínio.

Mateus Daniel de Jesus assinala a sua inocência e pleiteia sua absolvição, sustentando não se ter comprovado nos autos a autoria e a materialidade do delito, destacando a insuficiência e a fragilidade das provas para embasar um decreto condenatório e o fato de a testemunha presencial não tê-lo reconhecido. Consigna, também, não se ter comprovado o nexo de causalidade da morte da vítima com o referido crime e a não-ocorrência da figura central do tipo penal previsto no § 3º do art. 157 do Código Penal, qual seja roubar. Eventualmente, pretende a modificação do regime de cumprimento da pena que lhe foi imposta.

Contra razões ministeriais às f. 451/457 e 483/494, pela manutenção da sentença.

Em seu parecer de f. 495/498, a ilustrada Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e parcial provimento dos apelos, estendendo-se tal decisão ao co-réu não apelante, Nemilton, para que seja fixado o regime fechado, e não integralmente fechado, para o cumprimento das reprimendas.

É o sucinto relatório.

Conhece-se dos recursos, presentes seus pressupostos.

Narra a denúncia que, em 23 de fevereiro de 2004, em época carnavalesca, por volta das 2h45min, na Rua Direita, centro da Cidade de Tiradentes, os denunciados, agindo em íntima cooperação e com unidade de propósitos delituosos, juntamente com o menor C.N.P., abordaram o casal Adriano de Mendonça Chaves e Matos e Simone Tortato com o intuito de subtrair-lhes os bens. Afirmou o i. Promotor que o recorrente Mateus Daniel de Jesus abordou Adriano e segurou-o pelo braço, enquanto o denunciado Nemilton Alves de Souza enfiou a mão no bolso da vítima e retirou-lhe a carteira contendo o dinheiro. O ofendido, contudo, tentou soltar-se, agitando os braços, momento em que o denunciado Nemilton empunhou uma arma de fogo que ilegalmente portava e o denunciado Moisés Davi da Silva e o menor C.N. agarraram a vítima por trás. Persistindo a resistência, o denunciado Nemilton, utilizando-se da arma de fogo, efetuou, com ânimo de matar, quatro disparos contra a vítima, produzindo-lhe as lesões corporais descritas no relatório de necropsia de f. 61/64, que, por sua natureza e sede, foram a causa eficiente de sua morte.

Acerca dos fatos, perante a autoridade policial, relataram os acusados:

> [...] que Nemilton estava de posse de um revólver pequeno, de cor preta, não sabendo informar o calibre; que por volta das 02:00h da madrugada, o declarante, Nemilton, Mateus e C. estavam descendo a Rua Direita, próximo ao Teatro, nesta cidade, quando passou um casal, oportunidade em que Mateus disse para um rapaz 'O que você está olhando', quando decidiram assaltar o casal, anunciando um assalto, contudo o rapaz reagiu tentando se defender 'abraçando' Mateus, quando o declarante e C. se aproximaram e tentaram segurar o rapaz, momento em que Nemilton em cima do passeio efetuou um disparo, acertando no rapaz, sendo

que este não caiu; mediante tal situação todos os seus colegas correram, sendo que posteriormente ouviu mais estampidos de tiro [...] (Moisés Davi Silva, f. 121)

[...] quando Nemilton, v. Doido, avistou um casal, isto a 10 metros à frente, dizendo para o declarante 'Vamos assaltar este casal'; que, então, o declarante juntamente com Nemilton se aproximaram do casal, tendo Nemilton sacado um revólver pequeno de cor preta, anunciando um assalto; que o casal estava no passeio; que nesse ínterim o rapaz reagiu, tendo o declarante segurado no braço do rapaz, soltando-o posteriormente, quando se aproximaram Moisés e C., os quais tentaram segurar o rapaz, oportunidade em que Nemilton em cima do passeio ficou defronte ao rapaz e efetuou um disparo de arma de fogo, acertando-o 'do peito para cima'; que assustado o declarante saiu correndo, quando ouviu um segundo disparo, presenciando o rapaz cair ao solo [...] (Mateus Daniel de Jesus, f. 144)

[...] que, em seguida, continuaram a descer a citada rua, passando a conversar com Mateus sobre o fato ocorrido anteriormente, ocasião que surgiu, subindo a rua, um casal, então que C. propôs assaltarem o casal para conseguirem o dinheiro; que, como Mateus estava ao lado do declarante, ele sugeriu a Mateus que investisse primeiro contra o rapaz; que Mateus foi de encontro ao rapaz e o segurou pelos braços, momento em que o declarante avançou contra o bolso direito da calça jeans que a vítima trajava, para pegar-lhe a carteira; que, logo após pegar a carteira da vítima, ela o segurou pelo braço tentando reagir ao ataque do declarante; que, neste momento, Mateus largou o braço esquerdo da vítima, logo esta tentou conter a ação do declarante, segurando-lhe o braço direito, momento em que o declarante com a mão esquerda sacou da arma que portava; que, na ocasião, o declarante estava de frente para a vítima, em cima do passeio; que a vítima, ao avistar a arma com o declarante, apavorada, tentou tomar-lhe o revólver; que neste momento Moisés e C. tentaram conter a vítima, agarrando-lhe por trás, contudo não conseguiram contê-lo, já que ele era mais forte do que os agressores; que, após desvencilhar-se dos agressores, a vítima partiu para cima do declarante, enquanto Mateus, Moisés e C. fugiram deixando o declarante sozinho; que então o declarante segurando a arma em punho, efetuou disparos contra a vítima [...] (Nemilton Alves de Souza, f. 148).

C.N.P., menor à época dos fatos, afirmou que:

[...] no dia 22 de fevereiro do ano em curso, domingo, por volta das 22:00h o informante encontrou-se com seus colegas Nemilton, Moisés e Mateus e ficaram ingerindo bebidas alcoólicas, sendo que na madrugada do dia 23/02/2004, por volta das 02:00h, saíram andando em direção a Igreja do Rosário, para comprar mais pinga no Bar da Nivete e como estava fechado, o informante e seus colegas subiram, viraram à esquerda e começaram a descer a rua e, ao passar defronte a antiga cadeia, o informante e seus colegas avistaram um casal, quando Nemilton sugeriu, 'Vamos assaltar aquele casal'; que o casal estava no passeio, oportunidade em que Nemilton e Mateus se aproximaram da vítima e Nemilton sacando a arma anunciou assalto; que, nesse ínterim o rapaz reagiu, tendo Mateus e Nemilton agarrado o rapaz; que Mateus soltou a vítima e Nemilton continuou abraçado com o rapaz, momento em que o informante e Moisés chegaram para separar Nemilton do rapaz; que Nemilton em cima do passeio, saiu dos braços do rapaz, se afastando e efetuando dois disparos, oportunidade em que o rapaz caiu ao solo; que todos saíram correndo, tendo o informante se dirigido juntamente com os demais para o beco da igreja em frente à antiga cadeia, sendo que o informante, Mateus e Moisés viraram a esquerda e correram em direção a Escola Marília de Dirceu e o Nemilton correu sentido 'Beco da Zezé' [...] (f. 124/125)

Em juízo, os réus se retrataram, negando os fatos - f. 256/257, 258/259 e 206/261 - e revelando que suas confissões foram obtidas mediante tortura.

Contudo, tais retratações mostram-se isoladas, uma vez que a acompanhante do ofendido Simone Tortato revelou, primeiramente perante a autoridade policial e posteriormente em juízo:

[...] que a declarante não sabe precisar a hora conheceu um rapaz chamado Adriano, ficando amigos, permanecendo juntos uma boa parte do tempo; que saíram para passear pelas ruas desta cidade, quando passaram pela Rua Direita, a qual encontrava-se deserta, entretanto mais à frente havia algumas pessoas; que de repente do nada apareceram dois elementos segurando um de cada lado do braço de Adriano, anunciando que era um assalto e que não reagisse; que no impulso Adriano reagiu, golpeando com os braços para que se soltasse das mãos dos elementos; que se soltou e virou-se para trás onde havia um terceiro elemento, que possuía as seguintes características, bem magro, moreno, com aproximadamente 1,70 metros de altura, aparentando uns 23 anos de idade, trajando calça jeans clara, um capote de cor preta, no cumprimento do joelho; que o terceiro elemento abriu o capote e tirou da cintura uma arma e efetuando dois disparos e saindo correndo; que a declarante esclarece que não pode descrever com certeza a arma, pois não conhece, mas sabe dizer que era pequena aparentando ser pistola e não revólver; que quanto aos outros dois elementos a declarante não pode descrevê-los certamente, sabe apenas que eram mais altos que o terceiro o qual efetuou os disparos contra Adriano [...] (f. 10/11).

[...] a depoente acompanhava Adriano, vítima fatal, na oportunidade em que duas pessoas, por trás, o agarraram, um em cada braço. Quando Adriano voltou-se rapidamente para trás, Nemilton, que se encontrava aproximadamente a um metro, sacou de uma arma e efetuou dois disparos contra Adriano (...) Pelas fotos de f. 42/44, não se lembra de Mateus, certo que Moisés seria um dos que dominou Adriano e Nemilton, reafirma, é a pessoa que teria efetuado os disparos de arma de fogo (f. 363)

E o próprio menor participante do delito manteve sua versão da fase policial quando foi ouvido na representação que era movida contra ele, como se pode observar da cópia juntada às f. 288/289.

Assim, sem muito esforço, nota-se que a negativa de autoria por parte dos réus não encontra respaldo nos demais elementos de prova colhidos, muito pelo contrário, o conjunto probatório caminha no sentido de apontar, todos eles, como partícipes do crime de latrocínio.

Ressai límpido do acervo que os réus, com intuito de subtrair bens da vítima, dominaram-na e desferiram contra ela tiros, o que ensejou a sua morte (laudo de exame de corpo de delito às f. 58/67).

Portanto, a conduta de todos se amolda à figura típica do latrocínio.

Importante ressaltar que os elementos de prova que embasaram a condenação de primeiro grau e formam a convicção dessa instância revisora não foram colhidos somente em fase policial; pelo contrário, as declarações judiciais da vítima e de C.N.P. no processo de nº 625 04 34419-8 - prova emprestada - demonstram ser verídicas as confissões realizadas perante os policiais. Assim, as confissões extrajudiciais encontram-se amparadas por provas judiciais, sendo plenamente válidas, não havendo se falar em fragilidade do acervo probatório e afastando o pleito absolutório dos recorrentes.

Destaca-se que Simone reconheceu Nemilton e Moisés como os autores do delito, indicando que terceira pessoa participava da ação. O fato de não reconhecer Mateus não o afasta do crime de latrocínio, uma vez que os próprios co-autores o indicaram como agente responsável por segurar o ofendido com o intuito de roubá-lo.

Alegam, ainda, as defesas que não se comprovou a subtração, o que afastaria o crime de latrocínio.

Entretanto, tal afirmação não se sustenta, uma vez que os autores foram uníssonos em informar que a intenção ao abordar a vítima era subtrair dela dinheiro, configurando-se o crime de latrocínio ainda que os bens não tenham saído da esfera de vigilância do ofendido.

Nesse sentido, dispõe a Súmula 610 do STF que "há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima".

Por fim, no que concerne ao regime prisional imposto pela prática do crime, razão assiste às defesas quando pretendem sua alteração.

A partir da vigência da Lei 11.464/07, o regime prisional integralmente fechado foi abolido do nosso ordenamento jurídico, devendo ser imposto o "inicialmente fechado" em todas as condenações por delitos considerados e/ou equiparados a hediondos, em face do princípio da retroatividade previsto no art. 5º, XL, da CF e art. 2º, parágrafo único, do CP.

Pelo exposto, dá-se parcial provimento aos apelos para determinar que a pena pelo delito de latrocínio seja cumprida em regime inicialmente fechado, estendendo-se a presente decisão, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal, ao co-réu Nemilton Alves de Souza.

Custas, como de lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL e ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO PARCIAL AOS RECURSOS.

...

## Tortura - Justiça Militar - Tipo penal diverso - Inexistência de coisa julgada - Lesão corporal grave - Laudo pericial - Nexo causal - Autoria - Materialidade - Declarações da vítima - Valoração da prova - Condenação - Efeitos - Perda de cargo público - Fixação da pena - Regime fechado - Policial militar - Causa de aumento de pena - Aplicabilidade

Ementa: Apelação criminal. Lei nº 9.455/97. Crime de tortura cometido por policiais militares. Absolvição. Irresignação ministerial. Acolhimento. Condenação dos réus. Autoria e materialidade devidamente comprovadas. Coerência da palavra da vítima em confronto com a inconsistência das versões dos réus. Perda de função pública. Provimento do recurso.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.01.042070-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelados: Alderman Martins de Souza, Luiz Cláudio de Oliveira Nascimento, Neuzivan Ribeiro Costa, Walisson Marinho Carvalhal, Cláudio Enderson Sampaio, Anderson Ignácio da Silva - 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 DAR PROVIMENTO, COM RECOMENDAÇÃO.

Belo Horizonte, 5 de agosto de 2008. - *Edelberto Santiago* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. EDELBERTO SANTIAGO - Alderman Martins de Souza, Luiz Cláudio de Oliveira Nascimento, Neuzivan Ribeiro Costa, Walisson Marinho Carvalhal, Cláudio Enderson Sampaio e Anderson Ignácio da Silva, qualificados nos autos, foram denunciados como incursos nas sanções do art. 1º, inciso II, da Lei nº 9.455/97, c/c art. 29 do Código Penal, porque, na noite do dia 18 de outubro de 1999, na Vila Pinho, nesta Capital-MG, com unidade de desígnios e aproveitando-se da condição de policiais militares, submeteram a vítima Marcos Antônio Cardoso Costa à tortura, mediante uma série de espancamentos e ameaças de morte, como forma de lhe aplicar castigo, em solidariedade a um colega de farda, com o qual a mesma havia se desentendido anteriormente.

O MM. Juiz de Direito da 12ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte, julgando improcedente o pedido contido na denúncia, absolveu-os, com fulcro no art. 386, inciso VI, do CPP.

Irresignado, o RMP recorreu, persistindo nas condenações, nos termos da denúncia.

Contra-arrazoando, as defesas se batem pelo desprovimento do apelo ministerial.

A douta Procuradoria de Justiça, através do parecer da lavra da ilustre Procuradora Maria Odete Souto Pereira, opina pelo conhecimento e provimento do recurso.

É, em síntese, o relatório.

Preliminarmente, conheço do recurso, próprio, tempestivo e regularmente processado.

De início, é de se afastar, de plano, a ocorrência da coisa julgada, conforme aduzido nas defesas, em face da absolvição dos apelados perante a Justiça Militar. A questão já foi objeto de pronunciamento por parte do Magistrado *a quo* (f. 201) e também desta colenda Câmara Criminal do TJMG, no julgamento de *habeas corpus* impetrado em favor de um dos apelados (f. 191/197). Com efeito, trata-se de tipos penais diversos, inocorrendo a tríplice identidade (partes, pedido e fundamento).

No mérito, a meu sentir, assiste razão ao Ministério Público.

Narra-se, na denúncia, que, na noite de 18 de outubro de 1999, nas imediações da Vila Pinho, nesta Capital, a vítima Marcos Antônio Cardoso Costa foi abordada e algemada arbitrariamente pelos acusados, todos policiais militares, os quais a submeteram a intensa tortura, mediante chutes e socos na região do estômago, e ainda o ameaçaram de morte, encostando escopetas em sua cabeça. Em decorrência de tais agressões, a vítima passou mal e foi levada pelos milicianos ao hospital, sendo compelida pelos acusados a dizer que havia caído de um barranco. Após o atendimento, a vítima empreendeu fuga do hospital, temendo novos maus-tratos. Entretanto, cinco dias após a ofensa, e em conseqüência da mesma, foi submetida a uma cirurgia e perdeu o baço. Consta que os acusados praticaram o crime em solidariedade a um colega de farda, o policial militar José Antônio de Oliveira, com a qual a vítima se havia desentendido anteriormente.

A materialidade delitiva está demonstrada por meio do auto de corpo de delito de f. 57, no qual se denuncia a incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias e a ocorrência de perigo de vida (devido à explosão esplênica com hemorragia aguda e volumosa e necessidade de hemotransfusão). De se terem em conta, ainda, os relatórios de atendimento médico de f. 59/60, 63/63-v., 72 e 513/538.

O fato de o laudo médico ter sido realizado algum tempo após a data do crime - circunstância da qual se vale a defesa para afirmar a inexistência de nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso - só corrobora a ocorrência do delito, pois, ao que se demonstrou (f. 57), passados esses dias, a vítima ainda apresentava lesões decorrentes das agressões. Consigne-se que, não obstante realizado em 26.11.99, o exame de corpo de delito em questão reporta-se a um laudo realizado em 23.10.99 (cinco dias após o crime) e ao período de internação havido entre 24 e 28.10.99, durante o qual foi submetido a cirurgia para retirada do baço.

Para colocar uma pá de cal na dúvida quanto ao nexo de causalidade, de se mencionar, ainda, a declaração de atendimento de f. 59, na qual consta que a vítima deu entrada no Hospital João XXIII na madrugada de 19 de outubro de 1999, o que coincide com a descrição da vítima, que teria fugido naquela data e retornado dias após, para internação.

Quanto à autoria, resta incontroverso que a vítima foi detida pelos apelados, sofreu lesões quando estava em poder deles e foi conduzida até o hospital. Isso foi confirmado pelos próprios apelados (f. 204/206, 171/172, 173/174, 175/176, 132/133 e 134/137), embora eles tenham negado a autoria da ofensa.

Da leitura que fiz dos interrogatórios, no entanto, me convenci de que os apelados mentiram nos autos. Além de pouco convergentes, nas declarações não se apresentam razões convincentes para as lesões sofridas pela vítima, tampouco para a abordagem da mesma naquela noite de 18 de outubro de 1999.

Estranhamente, o único apelado que esclareceu o motivo da abordagem foi Cláudio Enderson (f. 134/137), o qual comandava a operação e afirmou que a vítima estaria sendo procurada em razão de um mandado de prisão, porém, em seguida, afirmou, de forma reticente, que levantou a ficha da vítima pelo Copon e não acusou nada.

O policial aduz, ainda, que a vítima, ao ver a viatura policial, saiu correndo e caiu de um barranco, o que deu origem às lesões. Todavia, a ocorrência desse acidente se mostra inverossímil à luz dos depoimentos dos demais acusados (f. 171/172, 173/174, 132/133 e 204/205), que nem sequer o mencionaram.

Registre-se, por exemplo, a palavra dos apelados Luiz Cláudio (f. 171/172) e Walisson Marinho (f. 173/174). O primeiro afirmou que a vítima foi conduzida até o hospital, porque se sentiu mal ao ser abordada, sem esclarecer o porquê dessa abordagem. O segundo, por sua vez, afirmou que a vítima não foi presa, mas apenas assistida, pois sentia dores no peito.

Acresça-se que esses policiais acompanhavam o co-réu Cláudio Enderson na viatura, portanto é incompreensível que não haja concordância entre as versões.

Ademais, está claro, conforme confirmado pelo próprio comandante da operação (f. 136), que a vítima foi conduzida até o hospital e dali fugiu pela janela do banheiro, a despeito de ostensivo policiamento, permanecendo escondido no depósito de botijões de gás daquele nosocômio até a manhã do dia seguinte. Ora, se era verdade, como afirmam os apelados, que a vítima estava sendo apenas assistida após lesão acidental, por que ela fugiria dessa forma, arriscando sua própria vida? Obviamente, por temor a novas agressões, não há outra resposta.

Saltam aos olhos as contradições. Os motivos apresentados para a abordagem da vítima e para as lesões que sofreu não passam imunes ao crivo de coerência, sendo indubitável a ilegalidade da prisão, desprovida de qualquer fundamento e em desacordo com as formalidades legais.

Portanto, as provas dos autos não deixam margem à dúvida, sendo esta, também, a conclusão a que chegou a douta Procuradora de Justiça, conforme bem explicitou:

> Os apelados, nada obstante a confirmação de terem procedido à abordagem da vítima, negaram a autoria do delito. Todavia, a negativa restou só e destoante de todos os elementos probatórios carreados ao processo. Ademais, as versões apresentadas pelos acusados são contraditórias entre si, ora sendo alegado que a vítima foi abordada em razão de ter contra si mandado de prisão, ora porque estava se sentindo mal e foi levada para o hospital, ou ainda que foi abordada e simulou estar se sentindo mal, razão que teria feito os acusados levá-la até o hospital. Questiona-se: qual a real verdade sobre os fatos? De um lado temos as declarações contraditórias dos acusados, que não conseguiram apresentar versão coesa para os fatos. De outro, temos a palavra da vítima, coerente em ambas as oportunidades em que foi ouvida, além de ter em seu favor a prova pericial, que empresta verossimilhança à versão do ofendido (f. 660/661).

A vítima, por seu lado, prestou declarações coerentes em juízo (f. 224/225) e perante a autoridade policial (f. 28/30), narrando o crime com riqueza de detalhes.

Nem se diga que ela não logrou reconhecer todos os acusados, porquanto compreensível que tenha ficado impossibilitada de fazê-lo em razão do espancamento. De mais a mais, conforme explicitado, os apelados não negam o contato com a mesma na ocasião dos fatos.

Importante ressaltar que o motivo da perseguição apontado pela vítima, consistente em atrito anterior com um policial militar de nome Antônio, coincide com as declarações prestadas pelos apelados na fase de indiciamento, na qual todos confirmam que a diligência dizia respeito a uma averiguação de ameaças sofridas por um militar reformado (f. 31/32, 33/34, 35/36, 37/38, 39/40).

A vítima levou os fatos ao conhecimento da Ouvidoria de Polícia (f. 15/21), perante a qual confirmou o atrito com o policial reformado, ao ensejo de uma invasão de lotes da Prefeitura, da qual participaram, sendo que o policial teria colocado o seu lote à venda, o que, no entender da vítima, afrontava a finalidade residencial visada pelos demais invasores. Ora, por que ele inventaria uma história como essa, acusando tão gravemente policiais que nem mesmo conhecia?

De se registrar, ainda, que a vítima relatou os fatos à testemunha Márcio Sebastião Alexandre (f. 54/55 e 226), sendo que o fato de confidenciar uma situação tão constrangedora e vergonhosa, tal como apanhar de policiais, a um conhecido só corrobora a plausibilidade de suas afirmações.

Não obstante, as defesas buscam desmerecer a palavra da vítima, sob a alegação de que a mesma apresenta antecedentes criminais (f. 484/486). Essa condição não afasta a grande relevância de suas informações, máxime nos crimes de tortura, em que a prova é difícil de ser obtida. Como se sabe, ademais, o histórico criminoso de um acusado só faz legitimar, do ponto de vista do policial, condutas agressivas dessa natureza.

Dessarte, diferentemente do que se alega, as provas são robustas e suficientes para embasar o decreto condenatório.

A tortura é uma prática abjeta e desumana, inaceitável em pleno século XXI, ainda que a vítima seja um criminoso de alta periculosidade. O Estado Democrático de Direito não comporta condutas dessa natureza. É lamentável que um país como o nosso, assoberbado com a criminalidade civil, ainda tenha que se ocupar da repressão a agentes policiais, cuja conduta violenta e corrupta só aprofunda a desconfiança na Justiça.

Passo, pois, à aplicação da pena, dando os acusados como incursos nas sanções do art. 1º, inciso II, §§ 3º e 4º, da Lei nº 9.455/97.

Para evitar a redundância, peço vênia para fazer uma análise global das circunstâncias do art. 59 do CP, ressaltando, quando necessário, os aspectos individuais cuja informação se faça disponível nos autos.

Com relação à culpabilidade, de se ter em conta que os réus agiram de forma premeditada, valendo-se de inúmeras artimanhas para acobertar o ilícito, portanto não há dúvida de que tinham plena consciência da ilicitude da conduta, a qual se mostra tanto mais reprovável vindo de policial militar, a quem incumbe a proteção do indivíduo e sua liberdade. Quanto à conduta social e personalidade dos agentes, não há elementos para afirmar nada a respeito. Os antecedentes dos réus são bons (f. 259 e 262), com exceção de Cláudio Enderson, que já sofreu condenação por fato posterior (f. 260/261). Os motivos envolviam prática corporativa altamente reprovável. Em relação às circunstâncias, entendo que foram desfavoráveis, seja pela superioridade numérica, seja pela perseguição imposta, que levou a vítima a desesperado ato de fuga do hospital, apesar dos graves ferimentos. As conseqüências foram graves, uma vez que a vítima perdeu um órgão (baço), o que será levado em conta para efeito de qualificação do crime (art. 1º, § 3º, da Lei nº 9.455/97). Quanto ao comportamento da vítima, é certo que ela agrediu anteriormente um policial militar reformado, conduta esta que, sem justificar, absolutamente, a imposição do castigo, nem por isso deixou de acirrar os ânimos, pelo que a tomo favoravelmente aos réus.

Do exposto e dado que o crime resultou em lesão corporal de natureza grave (f. 57), fixo a pena-base, de acordo com o disposto no § 3º do art. 1º da Lei nº 9.4554/97, em quatro anos e nove meses de reclusão para Cláudio Enderson; e, para os demais, em quatro anos e seis meses de reclusão.

Em se tratando de crime cometido por agente público, incide o acréscimo previsto no § 4º do art. 1º da

lei em foco, pelo que elevo as penas em 1/6 (um sexto), concretizando-as, respectivamente em cinco anos, seis meses e 15 dias de reclusão (para Cláudio Enderson) e cinco anos e três meses de reclusão, para os demais.

O condenado por crime previsto na Lei nº 9.455/97 deve iniciar o cumprimento da pena em regime fechado, conforme determinado no § 7º do art. 1º.

O aludido diploma legal, ainda, prevê, expressamente, no § 5º do art. 1º que a condenação acarretará a perda do cargo, determinação que, a meu ver, torna despicienda qualquer fundamentação. Se a prática da tortura é um crime com alto grau de reprovabilidade social, mais reprovável se mostra essa conduta se praticada por um servidor público, especialmente aquele detentor de autoridade conferida pelo Estado para o combate à criminalidade. Foi esse raciocínio, por certo, que norteou a vontade do legislador ao impor tal gravame ao servidor que comete o crime de tortura.

Mercê de tais considerações, dou provimento ao recurso ministerial, para condenar Alderman Martins de Souza, Luiz Cláudio de Oliveira Nascimento, Neuzivan Ribeiro Costa, Walisson Marinho Carvalhal, Cláudio Enderson Sampaio e Anderson Ignácio da Silva como incursos nas sanções do art. 1º, inciso II, §§ 3º e 4º, da Lei nº 9.455/97, com as conseqüências advindas dos §§ 5º e 7º do mesmo artigo.

Se unânime a decisão, expeça-se o competente mandado de prisão.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MÁRCIA MILANEZ e EDUARDO BRUM.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO, COM RECOMENDAÇÃO.

...

## Estatuto da Criança e do Adolescente - Atos infracionais análogos ao homicídio qualificado e ao porte ilegal de arma de fogo - Tentativa - Autoria - Materialidade - Valoração da prova - Legítima defesa - Não-configuração - Violência contra pessoa - Medida socioeducativa - Internação - Aplicabilidade

Ementa: Apelação criminal. ECA. Ato infracional análogo ao homicídio tentado. Legítima defesa. Não-ocorrência. Medida de internação. Adequação ao caso. Recurso desprovido.

- Se o acusado não se desincumbiu do ônus da prova da legítima defesa, correta é a r. decisão que julgou procedente a representação com base nas provas produzidas nos autos.

- Sabe-se que as medidas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente têm natureza pedagógica, objetivando sempre a reeducação e ressocialização do infrator. Nesse mister, cabe ao juiz apreciar a gravidade do ato, o grau de reprovabilidade da conduta e aspectos pessoais do adolescente, tais como seu comportamento social, antecedentes e personalidade.

- Afigura-se correta a aplicação da medida socioeducativa de internação ao adolescente que tenha praticado o ato infracional análogo ao homicídio, em consonância com o disposto no art. 122, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0704.07.057238-0/001 - Comarca de Unaí - Apelante: Menor infrator - 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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 5 de agosto de 2008. - *Eduardo Brum* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. EDUARDO BRUM - Perante o Juízo da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Unaí, foi ofertada representação em desfavor do menor B.W.V.S., nascido em 15.01.92, atribuindo-lhe o cometimento dos atos infracionais análogos aos crimes previstos no art. 121, § 2º, II, c/c o art. 14, II, ambos do CP; e art. 14 da Lei nº 10.826/03.

Conforme a peça inaugural, no dia 07.11.07, por volta das 22 horas, na Rua Corina Gonçalves, nº 376, Bairro Novo Horizonte, em Unaí, o ora adolescente, agindo com *animus necandi*, efetuou 5 (cinco) disparos de arma de fogo contra as vítimas Jamil Santana de Castro e Célia José Martins de Castro, vindo a atingir somente Célia, de raspão, não consumando a vontade do agente por circunstâncias alheias à sua vontade.

Consta, ainda, que, no dia 08.11.07, o ora representado portava uma arma de fogo sem autorização e

em desacordo com determinação legal e regulamentar, por volta das 15 horas, no interior da residência situada na Rua Adolfo Rodrigues, 535, Bairro Novo Horizonte.

Segundo se apurou, o adolescente, a mando do maior intitulado "Dioni", foi até a casa das vítimas e chamou por Jamil. Quando este se aproximou da janela, junto de sua mãe, Célia, o representado desferiu os tiros em desfavor dos dois, tendo somente acertado, de raspão, a senhora. Ato contínuo, evadiu-se do local em desabalada carreira, dirigindo-se à casa do tal "Dioni".

No dia seguinte, policiais civis, em diligência no referido bairro, lograram êxito em encontrar e apreender o representado, na casa localizada no endereço suso mencionado - casa do "Dioni" -, oportunidade em que foi também recolhida a arma de fogo. O representado até tentou fugir, mas foi alcançado pelas autoridades.

Ao término de regular instrução processual, prolatou o MM. Juiz *a quo* a r. sentença de f. 63/69, pela qual considerou B.W.V.S. incurso no ato infracional análogo ao delito tipificado no art. 121, c/c o art. 14, II, ambos do CP, aplicando-lhe a medida socioeducativa de internação, pelo prazo máximo de 3 (três) anos.

Tanto o il. Defensor do menor quanto o nobre Representante do Ministério Público foram intimados da r. sentença (f. 69-v.).

Irresignado, o adolescente interpôs recurso de apelação à f. 78, pugnando por apresentar suas razões na segunda instância.

Às f. 80/81, r. decisão negando o pedido de apresentação de razões, ante a regra do art. 198 do ECA, e recebendo o recurso em seu efeito devolutivo, devolvendo ao eg. Tribunal toda a matéria constante dos autos.

Contra-razões ministeriais às f. 82/87.

À f. 88, a r. sentença foi mantida em sede de juízo de sustentação/retratação.

Ouvida, a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso (f. 91/96).

Conheço do recurso, atendidos os pressupostos de admissibilidade.

Primeiramente, urge colacionar que, embora não tenham sido juntadas as razões por parte do menor, mister se faz analisar toda a matéria ventilada nos autos, com fulcro nos princípios do duplo grau de jurisdição e da ampla defesa, cumprindo, pois, o próprio escopo do ECA, que é proteger a criança e o adolescente.

A materialidade infracional comprova-se pelo auto de apreensão em flagrante (f. 10/14) e boletim de ocorrência (f. 17/18).

A autoria, a seu turno, é inconteste, tendo em vista a própria confissão do menor desde a fase inquisitiva (f. 14), embora tenha afirmado, a todo o momento, ter agido em legítima defesa.

Entretanto, o acervo probatório demonstra que o representado cometeu o delito sem a ocorrência da citada excludente de ilicitude.

Ouvido judicialmente, confirmou B.W.V.S. o afirmado anteriormente, asseverando ter desferido vários tiros contra Jamil e sua mãe, na residência destes, sendo que sua intenção era, de fato, ceifar a vida de Jamil:

> [...] que são em parte verdadeiras as acusações feitas na representação; que é amigo da vítima Jamil desde a infância; que antes dos fatos narrados na representação estava na rua juntamente com seu amigo 'Dioni' conversando; que pediu fogo para Dioni, quando ele entrou na residência avistou um veículo Gol dobrando a esquina e conduzido pelo irmão de Jamil, sendo que este estava no banco do passageiro; que Jamil abriu o vidro da porta do passageiro e lhe desferiu doze tiros; que um dos tiros lhe atingiu o dedão do pé; que saiu correndo para o meio do mato; que foi até a casa de Dioni enfaixar o dedão e pegar uma arma; que não sabe por que sofreu os tiros de Jamil, mas acredita que é porque estava em companhia de Dioni que está com rixa em relação ao povo de Jamil; que solicitou um revolver calibre 38 de Dioni com a intenção de matar o seu agressor Jamil; que colocou a arma na cintura e foi até a residência de Jamil; que quando chegou à residência de Jamil gritou pelo nome dele; [...] que Jamil chegou na porta da casa e sacou uma arma; que, antes de ser desferido qualquer tiro, atirou contra Jamil, por quatro vezes [...] (f. 21).

Em igual teor sobre a dinâmica dos fatos o relato das vítimas, Jamil (f. 48) e Célia (f. 49).

Nesse contexto, sobretudo pela declaração do menor, inexistiu qualquer agressão iminente por parte de Jamil que autorizaria a interpretação de que o representado agira em permitida legítima defesa. Ao contrário, após o suposto ataque sofrido, foi até a casa de um amigo, se apossou da arma de fogo e se dirigiu até a residência onde se encontrava Jamil. Óbvio que, diante desse quadro, impossível caracterizar a excludente de ilicitude.

Assim, a tese de legítima defesa não pode ser acolhida, pois não se verifica, no caso em exame, que o apelante tenha buscado repelir injusta agressão atual ou iminente com sua conduta.

Cláudio Heleno Fragoso expõe, sobre a caracterização da injusta agressão iminente:

> A agressão [...] iminente está em via de efetivação imediata. [...] Não é iminente a agressão quando há apenas ameaça de acontecimento futuro (in *Lições de direito penal*: parte geral. 16 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 228).

Nem se diga de moderação nos meios empregados, porque restou demonstrado que buscou agredir a vítima com disparos de arma de fogo, quase à queima-roupa, quando esta se encontrava em sua residência ao lado da mãe, que ainda foi atingida pelos projéteis disparados.

A defesa também não comprovou que a vítima agira de modo a fazer o apelante entender que estivesse armada. Ao contrário, os relatos deixam claro que o ora

apelante não consagrou à vítima a menor possibilidade de reação, atirando em sua direção tão logo chamada a aparecer na janela de casa.

A excludente de ilicitude sustentada, diante das provas colhidas nos autos, inverteu o ônus da prova. Desse modo, passou para a defesa o encargo de provar de forma cabal a alegação de que o adolescente apenas se defendeu de possível agressão, conforme dispõe o art. 156 do CPP.

Nesse sentido:

> ECA. Ato infracional análogo ao crime de homicídio qualificado. Confissão levada a efeito perante a autoridade policial. Retratação em juízo. Legítima defesa. Alegação oportunista da Defesa, que não encontra amparo fático algum no acervo probatório dos autos. Vítima que não teve ensejo sequer de esboçar reação. Inexistência de injusta agressão, que afasta a análise dos demais pressupostos da excludente de culpabilidade. Circunstâncias do ato que revelam não ter o menor infrator condição para participar da vida em sociedade. Grande potencial ofensivo. Medida socioeducativa de internação que deve se aplicar. Local de cumprimento da medida: entidade exclusiva para adolescentes. Efeito do recurso de apelação: o devolutivo. Sentença mantida. Recurso improvido (TJMG - Ap. nº 1.0518.03.045523-3/001 - 2ª Câmara Criminal - Rel. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - *DJ* de 22.09.2006).

Há provas suficientes de que o apelante agiu com intenção homicida, pela própria dinâmica dos fatos, associada ao depoimento dos demais partícipes do ato. Desse modo, a alegação de legítima defesa encontra-se isolada do conjunto probatório, devendo, por conseguinte, ser rejeitada.

No tocante à medida socioeducativa de internação, melhor sorte também não lhe assiste.

A finalidade da sanção não é apenas responsabilizar o adolescente por seus atos, para demonstrar a ilegalidade de sua conduta e desencorajá-lo a novas práticas. Serve também à sua reeducação, incutindo-lhe valores de cidadania para viabilizar sua reinserção na sociedade. Neste mister, cabe ao Juiz apreciar a gravidade do ato, o grau de reprovabilidade da conduta e aspectos pessoais do adolescente, tais como seu comportamento social, antecedentes e personalidade.

A gravidade da conduta análoga ao crime de homicídio, de fato, requer punição mais severa, para que o menor não tome a resposta estatal como um incentivo à prática de novos atos bárbaros, como determina o art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A propósito, decisões desta eg. Câmara e do Excelso Pretório:

> *Habeas corpus*. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional equivalente a homicídio qualificado. Medida de internação. Excepcionalidade da medida extrema. Ato cometido mediante violência ou grave ameaça. Art. 122, inciso I, do ECA.
>
> I - A medida socioeducativa de internação está autorizada nas hipóteses taxativamente previstas no art. 122 do Estatuto do Menor (precedentes).
> II - Se o ato infracional é cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa, é de se aplicar aos menores a medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado, nos termos do art. 122, inciso I, da Lei nº 8.069/90 (precedentes).
> Ordem denegada (STJ - *HC* nº 49967/DF - Quinta Turma - Rel. Min. Felix Fischer - *DJU* de 19.06.2006).
>
> Estatuto da Criança e do Adolescente - Medida socioeducativa de internação corretamente aplicada - Excepcionalidade - Improvimento - Priorização da situação do menor e do caráter educativo da medida excepcional de internação.
> - Embora excepcional, a internação deverá ser aplicada ao menor que pratica ato infracional grave, consistente em homicídio por motivo fútil, praticado com arma de fogo adquirida pelo próprio menor, demonstrando comportamento anti-social e agressivo, apesar de não apresentar antecedentes criminais e ter família estruturada.
> - As medidas socioeducativas do ECA não têm caráter punitivo e apresentam como objetivo primordial a recuperação do menor.
> - Diante dessa imposição legal que tira da internação o caráter punitivo e realça o objetivo social de recuperação, já é tempo de o Estado brasileiro, atento às diretrizes constitucionais refletidas no Estatuto da Criança e do Adolescente, mobilizar-se num grande esforço no sentido de garantir ao menor infrator todos os seus direitos, entre eles a assistência educacional, médica, psicológica e psiquiátrica de que necessita para sua completa recuperação (TJMG - Ap. nº 1.0433.04.139782-2/000 - 1ª Câmara Criminal - Rel. Des. Sérgio Braga - *DJ* de 20.01.2006).
>
> Apelação criminal - Representação - Menores infratores - Homicídio qualificado - Autoria e materialidade comprovadas - Medida socioeducativa de internação - Cabimento - Inocuidade de medida mais branda - Recursos conhecidos e desprovidos.
> - Afigura-se correta a aplicação da medida socioeducativa de internação por tempo indeterminado aos adolescentes que tenham praticado o ato infracional análogo ao homicídio qualificado, em consonância com o disposto no art. 122, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente, além de estarem eles em crescente processo de marginalidade e criminalidade (TJMG - Ap. nº 1.0414.05.012906-6/001 - 1ª Câmara Criminal - Rel.ª Des.ª Márcia Milanez - *DJ* de 24.11.2006).

Em igual diapasão o laudo social de f. 51/53, no qual se recomendou esta exata medida ao representado.

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

Sem custas.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JUDIMAR BIBER e FERNANDO STARLING.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

...

## Tráfico de drogas - Associação para o tráfico - Não-ocorrência de ilícito transnacional - Competência - Justiça Estadual - Interceptação telefônica - Validade - Cerceamento de defesa não configurado - Litispendência - Descaracterização - Laudo pericial - Materialidade - Valoração da prova - Condenação - Fixação da pena - Pena privativa de liberdade - Substituição por restritiva de direitos - Inadmissibilidade - Critérios da prevenção e repressão - Crime permanente - Cumprimento da pena - Progressão de regime - Prazo - Irretroatividade da lei mais grave

Ementa: Tóxicos. Tráfico. Competência da Justiça Estadual. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Interceptação telefônica. Ausência de nulidade. Litispendência. Preliminares rejeitadas. Associação para o tráfico. Crime caracterizado. Absolvição ou desclassificação. Impossibilidade. Condenação do co-réu pelo crime de tráfico mantida. Materialidade devidamente comprovada. Substituição da pena corporal. Inadmissibilidade. Lapso temporal para obtenção de progressão de regime. Inaplicação da Lei 11.464/06. Recurso ministerial. Ausência de provas do crime de tráfico. Absolvição mantida. Penas. *Quantum*. Manutenção.

- Não demonstrada no processo a ocorrência de ilícito transnacional, a competência para o julgamento do feito é da Justiça Estadual.

- Realizada a interceptação telefônica por autorização judicial prévia e devidamente fundamentada, obedecendo aos ditames da Lei 9.296/96, as informações e provas coletadas são indiscutivelmente lícitas.

- Não se pode falar em cerceamento de defesa por falta de acesso às escutas telefônicas quando foi possibilitada aos acusados vista irrestrita ao seu conteúdo durante toda a instrução processual.

- Tratando-se de fatos diversos, inexiste a figura processual da litispendência.

- Se todas as provas comprovam a ocorrência do crime de associação para o tráfico e não se desincumbindo os acusados de retirarem a sua responsabilidade, impossível a absolvição ou a desclassificação do crime.

- Há de ser mantida a condenação de um dos réus pelo crime de tráfico, que se consuma com a prática de qualquer uma das condutas previstas no art. 33 da Lei 11.343/06.

- Constando do processo laudo pericial elaborado pelo instituto de criminalística, atestando que a substância apreendida era cocaína, resta devidamente comprovada a materialidade do delito de tráfico.

- A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, no crime previsto pelo art. 35 da Lei 11.343/06, encontra óbice no art. 44 do mesmo diploma legal.

- Cessada a permanência antes da entrada em vigor da novel Lei 11.464/07, deve ser observado o *quantum* de 1/6, para fim de progressão de regime de cumprimento da pena corporal.

- A ausência de prova material do crime de tráfico impossibilita a condenação dos demais denunciados.

- Apresentando-se as penas suficientes para prevenção e repressão do crime, bem como para reeducação dos infratores, não há falar-se em modificação.

Provimento parcial aos recursos defensivos. Desprovimento do recurso ministerial.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0518.07.114965-3/001 - Comarca de Poços de Caldas - Apelantes: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Athaíde Raimundo da Silva Filho, Waltair Alex Fernandes, Rodrigo Kenderson Heldt, Eduardo Roberto Pires, Eduardo José Corrêa, Simar de Oliveira, Fábio Marcelo Gonçalves, Francislei Miranda - Apelados: Athaíde Raimundo da Silva Filho, Waltair Alex Fernandes, Rodrigo Kenderson Heldt, Eduardo Roberto Pires, Eduardo José Corrêa, Simar de Oliveira, Fábio Marcelo Gonçalves, Francislei Miranda, Ministério Público do Estado de Minas Gerais - 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 REJEITAR PRELIMINARES, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL E DAR PROVIMENTO PARCIAL AOS DEFENSIVOS.

Belo Horizonte, 9 de setembro de 2008. - *Antônio Carlos Cruvinel* - Relator.

### Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelos apelantes Simar de Oliveira, Eduardo José Corrêa e Fábio Marcelo Gonçalves, o Dr. Dário Henrique Ferreira Grossi.

DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - Ouvi, atentamente, as palavras proferidas pelo ilustre advogado e registro que recebi alentado memorial subscrito por S. Ex.ª, ao qual dei a devida atenção.

Meu voto é o seguinte:

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se de todos os recursos.

Na Comarca de Poços de Caldas, Nivaldo Lopes, Alexandre Pires de Paula, Athaíde Raimundo da Silva Filho, Eduardo José Corrêa, Eduardo Luiz Canhedo Soares, Eduardo Roberto Pires, Fábio Marcelo Gonçalves, Francislei Miranda, João Luiz Garcia Filho, José Ronaldo Erler, Luiz Jaime da Silva, Marco Aurélio Andrade, Mario César Erler Filho, Rodrigo Kenderson Heldt, Ronaldo Heldt Júnior, Sildemberg Curinga da Silva, Silton Fernandes Borges, Simar de Oliveira, Tais Gonçalves, Vanderlei de Paula Melo e Waltair Pereira Fernandes foram denunciados pelo cometimento dos delitos descritos nos arts. 33, *caput*, 33, § 1º, e 35, c/c o art. 40, I e IV, da Lei 11.343/06 e art. 288 do Código Penal, em co-autoria e concurso material.

O processo foi desmembrado em relação aos denunciados presos e foragidos, sendo que a sentença de f. 1.280/1.314 julgou parcialmente procedente o pedido contido na denúncia para condenar Athaíde Raimundo da Silva Filho, Eduardo José Correa, Fábio Marcelo Gonçalves, Francislei Miranda e Waltair Alex Fernandes nas sanções do art. 35 da Lei 11.343/06, às penas de três anos de reclusão, em regime semi-aberto e 700 dias-multa.

Condenou Eduardo Roberto Pires e Rodrigo Kenderson Heldt nas sanções do art. 35 da Lei 11.343/06, às penas de três anos e seis meses de reclusão, em regime fechado e 800 dias-multa.

Condenou Simar de Oliveira nas sanções dos arts. 33, *caput*, e 35 da Lei 11.343/06, às penas de oito anos de reclusão, em regime fechado, e 1.200 dias-multa.

O dia-multa foi fixado no valor mínimo para todos os condenados.

Inconformados, insurgem-se o Representante Ministério Público e os réus.

O Representante do Órgão Ministerial, às f. 1.368/1.399, pretende a condenação dos acusados no crime descrito pelo art. 33 da Lei 11.343/06, uma vez que o delito de tráfico de drogas restou devidamente caracterizado, descrevendo a conduta de cada um dos denunciados; que, embora cada um dos denunciados tivesse uma tarefa dentro da organização criminosa, o ânimo era o mesmo, qual seja o de traficar drogas, sendo desnecessário qualquer ato de comércio para comprovar a ocorrência do delito; que, durante a investigação policial, foi utilizado o instituto processual denominado flagrante diferido.

Afirma, também, que as penas-base para o crime de associação para o tráfico não deveriam ter sido fixadas nos mínimos, em observância ao disposto no art. 59 do Código Penal.

Às f. 1.508/1.512, Eduardo Roberto Pires e Rodrigo Kenderson Heldt pleiteiam preliminarmente a nulidade do processo, porquanto a competência para o julgamento do feito é da Justiça Federal, por se tratar de ilícito transnacional.

Athaíde Raimundo da Silva Filho e Fábio Marcelo Gonçalves (f. 1.513/1.528 e 1.529/1.563) sustentam preliminarmente que houve cerceamento de defesa, porquanto tiveram acesso às degravações telefônicas somente "muito depois" de intentada a denúncia; que os comandos contidos nos arts. 5º e 9º, dentre outros da Lei 9.296/96, foram desobedecidos; que não tiveram acesso ao completo teor das degravações telefônicas; que os laudos periciais "utilizados como embasamento da denúncia não poderão ser aceitos, uma vez que realizados por peritos [...] incompetentes para o ato [...]"; que a transcrição foi feita de maneira parcial e inexata, devendo ser observada a teoria dos frutos da árvore envenenada.

Francislei Miranda, às f. 1.572/1.573, afirma preliminarmente a ocorrência de litispendência.

Todos os condenados, com exceção de Waltair Alex Fernandes, pretendem as absolvições, afirmando que o *animus* associativo, dolo da conduta prevista no art. 35 da Lei 11.343/06, não restou caracterizado em momento algum pelas interceptações telefônicas que serviram de embasamento para a sentença, não se desincumbindo o Representante do Órgão Ministerial do ônus que lhe cabia.

Eduardo José Correa, às f. 1.473/1.492, requer, alternativamente, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a progressão do regime de cumprimento de pena para o aberto, em face do cumprimento de 1/6 da pena, e a aplicação do art. 14 da Lei 6.368/76, a uma porque a sua sanção mais benéfica do que a prevista no art. 35 da Lei 11.343/06, a duas porque o fato ocorreu na vigência da Lei 6.368/76.

Athaíde Raimundo da Silva Filho pugna, alternativamente, pela concessão da progressão de regime porque já cumprido mais de 1/6 da pena.

Às f. 1.617/1.625, Waltair Alex Fernandes pleiteia a desclassificação do crime denunciado para o de favorecimento real, com a aplicação das penas nos mínimos, reconhecida a atenuante da confissão espontânea.

Simar de Oliveira, também condenado pelo crime de tráfico, às f. 1.493/1.506, afirma que a materialidade do crime não restou devidamente comprovada, devendo, por isso, ser absolvido.

Requer alternativamente a desclassificação do delito denunciado para o de uso de drogas, como a observância da Lei 6.368/76, uma vez que os fatos se deram na sua vigência, bem como a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, por ser primário e de bons antecedentes.

Exame das questões preliminares.

A) Competência da Justiça Federal.

Reza o art. 70 da Lei 11.343/06 que "O processo e o julgamento dos crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, se caracterizado o ilícito transnacional, são de competência da Justiça Federal".

Verifica-se que a princípio havia indícios de que a droga poderia ter sido adquirida na Bolívia, contudo tal fato não restou comprovado, donde se concluir que a competência para o julgamento do feito é da Justiça Estadual.

B) Cerceamento de defesa.

Athaíde Raimundo da Silva Filho e Fábio Marcelo Gonçalves sustentam que houve cerceamento de defesa, porque, além de não terem tido acesso ao inteiro teor das degravações telefônicas, ficaram privados da vista antes do oferecimento da denúncia.

Não há cerceamento de defesa, porque possibilitado aos acusados acesso irrestrito ao conteúdo das escutas telefônicas durante toda a instrução processual.

O jurista Fernado Capez leciona, com razão, em seu *Curso de direito penal*, v. 4, que "[...] o contraditório no procedimento cautelar de interceptação telefônica não ocorre antes da execução das diligências, sob pena de a medida tornar-se inútil" (in ob. cit., p. 517).

O MM. Juiz *a quo* fez constar em sua decisão que "[...] aos denunciados foi facultada a análise dos autos de degravação, análise da prova pericial elaborada por peritos lotados na 25ª DRSP e fornecimento de cópias de CD-ROMs [...]", acrescentando que o processo que deu origem às interceptações telefônicas sempre esteve à disposição dos denunciados.

Do mesmo modo, a validade da prova não é condicionada à completa transcrição das conversas, porque a Lei da Escuta Telefônica não contém tal exigência, permitindo a inutilização da parte degravada que não interessar ao processo, nos termos do art. 9º da Lei 9.296/96, já que muitas comunicações entre os investigados não têm nenhum interesse para a obtenção da prova desejada.

Por uma análise, percebe-se que aos acusados fora dada a amplitude de defesa, não sofrendo eles qualquer prejuízo.

C) Inobservância da Lei 9.296/96.

O procedimento das interceptações telefônicas é regulamentado pela Lei 9.296/96 e várias foram as preliminares aventadas.

Por primeiro, alega-se ausência de observância ao art. 2º da Lei 9.296/96, porque a escuta telefônica não foi precedida de inquérito policial, havendo, também, outros meios de investigação à disposição da Justiça, devendo a medida ser utilizada somente em último caso.

A lei determina, tão-somente, a existência de investigação criminal, e havia uma investigação em curso na 2ª Vara Criminal da Comarca de Poços de Caldas, acerca de crime organizado e refino de cocaína, registrada sob o nº 0518.07.096657-0.

O Magistrado entendeu que a medida utilizada era a necessária ao caso *sub judice* e afirmou que:

> Somente a interceptação telefônica permitiu o sucesso policial na identificação do laboratório de refino e dos envolvidos na organização criminosa comandada por Nivaldo Lopes, bem como a apreensão de insumos e apetrechos utilizados na fabricação de cocaína. A prova carreada aos autos demonstra que os participantes da organização criminosa foram identificados ao longo do ano de 2006 e o difícil foi localizar o laboratório, ainda que usando da combatida interceptação telefônica.

Outrossim, cabe ao juiz avaliar o prazo de duração da interceptação telefônica, que deve ser o necessário à completa investigação dos fatos.

Após pedido formulado pela autoridade policial, fora expedida autorização judicial devidamente fundamentada para proceder à escuta telefônica.

A doutrina e jurisprudência pátrias confirmam a possibilidade de renovação da diligência pelo tempo necessário à elucidação dos fatos criminosos, conferindo interpretação ampliativa ao disposto no art. 5º da Lei nº 9.296/96, permitindo-se mais de uma renovação da diligência, com base num juízo de proporcionalidade e adequabilidade da medida.

Saliente-se que as investigações foram complexas, devido principalmente ao grande número de pessoas envolvidas, sendo dispensável ao Juízo longa fundamentação dos pedidos subseqüentes, que se constituem em mero prolongamento do primeiro.

Assim já se posicionou o Pretório Excelso:

> Ementa: *Habeas corpus*. Interceptação telefônica. Prazo de validade. Alegação de existência de outro meio de investigação. Falta de transcrição de conversas interceptadas nos relatórios apresentados ao juiz. [...].
> 1. É possível a prorrogação do prazo de autorização para a interceptação telefônica, mesmo que sucessivas, especialmente quando o fato é complexo a exigir investigação diferenciada e contínua. Não-configuração de desrespeito ao art. 5º, *caput*, da Lei 9.296/96.
> 2. A interceptação telefônica foi decretada após longa e minuciosa apuração dos fatos por CPI estadual, na qual houve coleta de documentos, oitiva de testemunhas e audiências, além do procedimento investigatório normal da polícia. Ademais, a interceptação telefônica é perfeitamente viável sempre que somente por meio dela se puder investigar determinados fatos ou circunstâncias que envolverem os denunciados.
> 3. Para fundamentar o pedido de interceptação, a lei apenas exige relatório circunstanciado da polícia com a explicação das conversas e da necessidade da continuação das investigações. Não é exigida a transcrição total dessas conversas, o que, em alguns casos, poderia prejudicar a celeridade da investigação e a obtenção das provas necessárias (art. 6º, § 2º, da Lei 9.296/96). [...] (STF - *HC* 83515/RS, Relator: Min. Nelson Jobim, j. em 16.09.2004).

Não há falar-se em nulidade da prova em razão das sucessivas prorrogações noticiadas.

Lado outro, não invalida o conteúdo da interceptação o fato de a transcrição das gravações ter sido realizada por peritos da Polícia Civil designados pelo Delegado da Polícia Civil da 25ª DRPC, pois a Lei da Escuta Telefônica não exige a submissão do procedimento à perícia técnica especializada.

Aliás, o aludido diploma legal é claro no sentido de que cabe à autoridade policial a condução dos procedimentos de interceptação (art. 6º e seus parágrafos da Lei nº 9.296/96).

Todos os laudos constantes do processo são de autoria do Instituto de Criminalística da Polícia Civil deste Estado, subscritos por dois peritos criminais devidamente identificados e habilitados, cuja competência para o ato se presume, em face da natureza oficial da perícia, cabendo à defesa a prova em contrário.

Outrossim, deve ser observado que o art. 159, em seu § 1º, do Código de Processo Penal autoriza a escolha de duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior, preferencialmente entre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame, em não havendo peritos oficiais que possam atuar no feito.

Os agentes da Polícia Civil que assinaram o laudo de degravação do áudio atendem aos requisitos acima mencionados.

No que toca à alegação de que o processo é nulo ante a inexistência de autos apartados que cuidem especificamente da interceptação telefônica, é fato que o art. 8º da Lei nº 9.296/96 prevê que os autos da interceptação telefônica sejam apensados aos autos principais.

Malgrado as degravações não tenham sido mantidas em autos apartados, a pretensa desqualificação da prova produzida de modo lícito não se sustenta, de modo que o seu valor probante é inquestionável.

Cuida-se de mera irregularidade.

Assim já se manifestou a jurisprudência:

> Interceptação telefônica. Inocorrência de nulidade. - Não há qualquer eiva na interceptação telefônica colhida com autorização judicial. O fato de a diligência não ter sido processada em autos apartados, como preceitua o art. 8º da Lei 9.296/96, traduz-se em mera irregularidade e não tem o condão de nulificar a prova (TACRIM-SP - 6ª Câm. - Ver. 335906/2 - Rel. Wilson Barreira - *DJE* de 24.05.1999).

Quanto ao fato de o incidente de inutilização de parte das escutas ter sido realizado irregularmente, ou seja, sem o requerimento das partes e sem a devida ordem judicial, trata-se de alegação que não restou devidamente comprovada.

Se a defesa alegou esse vício, caber-lhe-ia prová-lo.

O certo, é que a prova processual colacionada e utilizada pelo Magistrado para embasar a sentença não está comprometida, uma vez que fora obtida indiscutivelmente de forma lícita, não havendo falar-se em "árvore dos frutos envenenados".

D) Litispendência.

O apelante Francislei Miranda alega a ocorrência de litispendência em virtude do Processo de nº 0518.06.107831-8, que tramitou perante a 1ª Vara Criminal da Comarca de Poços de Caldas.

O processo em trâmite na 1ª Vara Criminal já se encontra decidido e cuida de fato diverso, ocorrido em 27 de outubro de 2006, muito antes dos fatos narrados nestes autos.

Além disso, não se desincumbiu o apelante de comprovar tal ocorrência.

Rejeitam-se todas as preliminares.

DES. PAULO CÉZAR DIAS - De acordo com o Relator.

DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS - De acordo com o Relator.

DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - Do recurso ministerial.

Pretende o Órgão Ministerial a condenação dos réus pelo crime de tráfico de drogas.

Decide com acerto a sentença que, após analisar a extensa prova constante do processo, conclui que a prova é insuficiente para alicerçar a condenação dos denunciados pelo crime de tráfico de droga.

Não existe prova material desse delito em relação aos réus, e, como uma pessoa somente pode ser condenada quando estabelecidas, de modo cabal e incontroverso, a autoria e a materialidade do delito, a absolvição deve ser mantida.

Eis a jurisprudência:

> Em matéria criminal tudo deve ser preciso e certo, sem que ocorra possibilidade de desencontro na apreciação da prova. Desde que o elemento probante não se apresenta com cunho de certeza, a absolvição do réu se impõe (TJSP - AC - Rel. Hoeppner Dutra - *RJTSP* 10/5450).

Não se pode afastar a possibilidade de que os acusados tenham praticado, também, o crime de tráfico, porém, em matéria criminal, tudo deve ser preciso e certo.

Relativamente ao pedido de majoração das penas, é de se observar que as mesmas não merecem qualquer modificação, porquanto suficientes para a prevenção e repressão do crime, bem como para reeducação dos infratores.

Nega-se provimento ao recurso ministerial.

DES. PAULO CÉZAR DIAS - Quanto ao recurso ministerial, nego provimento.

DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS - De acordo.

DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - Dos recursos defensivos.

Todos os apelantes pretendem as absolvições pelo cometimento do delito de associação para o tráfico, ao argumento de que não se vislumbra o *animus* associativo entre os mesmos.

Depreende-se dos autos, em apertada síntese, que, durante cerca de 1 ano (abril de 2006 a fevereiro de 2007), por meio da "Operação Cristal", efetuaram-se escutas telefônicas que registraram a intensa prática de narcotráfico por parte dos denunciados, responsáveis pela fabricação e distribuição de drogas no sul de Minas Gerais e outras regiões do Estado de São Paulo.

Para a configuração do delito tipificado pelo art. 35 da Lei 11.343/06, é necessário *animus* associativo, duradouro, com um acordo prévio de vontades entre duas ou mais pessoas que agem de modo coeso, visando à prática do tráfico ilícito de substância entorpecente.

Por ser um crime formal, não necessita de comprovação da materialidade.

Através das escutas telefônicas realizadas pela Polícia Civil, ficou cabalmente comprovado que todos os apelantes se associaram a Nivaldo Lopes, para disseminar a droga, sendo que este mantinha um laboratório num sítio localizado na Comarca de Campestre para refino de pasta-base de cocaína, que era trazida por Sildenberg Curinga da cidade de Várzea Grande, Estado de Mato Grosso, laboratório este operado por Luiz Carlos Prata e João Henrique Gomes Negrão (presos em meados de fevereiro de 2006 portando 17 quilos de pasta-base de cocaína).

As chamadas telefônicas transcritas às f. 55/150, 437/544, 635/642 atestam a ocorrência de intensa conversa entre os denunciados, o que vem a demonstrar a existência do liame subjetivo entre todos eles, explicitando que conversavam e negociavam a compra e venda da droga, dividindo as tarefas e determinando uma hierarquia.

Bastante elucidativos são o organograma de f. 54 e os relatórios policiais de f. 45/53 e 566/579.

Pela prova produzida, conclui-se que todos se associaram para produzir e vender droga, dividindo as tarefas desde a aquisição até a distribuição. A associação é incontestável, porquanto demonstrados os elementos caracterizadores desse tipo penal.

As defesas ficaram no puro exercício da argumentação e não lograram êxito em elidir as provas que pesam contra os acusados.

É irrelevante o fato de eles não se conhecerem, porque desnecessário que a sociedade esteja formalmente constituída, bastando a estabilidade e habitualidade visando à disseminação da traficância.

Noutro norte, o co-réu Simar de Oliveira pugna pela absolvição pelo crime de tráfico; todavia em seu poder foram encontrados três papelotes de cocaína.

Consta do processo o auto de apreensão de f. 319/320.

O laudo de f. 321 examinou somente parte das substâncias apreendidas em poder de Simar de Oliveira, enviando ao Instituto de Criminalística de Belo Horizonte o material restante em embalagem lacrada sob o nº 0452444.

A materialidade do crime de tráfico veio devidamente comprovada pelo laudo de f. 803, que procedeu a pesquisa químico-toxicológica do invólucro de nº 0452444, atestando os peritos que "Através de reações químicas gerais e específicas e análises cromatográficas foi constatada a presença de cocaína nas substâncias granuladas brancas enviadas a exames".

A forma de acondicionamento da droga em conjunto com as demais provas leva a crer que a condenação é medida de rigor, consumando-se o tráfico com a prática de uma das condutas previstas no art. 33 da Lei 11.343/06.

Acrescente-se que não é de se aplicar a causa especial de diminuição de penas prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, porque o condenado integra organização criminosa.

A pretensão desclassificatória do apelante Waltair Alex Fernandes não é de ser atendida pelos mesmos motivos acima esposados.

O pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos formulado por Eduardo José Corrêa também não deve ser deferido, porque, além do óbice existente no art. 44, da Lei 11.343/06, *in verbis:* "Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", a substituição não atende à melhor prevenção e repressão do delito.

O pedido de aplicação do art. 14 da Lei 6.368/76 também não é possível.

É cediço que o crime de associação para o tráfico é um crime permanente. O Brasil adota a teoria da atividade para saber qual é o tempo do crime, o momento em que se considera praticado o delito e a norma penal que será aplicável.

O crime permanente perdura enquanto durar a sua permanência, prolongando-se no tempo, sendo certo que a superveniência da lei mais severa obriga a sua aplicação aos fatos e circunstâncias ocorridos antes da cessação da permanência, que ocorre com a prisão dos agentes.

Basta a observância da Súmula 711 do STF.

Embora as investigações tenham começado em abril de 2006, o crime perdurou até fevereiro de 2007, quando já em vigor a Lei 11.343/06.

Tocante ao pedido de progressão de regime após o cumprimento de 1/6 da reprimenda, melhor sorte lhes assiste.

O lapso temporal a ser observado para fins de progressão de regime é o contido na norma genérica do art. 112 da LEP, porquanto o crime foi cometido antes do dia 29 de março de 2007, data da entrada em vigor da Lei 11.464/06.

Se se aplicar aos delitos praticados antes da vigência da nova lei o interregno de 2/5 aos primários e 3/5 aos reincidentes, estar-se-ia indo de encontro à Lei Maior, que proíbe a retroatividade *in malam partem*.

Não será discutida nessa seara a obtenção da progressão de regime, pois tal benefício deve ser analisado pelo Juiz da execução penal.

Por fim, Waltair Alex Fernandes pugna pela diminuição das penas e reconhecimento da confissão espontânea, porém as penas deste apelante foram fixadas nos mínimos, não devendo ser reconhecida a confissão espontânea, porque o apelante não é confesso.

Ante o exposto, dá-se provimento parcial aos recursos defensivos, tão-somente para observar o *quantum* de 1/6 para fim de progressão de regime de cumprimento de pena corporal, obedecidos os demais mandamentos da sentença hostilizada, e nega-se provimento ao recurso ministerial.

Custas, na forma da lei.

DES. PAULO CÉZAR DIAS - Sr. Presidente. Quanto aos recursos defensivos, peço vista, para examinar questão que me veio à tona.

Registro que ouvi, atentamente, a sustentação oral feita da tribuna, como dei a devida atenção aos memoriais que foram apresentados em prol do apelante Fábio Marcelo e Simar de Oliveira.

*Súmula* - REJEITARAM PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL. PEDIU VISTA O REVISOR PARA EXAME DOS RECURSOS DEFENSIVOS, APÓS O RELATOR DAR-LHES PROVIMENTO PARCIAL.

### Notas taquigráficas

PRESIDENTE (DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL) - O julgamento deste feito, após rejeitadas as preliminares e negado provimento ao recurso ministerial, foi adiado na sessão do dia 02.09.08, a pedido do Revisor, para exame dos recursos defensivos, após votar o Relator dando-lhes provimento parcial.

Com a palavra o Des. Paulo Cézar Dias.

DES. PAULO CÉZAR DIAS - Sr. Presidente. Verifiquei as provas contidas nos autos e, pelo estudo que fiz, cheguei à mesma conclusão do eminente Relator, razão por que, também, em relação ao recurso da defesa, acompanho V. Exa.

DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS - De acordo.

*Súmula* - REJEITARAM PRELIMINARES, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL E DERAM PROVIMENTO PARCIAL AOS DEFENSIVOS.

...

## Tráfico de influência - Crime comum - Qualificação funcional do agente - Inexigibilidade - Desclassificação do crime - Estelionato - Impossibilidade - Fixação da pena - Maus antecedentes - Reincidência não caracterizada - Substituição da pena - Impossibilidade - Circunstâncias judiciais - Regime semi-aberto

Ementa: Tráfico de influência. Prova. Condenação. Agente que não é funcionário público. Irrelevância. Pena de sete anos de reclusão. Redução. Inexistência da agravante da reincidência. Substituição da pena privativa de liberdade por penas substitutivas. Impossibilidade. Regime prisional inicialmente fechado. Alteração. Regime semi-aberto. Recurso provido em parte

- Não há que falar em desclassificação para o crime de estelionato se os fatos imputados ao réu se enquadram, perfeitamente, no tipo penal do delito de tráfico de influência, que não é crime próprio.

- Não se há desclassificar a conduta imputada ao réu, passando-a do art. 332, parágrafo único, do CP, para a do art. 332, *caput*, se demonstrado que o réu insinuou que a vantagem obtida seria repartida com a funcionária pública.

- Há que se reduzir a pena se o réu, ao contrário do afirmado na sentença, não é reincidente.

- Em sendo a pena superior a quatro anos, não há que se falar em aplicação de pena substitutiva.

- Se a pena é de seis anos de reclusão e se ela já se mostra bastante severa, deve-se evitar maior exasperação da sanção aplicada, fixando-se, assim, o regime prisional semi-aberto, mormente se as circunstâncias judiciais são favoráveis, à exceção do fato de o acusado possuir maus antecedentes.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0313.04.144907-2/001 - Comarca de Ipatinga - Apelante: Wesley de Melo Campos - Apelado: 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 DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 24 de julho de 2008. - *José Antonino Baía Borges* - Relator.

## Notas taquigráficas

DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES - A r. sentença de f. 192/197 condenou Wesley de Melo Campos como incurso nas sanções do art. 332, parágrafo único, do Código Penal, por três vezes, na forma do art. 71, também do CP, à pena de 7 anos de reclusão, no regime inicialmente fechado, mais 42 dias-multa, fixada a unidade no mínimo legal.

A defesa interpôs recurso de apelação, alegando que não restou demonstrada a prática do crime de tráfico de influência, mas, quando muito, de estelionato, uma vez que Darlene Ferreira de Sá, que prestava serviços no órgão de trânsito do Município de Ipatinga e que teria agido em conjunto com o apelante, não era funcionária pública, mas apenas prestadora de serviço; que não há prova de esquema de corrupção; que as vítimas não sofreram prejuízo; que não há prova da conduta prevista no parágrafo único do art. 332 do CP; que a pena foi fixada em montante injustificadamente elevado. Ao final, pede a desclassificação da conduta imputada ao apelante para a do art. 171 do CP ou para a do art. 332, *caput*, também do CP, por uma única vez; a redução da pena; a fixação do regime semi-aberto e a aplicação do art. 44 do CP (f. 213/284).

O Ministério Público apresentou contra-razões, pedindo a confirmação da sentença (f. 287/296).

A d. Procuradoria opinou pelo não-provimento do recurso (f. 297/298).

Conheço do recurso.

Consta dos autos que o réu, que não é funcionário público, nos meses de abril e maio de 2001, solicitou, de três candidatos à obtenção de carteira de habilitação, para si e para Darlene Ferreira de Sá, que prestava serviços no órgão de trânsito do Município de Ipatinga, certa quantidade em dinheiro, sob a promessa de que Darlene influiria nos resultados dos exames da banca examinadora do órgão de trânsito local.

A solicitação da quantia em dinheiro sob a promessa de que Darlene influenciaria no resultado dos exames de direção restou cabalmente comprovada pelos depoimentos das testemunhas Sérgio (f. 10/11 e 66); Solange (f. 17, 67 e 122); Esdra (f. 18, 68 e 123), Geraldo (f. 20 e 69); Bárbara (f. 21, 70 e 121) e Clébio (f. 06/07 e 71).

É digno de nota que a defesa, no final de suas razões, não pede a absolvição, o que só vem comprovar que os fatos estão realmente provados nos autos.

De outro lado, assim dispõe o art. 332 do Código Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 9.127/95:

> Art. 332. Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício da função: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único - A pena é aumentada da metade, se o agente alega ou insinua que a vantagem é também destinada ao funcionário.

Como se vê, não prevê esse tipo penal que o agente seja funcionário público.

Aliás, esse delito está inserido no Capítulo II do Título XI do Código Penal, que trata exatamente dos crimes praticados "por particular" contra a Administração em geral.

Diante disso, é irrelevante o fato de que o apelante não fosse funcionário público.

Por sua vez, Darlene, se prestava serviços à Administração, ainda que não efetiva, como funcionária pública deve ser considerada para fins penais, nos exatos termos do art. 327 do Código Penal.

E o examinador do Detran, que seria o último a ser supostamente "influenciado", é funcionário público.

A par disso, dos depoimentos colhidos, aos quais me reporto, restou claro que o recorrente pelo menos sugeriu aos candidatos à obtenção da carteira de habilitação que a quantia em dinheiro por ele solicitada seria repassada a Darlene e aos examinadores.

De outra parte, é irrelevante que os candidatos à carteira não tenham tido prejuízo, uma vez que isso é irrelevante para a consumação do crime do art. 332, que se consuma com a simples prática de uma das condutas no citado artigo previstas.

Tampouco é relevante saber se havia ou não um esquema de corrupção no órgão de trânsito de Ipatinga, uma vez que, no crime de tráfico de influência, não é preciso que a proposta de influenciar o funcionário público seja executável, mesmo porque nesse crime há uma verdadeira fraude contra o "comprador de influência", no dizer de Mirabete (cf. *Código Penal comentado*, Editora Atlas, 2000, p. 1.806).

Portanto, a conduta praticada pelo recorrente está realmente subsumida ao tipo penal do art. 332, parágrafo único, do Código Penal.

No que toca à pena, vê-se que o Juiz aplicou, para cada um dos crimes, a pena-base de 3 anos de reclusão e 18 dias-multa, pouco acima do mínimo, portanto, que é de 2 anos e 10 dias-multa.

E assim o fez, ao meu aviso, ao considerar o raciocínio por Sua Excelência desenvolvido, em desacordo com as circunstâncias judiciais, já que a única circunstância que seria desfavorável ao réu seriam os maus antecedentes, que o d. Magistrado afirmou que iria considerar apenas como agravante da reincidência.

Ora, se as demais circunstâncias são favoráveis, a pena-base deveria ter sido fixada no mínimo legal.

No entanto, o equívoco, *data venia*, não reside propriamente aqui, uma vez que o recorrente realmente possui maus antecedentes.

O equívoco está em que, do exame da certidão de antecedentes de f. 171/172, constata-se que o apelante possui maus antecedentes, sim, mas não é reincidente.

Com efeito, não há ali um só julgado que configure a agravante do art. 61, I, do CP.

Assim, se o apelante possui maus antecedentes, está correta a fixação da pena-base pouco acima do mínimo, no caso em 3 anos de reclusão mais 18 dias-multa.

Mas há que considerar que não há agravante.

Desse modo, como não há causas de diminuição de pena, passa-se à causa de aumento do parágrafo único do art. 332 do CP, aumentando-se, então, a pena pela metade, passando-a para 4 anos e 6 meses de reclusão mais 27 dias-multa.

Por fim, em razão da aplicação do art. 71 do CP, já que foram três os crimes praticados, como se vê dos autos, deve-se aumentá-la em 1/3, passando-a, então, para 6 (seis) anos de reclusão mais 36 (trinta e seis) dias-multa, fixada a unidade no mínimo legal.

Diante disso, nesse montante deve ser fixada a pena.

E, como ultrapassa ela quatro anos de reclusão, não há que falar em substituição por penas substitutivas, uma vez que o art. 44, I, do CP só admite a medida quando a pena não supera quatro anos.

Por fim, tenho que o regime prisional deve ser revisto, porque o montante da pena, ainda que já reduzido, continua realmente elevado, de tal sorte que a sanção que está sendo aplicada já se mostra bastante severa, a recomendar que não se exaspere mais a reprovação ao delito praticado, a despeito de o réu possuir maus antecedentes.

Vale lembrar que as circunstâncias judiciais são favoráveis ao apelante, exceto o fato de possuir ele maus antecedentes.

Assim, deve o regime prisional ser o semi-aberto (CP, art. 33, § 2º, *b*).

Pelo exposto, dou provimento parcial ao recurso para fixar a pena em 6 (seis) anos de reclusão mais 36 (trinta e seis) dias-multa, fixada a unidade no mínimo legal, e para estabelecer o regime semi-aberto para o cumprimento da pena.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES HYPARCO IMMESI e VIEIRA DE BRITO.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...

## Roubo majorado - Concurso de pessoas - Extorsão - Elementares do tipo penal - Desclassificação do crime - Inadmissibilidade - Crime continuado - Denúncia - *Emendatio libelli* - Nulidade não caracterizada - Fixação da pena - Circunstância atenuante - Confissão espontânea - Redução aquém do mínimo legal - Impossibilidade

Ementa: Apelação. Roubo e extorsão. Preliminar de nulidade do feito. Sentença *extra petita*. Rejeição. Desclassificação da extorsão para delito de roubo. Impossibilidade. Crime único. Não-ocorrência. Decote da qualificadora do emprego de arma de fogo. Pleito prejudicado. Continuidade delitiva. Reconhecimento. Incidência da atenuante da confissão espontânea. Redução da pena aquém do mínimo legal. Não-cabimento.

- Pratica delito de roubo e extorsão os agentes que, depois de roubarem a residência da vítima, levam-na ao banco, exigindo desta o saque de determinada importância que a mesma tinha em depósito.

- Não há que se falar em concurso material, mas em crime continuado, quando os delitos são da mesma espécie, praticados contra o patrimônio, ofendendo, de forma ampla, o mesmo bem jurídico tutelado pela norma incriminadora.

- A incidência de circunstância atenuante não pode reduzir a pena abaixo do mínimo legal.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0702.07.368186-9/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Douglas Pacheco Almeida - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - 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 E DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 5 de agosto de 2008. - *Paulo Cézar Dias* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. PAULO CÉZAR DIAS - O Ministério Público, por seu representante legal, ofereceu denúncia contra Douglas Pacheco Almeida, dando-o como incurso nas sanções do art. 158, § 1º, do Código Penal em concurso material

com o art. 1º da Lei 2.252/54. Narra a denúncia que, no dia 11 de Abril de 2007, na comarca de Uberlândia, o denunciado, na companhia do menor L.F.T., adentrou a residência das vítimas, constrangendo-as mediante grave ameaça, as quais foram conduzidas para um banco.

Chegando lá, uma das vítimas foi obrigada a sacar dinheiro sob a vigilância do denunciado, enquanto o menor infrator mantinha as demais vítimas sob a mira de arma de fogo dentro do veículo.

Segundo descreve a denúncia, após consumado o crime de extorsão, os meliantes levaram as "reféns" para um local ermo, onde praticaram todo o tipo de coação psicológica e, logo após, abandonaram-nas em um matagal.

Descreve a peça acusatória que o denunciado e o menor fugiram do local, levando o veículo Corsa, de propriedade de uma das vítimas, além de R$ 850,00 (oitocentos e cinqüenta reais) em dinheiro, sendo que R$500,00 (quinhentos reais) foram sacados por uma das vítimas em caixa eletrônico do Banco Real, mais quatro celulares e uma peça de bijuteria.

Após regular instrução, o MM. Juiz da 4ª Vara Criminal da Comarca de Uberlândia julgou parcialmente procedente a pretensão estatal para condenar o réu como incurso nas sanções do art. 158, § 1º, c/c art. 157, § 2º, inciso II, art. 69 e art. 65, inciso III, alínea *d*, todos do Código Penal, impondo ao acusado uma pena de cinco anos e quatro meses de reclusão e 13 dias-multa na razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, pela prática do delito de extorsão, e uma pena de cinco anos e quatro meses de reclusão e 13 dias-multa na razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, pela prática do delito de roubo, a serem cumpridas no regime inicialmente fechado, que, cumuladas, perfazem o total de 10 anos e oito meses de reclusão e 26 dias-multa.

Inconformado, o réu Douglas Pacheco Almeida, interpôs o presente recurso. Em suas razões de f. 159-185, argúi em preliminar a nulidade do feito ao entendimento de que a sentença primeva fora *extra petita*. No mérito, pugna pela absolvição do crime de extorsão, alegando que não houve emprego de meio intimidativo ou que tenha causado efetivo constrangimento das vítimas; desclassificação do delito de extorsão em concurso material com o crime de roubo para o delito de roubo qualificado pela circunstância de restringir a liberdade da vítima e absorção do delito de roubo; pleiteia, alternativamente, o decote da qualificadora do emprego de arma de fogo; incidência da atenuante da confissão espontânea, com redução da pena aquém do mínino legal.

Contra-arrazoado o recurso (f. 187-192), subiram os autos e, nesta instância, manifestou-se a Procuradoria de Justiça, mediante parecer de f. 196/206, pela rejeição da preliminar suscitada e desprovimento do recurso.

Presentes os requisitos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

Preliminarmente, sustenta a douta defesa matéria de ordem formal - nulidade da sentença monocrática, já que nela se procedeu a nova definição jurídica dos fatos descritos na peça acusatória, não tendo sido dada oportunidade de defesa ao réu, que, no decorrer de todo o processo, se defendeu apenas da acusação de extorsão, conforme a denúncia.

Não procede a nulidade levantada na impetração.

No caso em apreço não há que se falar em sentença *extra petita*. É que, *in casu*, ocorreu a *emendatio libelli* prevista no art. 383 do Código de Processo Penal, e não a *mutatio libelli*, de que nos dá conta o art. 384 do mesmo diploma legal, já que as elementares do crime de roubo e extorsão estão todas descritas na denúncia, permitindo, portanto, que se confira aos fatos narrados classificação jurídica diversa daquela apontada. É a aplicação do princípio da correlação que determina que o juiz não pode condenar o réu por fato não descrito na denúncia sem a providência do art. 384 do CPP ou de seu parágrafo único. Sendo assim, houve, no presente caso, uma correlação entre o fato descrito na denúncia, ou seja, entre o fato imputado ao recorrente e o fato pelo qual eles foram condenados.

Assim, é perfeitamente possível ao juiz, de acordo com o art. 383 do Código de Processo Penal, dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da denúncia, sem que seja necessário abrir vista à defesa para que se manifeste, ainda que tenha que aplicar pena mais grave. Defendendo-se o réu dos fatos narrados na peça inicial e estando presentes todas as circunstâncias e elementares, uma eventual mudança na capitulação do delito não lhe acarreta prejuízos.

Tal procedimento, evidentemente, não causa qualquer prejuízo ao acusado, uma vez que ele se defende dos fatos narrados, e não da capitulação jurídica apresentada na denúncia.

Rejeito, pois, a referida preliminar.

No tocante ao mérito, inicialmente, sustenta a ilustrada Defesa que o crime de extorsão não restou caracterizado, alegando que das ameaças perpetradas não surtiram efeitos intimidatórios nas vítimas.

Apesar dos argumentos apresentados pelo recorrente, verifica-se que tanto o delito de roubo quanto o de extorsão restaram plenamente configurados, conforme se extrai da prova carreada aos autos.

Ressalta-se que a materialidade restou devidamente comprovada mesmo porque não foi contestada pelo recorrente.

O próprio acusado confessou a autoria do crime, declarando que:

> [...] são verdadeiros os fatos narrados na denúncia; que o interrogando afirma que o menor apareceu em sua residência e o chamou para dar uma volta na cidade; [...] que após fazerem uso da droga, o menor lhe chamou para praticar um roubo; que o interrogando aceitou o convite e praticou os

> fatos narrados na denúncia; que não estava armado na hora dos fatos, entretanto o menor estava armado; [...] quando estava dentro da casa da vítima o interrogando ficou com os quatro reféns dentro de um quarto da casa, enquanto o menor procurava objeto de valor; que após isso saíram da casa da vítima e foram até o Banco Real; que no Banco o interrogando pegou uma das vítimas, que não se recorda qual, e a fez tirar o dinheiro no Caixa Eletrônico; que durante isso o menor ficou com outras três vítimas dentro do carro do lado de fora; que após o saque, pegou todas as vítimas e as levou para local ermo [...] (f. 83/84).

A confissão do acusado está corroborada pelas declarações das vítimas Leida Márcia de Oliveira (f. 10/11 e 109/110), Luíza Mosqueira de Oliveira (f. 22/23), Zenilda Ortega Cisternas Munoz (f. 40 e 111) e Divina Antônia de Jesus (f. 54/55), assim como pelo depoimento do menor L.F.T. (f. 133/135).

Vejamos as declarações das vítimas prestadas em juízo:

> [...] Que o acusado e o menor reviraram a casa, à procura de valores, sendo que o acusado levou um colar da declarante, um MP3 e cinco celulares e R$ 300,00 da bolsa da declarante e R$ 50,00 da Zenilda; que o acusado demonstrou estar ansioso e queria dinheiro em espécie, que o acusado e o menor obrigaram a declarante, sua filha, a empregada Divina e a Zenilda a entrarem no carro e, juntamente com os dois, foram até o caixa eletrônico do Banco Real; que a Luíza, filha da declarante, desceu do carro com o acusado Douglas e o menor ficou no carro apontando arma para a declarante e demais pessoas; que a Luiza sacou R$500,00; que o acusado voltou com a Luiza [...] (depoimento da vítima Leida Márcia, f. 109/110).

> Que o acusado e o menor reviraram a casa a procura de valores, sendo que o acusado levou um colar da Leida, um MP3 e cinco celulares e R$ 300,00 da bolsa da Leida e R$ 50,00 da declarante, que o acusado demonstrou estar ansioso, pois já estava próximo das 22:00 horas e disse que queria dinheiro em espécie; que o acusado e o menor obrigaram a todas as vítimas a entrarem no carro e, juntamente com os dois, foram até o caixa do Banco Real; que a Luiza, filha da Leida, desceu do carro com o acusado Douglas e o menor ficou no carro apontando a arma para a declarante e demais pessoas; que a Luiza sacou R$ 500,00; que o acusado voltou com a Luiza e entraram no carro [...] (depoimento da vítima Zenilda Ortega Cisternas Munoz, f. 111/112).

Como é cediço, o delito de extorsão é de natureza formal e se consuma no momento em que o autor constrange a vítima, sendo o recebimento da quantia mero exaurimento do delito. Difere do roubo, porquanto neste o agente subtrai, enquanto naquele constrange, forçando alguém a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa; ou seja, na extorsão o apoderamento da coisa depende de um comportamento da vítima, enquanto no roubo este é prescindível.

Na lição de Luiz Regis Prado:

> A conduta típica do artigo 158, *caput*, consiste em constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa, a fim de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica [...]. O verbo constranger deve ser entendido como coação, obrigação determinada pelo sujeito ativo, mediante violência ou grave ameaça. Decorrem daí os seguintes requisitos da extorsão: a) constrangimento do sujeito passivo, mediante emprego de violência ou grave ameaça, para que se faça, deixe de fazer, ou tolere que se faça alguma coisa; b) finalidade de obter (para si ou para outrem) indevida vantagem econômica (In *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 3.ª ed. São Paulo: RT, v. 2, Parte Especial, p. 423 e 424).

No presente caso, restou plenamente configurado o delito de extorsão, majorado pelo concurso de pessoas, uma vez que o apelante e seu comparsa, mediante nítida divisão de tarefa, constrangeram a vítima, mediante grave ameaça, a fazer o que não queria, proporcionando a ambos proveito ilícito. Consta dos autos que este, na companhia de um menor, adentrou a residência das vítimas e, utilizando-se de grave ameaça exercida com arma de fogo, levou-as ao terminal eletrônico do Banco Real, onde constrangeu Luiza Mosqueira de Oliveira a sacar a quantia de R$ 500,00 (quinhentos reais), sob a vigilância do réu, enquanto o menor L.F.T. manteve as demais ofendidas sob a mira de uma arma de fogo, dentro do veículo marca Corsa, placa DMJ-6501, pertencente à vítima Leida, restando claro o efeito intimidatório da grave ameaça sobre a vítima no momento em que ela se submeteu à vontade do apelante, efetuando o saque.

Registre-se que a ação da ofendida foi de suma importância para a obtenção do resultado lesivo pelos agentes, sendo que a *res* não poderia ter sido subtraída por eles sem que a vítima Luiza procedesse à identificação da sua conta bancária no caixa e à digitação de sua senha.

Assim, não procede a pretensão absolutória do recorrente no que concerne ao pedido de absolvição do crime de extorsão.

Pleiteia, ainda, a combativa defesa a reforma da sentença para o reconhecimento da figura do crime único, impondo-se a condenação do apelante apenas pelo delito de roubo majorado.

De acordo com a dinâmica dos fatos, pude perceber que a empreitada criminosa ocorreu da seguinte maneira:

Primeiramente, os acusados adentraram a residência das vítimas e, constrangendo-as mediante grave ameaça, lograram êxito em subtrair cinco aparelhos celulares, um MP3, R$ 350,00 (trezentos e cinqüenta reais) em dinheiro e uma peça de bijuteria. Num segundo momento, o apelante e o menor L.F.T. determinaram que as vítimas adentrassem o veículo Corsa, que estava estacionado na garagem da residência, palco do delito, onde resolveram levá-las até a agência bancária para que efetuassem o saque de certa quantia em dinheiro.

Diante do exposto, nota-se claramente que o delito de roubo restou comprovado, já que os agentes, mediante violência e grave ameaça, retiraram a *res* da esfera de vigilância e disponibilidade da vítima, obtendo a sua posse.

Dessa feita, não restam duvidas de que as condutas praticadas pelos acusados se dividem em duas. A primeira direcionada a subtrair das vítimas os seus pertences e valores, sendo o palco dos acontecimentos a residência das vítimas (roubo), e a segunda direcionada a constranger a ofendida Luiza Mosqueira de Oliveira a fornecer-lhes dinheiro mediante saque da sua conta bancária, reduzindo-lhe a possibilidade de resistência (extorsão).

De fato, os acusados subtraíram os pertences existentes na casa da vítima, e, momentos depois, tiveram a idéia de também levá-las à agência bancária para extorquir a vítima Luiza.

Dessa forma, tem-se que, consumado o roubo, novo desígnio conduziu a conduta delitiva dos agentes, qual seja: o intuito de auferir vantagem econômica mediante o constrangimento das ofendidas no sentido de ir até a agência bancária com a finalidade de lhes fornecer dinheiro, extorquindo-as.

Ademais, assevera-se que a privação da liberdade das vítimas não tinha por escopo assegurar a prática da subtração no delito de roubo, pois este já havia se consumado dentro da residência. Muito pelo contrário, os agentes iniciaram nova prática delituosa ao restringirem a liberdade das ofendidas com o intuito de extorquir dinheiro da vítima Luiza.

Por todo o exposto, entendo que não há como acolher o pedido lançado pela defesa de reconhecimento de um único delito, mormente por verificar que houve duas condutas distintas, de um lado o roubo, com a subtração de pertences da vítima, e de outro a extorsão, dando ensejo a duas condutas com capitulações delitivas próprias, que devem ser sancionadas autonomamente.

Noutro turno, vejo que o *decisum* está a merecer reparo, pois não há que se falar em concurso material entre os crimes de roubo majorado e extorsão, mas sim em continuidade delitiva, porquanto se trata de crimes da mesma espécie, praticados contra o patrimônio, ofendendo, de forma ampla, o mesmo bem jurídico tutelado pela norma incriminadora.

Entendo que mister é o reconhecimento da continuidade delitiva do crime de roubo com o crime de extorsão, mormente por constatar que a segunda prática delituosa se deu como mero desdobramento da primeira, nas mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução, tendo os agentes se aproveitado da oportunidade gerada pelo êxito do primeiro delito.

A propósito, nos ensina Heleno Cláudio 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 (in *Lições de Direito Penal* - A nova Parte Geral, Rio de Janeiro: Forense, 1985).

Nesse sentido, já decidiu este eg. Tribunal de Justiça:

> Apelação - Condenação por roubo qualificado em concurso material com extorsão mediante seqüestro - Desistência voluntária - Inadmissibilidade - Desclassificação do delito previsto no art. 159 do CPB - Crime único - Inocorrência - Continuidade delitiva - Reconhecimento.
> - Inexiste desistência voluntária quando o co-réu, além de participar do planejamento do roubo, pratica todos os atos de execução do delito, adentrando a residência da vítima e subtraindo da mesma, juntamente com seus comparsas, objetos existentes na casa e colocando-os no porta-malas do veículo, consumando, assim, o crime com a efetiva retirada da *res* da vigilância e disponibilidade da ofendida.
> - Impõe-se a desclassificação do delito de extorsão mediante seqüestro se verificado que não houve privação da liberdade da vítima com o dolo específico de exigir vantagem patrimonial como preço ou condição do resgate da mesma, havendo a restrição de liberdade da vítima apenas como meio de execução do crime de extorsão qualificada.
> - Se a intenção originária dos agentes era a prática de roubo e realmente o praticaram, subtraindo bens da residência da vítima, mas não satisfeitos, a conduziram para outro local e também a extorquiram, inadmissível é a tese de crime único, porquanto praticadas duas condutas diversas que devem ser sancionadas autonomamente.
> - Impõe-se o reconhecimento da continuidade delitiva entre roubo e extorsão quando constatado que esta se deu como mero desdobramento daquele, sendo muito semelhantes as condições de tempo, lugar e modo de execução, tendo os agentes se aproveitado da oportunidade proporcionada pela prática do primeiro delito, cuidando-se de crimes de mesma espécie, já que atingem o mesmo bem jurídico tutelado pela norma incriminadora (TJMG - Ap. Crim. nº 2.0000.00.429233-9/000(1) - Rel. Des. Vieira Brito, *DJ* de 27.04.2004).

Não há, pois, como não se reconhecer, *in casu*, a incidência do concurso material, impondo-se a reforma da sentença para aplicar a regra disposta no art. 71 do CP, com a conseqüente correção da pena, o que farei ao final.

No tocante ao pleito de decote da qualificadora do emprego de arma de fogo, entendo estar prejudicado, pois o Magistrado *a quo*, ao consignar na sentença o roubo qualificado, o fez em virtude do concurso de pessoas, e não pelo emprego de arma de fogo, deixando registrado à f. 148 dos autos que a causa de aumento de pena pelo emprego de arma de fogo não seria reconhecida, uma vez que a suposta arma não foi apreendida para a devida perícia.

Novamente a razão não está do lado do recorrente, ao pleitear pela incidência da atenuante da confissão espontânea.

No que diz respeito à dosimetria da pena-base imposta ao apelante, entendo que o ilustre Magistrado

de primeiro grau analisou corretamente todas as circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do Código Penal, fixando-a no mínimo legal.

Conforme ficou claro na transcrição de parte da sentença monocrática, a pena-base foi fixada no mínimo legal em atenção às circunstâncias orientadoras da individualização da pena, deixando registrado que a maioria delas foram favoráveis ao réu.

Ora, se a pena-base foi fixada em seu patamar mínimo e tendo o juiz reconhecido a circunstância atenuante da confissão espontânea em ambos os crimes, porém deixando de aplicá-las em virtude de ter sido a pena-base fixada no mínimo previsto, é forçoso concluir que esta não poderá ficar aquém do ali estipulado.

Assim, entendo que na exposição feita pelo Magistrado sentenciante ficou muito claro que ele não aplicaria a atenuante da confissão espontânea pelo fato de a pena ter sido imposta no mínimo legal.

Conforme está na súmula 231 do STJ, "a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".

No mesmo sentido é a jurisprudência dominante em nossos tribunais:

> Pena. Fixação aquém do mínimo legal em razão de circunstância atenuante. Impossibilidade: - Estabelecida a pena-base no mínimo legal, o reconhecimento de circunstância atenuante não autoriza que a sanção básica seja posta aquém do mínimo legal, visto que não tem a força necessária para vulnerar os limites da pena estabelecida pelo legislador, assim como a agravante não possibilita a fixação da reprimenda além do máximo previsto na lei (TACrimSP - Apelação nº 1279669/4 - Relator: René Nunes).

Portanto, sem nenhuma razão o apelante no que diz respeito à aplicabilidade da atenuante da confissão espontânea.

Nesse passo, assim doso a reprimenda:

- Para o crime de roubo, permanece a pena-base de quatro anos de reclusão e 10 dias-multa, que aumentada de 1/3, por força do disposto no § 2º, inciso II, do art. 157 do CP, totalizam cinco anos e quatro meses de reclusão e 13 dias-multa.

- Para o delito de extorsão, permanece a pena-base de quatro anos de reclusão e 10 dias-multa, que majorada de 1/3, por força do disposto no § 1º do art. 158 do CP, totalizam cinco anos e quatro meses de reclusão e 13 dias-multa. Em cumprimento ao art. 71 do Código Penal, ante o reconhecimento da continuidade delitiva, tomo uma das penas, porque idênticas, cinco anos e quatro meses, aumentando-a de 1/6, totalizando seis anos e dois meses e 20 dias de reclusão e 15 dias-multa, tornando-a neste patamar definitiva por ausência de outras causas ou circunstâncias que a modifiquem.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso interposto apenas para reconhecer em favor do recorrente a continuidade delitiva entre o crime de roubo majorado e extorsão qualificada e, por via de conseqüência, reestruturar a pena fixada na sentença, concretizando-a em seis anos e dois meses e 20 dias de reclusão, em regime semi-aberto, e 15 (quinze) dias-multa, e no mais manter a r. sentença guerreada.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Antônio Armando dos Anjos e Sérgio Resende.

*Súmula* - REJEITARAM PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...

## Violência doméstica - Ameaça - Lei Maria da Penha - Ação penal pública condicionada - Representação - Retratação - Validade - Preclusão não caracterizada - Denúncia - Condição de procedibilidade - Rejeição

Ementa: Recurso em sentido estrito. Crime de ameaça. Retratação. Lei Maria da Penha. Rejeição da denúncia. Possibilidade.

- A norma do art. 147 do Código Penal não sofreu alteração com o advento da Lei 11.340/06, devendo, pois, a conduta típica ser apurada por meio de ação penal pública condicionada à representação, tal como prevê o parágrafo único do dispositivo. Ausente tal condição de procedibilidade, impõe-se a rejeição da denúncia. Recurso desprovido.

**RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 1.0024.07.660640 - 9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Recorrido: J.P.S. - Relator: DES. FORTUNA GRION**

### 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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 30 de setembro de 2008. - *Fortuna Grion* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. FORTUNA GRION - Trata-se de recurso em sentido estrito de f. 63, manejado pelo Ministério Público de Minas Gerais, contra decisão do Juízo da Primeira

Vara Criminal de Belo Horizonte, que não recebeu denúncia contra J.P.S., a quem se imputou a conduta típica do art. 147 do Código Penal.

Nas razões de f. 64/72, o *Parquet* requer, preliminarmente, a nulidade da audiência prevista no art. 16 da Lei 11.340/06, além de todos os atos a ela posteriores. No mérito, pleiteia o reconhecimento do recebimento tácito da inicial acusatória, bem como a anulação da decisão que a rejeitou e o conseqüente prosseguimento do feito.

Foram apresentadas contra-razões de f. 88/98.

O Juízo *a quo* reexaminou a matéria, mantendo a decisão hostilizada (f. 99/101).

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (f. 119/125).

Eis o relatório.

Decido.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

O recorrido, em 14 de agosto de 2007, foi preso em flagrante por ter, supostamente, ameaçado causar mal injusto e grave a sua companheira, R.S.P. Ela prestou declarações na 4ª Delegacia de Plantão da Capital e aproveitou o ensejo para representar contra seu companheiro (f. 42) e ainda requerer algumas das medidas protetivas de urgência constantes no art. 22, II e V, e no art. 23, IV, da Lei Maria da Penha (f. 43/43-v.).

Denunciado pelo art. 147 do Código Penal, o Juízo *a quo* designou audiência nos termos do art. 16 do referido diploma legal, ocasião esta em que R. "informou livre e espontaneamente que não tem mais interesse no prosseguimento deste processo, nem nas medidas protetivas requeridas [...], retratando-se, assim, da representação [...]". A vítima ainda acrescentou que

> [...] depois da prisão em flagrante, o réu se redimiu, parou de usar bebidas alcoólicas e está freqüentando a Igreja. Ambos se reconciliaram e vivem em harmonia, na companhia do filho menor de 5 anos (termo de audiência de f. 42).

Em face disso, o Juízo de primeira instância deixou de receber denúncia contra J.P.S. ao fundamento de que sua companheira exerceu tempestivamente a renúncia à representação, tal como lhe faculta o próprio art. 16 da Lei 11.340/06.

Inconformado, o Ministério Público interpôs o presente recurso em que, preliminarmente, requereu a declaração de nulidade do ato, denominado pelo Juízo de "audiência de admissão de renúncia", nome este que teria, facilmente, induzido a vítima a renunciar, já que a mesma, além de envolvida emocionalmente com o agressor, não possui conhecimento jurídico completo. Segundo o *Parquet*, o vício insanável adviria de expressa inaplicabilidade do multicitado art. 16, pois a audiência ali prevista só cabe nos casos de ação penal pública condicionada à representação.

Primeiramente, cumpre destacar que não consta nos autos qualquer registro de que o Julgador tenha empregado a aludida denominação - a qual, por sinal, bem traduz finalidade da audiência -, o que mostra, por via de conseqüência, carecer de sentido a alegação de induzimento da vítima.

Já quanto à argüição preliminar, também desassiste razão ao Ministério Público: o art. 147 do Código Penal, em seu parágrafo único, é expresso em condicionar a ação penal pública à representação. Ora, a situação em apreço enquadra-se plenamente na norma do art. 16 da Lei Maria da Penha, cuja redação transcrevo:

> Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

O crime de ameaça insculpido no Código Penal não sofreu qualquer alteração com o advento da Lei 11.340/06, motivo pelo qual a representação permanece como condição de procedibilidade da ação penal que apura o ilícito típico do art. 147 do CP.

Rejeito, assim, a preliminar argüida.

Passo, afinal, ao exame do mérito.

Não merece prosperar o pleito ministerial para reconhecer o recebimento tácito da denúncia. Mesmo antes da reforma do Código de Processo Penal, este já dispunha das hipóteses de rejeição da peça vestibular, revelando, assim, que o julgador está obrigado a examinar a presença de seus elementos. O juízo está, sim, dispensado de motivar o recebimento da inicial, mas isso não é o mesmo que considerá-lo tácito. Constatada a ausência de condição para o exercício da ação penal, acertou o Juízo de primeira instância em rejeitar a inicial acusatória.

Também não vislumbro preclusão que impediria a retratação da vítima após o oferecimento da denúncia. Como foi visto acima, o art. 16 da Lei 11.340/06 traz a possibilidade de retratação mesmo após a oferta do *Parquet*. Em face de norma específica, não deve vigorar, pois, a disposição do art. 102 do Código Penal. Sobre o tema, concordo com o defensor do recorrente no sentido de que a Lei Maria da Penha deveria trazer o termo "retratação", mais correto tecnicamente do que a expressão "renúncia à representação". Dessa forma, deixo de acolher o pedido ministerial pela anulação da decisão hostilizada.

Nesse sentido, o trato pretoriano desta Corte:

> Recurso em sentido estrito - Lei Maria da Penha - Rejeição da denúncia - Crime de ameaça - Representação - Retratação - Possibilidade - Desprovimento do recurso. - Se a ação penal no crime de ameaça só pode ser proposta mediante a representação da vítima, exercendo esta, nos termos do art.16 da Lei 11.340/06, em audiência específica, o direito de

retratação, rejeitada deve ser a denúncia como medida de inteira justiça (Recurso em Sentido Estrito 1.0024.06.309845-3/001 - Relator: Des. Vieira de Brito).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, mantendo, no mais, a decisão que rejeitou a denúncia, em face da ausência de condição de procedibilidade.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL e PAULO CÉZAR DIAS.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

. . .

## Tráfico de drogas - Associação para o tráfico ilícito de drogas - Autoria - Materialidade - Confissão extrajudicial - Validade - Depoimento policial - Interceptação telefônica - Valoração da prova - Condenação - Restituição de coisas apreendidas - Impossibilidade - Fixação da pena - Diminuição - Art. 35 da Lei 11.343/06 - Co-réu - Absolvição

Ementa: Apelações criminais. Crime de tráfico de entorpecentes e de associação para o tráfico. Pedidos de absolvição. Inviabilidade. Prova robusta e certeira para amparar condenação. Confissão extrajudicial. Validade. Retratação em juízo. Palavra dos milicianos que estão de acordo com o contexto probatório. Degravação de escuta telefônica que revela a prática delitiva. Condenações mantidas. Restituição de bens apreendidos. Impossibilidade. Acusados que não demonstraram a origem lícita dos bens. Penas. Quantidades adequadas. Recursos desprovidos. Recurso do 4º apelante provido em parte, para absolvê-lo do crime de associação para o tráfico e acolher o pedido de redução da pena, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0707.07.130344-0/001 - Comarca de Varginha - Apelantes: 1ª) Andréa Gomes de Oliveira; 2º) José Roberto de Oliveira; 3ª) Enedina Donizeti Pires; 4º) Lucas Pereira dos Santos; 5º) Michele Leão Beltrão Miranda; 6º) Mário Alberto Pires Ribeiro; 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 REJEITAR A PRELIMINAR ARGÜIDA DA TRIBUNA. NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS DE ANDRÉA GOMES DE OLIVEIRA, JOSÉ ROBERTO DE OLIVEIRA, ENEDINA DONIZETI PIRES, MICHELE LEÃO BELTRÃO MIRANDA E MÁRIO ALBERTO PIRES RIBEIRO. DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DE LUCAS PEREIRA DOS SANTOS.

Belo Horizonte, 11 de setembro de 2008. - *Reynaldo Ximenes Carneiro* - Relator.

### Notas taquigráficas

Proferiram sustentações orais, pelos 3ª, 5ª e 6º apelantes e pelo 4º apelante, os Drs. Marcus Perrella e José Francisco Vilaça, respectivamente.

Assistiu ao julgamento, pela 3ª apelante, o Dr. Juliano Comunian.

DES. REYNALDO XIMENES CARNEIRO - Ouvi, com a merecida atenção, as sustentações orais e saliento que está havendo muita alegação, hoje, de que a Polícia Federal está cobrindo área que é de atribuição da Polícia Civil. No caso específico, não houve o que se alega.

A Polícia Federal, efetivamente, tem cuidado de combater o tráfico, e aquela região, segundo consta, é via de tráfico internacional, vindo da Bolívia e Paraguai, e essa é uma das atribuições da Polícia Federal. Ela procede às investigações sempre autorizada pela autoridade judicial da Justiça comum, quando a matéria não é da competência da Justiça Federal. Por isso, não há razão para tentar destruir a prova amealhada no inquérito que foi correspondida com a prova produzida em juízo.

Naturalmente, se restasse provado, só no inquérito, que houve o tráfico e, em juízo, no contraditório, não, é claro que a absolvição se imporia. Mas, no caso específico, a prova foi realizada no contraditório.

Em relação às gravações, elas foram irrelevantes, porque a Polícia logrou êxito em apanhar a acusada Enedina com droga, e Andréa Gomes de Oliveira sendo utilizada como intermediária, trazendo a droga, em ônibus, na rodoviária de Varginha.

DES. HERCULANO RODRIGUES - Acompanho o Relator e rejeito a preliminar, mesmo porque não há se falar de nulidade do inquérito. Ele é mera peça de informação para a ação penal. Evidentemente que, se uma prova coligida num inquérito for considerada ilícita, esse juízo de valoração deverá ser feito na ação penal, portanto não existe nulidade de inquérito.

Rejeito, pois, a preliminar argüida da tribuna.

DES. HYPARCO IMMESI - Também rejeito.

DES. REYNALDO XIMENES CARNEIRO - Sr. Presidente. Inicialmente, há uma alegação de que foi

concedido um *habeas corpus* a Michele Beltrão, porque se viu que ela não teria participação no crime.

Na verdade, concedi o *habeas corpus*, uma liminar, porque fiquei muito impressionado, pois ela estava com um bebê recém-nascido e não fora presa em flagrante. Concedi até pelo aspecto humanitário.

A Câmara confirmou essa liminar e concedeu a ordem, mas isso não tem nenhum reflexo aqui, quanto ao aspecto condenatório.

Passo, pois, ao julgamento do mérito.

Apelações criminais interpostas pelos acusados Andréa Gomes de Oliveira, José Roberto de Oliveira, Enedina Donizeti Pires, Lucas Pereira dos Santos, Michele Leão Beltrão dos Santos e por Mário Alberto Pires Ribeiro, em face da sentença que os condenou pela prática do crime de tráfico de entorpecentes.

Recurso da Defesa de Andréa Gomes de Oliveira. Argumenta a Defesa que a apelante restou condenada pelo crime de tráfico de entorpecentes, cuja pena restou estipulada em 1 ano e 8 meses de reclusão; que a apelante negou a prática da mercancia ilícita; que o coréu Lucas e os demais confirmaram não conhecer a apelante; que não existem provas seguras para a caracterização do crime de entorpecentes.

Requer a absolvição.

Contra-razões ministeriais às f. 1.022/1.052.

Recurso da Defesa de José Roberto de Oliveira. Aduz que o apelante é inocente da prática do crime de tráfico de drogas; que o apelante prestou serviços de marcenaria para alguns dos acusados e, por esse motivo, manteve contato pessoal com eles; que não existem provas seguras para sustentar a condenação; que não houve flagrante relativamente ao apelante, pois não foi flagrado na posse de substância entorpecente; que o fato de o apelante manter relacionamento amoroso com a acusada Enedina não implica esteja envolvido na empreitada delituosa; que os acusados confirmaram não ter ligação com o apelante e nenhuma testemunha o incriminou; que Enedina assumiu a posse do entorpecente, isentando o apelante; que o nome do apelante não apareceu nas interceptações telefônicas, salvo em três ocasiões em que falava com sua namorada; que seu automóvel, também, não foi utilizado; que o apelante é primário e de bons antecedentes; que não há provas de que o apelante tenha servido no transporte de entorpecentes; que a prova deve ser segura, senão deve ser adotado o *princípio in dubio pro reo*; que não houve pedido de perdimento de seu veículo.

Requer a absolvição e seja restituído ao apelante o seu veículo, que não foi adquirido com produto do crime.

Contra-razões às f. 1.022/1.052.

Recurso da defesa de Enedina Donizeti Pires. Alega que contra a apelante não existe prova robusta; que a condenação se funda apenas em suposições levadas a efeito pelos policiais; que, do mesmo modo, não há que se cogitar na prática do crime de associação para o tráfico; que a acusada Andréa não faz referência à apelante; que o inquérito policial não pode servir de lastro para amparar a condenação; que a acusação não se desvencilhou de seu ônus de provar; que a droga que se achava em seu poder se destinava ao seu uso próprio; que a associação está, portanto, afastada; que a quantidade da pena é excessiva; que, em se tratando de réu primário e de bons antecedentes, a pena deve ser recuada próximo do mínimo; que a fixação acima desse patamar merece fundamentação adequada; que a associação não restou demonstrada, pelo que deve ser absolvida a apelante da prática do crime do art. 35 da Lei 11.343/2006; que a residência da apelante foi adquirida de forma parcelada, a partir de recursos advindos de um imóvel; que o imóvel estava desocupado e carecendo de reformas; que, assim, o perdimento não pode ser levado a efeito.

Requer a absolvição; alternativamente, seja desclassificada a infração para o crime de uso; e, também, a restituição do bem; ou reduzida a pena para o mínimo legal; por fim, a absolvição pelo crime de associação para o tráfico.

Contra-razões às f. 1.022/1.052.

Recurso de Lucas Pereira dos Santos. Preliminarmente, assevera que a decisão se encontra desprovida de fundamentação idônea; que a Magistrada *a quo* desconsiderou testemunhos que favorecem o apelante; no mérito, pondera que a condenação deve fundar-se em prova segura; que o crime de trafico não se caracterizou pelo simples fato de ter sido encontrada substância entorpecente na residência do apelante; que, para a caracterização do crime de associação, forçoso provar o ânimo associativo; que a acusação não se livrou do seu ônus de provar o alegado.

Requer a desclassificação do crime do art. 33 para o do § 3º do mesmo artigo da Lei 11.343/2006; a absolvição pelo delito do art. 35 da Lei 11.343/2006; aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

Contra-razões às f. 1.022/1.052.

Recurso da Defesa de Michele Leão Beltrão Miranda. Salienta a Defesa que a peça acusatória reproduz o relatório da Autoridade Policial e a Autoridade Judiciária, por sua vez, repetiu o relatório do representante do Ministério Público; que não existe prova bastante a fundamentar a condenação; que as suspeitas se limitam a uma poupança e a um telefonema que Enedina Donizete Pires lhe teria feito; que o marido da apelante fora condenado pela prática do crime de tráfico em outra comarca, o que não guarda correspondência com esse caso; que na casa da apelante não fora encontrada nenhuma substância entorpecente; que a apelante é primária e de bons antecedentes, é trabalhadora; que,

com isso, fez poupança; que o marido da apelante não tem conta bancária; que a quantia é modesta. Faz incursões sobre o conjunto probatório, com o intuito de aclarar a sua deficiência. Adverte que a presunção de inocência milita em favor da apelante; que não está provado o ânimo de associação; que a apelante, enfim, advém de família bem conceituada em Varginha.

Requer a absolvição.

Contra-razões às f. 1.022/1.052.

Recurso da Defesa de Mário Alberto Pires Ribeiro. Assevera que o apelante já fora condenado pela prática do crime de tráfico de entorpecentes, por isso não pode ser novamente condenado pelo mesmo delito; que em sua residência nada fora encontrado; que não existe prova de que a pessoa presa em flagrante iria entregar droga na casa do apelante; que, assim, não se verifica a materialidade delitiva; que a associação criminosa não restou demonstrada; que o apelante não concorreu para o delito; que a acusada Andréa não conhece o apelante; que, em verdade, a droga fora achada na residência da mãe do apelante; no domicilio do apelante foi encontrada substância que não era entorpecente, mas maisena; que as degravações isentam a culpa, pois seu nome não aparece; que as economias guardadas são provenientes do trabalho do casal; que a prova deve ser segura, pois, do contrário, forçoso decretar a absolvição.

Requer absolvição.

Contra-razões às f. 1.022/1.052.

Parecer da d. Procuradoria de Justiça às f. 1.077/1.086, pelo desprovimento dos recursos apresentados.

Conheço dos recursos.

Materialidade estampada às f. 195/200, constando a apreensão de substâncias entorpecentes.

Examino, primeiramente, o mérito dos recursos defensivos, de modo a reexaminar se está correta a condenação dos acusados pelo crime de tráfico de entorpecentes e de associação para o tráfico.

Consta que os acusados foram presos em flagrante delito, pela suposta prática do crime de tráfico de entorpecentes e de associação para o tráfico.

O auto de prisão em flagrante narra que, após diligências prévias e denúncias anônimas, fora apanhada em flagrante a acusada Andréa, que vinha do Estado de São Paulo, na posse de entorpecentes (quase dois quilos de cocaína - auto de apreensão às f. 35) que seriam entregues aos acusados Enedina e Mário Alberto, conforme ela própria indicou. Dando prosseguimento à ação, os milicianos se deslocaram para a residência dos acusados e lograram êxito em apreender mais substâncias entorpecentes e bens adquiridos ilicitamente (auto de apreensão às f. 36/39).

Não obstante isso, relatou o mesmo auto de prisão em flagrante que diligências haviam sido feitas, com o fito de desbancar a associação delituosa, que consistiram em escuta telefônica e acompanhamento da rotina dos acusados.

Quanto aos acusados Enedina, Mário Alberto, Michele e José Roberto, cumpre anotar que o conjunto probatório é elucidativo, pois, não bastassem os testemunhos dos policiais e de terceiros, a degravação de escuta telefônica e a quebra do sigilo bancário revelam, com segurança, a mercancia ilícita.

A acusada Andréa Gomes de Oliveira, em seu depoimento na polícia, confessou que trazia entorpecentes para serem entregues aos acusados Mário Alberto e Enedina (f. 23).

Por outro lado, a testemunha Nailor César Ferreira ponderou que o acusado Mário Alberto é traficante de drogas, segundo comentários:

> [...] que já ouviu dizer que Mário Alberto é traficante de drogas e não sabe dizer se Enedina também trafica drogas [...] - (f. 180).

> Às f. 182, a testemunha Jéferson Silva noticiou que a acusada Enedina, embora percebendo parca pensão, comprava casa e pagava com dinheiro em espécie.

> [...] Que colocou uma placa de vende-se no imóvel e foi procurado por Enedina, que lhe fez uma proposta; que à época pediu R$ 42.000,00 na casa, entretanto fecharam o negócio por R$ 40.000,00; que Enedina lhe deu R$ 20.000,00 à vista e cinco (05) parcelas de R$ 4.000,00; que nunca viu Enedina trabalhando, não sabendo como ela se sustentava [...] (f. 182).

E disse mais sobre Mário Alberto e sua esposa Michele:

> [...] que depois Michele começou a aparecer no banco com Mário Alberto; que conhece Mário Alberto e somente desconfiou que estaria envolvido em negócios ilícitos depois que assistiu a uma reportagem em que a Polícia Federal havia prendido em flagrante 'Alemão', pois esse rapaz pleiteava abrir uma conta no banco, tendo sido acompanhado por Mário Alberto [...] - (f. 183).

A seu turno, os acusados se valeram de argumentações deveras frágeis para infirmar a culpa.

Enedina disse ser usuária para justificar o entorpecente que fora colhido em sua residência, e que percebe pensão de R$ 600,00 por mês, muito embora se saiba que tenha comprado imóvel de valor significativo para pessoa que percebe pensão modesta (f. 474).

Mário Alberto asseverou que desconhece a pessoa de Andréa, em que pese ela estar na posse de um bilhete que continha o seu nome e o número do telefone celular de sua mãe, Enedina. Afirmou que todos os seus bens são advindos do trabalho honesto, que percebe R$ 2.800,00 e, ainda assim, tem ajuda de sua sogra. Por fim, disse ter sido preso por tráfico de entorpecente na cidade de Três Corações (f. 477).

Já Michele, esposa de Mário Alberto, acentuou que ela é quem controla as finanças do casal. Ao contrário de Mário Alberto, noticiou que este percebe a quantia mensal de R$ 1.500,00 a R$ 1.800,00.

José Roberto se limitou a afirmar que não teve qualquer envolvimento com o tráfico, muito embora seja namorado de Enedina e contra ele pesar trechos do laudo de degravação que assinalam sua participação na associação, especialmente servindo nos deslocamentos da acusada Enedina.

Com efeito, os acusados não obtiveram êxito em demonstrar a improcedência da Acusação, que se valeu dos diversos meios de prova para inculcar a culpa daqueles, seja por meio de testemunhos dos policiais e de terceiros, seja pela prova pericial, que consiste na degravação de escuta telefônica, seja, enfim, pelos extratos bancários (f. 575/606) que demonstram movimentação financeira incompatível com a condição de cada qual.

A propósito, vale trazer excerto do parecer ministerial:

> Comprovada a autoria dos delitos tratados e merecendo a maior credibilidade, porque em consonância com o exacerbado conjunto probatório colhido nos autos, figuram os depoimentos dos milicianos, Edimar Aureliano (f. 486) e Leander Tostes de Castro Souza (f. 487/488), do policial federal, Evandro Mendes Figueiredo (f. 489/492), afora os diálogos captados nas interceptações telefônicas, provenientes da investigação diligente executada pelos policiais federais. Além disso, a acusada Enedina Pires, em seu interrogatório de f. 474/475, admite a propriedade da droga. Ademais, as circunstâncias do crime como o portentoso arsenal químico encontrado em diligência pelos policiais, o acondicionamento da droga, os numerários em espécie e bens diversos apreendidos, a associação dos agentes criminosos demonstram, sobejamente, a destinação de mercancia dada às substâncias entorpecentes (f. 1.083/1.084).

Por isso, entendo que a condenação dos acusados Enedina, Mário Alberto, Michele e José Roberto está escorreita, porque amparada por elementos robustos de prova, não valendo as escusas, pois dissonantes do contexto probatório.

Nesse diapasão:

> Se todas as provas são irrefutáveis, dando como certo e inquestionável o tráfico de entorpecentes, nada há para que se altere na sentença, hipótese que torna os pleitos de absolvição e de desclassificação impossíveis de acolhimento (TJMG - Apelação nº. 1.0172.05.004517-5/001 - Rel. Des. Eduardo Brum).

Vale, contudo, registrar que os fatos apurados nestes autos não são os mesmos examinados em outro processo, que corre na comarca de Três Corações. Não há litispendência.

Por outro lado, o crime de associação está, também, devidamente esclarecido ante a estabilidade e a permanência da associação estabelecida pelos acusados.

Nesse sentido já decidi:

> Apelação criminal. Crimes de tráfico de entorpecentes e de associação para o tráfico. Pedido de absolvição. Impossibilidade. Prisão em flagrante delito. Palavra dos milicianos que está de acordo com o contexto probatório. Prova farta. Acusados que, associados, praticavam o delito de maneira reiterada. Ânimo de estabilidade e permanência. Condenação mantida (TJMG - Apelação 1.0461.06. 033314-7/001).

A restituição dos bens da acusada Enedina é inviável, já que não se provou a origem lícita, pelo que deve permanecer o perdimento diante da fundada certeza de que foram adquiridos com o produto da atividade ilícita.

Da mesma forma, impertinente é o pedido de devolução do automóvel do acusado José Roberto, uma vez que foi utilizado para a prática do crime de tráfico e de associação para o tráfico.

Enfim, a pena para a acusada Enedina - 8 (oito) anos de reclusão pelo crime de tráfico; 5 (cinco) anos de reclusão pelo crime de associação para o tráfico - se acha em patamar adequado, porquanto bem ponderadas as circunstâncias judiciais e razoável a quantidade de pena imposta.

A condenação da acusada Andréa Gomes de Oliveira, igualmente, é de rigor.

Consoante relatado, a acusada Andréa fora apanhada em flagrante delito, quando desembarcava na rodoviária da Comarca de Varginha, trazendo consigo cerca de dois quilos de cocaína, que seriam distribuídos para os acusados Enedina e Mário Alberto.

Sobre o ocorrido, relatou o seguinte na fase inquisitorial:

> [...] que lhe foi passado que deveria entregar a mercadoria a Mário ou Medina, que agora sabe ser Enedina e que seria esperada na rodoviária de Varginha/MG; que Enedina ou Mário a encontraria na Rodoviária e lhe pagaria a passagem de volta e mais R$ 500,00; que somente ficou sabendo que transportava droga no momento em que o rapaz lhe entregou o pacote [...] - f. 23.

Ora, é de se ver que a acusada sabia então que transportava drogas, pois, além de se tratar de cerca de dois quilos de cocaína, ela aceitou a empreitada, já que teve conhecimento do que trazia desde o momento do embarque, na cidade de São Paulo.

A retratação, completamente dissociada do contexto probatório, não deve prevalecer em detrimento da confissão extrajudicial e dos demais elementos de prova.

Sobre o tema, elucidativo julgado da lavra da em. Des.ª Beatriz Caires:

> A confissão do apelante, havida na esfera policial, quando se fez assistir por advogado, em torno de matéria altamente interessante ao deslinde da questão e que o incriminava, é prova hábil à sua condenação, sobretudo por apresentar-se

ressonante no processo, havendo de prevalecer, pois, sobre escoteira e inverossímil retratação judicial (TJMG - Apelação nº 1.0686.06.171146-7/001 - Rel. Des. Beatriz Pinheiro Caires).

Por fim, também, inviável o pedido da Defesa do acusado Lucas Pereira dos Santos de desclassificação do crime do art. 33 para o do § 3º do mesmo artigo da Lei 11.343/2006.

O fato de o acusado ser usuário, consoante ele próprio sustenta, apoiado em outras tantas testemunhas (depoimentos de f. 485, 493, 523, 524 e 526) não afasta a sua condição de traficante.

Ora, o próprio acusado confirmou a assertiva em seu depoimento na fase policial:

> [...] que usa drogas e conheceu Enedina Donizeti Pires através de um amigo, certa vez em que foi comprar cocaína; que esse primeiro contato se deu no início de 2006; que o indiciado reside próximo à casa de Enedina; que em uma das vezes em que foi comprar droga Enedina lhe chamou para entrar oferecendo-lhe certa quantia em dinheiro para que guardasse drogas para ela; que recebia R$ 150,00 (cento e cinqüenta reais) por semana; que começou a trabalhar para Enedina a partir de agosto do ano passado; que trabalhou para Enedina até outubro de 2006 [...] que ontem (03.04.2007) entregou um pouco de droga para Enedina; que hoje (04.04.2007) Enedina esteve na sua casa para entregar certa quantidade de droga que o mesmo deveria devolver às 18 horas, e estava acompanhada de um homem moreno em uma Brasília de cor amarela ou bege; que ontem manteve contato com Mário Alberto através do telefone 3223-0282 a fim de informar que seu celular não estava recebendo chamadas, que fez tal ligação de sua residência; que deixou recado para que Enedina ligasse no telefone fixo se precisasse da droga mais cedo; que geralmente a pedido de Enedina entregava a droga às 18 horas; que Enedina lhe pagaria R$ 20,00 (vinte reais) por dia para guardar a droga [...] (f. 21).

Como se vê, o acusado não esconde que as drogas encontradas consigo se destinavam ao tráfico.

A retratação em juízo, nesse caso, não macula a confissão extrajudicial, a palavra dos milicianos, nem o laudo de degravação de escuta telefônica, que também apoiaram a condenação.

Com efeito, tenho que está demonstrada a figura do traficante-usuário, que trafica para sustentar o vício.

Assim já decidi:

> Tráfico de drogas. Autoria e materialidade devidamente comprovadas. Conjunto probatório forte e harmônico a autorizar a condenação. Depoimento de policiais que se coaduna com os demais elementos de prova. Credibilidade que se confere. Absolvição. Impossibilidade. Declaração de usuário. Irrelevância. É comum a figura do traficante-usuário que comercializa a droga para sustentar o próprio vício. Desclassificação. Inviabilidade. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Vedação expressa do art. 44 da Lei nº 11.343/2006. Recurso desprovido (TJMG - Apelação 1.0349.07.015775-6/001).

Por outro lado, quanto ao crime de associação, percebo que a prova não esclarece, com segurança, a sua participação na organização criminosa com habitualidade e com ânimo de permanência. Antes, a sua participação, quando ocorre, se dá de maneira espaçada.

Os próprios acusados cuidam de acudir que o apelante não tinha relacionamento próximo com ele:

> [...] que a mãe do acusado Lucas fez uma blusa de crochê para a interroganda, sendo que telefonou para Lucas pedindo-lhe que passasse em sua casa para receber os R$ 30,00 (trinta reais), preço do trabalho de sua mãe; que esse é o único envolvimento que tem com Lucas, ou seja, é ele filho de uma pessoa que conhece [...] - f. 474/475-TJ, Enedina Donizetti Pires.

> [...] que desconhece qualquer envolvimento com drogas em relação aos acusados Lucas e José Roberto [...] - f. 477-TJ, Mário Alberto Pires Ribeiro.

> [...] que não conhece os acusados Lucas e Andréa, nada sabendo esclarecer a respeito de tais pessoas [...] - f. 480-TJ, Michele Leão Beltrão Miranda.

O próprio miliciano noticiou que não conhecia o apelante:

> [...] que, como já disse, não conhecia o acusado Lucas, mas sabia que alguém com esse denominado corre para o acusado Mário Alberto [...] - f. 487-TJ, Leander Tostes de Castro Souza.

Percebo que o conjunto probatório elucida que o apelante não participou dos ganhos da organização. Apenas obteve pequenas quantidades de substâncias entorpecentes, ou parca quantia em dinheiro, para sustentar seu vício.

Com efeito, não se pode tê-lo como integrante da organização criminosa.

A propósito, assim já decidiu este Tribunal de Justiça:

> Para que haja o crime autônomo de associação, é indispensável o *animus* associativo, ou seja, um ajuste prévio no sentido de formação de um vínculo associativo de fato, uma verdadeira *societas sceleris* em que a vontade de se associar seja separada da vontade necessária à prática do crime visado. Havendo convergência ocasional de vontades, está excluído o crime de associação (TJMG - Apel. Crim. nº 1.0411.06.026734-0/001- Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos - *DJ* de 09.01.2008).

Dessarte, se a participação do apelante Lucas Pereira dos Santos ocorreu somente quando necessária para atender o sustento de seu vício, não há que se cogitar na prática do crime de associação para o tráfico diante a ausência de outros requisitos já aduzidos anteriormente.

Portanto, diante da dúvida, decreto a absolvição do apelante Lucas Pereira dos Santos relativamente ao crime de associação para o tráfico.

Por derradeiro, no que tange ao pedido de diminuição da pena (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006), entendo que é possível, uma vez que o apelante não integra organização criminosa nem se dedica à atividade ilícita. Ademais, calha anotar que o apelante é primário e de bons antecedentes, e sua pena restou fixada no mínimo legal.

Nesse diapasão:

> Sendo o agente primário e de bons antecedentes, sem provas de que se dedique à atividade criminosa ou integre organização criminosa, tendo a pena sido fixada no mínimo legal, levando em conta a pequena quantidade de droga apreendida 1,20g (uma grama e vinte centigramas) de *crack*, subproduto da cocaína, tudo indicando tratar-se de um 'traficante principiante', que incorreu no narcotráfico como um ato isolado em sua vida pregressa, faz jus á redução máxima de dois terços da pena (TJMG - Apel. Crim. nº 1.0024.07.388629-3/001 - Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos - *DJ* de 16.01.2008).

Reduzo a pena de 5 anos de reclusão para 1 ano e 8 meses de reclusão a ser cumprida em regime aberto, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

Nego provimento aos recursos dos 1º, 2º, 3º, 5º e 6º apelantes e dou parcial provimento ao recurso do 4º apelante.

Custas, as decorrentes da lei.

DES. HERCULANO RODRIGUES - Acompanho o Relator. Como demonstrado em seu extenso e fundamentado voto, a prova da culpabilidade é em concurso, motivo pelo qual o acompanho às inteiras.

DES. HYPARCO IMMESI - De acordo.

*Súmula*: REJEITARAM A PRELIMINAR ARGÜIDA DA TRIBUNA. NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS DE ANDRÉA GOMES DE OLIVEIRA, JOSÉ ROBERTO DE OLIVEIRA, ENEDINA DONIZETI PIRES, MICHELE LEÃO BELTRÃO MIRANDA E MÁRIO ALBERTO PIRES RIBEIRO. DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DE LUCAS PEREIRA DOS SANTOS.

...

## Agravo regimental - Transporte aéreo de mercadorias - Extravio ou perda - Ação de indenização - Convenção de Varsóvia - Código de Defesa do Consumidor

- É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que a responsabilidade civil do transportador aéreo pelo extravio de bagagem ou de carga rege-se pelo Código de Defesa do Consumidor, se o evento se deu em sua vigência, afastando-se a indenização tarifada prevista na Convenção de Varsóvia.

Agravo improvido.

### AGRAVO REGIMENTAL no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 827.374 - MG - Relator: MINISTRO SIDNEI BENETI

Agravante: American Airlines INC. Advogados: Santiago Moreira Lima. Agravada: ACE Seguradora S/A. Advogados: Isabel Cunha e outro(s).

### Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nancy Andrighi e Massami Uyeda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 04 de setembro de 2008 (Data do Julgamento). - *Ministro Sidnei Beneti* - Relator.

### Relatório

O EXMO. SR. MINISTRO SIDNEI BENETI (Relator) - 1. American Airlines INC interpõe agravo regimental contra a decisão de fls. 213/215, a qual, nos autos da ação regressiva que lhe foi proposta por ACE Seguradora S/A, em decorrência do extravio de mercadorias de segurado em vôo internacional, que a autora teve que indenizar, negou provimento a seu agravo de instrumento, ao entendimento de que a responsabilidade civil do transportador aéreo pelo extravio de bagagem ou de carga rege-se pelo Código de Defesa do Consumidor, se o evento se deu em sua vigência, afastando-se a indenização tarifada prevista na Convenção de Varsóvia.

2. Busca a recorrente a reforma do decisum, sob a alegação de que o transporte aéreo internacional de mercadorias é regulado pela Convenção de Varsóvia, cujo texto, atualmente, encontra-se modificado pelo denominado Protocolo de Montreal n. 4, objeto dos Decretos ns. 2.860 e 2.861, de 17.12.98, pelo que não pode ser afastada sua aplicação pelas disposições do Código de Defesa do Consumidor.

3. Destaca julgamento do E. Supremo Tribunal Federal no REext 297.901/RN, Segunda Turma, Rel.ª Min.ª ELLEN GRACIE, *DJ* 31.3.06, no qual se decidiu que, em se tratando de ação indenizatória, o prazo prescricional de dois anos previsto no artigo 29 da Convenção de Varsóvia deveria prevalecer sobre o de cinco anos indicado no artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor, em face ao disposto no artigo 178 da Constituição Federal.

4. Aponta, ainda, em abono de sua tese, dissídio jurisprudencial com julgado do extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo.

É o relatório.

### Voto

O EXMO. SR. MINISTRO SIDNEI BENETI (Relator) - 5. O inconformismo não merece prosperar.

6. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que a responsabilidade civil do transportador aéreo pelo extravio de bagagem ou de carga rege-se pelo Código de Defesa do Consumidor, se o evento se deu em sua vigência, afastando-se a indenização tarifada prevista na Convenção de Varsóvia. Sobre o tema, já se decidiu:

> CIVIL. TRANSPORTE AÉREO. BAGAGEM. EXTRAVIO OU PERDA. DANOS. INDENIZAÇÃO. CONVENÇÃO DE VARSÓVIA. AFASTAMENTO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICAÇÃO.
> 1 - A responsabilidade civil do transportador aéreo pelo extravio ou perda de bagagem regula-se pelo Código de Defesa do Consumidor, ficando, pois, elidida a aplicação dos parâmetros tarifados da Convenção de Varsóvia. Precedente da Segunda Seção.
> 2 - Recurso especial conhecido em parte e, nesta extensão, provido (REsp 347.449/RJ, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, *DJ* 29.11.04);
>
> Transporte aéreo de mercadorias. Convenção de Varsóvia. Código de Defesa do Consumidor.
> 1. Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a indenização pelo extravio de mercadoria não está sob o regime tarifado, subordinando-se ao princípio da ampla reparação, configurada a relação de consumo.
> 2. Recurso especial conhecido e provido (REsp 209.527/RJ, Rel. Min. MENEZES DIREITO, *DJ* 5.3.01).

7. E, ainda: AgRg no Ag 959.403/RJ, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, *DJ* 30.6.08; REsp 612.817/MA, Rel. Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, *DJ* 8.10.07; AgRg no AgRg no Ag 667.472/RJ, Rel.ª Min.ª NANCY ANDRIGHI, *DJ* 4.12.06; AgRg no Ag 442.487/RJ, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS,

*DJ* 9.10.06; AgRg no Ag 588.156/MG, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, *DJ* 12.12.05; AgRg no REsp 222. 657/SP, Rel. Min. CASTRO FILHO, *DJ* 23.5.05.

8. Desse modo, o precedente colacionado do E. Supremo Tribunal Federal não aproveita à agravante, na medida em que trata tão-somente de prazo prescricional nas ações de indenização, portanto, de matéria diversa da dos autos.

9. Quanto ao julgado do extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo incidente a Súmula 83 deste Tribunal.

10. Pelo exposto, nega-se provimento ao agravo.

### Certidão

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nancy Andrighi e Massami Uyeda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 04 de setembro de 2008 - *Solange Rosa dos Santos Veloso* - Secretária.

(Publicado no *DJe* de 23.09.2008.)

...

## Recurso especial - Tráfico ilícito de entorpecentes - Crime praticado sob a égide da Lei 6.368/1976 - Redução do artigo 33, § 4º da Lei 11.343/2006 - *Novatio legis in mellius* - Retroatividade - Imperativo constitucional - Recurso provido e concedida ordem de ofício para reduzir o patamar de aumento pela majorante do artigo 40, III, da Lei 11.343/06, substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e o regime inicial de cumprimento da pena pelo aberto, desde o início

1. É imperativa a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena contida no parágrafo 4° do artigo 33 da Lei 11.343/2006 feita sob a pena cominada na Lei 6.368/1976, em obediência aos comandos constitucional e legal existentes nesse sentido. Precedentes.

2. A causa de aumento anteriormente prevista no artigo 18, IV, da Lei 6.368/76, recepcionada no artigo 40, III, da Lei 11.343/06, teve seu patamar mínimo reduzido para 1/6, que deve ser considerado, mesmo em relação a crimes cometidos na vigência da Lei anterior.

3. É possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, se o crime de tráfico de drogas foi cometido na vigência da Lei 6368/76 e o apenado reúne os requisitos para sua obtenção.

4. Não constitui uma terceira lei a conjugação da Lei 6368/76 com o parágrafo 4° da Lei 11.343/06, não havendo óbice a essa solução, por se tratar de dispositivo benéfico ao réu e dentro do princípio que assegura a retroatividade da norma penal, constituindo-se solução transitória a ser aplicada ao caso concreto.

5. Recurso provido para aplicar retroativamente a causa especial de diminuição do artigo 33, § 4°, da Lei 11.343/06 e, de ofício, concedida a ordem para reduzir o aumento da majorante para um sexto, substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e substituir o regime inicialmente fechado pelo aberto, desde o início.

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.042.435 - MG (2008/0063807-0) - Relatora : Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJMG)**

Recorrente: Dulcemeire Vieira da Cunha (Preso). Advogado: Vinícius Paulo Mesquitas. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

### 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 maioria, dar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Vencida a Sr.ª Ministra Maria Thereza de Assis Moura que negava provimento.

Os Srs. Ministros Nilson Naves, Paulo Gallotti e Og Fernandes votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília, 1° de julho de 2008 (data do julgamento). *Ministra Jane Silva* (Des.ª convocada do TJMG) - Relatora.

### Relatório

A EXMA. SRA. MINISTRA JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJMG) (Relator) - Trata-se de Recurso Especial interposto em favor de Dulcemeire Vieira da Cunha, condenada pela prática do crime do artigo 12, c/c artigo 18, IV, da Lei 6.368/76, com fulcro nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do de Minas Gerais, que negou provimento a apelação criminal, entendendo que não se aplica, ao caso, a minorante do artigo 33, § 4°, da Lei 11.343/06.

Daí a defesa interpôs o presente recurso especial, apontando negativa de vigência aos artigos 33, § 4º, da Lei 11.343/06 e 2º, do Código Penal, bem como a divergência jurisprudencial.

Foram apresentadas contra-razões em que se pleiteia a manutenção do acórdão hostilizado.

Admitido o recurso, a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo seu provimento.

Relatados, peço dia para julgamento.

## Voto

A EXMA. SRA. MINISTRA JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJMG) (Relator) - O recurso deve ser conhecido.

Verifica-se, inicialmente, que o recurso especial é tempestivo.

A matéria foi devidamente prequestionada.

A divergência, do mesmo modo, encontra-se comprovada nos moldes determinados no art. 255 do RISTJ, pois o recorrente cuidou de transcrever trechos dos acórdãos recorrido e paradigma, citando o repositório oficial em que se acham publicados, e realizando o cotejo analítico das teses, razão pela qual o recurso deve ser conhecido também pela alínea "c".

Satisfeitos os requisitos de admissibilidade, passo à análise da irresignação.

De fato, a jurisprudência pátria ainda não é pacífica no que se refere ao conflito de leis penais no tempo quando a legislação mais nova é gravosa numa parte e benéfica noutra, como *in casu*.

A Carta Política de 1946, em seu artigo 141, § 29, já previa a retroatividade da lei penal para beneficiar o réu. A antiga Parte Geral do Código Penal, em seu artigo 2º, depois de dizer no caput que ninguém poderia ser punido por fato que a posterior deixasse de considerar crime, cessando em virtude dela o cumprimento da pena e os efeitos penais da sentença condenatória, dispunha, em seu parágrafo único, que a lei benéfica posterior seria aplicável ao fato não definitivamente julgado e, apenas na parte em que cominasse pena menos rigorosa, atingiria o fato julgado por sentença condenatória irrecorrível.

A Constituição de 1967 estabelecia no seu artigo 150, § 16 a observância da lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravasse a situação do réu, entendimento repetido na Emenda Constitucional de 1969.

Com a reforma da Parte Geral do Código Penal, através da Lei 7.209/1984, colocou-se fim à dúvida existente e ali se definiu, em seu artigo 2º, a irretroatividade da regra mais grave, passando-se a dispor, em seu parágrafo único, que "a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado". Logo, ficou definitivamente estabelecida a retroatividade benéfica, não só com referência às penas, mas também em relação a todos os seus aspectos favoráveis ao réu, determinando sua aplicação até mesmo durante o cumprimento da pena, ainda que depois do trânsito em julgado da decisão condenatória.

A atual Carta da República, como não poderia deixar de ser, consagrou entre seus princípios o *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, expresso em seu artigo 5º, XXXIX, ao dizer: "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". Em decorrência, fez constar uma regra geral sobre os conflitos das regras penais no tempo em seu inciso XL, dispondo que "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu", não estabelecendo limites para a retroatividade da *lex mitior*.

Assim, em princípio, vige a regra segundo a qual a norma aplicada ao autor de uma infração penal deve ser aquela vigente à época do fato criminoso - *tempus regit actum*. No entanto, essa regra deve ser vencida se o regramento posterior beneficiar o acusado.

A lei penal posterior mostra-se mais favorável para sua imposição retroativa não só quando deixa de considerar criminoso determinado fato (*abolitio criminis*), mas, também, quando beneficia, de qualquer maneira, o seu autor (*novatio legis in mellius*).

Com efeito, a lei mais benéfica deve retroagir aos fatos anteriores à sua vigência, de acordo com o artigo 5º, XL da Constituição da República e artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal.

A Carta Magna, ademais, não impõe limite temporal para a retroatividade da lei penal mais benigna, sendo que 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 (artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal).

Entretanto, há acentuada dúvida na doutrina quanto à forma de aplicação de lei nova ao fato criminoso anterior.

Dois são os posicionamentos adotados. Nelson Hungria, in "Comentários ao Código Penal", vol. 01, 1949, p. 96, sustentava:

> Examinaremos cada um desses casos de per si; mas, preliminarmente, cumpre advertir que não podem ser entrosados os dispositivos mais favoráveis da lex nova com os da lei antiga, de outro modo, estaria o juiz, arvorado em legislador, formando uma terceira, dissonante, no seu hibridismo, de qualquer das leis em jogo. Trata-se de um princípio pacífico em doutrina: não pode haver aplicação combinada das duas leis.

Esse também é o posicionamento de Heleno Fragoso, esposado in "Lições de Direito Penal. Parte Geral", 16. ed., 2003, p. 126:

> Em nenhum caso será possível tomar de uma e outra lei as disposições que mais beneficiem o réu aplicando ambas

parcialmente. O CP de 1969 continha a respeito disposição expressa (art. 2º, § 2º).

Jair Leonardo Lopes faz parte da mesma corrente doutrinária, consoante se extrai de "Curso de Direito Penal. Parte Geral", 4.ed., 2005, p. 98:

> Tem-se entendido que há de ser considerada como mais benigna aquela que, no seu conjunto, se apresente como a mais favorável, não se admitindo a aplicação de disposições de uma e outra, com o que não se estaria aplicando nem a lei anterior, nem a posterior, mas uma terceira lei elaborada com partes das duas outras.

Outros autores, como Costa e Silva, Aníbal Bruno e Fernando Capez esposam o mesmo entendimento.

Porém, essa opinião não é tranqüila, posto que outros doutrinadores, com argumentos igualmente sólidos, acham perfeitamente possível a consideração simultânea das duas normas em favor do réu. Atente-se para a abalizada opinião expendida por José Frederico Marques, in "Tratado de Direito Penal", vol. 01, 1997, p. 256/257:

> [...] dizer que o juiz está fazendo lei nova, ultrapassando assim suas funções constitucionais, é argumento sem consistência, o julgador em obediência a princípios de eqüidade consagrados pela própria Constituição está apenas movimentando-se dentro dos quadros legais para uma tarefa de integração perfeitamente legítima. O órgão judiciário não está tirando, *ex nihilo*, a regulamentação eclética que deve imperar *hic et nunc*. A norma do caso concreto é construída em função de um princípio constitucional, com o próprio material fornecido pelo legislador. Se ele pode escolher, para aplicar o mandamento da Lei Magna, entre duas séries de disposições legais, a que lhe pareça mais benigna, não vemos por que se lhe vede a combinação de ambas, para assim aplicar, mais retamente a Constituição. Se lhe está afeto escolher "o todo", para que o réu tenha o tratamento penal mais favorável e benigno, nada há que lhe obste selecionar parte de um todo e parte de outro, para cumprir uma regra constitucional que deve sobrepairar a pruridos de lógica formal.

Muitos outros autores entendem possível a mescla das normas favoráveis das duas leis, sempre visando beneficiar o réu:

> Quando as leis em conflito não possam ser consideradas separadamente, cada qual no conjunto e suas normas aplicáveis ao fato, há necessidade de se promover uma combinação para se extrair, de uma e de outra, as disposições mais benéficas. Essa é a orientação mais avançada segundo a lição dos mestres e os precedentes da jurisprudência. (René Ariel Dotti, in "Curso de Direito Penal: Parte Geral, 2.ed., 2004, p. 271).

> Entendemos que a combinação de leis levada a efeito pelo julgador, ao contrário de criar um terceiro gênero, atende aos princípios constitucionais de ultra-atividade e retroatividade benéficas. Se a anterior, já revogada, possui pontos que, de qualquer modo, beneficiam o agente, deverá ser ultra-ativa; se na posterior que revogou o diploma anterior também existem aspectos que o beneficiam, por respeito aos imperativos constitucionais, devem ser aplicados. (Rogério Greco, in "Curso de Direito Penal", vol. 01, 2006, p. 123).

> A conjugação pode ser efetuada não só com a inclusão de um dispositivo da outra, como também com a combinação de partes de dispositivos das leis anterior e posterior. Apesar das críticas de que não é permitido ao julgador a aplicação de uma "terceira" (formada por parte de duas), essa orientação afigura-se mais aceitável, considerando-se que o sentido da Constituição é de que se aplique sempre a norma mais favorável. (Júlio Fabbrini Mirabete, in "Manual de Direito Penal", 18. ed., 2002, p. 67).

> A nosso juízo, esse é o melhor entendimento, que permite a combinação de duas leis, aplicando-se sempre os dispositivos mais benéficos. O Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de examinar essa matéria e decidiu pela possibilidade da conjugação de leis para beneficiar o acusado (HC 69.033-5 - Rel. Min. Marco Aurélio, DJU, 1992, p. 2925). (Cezar Roberto Bitencourt, in "Tratado de Direito Penal: Parte Geral", vol. 01, 10. ed, 2006).

Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha, ao estudarem a matéria relativamente ao artigo 33, § 3º da Lei 11.343/2006, enfatizam:

> Conclusão: preenchidos os requisitos desse novo art. 33, § 3º, ele deve ter incidência retroativa e vai alcançar todos os fatos passados, aplicando-se a pena privativa de liberdade da nova, mantendo-se a pena de multa da antiga. Com isso fica patente que o juiz não está "criando" uma terceira, ou seja, o juiz não está 'inventando' nenhum tipo de sanção: apenas vai aplicar as partes benéficas de cada lei, aprovada pelo legislador. O que está vedado ao juiz é ele 'inventar' um novo tipo de sanção. Isso não pode. Aplicar tudo aquilo que foi aprovado pelo legislador o juiz pode (e deve). (in "Nova Lei de Drogas: retroatividade ou irretroatividade?" Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1235, 18 nov. 2006. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto. asp/id=9170>).

Os conflitos intertemporais oferecem grande dificuldade aos doutrinadores e não menos aos julgadores, sendo que também a jurisprudência é conflitante, ora entendendo que a escolhida deve ser aplicada integralmente, examinada em seu conjunto a que mais favorece o réu ou apenado, ora, diante do caso concreto, os juízes e tribunais não têm hesitado em mesclar os aspectos favoráveis de cada uma das normas, sob pena de não se aplicar os princípios básicos já estudados.

A polêmica é antiga e, quando da 1ª Conferência dos Desembargadores, reunida no Distrito Federal, em julho de 1943, entre as conclusões tiradas, a de número XXXIX, admitiu a imposição simultânea de duas leis sucessivas:

> É admissível a aplicação simultânea da Consolidação das Leis Penais e do Código Penal, em se tratando de delito anterior a 1 de janeiro de 1942, naquilo em que cada uma dessas beneficie o réu. (Aprovada por 21 votos). (in SPÍNOLA FILHO,

Eduardo. Código de Processo penal Anotado. Vol. V., 3. ed., Rio de Janeiro. Borsoi: 1995, p. 486).

Alberto Silva Franco, in "Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial", vol. 01, tomo 01, 6. ed., 1997, p. 80, faz referência a várias jurisprudências num e noutro sentido, e vários julgados dos Tribunais de São Paulo se inclinam pelo segundo entendimento.

Já se externou, em oportunidade anterior, quando diante de conflito gerado pela sucessão de outras leis, a adesão ao entendimento esposado por Nelson Hungria, quando se pensava que mesclar as duas normas implicaria em estar criando uma terceira híbrida, que sequer foi promulgada, todavia, depois de muitas dúvidas e aprofundado estudo da matéria, chegou-se ao convencimento de que a questão prioritária é a aplicação do princípio constitucional da retroatividade ou da ultra-atividade da norma mais benigna, estabelecido, agora, sem limites, e, repita-se, já constava do parágrafo único do artigo 2º do Código Penal, portanto, em virtude disso, passou-se a entender que podem ser consideradas simultaneamente normas benéficas ao réu contidas nas duas leis.

Em conseqüência, não se pode fixar abstratamente uma regra. No caso concreto, se não for possível encontrar entre as leis sucessivas a que favoreça integralmente o agente ativo (o que seria ideal), há necessidade da determinação simultânea de parte das duas normas, uma retroagindo e outra tendo ultra-atividade. Entende-se, nessa hipótese, que o melhor é fazê-lo, respeitados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, presentes implicitamente por todo o texto constitucional, assim como o da eqüidade, que tem sido um precioso auxiliar do julgador ao interpretar a norma diante do caso concreto.

Assim, cabia realmente ao Tribunal a quo aplicar a norma retroativamente, posto que a novel legislação foi editada após a prolação da sentença condenatória.

Já há, nesse sentido, precedentes deste Superior Tribunal de Justiça:

> *Habeas corpus*. Tráfico de entorpecentes. Pena-base fixada acima do mínimo legal. Decisão fundamentada. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Grande quantidade de substâncias entorpecentes. Causa de diminuição de pena. Art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Norma de direito penal material. Retroatividade.
> 1 - Estabelecida a pena-base acima do mínimo legal em decorrência do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis, notadamente diante do transporte, por longa distância, de grande quantidade de substâncias entorpecentes - 276,5 kg de maconha e 123 esferas de haxixe -, com observância do art. 59 do Código Penal, inexiste constrangimento ilegal.
> 2 - É de rigor a aplicação retroativa do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, haja vista tratar-se de norma de direito penal material que beneficia o réu, sendo irrelevante o fato de haver, na mesma lei, disposição prejudicial - vedação à substituição da pena corporal por medidas restritivas de direitos -, tendo em conta o previsto no art. 5º, XL, da Constituição Federal, e no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal.
> 3 - Ordem parcialmente concedida. (STJ - *HC* 88.114/MS - Relator: Ministro Paulo Gallotti - Sexta Turma - *DJ* de 03.12.2007, p. 369).

> Criminal. *HC*. Tráfico ilícito de entorpecentes. Dosimetria. Óbice do regime integralmente fechado afastado. Possibilidade de substituição de pena corporal por restritiva de direitos. Regime prisional. Lei 11.464/2007. Nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90. Redução da pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Normas de natureza penal. Retroatividade. Norma mais benéfica. Inexistência de limite temporal. Instituto mais benéfico ao acusado. Pena-base fixada acima do mínimo legal. Possibilidade de redução do *quantum* da reprimenda. Ordem concedida.
> I. Hipótese em que o paciente foi condenado pela prática de delito equiparado a hediondo - tráfico ilícito de entorpecentes - e ao cumprimento da pena em regime fechado, vedada a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.
> II. Esta Corte, em acolhimento ao julgado proferido pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal nos autos do *HC* 82.959/SP - que declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 - vinha decidindo pelo afastamento do óbice do referido dispositivo, para reconhecer o direito aos apenados pela prática de crimes hediondos do benefício à progressão de regime prisional.
> III. Com o advento da Lei 11.464, de 28 de março de 2007, que deu nova redação ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, o regime de cumprimento das penas previstas no dispositivo é o inicialmente fechado.
> IV. Dissipada a vedação legal à progressão de regime aos condenados pela prática de crime hediondo, resta ultrapassada a argumentação utilizada para vedar a substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos, eis que, à época dos fatos, a Lei 11.343/06 ainda não havia entrado em vigor.
> V. A lei penal mais benéfica deve retroagir aos fatos anteriores à sua vigência, de acordo com os artigos 5º, inciso XL, da Constituição Federal e 2º, parágrafo único, do Código Penal.
> VI. A Carta Magna 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, lei posterior de qualquer modo favorável ao agente deve ser aplicada aos fatos anteriores.
> VII. 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 do réu ser beneficiado, ainda que transitada em julgada a condenação.
> VIII. Tendo a pena-base sido aplicada acima do mínimo-legal, resta evidenciada a possibilidade de redução da pena privativa de liberdade, com base no entendimento firmado nesta Corte.
> IX. Afastado o óbice do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, deve ser reconhecido o direito do paciente ao pleito da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, cabendo ao Julgador monocrático verificar a presença dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos por lei, devendo, igualmente, ser analisada a possibilidade de redução da reprimenda de um sexto a dois terços, com base no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

X. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator. (STJ - *HC* 73.767/RJ - Relator: Ministro Gilson Dipp - Quinta Turma - *DJ* de 06.08.2007, p. 573).

*Habeas corpus*. Penal e processual penal. Tráfico de entorpecentes. Causa de diminuição da pena. Art. 33, § 4º, da Lei 11.313/06. Retroação da lei penal nova mais benéfica. Inconstitucionalidade de todo § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Análise dos requisitos pelo juízo da execução. Ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão, parcialmente concedida.
1. Não obstante ter sido a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 incidental e, com efeito, *ex nunc*, incompreensível seria a aplicação do aludido ato normativo em outras causas envolvendo crimes hediondos, ou a eles equiparados, após ter sido considerado pelo Supremo Tribunal Federal como violador de princípios inscritos na Constituição Federal. Precedentes.
2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão de 23/2/06 (HC 82.959/SP), ao declarar a inconstitucionalidade incidental do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, afastou o óbice à execução progressiva da pena aplicada aos condenados pela prática de crimes hediondos, ou a eles equiparados, possibilitando, também, a substituição da reprimenda corporal por penas restritivas de direitos, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, para esses delitos praticados antes do advento das Leis 11.343/06 e 11.464/07.
3. Pela interpretação sistemática do art. 33 da Lei 11.343/06, verifica-se que a nova tipificação das condutas, anteriormente definida no art. 12 da Lei 6.368/76, tem como preceito secundário um espectro de pena que varia de 20 meses a 15 anos de reclusão.
4. Sendo mais benéfica ao réu a norma penal deve retroagir à luz do art. 5º, XL, da Constituição Federal (*novatio legis in mellius*).
5. Ordem conhecida em parte, e nesta extensão, parcialmente concedida para determinar ao Juízo da Execução que analise se estão presentes os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 e, em caso afirmativo, defina o montante da redução (de 1/6 a 2/3) até o limite mínimo da pena em 1 ano e 8 meses de reclusão, bem como as demais condições do cumprimento da pena e sua possível substituição por restritivas de direito.(STJ - *HC* 83.361. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. *DJ* de 22.10.2007, p. 334).

Não tenho duvida de que, na hipótese, impõe-se à obediência ao comando constitucional contido no inciso XL, do art. 5º, da Constituição da República, bem como ao parágrafo único do artigo 2º, do Código Penal, que determina: "a lei posterior que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado".

Já esposei o posicionamento de que a redução não deveria levar a pena aquém do mínimo de um ano e oito meses, previsto na Lei 11.343/07, com a aplicação do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei Antidrogas, entretanto, acabei por me convencer de que não é lícito sobrepujar os rigores da lógica, que, na interpretação presente, é formal e não jurídica, aos fins político-criminais considerados na nova lei, de individualizar com precisão todos os gêneros de atividades presentes no tráfico.

Ainda verifico, de ofício, mas considerado o parecer do Ministério Público Federal, que a causa de aumento constante no artigo 18, IV, da Lei 6.368/76 foi recepcionada pela Lei 11.343/06, em seu artigo 40, III, mas teve fixado um patamar menor, podendo variar entre 1/6 e 2/3. Deste modo, o aumento de pena em 1/3, fixado em razão da antiga Lei, deve ser modificado, para se adequar ao novo limite.

Vejo também, tal como bem demonstrado pela Subprocuradoria-Geral da República, que a paciente sempre fez jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, porquanto teve a análise das circunstâncias judiciais em seu favor, tanto que sua pena-base ficou no mínimo legal.

Tal entendimento guarda consonância com a decisão unânime da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, publicada em 02 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* 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 entorpecente. 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* em 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 artigo 2º da Lei 8072/90. Possibilidade. Acórdão proferido antes da Lei 11.343/06. 2. Ordem concedida.
1. Presentes os requisitos do artigo 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 artigo 2º da Lei nº 8072/90. Condenação anterior à Lei nº 11.343/2006. 2. Ordem concedida. (STJ. *HC* 67824. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. 6ª Turma. *DJ* 01. 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 n.º 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. 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. Relator: Ministra Laurita Vaz. *DJ* 08.10.2007).

Por fim, entendo que o regime inicial de cumprimento da pena foi fixado como o fechado, desde o início, sem qualquer fundamentação válida.

É mister, lembrar que a Lei 11.464/07 não pode ser aplicada retroativamente na hipótese dos autos, por se tratar de lei mais gravosa, incidindo na proibição contida na Carta da República.

Por outro lado, se as circunstâncias judiciais foram consideradas em favor da ora paciente, deve-lhe ser imposto regime com elas consentâneo, consoante reiterada jurisprudência desta Corte, pois sob a égide da Lei 6368/76, declarada pelo Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade do regime integralmente fechado, a sua imposição deve obedecer ao disposto no artigo 33, § 1º, "c", posto que se trata de condenado não reincidente, com pena inferior a quatro anos de reclusão, por conta das reduções ora operadas.

Posto isto, dou provimento ao recurso para efetuar sobre a pena-base, já imposta na sentença e confirmada pelo e. Tribunal estadual, a diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

Passo a agir em *habeas corpus* de ofício, para reduzir o patamar de aumento pela causa prevista no artigo 40, III, da Lei 11.343/06 para 1/6.

Com esta redução, passo a pena, de quatro anos, para três anos e seis meses e multa de cinqüenta e oito dias-multa. Reduzo-a ainda em dois terços, ou seja, passo-a para um ano e dois meses de reclusão e a multa aos dezenove dias-multa, a unidade fixada em seu mínimo legal, porquanto a análise das condições judiciais e as previstas no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, são inteiramente favoráveis ao paciente.

Concedo ordem de ofício para substituir a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, no valor de um salário mínimo.

A prestação de serviços à comunidade será, por prazo igual ao da pena, devendo o Juiz da Execução Penal indicar o local em que ela deverá ocorrer, bem como suas condições, observados os ditames legais. A prestação pecuniária será em favor de entidade pública, com destinação social, a ser designada pelo Juiz da Execução.

Por fim, também por meio de *habeas corpus* de ofício, determino que o regime de cumprimento da pena passe a ser o aberto, desde o início.

Comunique-se com urgência.

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 maioria, deu provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Vencida a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura que negava provimento".

Os Srs. Ministros Nilson Naves, Paulo Gallotti e Og Fernandes votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília, 1º de julho de 2008. - *Eliseu Augusto Nunes de Santana* - Secretário.

(Publicado no *DJe* de 1º.12.2008.)

...

Ementa: Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Superior Tribunal de Justiça. Aferição da admissibilidade dos recursos de sua alçada. Matéria processual civil. Ofensa reflexa à Constituição Federal. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

## AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 421.868-2 - MG - Relator: MIN. GILMAR MENDES

Agravante (s): PBM Picchioni Belgo Mineira Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S/A. Advogado (a/s): Carlos Mário da Silva Velloso Filho e outro (a/s). Agravado (a/s): Banco Sudameris Brasil S/A. Advogado (a/s): Athos Gusmão Carneiros e outro (a/s).

### Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator.

Brasília, 30 de setembro de 2008. - *Gilmar Mendes* - Presidente e Relator (RISTF, art. 148, parágrafo único) - Documento assinado digitalmente.

### Relatório

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (Relator) - Ao apreciar o recurso, proferi a seguinte decisão:

> DECISÃO: Banco Sudameris do Brasil S/A interpôs agravo regimental com pedido de reconsideração, em face de decisão por mim proferida, com o conteúdo que segue:
> 'Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que negou processamento a recurso extraordinário fundado no art. 102, III, "a", no qual se discute a aplicação do princípio do contraditório nos embargos declaratórios com efeito modificativo.
> O recurso extraordinário foi interposto da decisão do Superior Tribunal de Justiça que, em embargos de declaração em embargos de declaração em agravo regimental em agravo de instrumento, decidiu dar provimento ao agravo de instrumento e determinar a subida do recurso especial, que fora inadmitido na origem. Contra essa decisão a agravante interpôs novos embargos de declaração, os quais foram rejeitados com a seguinte fundamentação, no que interessa:
> 'Esclareço, por fim, que nesta Corte não há previsão legal de abertura de prazo para a parte adversa, em hipóteses como a presente, manifestar-se acerca das razões de agravo regimental ou de embargos de declaração.'
> O acórdão recorrido contrariou o entendimento firmando por esta Corte segundo o qual é necessária a intimação da embargada no caso de embargos de declaração com efeito modificativo, *v.g.*, o EDAI 144.981, 1ª T., unanimidade, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 08.09.95, e o RE 250.396, 2ª T., unanimidade, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 12.05.00.
> No julgamento do citado RE, o Min. Celso de Mello, ao fundamentar o seu voto, explicitou que:
> 'É certo que a legislação processual nada dispõe sobre a necessidade da prévia audiência do embargado, em caso de embargos de declaração com efeito modificativo. Essa providência, no entanto, impõe-se por efeito do princípio do devido processo legal. E é com fundamento neste postulado que o Supremo Tribunal Federal tem proclamado ser indispensável a prévia manifestação da parte embargada sobre os embargos de declaração, quando opostos com efeito modificativo.'
> No mesmo julgamento, o Min. Nelson Jobim, afirmou que:
> 'No caso, não temos lei infraconstitucional que estabeleça o que é determinação direta da Constituição. Então, não temos a hipótese de lesão ao devido processo legal, mas sim a dispositivo específico que determina esse contraditório.'
> Ante o exposto, com base nos §§ 3° e 4° do artigo 544, do CPC, conheço do agravo e converto-o em recurso extraordinário para dar-lhe provimento, cassar o acórdão dos segundos embargos de declaração e determinar a realização do novo julgamento, após prévia intimação do embargado (art. 557, § 1°-A, do CPC).
> Publique-se.
> Com efeito, na decisão questionada, conheci do agravo e determinei a conversão do mesmo em Recurso Extraordinário, ao qual dei provimento.
> No presente recurso o agravante, Banco Sudameris S/A, invoca que, substancialmente, a questão discutida reporta-se à subida (ou não) do recurso especial, para apreciação do Superior Tribunal de Justiça.
> É certo que esta Corte tem recorrentemente decidido em favor da plena garantia do contraditório nos casos de embargos com pedido de efeito modificativo (RE 260.776, Rel. Ellen Gracie, *DJ* 16.9.2005; RE 378, Rel. Carlos Britto, *DJ* 11.2.2005).
> No entanto, a questão que se põe, especificamente, reporta-se à possibilidade do STJ apreciar recurso especial. Não há, nessa linha de raciocínio, matéria atinente ao mérito da causa. A questão é processual. A apreciação do recurso especial, nesse sentido, não projeta prejuízos, pois a decisão que determine subida do recurso não causa dano para as partes. Não se tem eficácia modificativa do julgado.
> De tal modo, cabe ao Superior Tribunal de Justiça decidir se conhece (ou não) do recurso especial, dando-lhe (ou não) provimento.
> Nesse sentido, esta Corte, no julgamento do AgRAI 414.538, 2ª T., Rel. Maurício Corrêa, *DJ* 13.06.03, firmou o seguinte entendimento:
> 'EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL. EXAME PRIVATIVO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INVIABILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. A aferição dos requisitos de admissibilidade do recurso especial é providência privativa do Superior Tribunal de Justiça e matéria que não pode ser apreciada em recurso extraordinário, sob pena de subversão do sistema específico dos recursos de natureza extraordinária. Agravo regimental a que se nega provimento'.
> No mesmo sentido, o AgRAI 257.317, 1ª T., Rel. Ilmar Galvão, *DJ* 4.8.2000.

Por essas razões, reconsidero a decisão anteriormente proferida e nego seguimento ao agravo (art. 557, *caput*, do CPC);

No agravo regimental, sustenta-se:

*Salva reverentia*, antes de ser uma 'questão processual', a *causa decidendi* é visceralmente 'constitucional', adstrita à observância do 'contraditório' dentro do 'devido processo legal'. A jurisprudência da Suprema Corte sedimentou-se que o efeito infringente ou modificativo dos embargos declaratórios deve permitir pela abertura de vista ao recorrido, sem distinguir se o tema é ou não processual. Bem a propósito, o precedente do Augusto Pretório no Recurso Extraordinário n° 250396, trazido aos autos na íntegra (fls. 133/146), cuidava exatamente de matéria ritual (anulação do feito por cerceamento de defesa).

Nas contra-razões ao agravo regimental, alega-se:

Ou seja, a decisão de que a agravante se queixa não lhe trouxe qualquer prejuízo - pois nada decidiu a respeito do processo. Tanto é assim que os Regimentos Internos do egrégio STJ e deste colendo STF dispõem que *contra a decisão que determina a subida do Recurso Especial ou do Recurso Extraordinário, sequer cabe recurso* (art. 305 do RISTF; arts. 254, § 1° e 258, § 2° do RISTJ).
[...]
À falta de argumentos que lhe dessem fundamento à pretensão, a PBM invoca precedente inaplicável ao caso concreto. Isso porque, ao se reportar a um *suposto precedente* favorável à sua tese (no caso, o julgado prolatado no RE n° 250.396), a agravante transcreveu trecho de v. aresto emanado desta eg. Corte Suprema que anulou 'acórdão proferido' em Embargos de Declaração opostos *após o 'julgamento de recurso especial' (e não, como neste caso, do agravo a que alude o artigo 545 do CPC*) e que 'veio a acolhê-los para *transformar o conhecimento e provimento em não-conhecimento*.

É o relatório.

## Voto

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (Relator) - No agravo regimental não restou demonstrado o desacerto da decisão agravada.

O Superior Tribunal de Justiça, em embargos de declaração em embargos de declaração em agravo regimental em agravo de instrumento, decidiu dar provimento ao agravo de instrumento e determinar a subida do recurso especial que fora inadmitido na origem. Contra essa decisão a agravante interpôs novos embargos de declaração, os quais foram rejeitados com a seguinte fundamentação, no que interessa:

Esclareço, por fim, que nesta Corte não há previsão legal de abertura de prazo para a parte adversa, em hipóteses como a presente, manifestar-se acerca das razões de agravo regimental ou de embargos de declaração.

Como já decidi na decisão agravada, a questão é infraconstitucional. Cabe ao Superior Tribunal de Justiça decidir se conhece (ou não) do recurso especial, dando-lhe (ou não) provimento. Não há decisão atinente ao mérito da causa. A questão é processual. A apreciação do recurso especial não projeta prejuízos, pois a decisão que determina a subida do recurso não causa dano para as partes.

Verifica-se que, efetivamente, a discussão está restrita ao exame de admissibilidade de recurso especial.

Esta Corte firmou entendimento segundo o qual compete ao Superior Tribunal de Justiça a análise das exigências legais referentes à admissibilidade dos recursos de sua alçada, as quais devem estar satisfeitas para que o órgão jurisdicional possa ingressar no juízo de mérito. Portanto, a violação ao texto constitucional, se existente, seria reflexa. Neste sentido, *v. g.*, o AI-AgR 352.771, 2ª T., Rel. Maurício Corrêa, *DJ* 23.8.2002, e o AI-AgR 338.026, 1ª T., Rel. Ellen Gracie, *DJ* 27.9.2002, cuja ementa é a seguinte:

Não cabe recurso extraordinário para reexame, em concreto, dos pressupostos de admissibilidade do recurso especial, a cargo do Superior Tribunal de Justiça. Agravo improvido.

Assim, nego provimento ao agravo regimental.

## Extrato de ata

Decisão: Negado provimento ao agravo regimental. Decisão unânime. Não participou do julgamento a Senhora Ministra Ellen Gracie. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau. Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. 2ª Turma, 30.09.2008.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Ellen Gracie, Cezar Peluso e Eros Grau. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Compareceu à Turma o Senhor Ministro Gilmar Mendes, Presidente do Tribunal, a fim de julgar processos a ele vinculados, assumindo, nesta ocasião, a Presidência da Turma, de acordo com o art. 148, parágrafo único, RISTF.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Gonçalves.

*Carlos Alberto Cantanhede* - Coordenador.

(Publicado no *DJe* de 21.11.2008.)

...

## Ação penal - Princípio do contraditório e ampla defesa - Inobservância - Defesa técnica - Autodefesa - Alegações finais - Reconhecimento da existência do fato criminoso pelo advogado do réu - Inadmissibilidade - Contradição com o interrogatório, onde o réu negou o mesmo fato - Condenação baseada na admissão deste pelo patrono - Nulidade processual caracterizada - *HC* concedido - Aplicação do art. 5°, LV, da CF

- É nulo o processo criminal desde as alegações finais em que o advogado do réu reconheceu a existência do fato delituoso negado no interrogatório, e em cujo reconhecimento se fundou a sentença de condenação.

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 592.160-3 - MG - Relator: MIN. CEZAR PELUSO**

Recorrente (s): Ricardo Fonseca Rabelo. Advogado (a/s): Carlos Frederico Veloso Pires e outros. Recorrido (a/s): Ministério Público do Estado de Minas Gerais

### Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso extraordinário e lhe dar provimento, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Ellen Gracie.

Brasília, 16 de setembro de 2008. - *Cezar Peluso* - Relator.

### Relatório

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (Relator) - Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e assim ementado:

> Apelação criminal. Estupro. Ofertada a representação pelo pai da vítima menor e reconhecida sua condição de pobreza, legitimado encontra-se o Ministério Público para a propositura da ação penal. Ausente prova da ocorrência de prejuízo para a defesa, não se anula nenhum ato processual. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Absolvição. Impossibilidade. Se o conjunto probatório é no sentido de ter o acusado praticado o delito que lhe foi imputado, não há como absolvê-lo. Recurso desprovido (f. 202).

O Ministério Público ofereceu denúncia contra o ora recorrente pela prática do delito capitulado no art. 213, *caput*, c.c. art. 224, *a*, e art. 61, inc. I, todos do Código Penal, nos termos da qual foi condenado (fls. 130-141) por sentença que ensejou apelação.

O recorrente, com base no art. 102, III, *a*, alega violação ao disposto no art. 5°, incs. LIV e LV, da Constituição Federal.

Argumenta que houve deficiência na defesa, em virtude da apresentação de alegações finais com razões dissociadas daquelas expostas no interrogatório, nas quais seu então defensor terminaria por admitir os fatos descritos na denúncia, em verdadeira confissão da prática criminosa. Nos termos da súmula 523, pugna pelo provimento do extraordinário a fim de que seja anulado o processo a contar das alegações finais, inclusive.

A Procuradoria-Geral da República opina pelo não conhecimento do recurso e, se conhecido, pelo não provimento (fls. 284-289).

É o relatório.

### Voto

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (Relator) - 1. Consistente o recurso.

A Constituição da República, no art. 5°, inc. LV, assegura, aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a eles inerentes.

Classificação costumeira no processo penal distingue modalidades de defesa segundo o sujeito que a exerce. Assim, quando praticada pelo próprio acusado, tem-se autodefesa, ou defesa privada. Se exercida por profissional habilitado, com capacidade postulatória, tem-se defesa técnica, ou defesa pública.

Autodefesa, também chamada de defesa material ou genérica, exerce-se por meio de atuação pessoal do acusado, especialmente no ato do interrogatório, quando oferece sua versão sobre os fatos ou invoca o direito ao silêncio, ou ainda, quando, por si próprio, solicita produção de provas, traz meios de convicção, requer participação em diligências e acompanha atos de instrução.

Autodefesa e defesa técnica operam em conjunto, em relação de diversidade e complementaridade, adotando uma de duas vias: a defesa negativa ou indireta, que se limita à contestação dos fatos, ou a defesa positiva ou direta, calcada em alegação e prova da inocência.

Para atender à garantia constitucional, a defesa deve assegurada mediante conjugação dos ônus da autodefesa e da defesa técnica.

O recorrente sustenta que o processo padece de nulidade, porque, sem grave ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa, não poderia o advogado de então, em alegações finais, aduzir razões equivalentes à confissão da prática criminosa, mormente quando tais razões foram adotadas como fundamento da sentença condenatória.

Tenho por evidente o prejuízo oriundo dessa postura do advogado. Confiram-se-lhe trechos das alegações finais:

> [...]
> No estupro, crime complexo que é, a primeira ação (violência ou grave ameaça), constitui começo de execução, porque está dentro do próprio tipo. Se nesse instante falta o dissenso da vítima, ou melhor, existe o seu consentimento, não ocorre a realização do tipo.
> O fato do prosseguimento da relação sexual pelo denunciado, agora sob a recusa da vítima, data vênia, não realiza o crime de estupro, por lhe faltar o elemento 'dissenso' no momento oportuno - a primeira ação.
> [...]
> III.I – In casu, *a intenção do agente ativo manifestou-se no sentido de alcançar o cópula vagínica - o que ocorreu*" (fls. 124-125, grifo meu).

A sentença, por sua vez, está assim fundamentada:

> O réu, embora inicialmente porfiou pela tese da negativa de autoria e tenha industriado uma testemunha para fazer vingar sua proposição, terminou por admitir, às claras, nas suas alegações finais, que realmente manteve cópula carnal com a vítima.
> [...]
> Em virtude do réu haver admitido em suas derradeiras alegações que manteve o congresso carnal com [...] e, ainda considerando o depoimento da vítima e de sua genitora, Gerson Diniz Fagundes, praticou, em tese, o crime de falso testemunho [...].
> No que tange ao mérito, como alhures apontado, a defesa mudou seu rumo depois da audição da vítima em juízo, quando esta admitiu que a princípio teria consentido tacitamente com o relacionamento sexual, embora não tivesse manifestado verbalmente sua aquiescência.
> [...]
> O réu, sem se importar com a manifesta resistência da vítima, prosseguiu no seu intento, conforme clarificou nas alegações finais. A partir daí, a vítima alega que a relação sexual foi obtida mediante ameaça.
> [...]
> Além das razões já invocadas, atreladas à própria admissão do congresso carnal pelo réu, o convencimento deste magistrado mais se robustece com relação à procedência da denúncia [...] (fls. 132-138).

O fato de a sentença ter reconhecido, adotando-a como razão de decidir, a contraditoriedade entre o depoimento do réu e a defesa técnica, implica prejuízo intrínseco e, como tal, é suficiente à pronúncia da nulidade do processo.

A defesa eficaz, aquela que garantiria resultado absolutório ou, de outra forma, favorável ao acusado, não se confunde com defesa efetiva, esta, sim, única exigível pela garantia constitucional, mas que não houve no caso. Nítido, pois, o cerceamento da defesa do recorrente, que acabou, deveras, indefeso.

2. Assim, conheço do recurso extraordinário e dou-lhe provimento, para anular o processo desde as alegações finais, inclusive, a fim de que outras sejam apresentadas em defesa do réu.

## Extrato de ata

Decisão: A Turma, por votação unânime, conheceu do recurso extraordinário e lhe deu provimento, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Ellen Gracie. 2ª Turma, 16.09.2008.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Gonçalves.

*Carlos Alberto Cantanhede* - Coordenador.

(Publicado no *DJe* de 21.11.2008.)

...

# Índice Numérico

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

## Corte Superior


| Número | Espécie | Comarca | Relator: Des. | Pág. |
|---|---|---|---|---|
| 1.0000.07.451102-3/000 | Ação Dir. Inconst. | Bueno Brandão | Jarbas Ladeira | 51 |


## Jurisprudência Cível


| Número | Espécie | Comarca | Relator: Des. | Pág. |
|---|---|---|---|---|
| 1.0000.06.439415-8/000 | Ação Rescisória | Conquista | Alberto Vilas Boas | 271 |
| 1.0000.07.460240-0/000 | Mand.de Segurança | Belo Horizonte | Geraldo Augusto | 108 |
| 1.0000.08.470953-4/000 | Confl.Neg.de Comp. | Manhuaçu | Fernando Bráulio | 74 |
| 1.0000.08.471540-8/000 | Confl.Neg.de Comp. | Itamarandiba | Saldanha da Fonseca | 76 |
| 1.0015.07.037688-2/002 | Ap. Cível | Além Paraíba | Nilo Lacerda | 146 |
| 1.0017.05.012693-1/002 | Agr.de Instr. | Almenara | Wander Marotta | 55 |
| 1.0024.00.054514-5/001 | Ap. Cível | Belo Horizonte | Manuel Saramago | 93 |
| 1.0024.04.303141-8/001 | Ap. Cível | Belo Horizonte | Francisco Kupidlowski | 193 |
| 1.0024.04.468143-5/001 | Ap. Cível | Belo Horizonte | Célio César Paduani | 73 |
| 1.0024.04.501321-6/001 | Ap. Cível | Belo Horizonte | Afrânio Vilela | 165 |
| 1.0024.04.539250-3/001 | Ap. Cível | Belo Horizonte | Guilherme Luciano Baeta Nunes | 255 |
| 1.0024.05.647975-1/001 | Agravo | Belo Horizonte | José Flávio de Almeida | 156 |
| 1.0024.05.659226-4/001 | Ap. Cível | Belo Horizonte | Dorival Guimarães Pereira | 78 |
| 1.0024.05.663681-4/001 | Ap. Cível | Belo Horizonte | Tarcísio Martins Costa | 257 |
| 1.0024.05.696908-2/001 | Ap. Cível | Belo Horizonte | Elias Camilo | 195 |
| 1.0024.05.874758-5/001 | Ap. Cível | Belo Horizonte | Evangelina Castilho Duarte | 81 |
| 1.0024.06.057212-0/001 | Ap. Cível | Belo Horizonte | Duarte de Paula | 94 |
| 1.0024.06.072460-6/001 | Ap. Cível | Belo Horizonte | Roberto Borges de Oliveira | 151 |
| 1.0024.06.090109-7/001 | Ap. Cível/Reex.Nec. | Belo Horizonte | Edilson Fernandes | 60 |
| 1.0024.06.123048-8/001 | Agravo | Belo Horizonte | Barros Levenhagen | 202 |
| 1.0024.06.146489-7/001 | Ap. Cível | Belo Horizonte | Electra Benevides | 237 |
| 1.0024.06.148667-6/001 | Ap. Cível | Belo Horizonte | Alberto Henrique | 207 |
| 1.0024.06.216027-0/001 | Ap.Cível/Reex.Nec. | Belo Horizonte | Edivaldo George dos Santos | 101 |
| 1.0024.06.245425-1/001 | Ap. Cível | Belo Horizonte | Fernando Caldeira Brant | 157 |
| 1.0024.06.277834-5/001 | Ap. Cível | Belo Horizonte | Márcia De Paoli Balbino | 249 |
| 1.0024.06.930458-2/001 | Ap. Cível | Belo Horizonte | Dárcio Lopardi Mendes | 262 |
| 1.0024.06.999542-1/001 | Ap. Cível | Belo Horizonte | Caetano Levi Lopes | 112 |
| 1.0024.07.392778-2/004 | Agr.de Instr. | Belo Horizonte | Dídimo Inocêncio de Paula | 105 |
| 1.0024.07.431183-8/001 | Ap. Cível | Belo Horizonte | Marcos Lincoln | 215 |
| 1.0024.07.432228-0/002 | Ap. Cível | Belo Horizonte | Valdez Leite Machado | 67 |
| 1.0024.07.441792-4/001 | Agravo | Belo Horizonte | Edgard Penna Amorim | 252 |
| 1.0024.07.451387-0/001 | Ap. Cível | Belo Horizonte | Maurício Barros | 70 |
| 1.0024.07.461405-8/002 | Ap. Cível | Belo Horizonte | Albergaria Costa | 71 |
| 1.0024.07.486570-0/001 | Ap. Cível | Belo Horizonte | Alvim Soares | 138 |
| 1.0024.07.486928-0/002 | Ap. Cível/Reex.Nec. | Belo Horizonte | Heloísa Combat | 140 |
| 1.0024.07.527202-1/001 | Ap. Cível | Belo Horizonte | Ernane Fidélis | 77 |
| 1.0024.07.539466-8/001 | Ap. Cível/Reex.Nec. | Belo Horizonte | Belizário de Lacerda | 111 |
| 1.0024.07.575113-1/001 | Ap. Cível | Belo Horizonte | Nepomuceno Silva | 143 |

| | | | |
|---|---|---|---|
| 1.0024.07.743546-9/001 | Ap.Cível/Reex.Nec. | Belo Horizonte | Silas Vieira . . . . . .275 |
| 1.0024.07.765047-1/001 | Agravo | Belo Horizonte | Eulina do Carmo Almeida . . . . . .260 |
| 1.0024.07.783754-0/001 | Agravo | Belo Horizonte | Hilda Teixeira da Costa . . . . . .277 |
| 1.0027.06.103094-9/001 | Ap. Cível | Betim | Eduardo Mariné da Cunha . . . . .231 |
| 1.0035.07.097723-2/001 | Agravo | Araguari | Nilson Reis . . . . . 97 |
| 1.0079.00.007603-8/001 | Ap. Cível | Contagem | Cabral da Silva . . . . . .168 |
| 1.0079.04.153760-0/001 | Ap. Cível/Reex.Nec. | Contagem | Roney Oliveira . . . . . .239 |
| 1.0079.05.208261-1/001 | Ap. Cível | Contagem | Unias Silva . . . . . .244 |
| 1.0105.07.237535-2/001 | Ap. Cível | Gov. Valadares | Eduardo Andrade . . . . . .248 |
| 1.0132.05.002117-0/001 | Ap. Cível | Carandaí | Carreira Machado . . . . . 84 |
| 1.0133.06.030001-8/001 | Ap. Cível | Carangola | Pereira da Silva . . . . . 89 |
| 1.0144.07.020375-3/001 | Ap.Cível | Carmo do Rio Claro | Cláudio Costa . . . . . .265 |
| 1.0145.00.006779-6/001 | Agr.de Instr. | Juiz de Fora | José Antônio Braga . . . . . .216 |
| 1.0145.05.260101-3/001 | Ap. Cível | Juiz de Fora | Antônio de Pádua . . . . . .207 |
| 1.0145.08.468325-2/001 | Agr.de Instr. | Juiz de Fora | Elpídio Donizetti . . . . . .273 |
| 1.0155.07.013830-2/002 | Ap. Cível | Caxambu | José Domingues Ferreira Esteves . . 90 |
| 1.0177.06.006026-2/001 | Ap. Cível | Conc. do Rio Verde | Batista de Abreu . . . . . .145 |
| 1.0180.07.037072-1/001 | Ap. Cível | Congonhas | Marcelo Rodrigues . . . . . .221 |
| 1.0223.03.106744-8/001 | Ap.Cível/Reex.Nec | Divinópolis | Mauro Soares de Freitas . . . . . 99 |
| 1.0223.04.138960-0/001 | Ap. Cível | Divinópolis | Nicolau Masselli . . . . . .268 |
| 1.0223.06.186572-9/003 | Agravo | Divinópolis | Generoso Filho . . . . . .206 |
| 1.0231.04.031530-2/001 | Ap. Cível | Rib.das Neves | Selma Marques . . . . . .174 |
| 1.0245.04.055248-2/002 | Ap. Cível/Reex.Nec. | Santa Luzia | Kildare Carvalho . . . . . .136 |
| 1.0271.07.111138-6/001 | Ap. Cível | Frutal | Pedro Bernardes . . . . . .185 |
| 1.0287.07.034399-4/001 | Ap. Cível | Guaxupé | Jarbas Ladeira . . . . . 58 |
| 1.0313.04.148487-1/001 | Ap. Cível | Ipatinga | Cláudia Maia . . . . . .187 |
| 1.0313.07.228372-1/002 | Ap. Cível/ Reex.Nec. | Ipatinga | Teresa Cristina da Cunha Peixoto . .246 |
| 1.0313.07.230847-8/001 | Agr.de Instr. | Ipatinga | Osmando Almeida . . . . . .191 |
| 1.0317.02.001527-5/002 | Ap. Cível | Itabira | Rogério Medeiros . . . . . .124 |
| 1.0327.02.002625-5/001 | Ap. Cível | Itambacuri | Fernando Botelho . . . . . .130 |
| 1.0344.07.038150-6/001 | Agravo | Iturama | Wagner Wilson . . . . . .179 |
| 1.0433.06.173170-2/002 | Ap. Cível | Montes Claros | Sebastião Pereira de Souza . . . . .190 |
| 1.0460.08.031076-2/001 | Agr.de Instr. | Ouro Fino | Armando Freire . . . . . .218 |
| 1.0479.07.124693-4/001 | Ap. Cível | Passos | Lucas Pereira . . . . . .235 |
| 1.0480.04.053948-2/001 | Ap. Cível | Patos de Minas | Bitencourt Marcondes . . . . . .180 |
| 1.0480.05.070073-5/001 | Ap. Cível | Patos de Minas | Fábio Maia Viani . . . . . .230 |
| 1.0515.02.002351-8/002 | Ap. Cível | Piumhi | Alvimar de Ávila . . . . . .119 |
| 1.0515.06.021676-6/001 | Ap. Cível | Piumhi | Domingos Coelho . . . . . 56 |
| 1.0518.02.015219-6/005 | Agravo | Poços de Caldas | Maria Elza . . . . . .201 |
| 1.0525.02.001406-0/001 | Ap. Cível | Pouso Alegre | José Affonso da Costa Côrtes . . . .198 |
| 1.0567.07.106753-0/001 | Ap. Cível | Sabará | Antônio Hélio Silva . . . . . .184 |
| 1.0647.07.075711-5/001 | Ap. Cível | São Seb.do Paraíso | Alberto Aluízio Pacheco de Andrade . .154 |
| 1.0672.03.104642-4/004 | Ap. Cível | Sete Lagoas | Audebert Delage . . . . . 62 |
| 1.0684.07.000977-5/001 | Ap.Cível | Tarumirim | Otávio Portes . . . . . .264 |
| 1.0684.08.003562-0/001 | Agravo | Tarumirim | Maurílio Gabriel . . . . . .167 |
| 1.0686.02.038392-9/001 | Ap. Cível | Teófilo Otoni | Irmar Ferreira Campos . . . . . .228 |
| 1.0693.06.053041-9/001 | Ap. Cível | Três Corações | Mota e Silva . . . . . .149 |
| 1.0702.05.202878-5/001 | Ap. Cível | Uberlândia | Luciano Pinto . . . . . .240 |
| 1.0702.06.279470-7/002 | Ap. Cível | Uberlândia | Moreira Diniz . . . . . .159 |
| 1.0702.06.325614-4/002 | Ap. Cível | Uberlândia | Almeida Melo . . . . . .104 |
| 1.0702.06.336407-0/001 | Ap. Cível | Uberlândia | Brandão Teixeira . . . . . .211 |
| 1.0702.07.367396-5/001 | Ap. Cível/Reex.Nec. | Uberlândia | Antônio Sérvulo . . . . . 64 |

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| 1.0702.07.401895-4/001 | Ap. Cível | Uberlândia | Vanessa Verdolim Hudson Andrade | 67 |
| 2.0000.00.493683-6/000 | Ap. Cível | Uberlândia | Renato Martins Jacob | 163 |


## Jurisprudência Criminal


| Número | Espécie | Comarca | Relator: Des. | Pág. |
|---|---|---|---|---|
| 1.0024.01.042070-1/001 | Ap. Criminal | Belo Horizonte | Edelberto Santiago | 346 |
| 1.0024.02.872270-0/001 | Ap. Criminal | Belo Horizonte | Márcia Milanez | 325 |
| 1.0024.03.971909-1/001 | Ap. Criminal | Belo Horizonte | Vieira de Brito | 328 |
| 1.0024.07.446169-0/001 | Ap. Criminal | Belo Horizonte | Walter Pinto da Rocha | 300 |
| 1.0024.07.660640-9/001 | Rec.Sent.Estrito | Belo Horizonte | Fortuna Grion | 363 |
| 1.0034.01.001256-4/001 | Ap. Criminal | Araçuaí | Hyparco Immesi | 338 |
| 1.0043.04.001560-4/001 | Ap. Criminal | Areado | Fernando Starling | 303 |
| 1.0143.05.009281-4/001 | Ap. Criminal | Carmo do Paranaíba | Ediwal José de Morais | 306 |
| 1.0144.03.000925-8/001 | Ap. Criminal | Carmo do Rio Claro | Delmival de Almeida Campos | 335 |
| 1.0145.01.011921-5/001 | Ap. Criminal | Juiz de Fora | Antônio Armando dos Anjos | 310 |
| 1.0295.07.015249-7/001 | Ap. Criminal | Ibiá | Pedro Vergara | 283 |
| 1.0313.04.141319-3/001 | Ap. Criminal | Ipatinga | Hélcio Valentim | 293 |
| 1.0313.04.144907-2/001 | Ap. Criminal | Ipatinga | José Antonino Baía Borges | 357 |
| 1.0329.07.000401-8/001 | Ap. Criminal | Itamoji | Beatriz Pinheiro Caires | 331 |
| 1.0342.05.056175-8/001 | Ap. Criminal | Ituiutaba | Alexandre Victor de Carvalho | 290 |
| 1.0388.08.017773-5/001 | Ap. Criminal | Luz | Adilson Lamounier | 315 |
| 1.0433.05.150180-0/001 | Ap. Criminal | Montes Claros | Judimar Biber | 320 |
| 1.0518.07.114965-3/001 | Ap. Criminal | Poços de Caldas | Antônio Carlos Cruvinel | 352 |
| 1.0534.05.002176-3/001 | Ap. Criminal | Pres. Olegário | Eli Lucas de Mendonça | 281 |
| 1.0621.07.015702-2/001 | Ap. Criminal | São Gotardo | Herculano Rodrigues | 341 |
| 1.0625.04.033325-8/001 | Ap. Criminal | São João del-Rei | Sérgio Resende | 343 |
| 1.0702.07.367401-3/001 | Ap. Criminal | Uberlândia | Maria Celeste Porto | 297 |
| 1.0702.07.368186-9/001 | Ap. Criminal | Uberlândia | Paulo Cézar Dias | 359 |
| 1.0704.07.057238-0/001 | Ap. Criminal | Unaí | Eduardo Brum | 349 |
| 1.0707.07.130344-0/001 | Ap. Criminal | Varginha | Reynaldo Ximenes Carneiro | 365 |


## Superior Tribunal de Justiça


| Número | Espécie | Relator: Des. | Pág. |
|---|---|---|---|
| 827.374-MG | AgRg no Agr. de Instr. | Sidnei Beneti | 371 |
| 1.042.435-MG | Recurso Especial | Jane Silva | 372 |


## Supremo Tribunal Federal


| Número | Espécie | Relator: Des. | Pág. |
|---|---|---|---|
| 421.868-2-MG | AgRg no Agr. de Instr. | Gilmar Mendes | 379 |
| 592.160-3-MG | Rec. Extraordinário | Cezar Peluso | 381 |


...

# Índice Alfabético e Remissivo

- A -


AÇÃO ANULATÓRIA
Ato administrativo - Reparação de danos - Cumulação de ações - Competição esportiva - Instâncias esportivas - Não-exaurimento . . . . . 185

AÇÃO CIVIL PÚBLICA
Área de preservação permanente - Desmatamento - Recomposição - Dano moral ambiental - Compensação . . . . 84

Proteção de ordem urbana - Controle de trânsito - Pretensões - Possibilidade jurídica do pedido . . . . . .104

AÇÃO COMINATÓRIA
Medicamento - Pedido de obtenção - Interesse processual - Município - Ilegitimidade passiva . . . . . 112

AÇÃO DE COBRANÇA
Citação - Validade - Transporte marítimo - Contrato - Idioma inglês - Moeda estrangeira - *Container* - Devolução - Impontualidade - Sobreestadia - Cobrança - Legalidade . . . . . 255

Imóvel em construção - Cumprimento de sentença - Compromisso de compra e venda - Inadimplemento - Penhora - Possibilidade - Art. 3º, II, da Lei 8.009/90 - Aplicabilidade . . . . . 206

Parceria pecuária - Estiagem - Força maior - Direito do autor - Fato impeditivo . . . . . 228

Representação comercial - Prescrição - Prazo - Lei 8.420/92 - Aplicabilidade - Comissão - Valor - Critério de fixação - Ônus da sucumbência - Assistência judiciária . . . . . .244

Seguro - Morte - Suicídio involuntário - Seguradora - Dever de indenizar - Súmula 61 do STJ . . . . . 204

AÇÃO DE DANO INFECTO
Preliminar - Nulidade da sentença - Rejeição - Muro divisório - Reparação - Despesas - Divisão igualitária - Art. 1.297, § 1º, do CC . . . . . 231

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Serviço notarial e de registro - Tributação - ISS - Incidência - Imunidade tributária - Ausência - Improcedência do pedido . . . . . 51

AÇÃO MONITÓRIA
Associação filantrópica - Assistência judiciária - Pedido - Caráter assistencial - Ausência de demonstração - Insuficiência de recursos financeiros - Comprovação - Inexistência . . . . . 273

Ilegitimidade ativa - Relação jurídica material - Análise - Prescrição - Cheque - *Causa debendi* - Declinação - Desnecessidade - Ônus da prova - Exceções pessoais - Oposição - Impossibilidade . . . . . 180

AÇÃO ORDINÁRIA
Carteira Nacional de Habilitação - Documento público - Irregularidade - Meros indícios - Indeferimento administrativo - Motivo insuficiente - Prontuário - Transferência de outro Estado da Federação - Possibilidade - Custas processuais - Isenção - Lei Estadual nº 14.939/03 . . . . . 275

AÇÃO PENAL
Estupro - Menor de quatorze anos - Presunção de violência - Ação penal - Representação - Vício de forma - Não-ocorrência - Denúncia - Ministério Público - Legitimidade . . . . . 331

Nulidade - Não-caracterização - Uso de documento falso - Concurso de pessoas - Inquérito policial - Irregularidade . . . . . 325

Princípios do contraditório e da ampla defesa - Inobservância - Defesa técnica - Autodefesa - Alegações finais - Reconhecimento da existência do fato criminoso pelo advogado do réu - Inadmissibilidade - Contradição com o interrogatório, onde o réu negou o mesmo fato - Condenação baseada na admissão deste pelo patrono - Nulidade processual caracterizada - *HC* concedido - Aplicação do art. 5°, LV, da CF (STF) . . . . . 381

AÇÃO PENAL PÚBLICA
Condicionada - Violência doméstica - Lei Maria da Penha - Representação - Retratação - Validade - Preclusão não caracterizada - Denúncia - Condição de procedibilidade - Rejeição . . . . . 363

Crimes contra as relações de consumo - Exposição à venda de mercadoria em desacordo com a prescrição legal - Inquérito policial - Ausência - Ministério Público - Denúncia - Nulidade - Não-configuração . . . . . 303

AÇÃO RESCISÓRIA
Literal disposição de lei - Violação - Não-ocorrência - Município - Representação judicial - Procuração - Desnecessidade . . . . . 270

AÇÃO REVISIONAL
Valor da dívida - Empresa comercial - Multa - Limite - Observância - Necessidade - Taxa de juros - Capitalização - Impossibilidade - Depósito judicial - Quitação . . . . . 215

ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA
Promessa de compra e venda - Contrato - Prestações - Quitação junto à construtora - Comprovação - Requisitos preenchidos - Hipoteca - Pretensão adjudicatória - Não-constituição de óbice . . . . . 157

ADVOGADO
Crime contra a honra - Calúnia - Imunidade profissional . . . . . 281

OAB cancelada - Atos praticados - Retificação - Ausência - Nulidade . . . . . 136

Peculato - Crime próprio - Prestação de serviços - Contrato com o Município - Funcionário público - Equiparação - Apropriação de valor público - Honorários advocatícios - Exercício regular de direito não caracterizado - Desclassificação do crime - Exercício arbitrário das próprias razões - Inadmissibilidade - Condenação - Procedimento especial - Inobservância - Nulidade não configurada . . . . . 335

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO
Superior Tribunal de Justiça - Aferição da admissibilidade dos recursos de sua alçada. Matéria processual civil - Ofensa reflexa à Constituição Federal (STF) . . . . . 379

ALEGAÇÕES FINAIS - Vide: Nulidade (STF)

ALIENAÇÃO DE BENS - Vide: Protesto contra a alienação de bens

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA
Veículo alienado - Disponibilidade - Faculdade do credor fiduciário - Transferência de veículo gravado - Registro de impedimento - Direito de terceiro - Ofensa - Provas - Solicitação - Encargo da parte interessada . . . . . 216

ALIMENTOS
Execução - Idoso - Interesse - Acordo referendado pelo promotor de justiça - Força de título executivo extrajudicial - Homologação judicial - Desnecessidade . . . . . 66

ALVARÁ DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO
Posto de venda de combustíveis - Licença ambiental - Estipulação de condições - Ação ajuizada - Trâmite - Recursos administrativos - Julgamento pendente - Interdição do estabelecimento - Sanção desarrazoada - Medida drástica - Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade - Ofensa a direito líquido e certo - Correção mandamental - Mandado de segurança . . . . . 143

AMEAÇA
Violência doméstica - Lei Maria da Penha - Ação penal pública condicionada - Representação - Retratação - Validade . . . . . 363

ANTECEDENTES CRIMINAIS
Furto qualificado - Escalada - Coisa de pequeno valor - Crime de bagatela - Princípio da insignificância - Inaplicabilidade - Condenação . . . . . 297

APELAÇÃO
Questões suscitadas no processo - Não-enfrentamento pela sentença - Apreciação no juízo *ad quem* - Posssibilidade - Art. 515, § 1°, do CPC - Aplicabilidade - Assistência judiciária - Deferimento . . . . . 174

APROPRIAÇÃO DE VALOR PÚBLICO
Peculato - Crime próprio - Advogado - Honorários advocatícios - Exercício regular de direito não caracterizado - Desclassificação do crime - Exercício arbitrário das próprias razões - Inadmissibilidade - Condenação . . . . . 335

ARRENDAMENTO
Terras devolutas - Contrato - Inadimplemento - Ação de cobrança - Petição inicial - Inépcia - Não-configuração - Cerceamento de defesa - Não-ocorrência - Condenação - Possibilidade . . . . . 138

ARRENDAMENTO MERCANTIL
Reintegração de posse de veículo - Liminar - Condição - Valor residual garantido - Depósito judicial das quantias pagas - Impossibilidade . . . . . 167

ARTIGO JURÍDICO
Análise normativo-teleológica do Projeto Novos Rumos na Execução Penal, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, à luz dos direitos humanos internacionais - Carlos Frederico Braga da Silva . . . . . 30

As alterações do rito dos crimes de competência do Tribunal do Júri e o devido processo legal - Thiago Colnago Cabral . . . . . 36

Breves considerações sobre as reformas no CPP - Daniel César Boaventura . . . . . 39

Direito, economia e corrupção - Rogério Medeiros Garcia de Lima . . . . . 19

O contraditório e a prova no processo penal: breves comentários à Lei 11.690, de 2008 - Haroldo Pimenta . . . . 43

Reflexões sobre a ab-rogação do inciso I, art. 5°, da Lei 1.533/51 pela Constituição Federal - Gustavo Angelim Chaves Corrêa . . . . . 49

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA
Isenção de custas . . . . . .297

Pedido - Associação filantrópica - Caráter assistencial - Ausência de demonstração - Insuficiência de recursos financeiros - Comprovação - Inexistência . . . . . 273

Requerimento em contestação - Não-enfrentamento pela sentença - Apreciação pelo tribunal *ad quem* - Possibilidade - Apelação - Art. 515, § 1°, do CPC - Aplicabilidade - Deferimento . . . . . 174

ASSOCIAÇÃO FILANTRÓPICA
Ação monitória - Assistência judiciária - Pedido - Caráter assistencial - Ausência de demonstração - Insuficiência de recursos financeiros - Comprovação - Inexistência . . . . . 273

ASSOCIAÇÃO PARA TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS
Tráfico de drogas - Autoria - Materialidade - Confissão extrajudicial - Validade - Depoimento policial - Interceptação

telefônica - Valoração da prova - Condenação - Restituição de coisas apreendidas - Impossibilidade - Fixação da pena - Diminuição - Art. 35 da Lei 11.343/06 - Co-réu - Absolvição . . . . . 365

Tráfico de drogas - Laudo pericial - Interceptação telefônica - Materialidade - Valoração da prova - Condenação . . . . . 352

ATIVIDADE AGRÍCOLA
Crédito para fomento - Código de Defesa do Consumidor - Inaplicabilidade - Embargos do devedor - Ônus da prova - Art. 333, inciso I, do CPC - Litigância de má-fé - Não-ocorrência - Sentença - Manutenção . . . . . 89

ATO ADMINISTRATIVO
Ação anulatória - Reparação de danos - Cumulação de ações - Competição esportiva - Instâncias esportivas - Não-exaurimento . . . . . 185

ATO INFRACIONAL
Atos infracionais análogos ao homicídio qualificado e ao porte ilegal de arma de fogo - Estatuto da Criança e do Adolescente - Tentativa - Autoria - Materialidade - Valoração da prova - Legítima defesa - Não-configuração - Violência contra pessoa - Medida socioeducativa - Internação - Aplicabilidade . . . . . 349

ATO JURÍDICO
Nulidade - Imóvel - Dupla venda - Registro - Validade - Imissão de posse - Possibilidade . . . . . 240

AUTORIZAÇÃO JUDICIAL
Desnecessidade - Documentos fiscais - Apreensão - Mandado de segurança - Denegação da ordem . . . . . 71

AUXÍLIO-CRECHE
Servidor público - Filho de zero a seis anos - Direito a creche e pré-escola - Garantia constitucional - Art. 208, IV, da CF - Programa de assistência materno-infantil - Inclusão - Possibilidade - Suspensão do benefício - Ato administrativo - Ausência de motivação - Nulidade - Fazenda Pública - Sucumbência - Honorários de advogado - Fixação . . . . . 140

- B -

BEM
Indivisibilidade - Alienação judicial - Possibilidade . . . . . 193

BEM DE FAMÍLIA
Impenhorabilidade - Penhora - Revogação . . . . . 235

BUSCA E APREENSÃO
Direito autoral - *Software* pirata - Utilização - Caução - Art. 835 do CPC - Identidade física do juiz - Inexistência de produção de prova em audiência - Nulidade da decisão - Inocorrência - Indenização - *Quantum* - Honorários de advogado . . . . . 81

Matéria de defesa - Irrestrição - Veículo - Financiamento - Inadimplência do devedor - Contrato - Rescisão - Instituição financeira - Código de Defesa do Consumidor - Aplicabilidade - Cláusulas contratuais - Encargos contratados - Juros remuneratórios - Ausência de abusividade - Comissão de permanência - Taxa variável do mercado - Cláusula potestativa - Capitalização de juros - Votos vencidos parcialmente . . . . . 221

- C -

CALÚNIA
Crime contra a honra - Advogado - Imunidade profissional não caracterizada - Condenação . . . . . 281

CARTA DE ARREMATAÇÃO
Registro público - Imóvel - Caracterização precisa - Ausência - Averbação - Necessidade - INSS - Certidão negativa de débito - Inexigibilidade . . . . . 58

CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO
Documento público - Irregularidade - Meros indícios - Indeferimento administrativo - Motivo insuficiente - Prontuário - Transferência de outro Estado da Federação - Possibilidade - Custas processuais - Isenção - Lei Estadual nº 14.939/03 . . . . . 275

CASA DE PROSTITUIÇÃO
Concurso material - Valoração da prova - Condenação . . . . . 306

CAUÇÃO
Medida assecuratória - Caução - Art. 804 do CPC - Necessidade - Tutela antecipada - Exame psicotécnico - Curso de habilitação de oficiais - Corpo de Bombeiros - Medida cautelar - Art. 273, § 7º, do CPC . . . . . 252

CAUSA DE AUMENTO DE PENA
Aplicabilidade - Crime contra a honra - Fixação da pena - Circunstâncias judiciais - Funcionário público - Conceito . . . . . 281

Aplicabilidade - Crimes contra as relações de consumo - Exposição à venda de mercadoria em desacordo com a prescrição legal - Autoria - Materialidade - Valoração da prova - Condenação . . . . . 303

Aplicabilidade - Tortura - Policial militar . . . . . 346

CÉDULA DE CRÉDITO RURAL
Taxa TJLP - Substituição - Comissão de permanência . . . . . 264

CERCEAMENTO DE DEFESA
Não-caracterização - Tráfico de drogas - Associação para o tráfico - Interceptação telefônica - Validade . . . . . 352

Não-ocorrência - Terras devolutas - Arrendamento - Contrato - Inadimplemento - Ação de cobrança - Condenação - Possibilidade . . . . . 138

CERTIFICADO DE REGISTRO E LICENCIAMENTO DE VEÍCULO - Vide: CRLV

CHEQUE
*Causa debendi* - Declinação - Desnecessidade - Ônus da prova - Exceções pessoais - Oposição - Impossibilidade . . . . . 180

Cheque de terceiro - Garantia em contrato de empréstimo - Restituição - Pedido - Dívida não paga - Impossibilidade . . . . . 145

CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS
Conduta social - Personalidade do agente - Prova documental - Indispensabilidade . . . . . 310

Crime contra a honra - Fixação da pena - Funcionário público - Conceito - Causa de aumento de pena - Aplicabilidade . . . . . 281

Fixação da pena - Extorsão mediante seqüestro - Regime fechado - Pena privativa de liberdade - Substituição - Inadmissibilidade . . . . . 283

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR
Aplicabilidade - Contrato celebrado com instituição bancária - Veículo - Financiamento - Inadimplência do devedor - Cláusulas contratuais - Encargos contratados - Juros remuneratórios - Ausência de abusividade - Comissão de permanência - Taxa variável do mercado - Cláusula potestativa - Capitalização de juros - Votos vencidos parcialmente . . . . . 221

Aplicabilidade - Plano de saúde - Prótese - Colocação - Necessidade de intervenção cirúrgica - Contrato de adesão - Cláusula contratual - Análise - Dano moral - Reconhecimento . . . . . 146

Aplicação - Cláusula abusiva - Nulidade declarada - Serviço de telecomunicação - Contrato . . . . . 207

Inaplicabilidade - Atividade agrícola - Crédito para fomento - Embargos do devedor - Ônus da prova - Art. 333, inciso I, do CPC - Litigância de má-fé - Não-ocorrência - Sentença - Manutenção . . . . . 89

CÓDIGO PENAL
Ar. 180, § 1° - Receptação qualificada - Crime próprio - Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade - Inconstitucionalidade não caracterizada - Tentativa - Desclassificação do crime - Impossibilidade - Autoria - Materialidade - Dolo eventual - Valoração da prova - Condenação . . . . . 320

COISA JULGADA
Inexistência - Tortura - Justiça Militar - Tipo penal diverso . . . . . 346

COMISSÃO
Contrato - Venda de passagens aéreas - Condições - Alteração unilateral - Possibilidade - Art. 704 do Código Civil . . . . . 67

Valor - Critério de fixação - Ação de cobrança - Representação comercial - Contrato - Prescrição - Prazo - Lei 8.420/92 - Aplicabilidade - Ônus da sucumbência - Assistência judiciária . . . . . 244

COMPETÊNCIA
Competência territorial relativa - Declaração de ofício - Impossibilidade - Relação de consumo - Consumidor - Demanda - Comarca diversa do seu domicílio - Possibilidade . . . . . 76

Conflito negativo de competência - Vara cível e criminal - Lei Maria da Penha - Medidas protetivas de urgência - Competência do juízo criminal . . . . . 74

COMPETÊNCIA JURISDICIONAL
Tráfico de drogas - Associação para o tráfico - Não-ocorrência de ilícito transnacional - Competência - Justiça estadual . . . . . 352

CONCURSO DE PESSOAS
Crimes contra as relações de consumo - Exposição à venda de mercadoria em desacordo com a prescrição legal - Concurso de pessoas - Caracterização - Autoria - Materialidade - Dolo específico - Valoração da prova - Condenação . . . . . 303

Extorsão mediante seqüestro - Participação de menor importância - Não-ocorrência - Fixação da pena - Critério . . . . 300

Furto qualificado - Rompimento de obstáculo - *Res furtiva* no interior de veículo . . . . . 328

Uso de documento falso - Valoração da prova - Condenação . . . . . 325

CONCURSO MATERIAL
Crime contra a ordem econômica - Comercialização de gás liquefeito de petróleo - Casa de prostituição - Fixação da pena . . . . . 306

Homicídio qualificado - Porte de arma - Crime-meio - Princípio da consunção - Inaplicabilidade . . . . . 315

CONCURSO PÚBLICO
Edital - Norma - Efeito concreto - Mandado de segurança - Decadência - Prazo - Termo inicial . . . . . 70

Gabarito oficial - Regularidade de respostas - Discussão judicial - Impossibilidade - Limites da legalidade - Extrapolação - Proibição . . . . . 108

Prova de títulos - Candidatos que exercem cargos públicos - Privilégio - Princípios da isonomia e da impessoalidade - Afronta . . . . . 90

Servidor público efetivo e estável - Nível diferente - Aprovação - Estágio probatório - Dispensa - Princípios da razoabilidade e da economicidade - Estabilidade - Manutenção - Diferenças devidas - Honorários de advogado - Fixação . . . . . 60

CONDOMÍNIO
Extinção - Carência da ação - Não-ocorrência - Bem - Indivisibilidade - Alienação judicial - Possibilidade . . . . 193

CONFISSÃO ESPONTÂNEA
Fixação da pena - Redução aquém do mínimo - Inadmissibilidade . . . . . 359

CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL
Validade - Tráfico de drogas - Associação para o tráfico ilícito de drogas - Autoria - Materialidade - Confissão extrajudicial - Validade - Depoimento policial - Interceptação telefônica - Valoração da prova - Condenação . . . . . 365

CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO
Serviço de telecomunicação - Consignado - Obrigação - Extinção - Desbloqueio da linha telefônica . . . . . 207

CONSUMIDOR
Demanda - Comarca diversa do seu domicílio - Possibilidade - Relação de consumo - Competência territorial relativa - Declaração de ofício - Impossibilidade . . . . . 76

Indenização - Dano moral - Produto de beleza - Queda de cabelo - Responsabilidade objetiva do fornecedor - Relação de consumo - Denunciação da lide - Impossibilidade - *Quantum* indenizatório - Fixação - Lide secundária - Seguradora e segurado - Contrato de seguro - Riscos cobertos - Danos pessoais - Espécie de danos morais - Reembolso - Condenação . . . . . 168

*CONTAINER*
Devolução - Impontualidade - Sobreestadia - Cobrança - Legalidade . . . . . 255

CONTRATO
Prestação de serviços - Empreitada - Título executivo extrajudicial - Apuração de fatos - Necessidade - Título líquido e certo - Ausência - Execução - Nulidade . . . . . 277

Serviço de telecomunicação - Aplicação - Cláusula abusiva - Nulidade declarada . . . . . 207

Vide também: Arrendamento, comissão, parceria pecuária, promessa de compra e venda, representação comercial, seguro, transporte marítimo

CONTRIBUIÇÃO SINDICAL
Desconto - Servidor público municipal - Previsão legal - Ausência - CLT - Servidor público estatutário - Extensão da cobrança - Impossibilidade - Tributo não previsto em lei - Proibição de analogia . . . . . 184

CORPO DE BOMBEIROS
Curso de habilitação de oficiais - Exame psicotécnico - Tutela antecipada - Medida cautelar - Art. 273, § 7º, do CPC - Medida assecuratória - Caução - Art. 804 do CPC - Necessidade . . . . . 252

CORRUPÇÃO PASSIVA
Absorção - Fuga de pessoa presa - Forma qualificada - Princípios da especialidade e da consunção - Conflito aparente de normas . . . . . 338

CRECHE - Vide: Auxílio-creche

CRÉDITO TRIBUTÁRIO
Constituição - Processo administrativo fiscal - Denúncia - Inépcia não caracterizada . . . . . 293

Prescrição - Art. 174 do CTN - Lei 6.830/89 - Parcelamento - Ausência de prova - Prazo prescricional - Interrupção - Não-ocorrência . . . . . 73

Prescrição - Reconhecimento de ofício - Possibilidade - Art. 174, I, do CTN, com a redação da Lei Complementar 118/2005 - Inaplicabilidade - Execução fiscal - Valor de alçada - Apelação - Cabimento - Certidão da dívida ativa - Inclusão no curso do processo - Impossibilidade . . . . . 93

CRIME CONSUMADO
Extorsão mediante seqüestro - Crime formal - Desclassificação do crime - Inadmissibilidade . . . . . 283

CRIME CONTINUADO
Roubo qualificado - Extorsão . . . . . 359

CRIME CONTRA A HONRA
Calúnia - Advogado - Imunidade profissional não caracterizada - Condenação - Fixação da pena - Circunstâncias judiciais - Funcionário público - Conceito - Causa de aumento de pena - Aplicabilidade . . . . . 281

CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA
Comercialização de gás liquefeito de petróleo em desacordo com as prescrições legais - Erro de proibição não caracterizado - Casa de prostituição - Concurso material - Valoração da prova - Condenação - Fixação da pena - Critério trifásico - Circunstâncias judiciais - Reincidência - Regime de cumprimento da pena . . . . . 306

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA
ICMS - Supressão de tributo - Dolo - Nota fiscal - Fraude - Valoração da prova - Condenação - Constituição de crédito tributário - Processo administrativo fiscal - Denúncia - Inépcia não caracterizada - Crime continuado - Pena de multa - Critério . . . . . .293

CRIME FORMAL
Extorsão mediante seqüestro - Crime consumado - Desclassificação do crime - Inadmissibilidade . . . . . 283

CRIME OMISSIVO IMPRÓPRIO
Não-caracterização - Atos praticados por adolescentes - Culpa presumida das mães - Impossibilidade - Dever de agir - Ausência de provas - Absolvição . . . . . 290

CRIME PRÓPRIO
Peculato - Advogado - Prestação de serviços - Contrato com o Município - Funcionário público - Equiparação - Apropriação de valor público - Honorários advocatícios - Exercício regular de direito não caracterizado - Desclassificação do crime - Exercício arbitrário das próprias razões - Inadmissibilidade - Condenação - Procedimento especial - Inobservância - Nulidade não configurada . . . . . 335

Receptação qualificada - Art. 180, § 1°, do Código Penal - Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade - Inconstitucionalidade não caracterizada . . . . . 320

CRIMES CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO
Exposição à venda de mercadoria em desacordo com a prescrição legal - Concurso de pessoas - Caracterização - Inquérito policial - Ausência - Ação penal pública - Ministério Público - Denúncia - Nulidade - Não-configuração - Autoria - Materialidade - Dolo específico - Valoração da prova - Condenação - Causa de aumento de pena - Aplicabilidade - *Sursis* - Impossibilidade . . . . . 303

CRLV
Expedição - Multa de trânsito - Notificação prévia - Recurso administrativo - Julgamento - Pagamento da multa - Exigência - Legalidade - Mandado de segurança - Denegação da ordem - Apelação - Advogado subscritor - OAB cancelada - Atos praticados - Ratificação - Ausência - Nulidade . . . . . .136

CULPA PRESUMIDA
Impossibilidade - Delito de trânsito - Homicídio culposo - Atos praticados por adolescentes . . . . . 290

**CUMPRIMENTO DE SENTENÇA**
Extinção do processo - Apelação - Cabimento - Art. 475-M do CPC - Intimação pessoal do devedor - Desnecessidade - Processo - Instrumento ético - Descumprimento voluntário da sentença - Multa - Art. 475-J do CPC - Honorários de advogado - Cabimento - Princípio da causalidade - Voto vencido . . . . . 124

- D -

**DANO MORAL**
Indenização - Empréstimo - Contratação - Cadastro de proteção ao crédito - Inscrição indevida - Dano moral - Configuração - Valor da indenização - Fixação . . . . . 273

Inexistência - Erro médico - Conduta culposa - Não-ocorrência - Nexo causal - Ausência - Indenização - Descabimento . . . . . 113

Não-caracterização - Furto em agência bancária - Indenização - Descabimento . . . . . 154

Não-configuração - Indenização - Liberdade de imprensa - Publicação - Caráter informativo - Ofensa à honra - Inexistência . . . . . 149

**DANO MORAL AMBIENTAL** - Vide: Meio ambiente

**DANO QUALIFICADO**
Quadrilha armada - Latrocínio - Roubo majorado - Emprego de arma - Concurso de pessoas - Seqüestro e cárcere privado - Disparo de arma de fogo - Concurso material - Concurso formal - Reconhecimento fotográfico - Validade - Declaração da vítima - Materialidade - Autoria - Valoração da prova - Condenação . . . . . 341

**DECISÃO *EXTRA PETITA***
Nulidade - Inexistência . . . . . 264

**DELITO DE TRÂNSITO**
Homicídio culposo - Responsabilidade penal - Atos praticados por adolescente - Princípio da responsabilidade penal pessoal - Culpa presumida das mães - Impossibilidade - Dever de agir - Ausência de prova - Crime omissivo impróprio não caracterizado - Absolvição . . . . . 290

**DENÚNCIA**
Condição de procedibilidade - Rejeição - Violência doméstica - Lei Maria da Penha - Representação - Retratação - Validade . . . . . 363

Supressão de tributo - Constituição de crédito tributário - Processo administrativo fiscal - Inépcia não caracterizada . . . . . 293

**DENUNCIAÇÃO DA LIDE**
Relação de consumo - Impossibilidade . . . . . 168

**DESAPROPRIAÇÃO**
Posse - Imissão provisória - Reforma da decisão primeva - Obras iniciadas e benfeitorias demolidas - Fato superveniente - Não-autorização da reintegração de posse - Interesse público - Segurança jurídica - Observância - Valor - Diferença - Efetivação do depósito pelo Município - Indenização justa e prévia . . . . . 105

**DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME**
Impossibilidade - Tráfico de influência . . . . . 357

Inadmissibilidade - Extorsão mediante seqüestro - Crime formal - Crime consumado . . . . . 283

Inadmissibilidade - Extorsão mediante seqüestro - Dolo específico . . . . . 300

Tentativa - Impossibilidade - Receptação qualificada - Crime próprio - Autoria - Materialidade - Dolo eventual - Valoração da prova - Condenação . . . . . 320

DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO
Cobrança - Cumulação - Possibilidade - Notificação premonitória - Desnecessidade - Multa moratória - CDC - Inaplicabilidade . . . . . 237

DIREITO AUTORAL
*Software* pirata - Utilização - Busca e apreensão - Caução - Art. 835 do CPC - Identidade física do juiz - Inexistência de produção de prova em audiência - Nulidade da decisão - Inocorrência - Indenização - *Quantum* - Honorários de advogado . . . . . 81

DIREITO DE VIZINHANÇA
Obrigação de fazer - Direito de vizinhança - Terraplanagem - Muro divisório - Prédio confinante - Dano - Comprovação - Responsabilidade objetiva - Construtor - Responsabilidade solidária afastada - Ônus da prova . . . . . 257

DIREITO INTERTEMPORAL
Embargos do devedor - Lei 11.382/06 - Arts. 729-A e 1.211 do CPC - Aplicabilidade . . . . . 260

DISPARO DE ARMA DE FOGO
Quadrilha armada - Latrocínio - Roubo majorado - Emprego de arma - Concurso de pessoas - Dano qualificado - Seqüestro e cárcere privado - Disparo de arma de fogo - Concurso material - Concurso formal - Reconhecimento fotográfico - Validade - Declaração da vítima - Materialidade - Autoria - Valoração da prova - Condenação . . . . . 341

DOAÇÃO
Imóvel - Escritura pública - Cônjuge do doador - Falta de autorização - Bem - Incomunicabilidade - Livre disposição - Herança futura - Direito - Inexistência - Nulidade - Inocorrência . . . . . 190

DOCUMENTO FISCAL
Apreensão - Autorização judicial - Desnecessidade - Mandado de segurança - Denegação da ordem . . . . . 71

DOLO ESPECÍFICO
Crimes contra as relações de consumo - Exposição à venda de mercadoria em desacordo com a prescrição legal - Autoria - Materialidade - Valoração da prova - Condenação . . . . . 303

Extorsão mediante seqüestro - Materialidade - Autoria - Valoração da prova - Condenação . . . . . 300

DOLO EVENTUAL
Receptação qualificada - Crime próprio - Autoria - Materialidade - Valoração da prova - Condenação . . . . . 320

DOUTRINA - Vide: Artigo jurídico

DÚVIDA
Averbação - Registro de imóveis - Transmissão - Exigência - Legalidade . . . . . 265

- E -

EDUCAÇÃO
Menor - Aprovação em vestibular - Exame supletivo para conclusão de ensino médio - Possibilidade . . . . . 64

EMBARGOS À ARREMATAÇÃO
Bem - Valor de mercado à época - Divergência substancial - Perícia - Necessidade - Preço vil - Impedimento . . . . 211

EMBARGOS À EXECUÇÃO
Cédula de crédito rural - Decisão *extra petita* - Nulidade - Inexistência - Taxa TJLP - Substituição - Comissão de permanência . . . . . 264

EMBARGOS DE TERCEIRO
Bem imóvel - Posse - Prova - Penhora - Revogação - Acolhimento dos embargos . . . . . 235

Execução - Venda posterior do bem - Citação - Validade - Fraude à execução - Má-fé - Insolvência do devedor - Comprovação - Necessidade . . . . . 268

Posse demonstrada - Bem de família - Impenhorabilidade - Penhora - Revogação . . . . . 235

EMBARGOS DO DEVEDOR
Direito intertemporal - Lei 11.382/06 - Arts. 729-A e 1.211 do CPC - Aplicabilidade . . . . . 260

Inicial - Peças indispensáveis - Ausência - Indeferimento - Art. 736, parágrafo único, c/c o art. 267, IV, do CPC - Lei 11.382/06 - Norma processual nova - Aplicação imediata . . . . . 56

Ônus da prova - Art. 333, inciso I, do CPC - Atividade agrícola - Crédito para fomento - Código de Defesa do Consumidor - Inaplicabilidade - Litigância de má-fé - Não-ocorrência - Sentença - Manutenção . . . . . 89

*EMENDATIO LIBELLI*
Denúncia - Roubo majorado - Extorsão - Crime continuado - Nulidade não caracterizada . . . . . 359

Segunda instância - Admissibilidade - Uso de documento falso - Falsificação de papéis públicos . . . . . 310

EMPREITADA
Contrato - Título executivo extrajudicial - Apuração de fatos - Necessidade - Título líquido e certo - Ausência - Execução - Nulidade . . . . . 277

EMPRESA COMERCIAL
Ação revisional - Valor da dívida - Multa - Limite - Observância - Necessidade - Taxa de juros - Capitalização - Impossibilidade - Depósito judicial - Quitação . . . . . 215

EMPRÉSTIMO
Contratação - Uso de documento falso - Cadastro de proteção ao crédito - Inscrição indevida - Dano moral - Configuração - Valor da indenização - Fixação . . . . . 273

Contrato - Garantia - Cheque de terceiro - Restituição - Pedido - Dívida não paga - Impossibilidade . . . . . 145

ERRO DE PROIBIÇÃO
Crime contra a ordem econômica - Comercialização de gás liquefeito de petróleo em desacordo com as prescrições legais - Condenação . . . . . 306

ERRO MÉDICO
Conduta culposa - Não-ocorrência - Nexo causal - Ausência - Dano moral - Inexistência - Indenização - Descabimento . . . . . 119

ESCRITURA PÚBLICA
Doação de imóvel - Cônjuge do doador - Falta de autorização - Bem - Incomunicabilidade - Livre disposição - Herança futura - Direito - Inexistência - Nulidade - Inocorrência . . . . . 190

ESTÁGIO PROBATÓRIO
Dispensa - Servidor público efetivo e estável - Concurso público para o mesmo cargo - Nível diferente - Aprovação - Princípios da razoabilidade e da economicidade - Estabilidade - Manutenção - Diferenças devidas - Honorários de advogado - Fixação . . . . . 60

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE
Atos infracionais análogos ao homicídio qualificado e ao porte ilegal de arma de fogo - Tentativa - Autoria - Materialidade - Valoração da prova - Legítima defesa - Não-configuração - Violência contra pessoa - Medida socioeducativa - Internação - Aplicabilidade . . . . . 349

ESTUPRO
Menor de quatorze anos - Presunção de violência - Ação penal - Representação - Vício de forma - Não-ocorrência - Denúncia - Ministério Público - Legitimidade - Depoimento da vítima - Credibilidade - Consentimento e experiência não configurados - Valoração da prova - Condenação - Fixação da pena - Critério - Grau de parentesco - Causa de aumento da pena - Aplicabilidade . . . . . 331

EXAME PSICOTÉCNICO
Curso de habilitação de oficiais - Corpo de Bombeiros - Tutela antecipada - Medida cautelar - Art. 273, § 7º, do CPC - Medida assecuratória - Caução - Art. 804 do CPC - Necessidade . . . . . 251

EXECUÇÃO
Alienação fiduciária - Veículo alienado - Disponibilidade - Faculdade do credor fiduciário - Transferência de veículo gravado - Registro de impedimento - Direito de terceiro - Ofensa - Provas - Solicitação - Encargo da parte interessada . . . . . 216

Embargos de terceiro - Venda posterior do bem - Citação - Validade - Fraude à execução - Má-fé - Insolvência do devedor - Comprovação - Necessidade . . . . . 268

Participação nos lucros da empresa - Verba não salarial - Penhora - Possibilidade . . . . . 179

EXECUÇÃO FISCAL
Penhora - Mandado de intimação - Embargos - Prazo - Advertência expressa - Imprescindibilidade . . . . . 201

Valor de alçada - Apelação - Cabimento - Crédito tributário - Prescrição - Reconhecimento de ofício - Possibilidade - Art. 174, I, do CTN, com a redação da Lei Complementar 118/2005 - Inaplicabilidade - Certidão da dívida ativa - Inclusão no curso do processo - Impossibilidade . . . . . 93

EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL
Penhora - Bem imóvel - Substituição - Pedido - Depósito em dinheiro - Bloqueio *on-line* - Previsão legal - Possibilidade . . . . . 156

EXERCÍCIO ARBITRÁRIO DAS PRÓPRIAS RAZÕES
Inadmissibilidade - Condenação - Peculato - Crime próprio - Advogado - Prestação de serviços - Contrato com o Município - Funcionário público - Equiparação - Apropriação de valor público - Honorários advocatícios . . . . . 335

EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO
Não-caracterização - Peculato - Crime próprio - Advogado - Prestação de serviços - Contrato com o Município - Funcionário público - Equiparação - Apropriação de valor público - Honorários advocatícios . . . . . 335

EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO
Extratos bancários - Cautelar - Efeito satisfativo - Ação principal - Desnecessidade . . . . . 111

EXPOSIÇÃO À VENDA
Venda de mercadoria em desacordo com a prescrição legal - Concurso de pessoas - Caracterização - Inquérito policial - Ausência - Ação penal pública - Ministério Público - Denúncia - Nulidade - Não-configuração - Autoria - Materialidade - Dolo específico - Valoração da prova - Condenação - Causa de aumento de pena - Aplicabilidade - *Sursis* - Impossibilidade . . . . . 303

EXTORSÃO
Elementares do tipo - Desclassificação do crime - Inadmissibilidade - Roubo majorado - Crime continuado . . . . . 359

EXTORSÃO MEDIANTE SEQÜESTRO
Desclassificação do crime - Inadmissibilidade - Crime formal - Crime consumado - Sentença criminal - Fundamentação - Nulidade não configurada - Fixação da pena - Circunstâncias judiciais - Regime fechado - Pena privativa de liberdade - Substituição - Inadmissibilidade . . . . . 283

Dolo - Materialidade - Autoria - Valoração da prova - Condenação - Roubo qualificado - Desclassificação do crime - Impossibilidade - Concurso de pessoas - Participação de menor importância - Não-ocorrência - Fixação da pena - Critério . . . . . 300

- F -

FALSIFICAÇÃO DE PAPÉIS PÚBLICOS
Uso de documento falso - Guia de arrecadação de multa de trânsito - *Emendatio libelli* - Segunda instância - Admissibilidade - Dolo . . . . . 310

FAZENDA PÚBLICA
Sucumbência - Honorários de advogado - Fixação . . . . . 140

FIXAÇÃO DA PENA
Estupro - Menor de quatorze anos - Presunção de violência - Valoração da prova - Condenação - Fixação da pena - Critério - Grau de parentesco - Causa de aumento da pena - Aplicabilidade . . . . . 331

Tráfico de drogas - Associação para o tráfico ilícito de drogas - Diminuição - Art. 35 da Lei 11.343/06 - Co-réu - Absolvição . . . . . 365

FRAUDE À EXECUÇÃO
Má-fé - Insolvência do devedor - Comprovação - Necessidade . . . . . 268

FUGA DE PESSOA PRESA
Forma qualificada - Princípios da especialidade e da consunção - Conflito aparente de normas - Corrupção passiva - Absorção - Delação - Valoração da prova - Condenação . . . . . 338

FUNÇÃO PÚBLICA
Designação - Vínculo temporário e precário - Dispensa - Possibilidade - Servidora - Período de gestação - Verbas salariais - Previsão constitucional - Indenização devida . . . . . 101

FUNCIONÁRIO PÚBLICO
Crime contra a honra - Fixação da pena - Circunstâncias judiciais - Causa de aumento de pena - Aplicabilidade . . . 281

Peculato - Crime próprio - Advogado - Prestação de serviços - Contrato com o Município - Equiparação . . . . 335

FURTO QUALIFICADO
Escalada - Coisa de pequeno valor - Antecedentes criminais - Crime de bagatela - Princípio da insignificância - Inaplicabilidade - Condenação - Fixação da pena - Confissão espontânea - Reincidência - Compensação - Assistência judiciária - Isenção de custas . . . . . 297

Rompimento de obstáculo - *Res furtiva* no interior de veículo - Concurso de pessoas - Valoração da prova - Princípio do livre convencimento - Condenação - Fixação da pena - Critérios da suficiência e da necessidade - Circunstâncias judiciais - Agravante - Reincidência - Pena privativa de liberdade - Substituição por restritiva de direitos - Impossibilidade . . . . . 328

- G -

GARANTIA
Contrato de empréstimo - Cheque de terceiro - Restituição - Pedido - Dívida não paga - Impossibilidade . . . . 145

GÁS LIQUEFEITO DE PETRÓLEO
Comercialização em desacordo com as normas legais - Crime contra a ordem econômica - Erro de proibição não caracterizado - Condenação . . . . . 306

- H -

HOMICÍDIO CULPOSO
Delito de trânsito - Atos praticados por adolescentes - Culpa presumida das mães - Impossibilidade - Absolvição . . . 290

HOMICÍDIO QUALIFICADO
Motivo torpe - Porte de arma - Crime-meio - Princípio da consunção - Inaplicabilidade - Concurso material - Prova - Condenação - Circunstância qualificadora - Exclusão - Impossibilidade - Tribunal do Júri - Decisão contrária à prova dos autos - Não-ocorrência - Soberania do veredicto - Quesito complexo não caracterizado - Argüição de nulidade - Preclusão . . . . . 315

HONORÁRIOS DE ADVOGADO
Cumprimento de sentença - Cabimento - Voto vencido . . . . . 124

- I -

ICMS
Supressão de tributo - Dolo - Nota fiscal - Fraude - Valoração da prova - Condenação . . . . . 293

IDOSO
Situação de risco - Medida de proteção - Ajuizamento pelo Ministério Público - Antecipação de tutela - Requerimento - Internação - Recusa anterior do idoso - Pressupostos legais - Ausência - Interesse ministerial - Questionamento - Proteção do idoso - Medidas administrativas diretas . . . . . 218

ILEGITIMIDADE PASSIVA
Medicamento - Pedido de obtenção - Ação cominatória - Interesse processual - Município - Ilegitimidade passiva . . . . 112

IMÓVEL
Dupla venda - Registro - Validade - Imissão de posse - Possibilidade . . . . . 240

Servidão de passagem - Desvinculação - Impossibilidade - Reintegração de posse - Requisitos - Inobservância - Improcedência do pedido . . . . . 230

IMUNIDADE PROFISSIONAL
Não-caracterização - Crime contra a honra - Calúnia - Advogado - Condenação . . . . . 281

INDENIZAÇÃO
Ação declaratória de nulidade contratual - Cumulação de ações - Serviço de telecomunicação - Contrato - Código de Defesa do Consumidor - Aplicação - Cláusula abusiva - Nulidade declarada - Dano moral - Não-configuração - Consignação em pagamento - Consignado - Obrigação - Extinção - Desbloqueio da linha telefônica . . . . . 207

Agravo regimental - Transporte aéreo de mercadorias - Extravio ou perda - Ação de indenização - Convenção de Varsóvia - Código de Defesa do Consumidor (STF) . . . . . 371

Dano moral - Produto de beleza - Queda de cabelo - Responsabilidade objetiva do fornecedor - Relação de consumo - Denunciação da lide - Impossibilidade - *Quantum* indenizatório - Fixação - Lide secundária - Seguradora e segurado - Contrato de seguro - Riscos cobertos - Danos pessoais - Espécie de danos morais - Reembolso - Condenação . . . . . 168

Dano moral - Segurança de *shopping* - Conduta abusiva - Serviço terceirizado - Condomínio contratante - Culpa *in eligendo* - Atos de prepostos - Responsabilidade - *Quantum* indenizatório - Fixação . . . . . 151

Descabimento - Erro médico - Conduta culposa - Não-ocorrência - Nexo causal - Ausência - Dano moral - Inexistência . . . . . 119

Descabimento - Furto em agência bancária - Dano moral - Não-caracterização . . . . . 154

Empréstimo - Contratação - Uso de documento falso - Cadastro de proteção ao crédito - Inscrição indevida - Dano moral - Configuração - Valor da indenização - Fixação . . . . . 249

Festa de confraternização de empresa - Funcionário convidado - Comparecimento - Não-obrigatoriedade - Retorno de sítio - Carona - Capotagem - Motorista não contratado pela requerida - Acidente de trabalho - Não-ocorrência - Responsabilização da demandada - Impossibilidade . . . . . 163

Liberdade de imprensa - Publicação - Caráter informativo - Ofensa à honra - Inexistência - Dano moral - Não-configuração . . . . . 149

Responsabilidade objetiva do Estado - Corte de árvores - Acidente - Dano material - Dano moral - *Quantum* indenizatório . . . . . 62

Vícios na construção - Desvalorização da obra - Construtor - Obrigação de resultado - Responsabilidade contratual - Dano material - Cabimento - Contrato - Inadimplemento de obrigações - Dano moral - Descabimento . . . . 198

INQUÉRITO POLICIAL

Ausência - Crimes contra as relações de consumo - Exposição à venda de mercadoria em desacordo com a prescrição legal - Ausência - Ação penal pública - Ministério Público - Denúncia - Nulidade - Não-configuração . . . . . 303

Irregularidade - Uso de documento falso - Concurso de pessoas - Ação penal - Nulidade - Não-caracterização . . . 325

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Tráfico de drogas - Associação para o tráfico ilícito de drogas - Autoria - Materialidade - Confissão extrajudicial - Validade - Depoimento policial - Valoração da prova - Condenação . . . . . 365

Validade - Tráfico de drogas - Associação para o tráfico - Cerceamento de defesa não configurado . . . . . 352

INTERESSE PROCESSUAL

Ação cominatória - Medicamento - Pedido de obtenção - Município - Ilegitimidade passiva . . . . . 112

INTERNAÇÃO

Estatuto da Criança e do Adolescente - Atos infracionais análogos ao homicídio qualificado e ao porte ilegal de arma de fogo - Tentativa - Violência contra pessoa - Internação - Aplicabilidade . . . . . 349

INVENTÁRIO

Mandado de segurança - Reexame necessário - Lei 11.441/2007 - ITCD - Prazo legal - Quitação - Multa - Inaplicabilidade - Certidão negativa de débito . . . . . 247

Procedimento de jurisdição voluntária - Escritura pública - Lei 11.441/07 - Opção para a parte - Extinção do processo - Impossibilidade . . . . . 248

Reserva de bens - Plano de partilha - Apresentação pela inventariante - Vista aos investigantes - Possibilidade . . . . 55

IPSEMG

Inclusão de dependente - Menor sob guarda - Possibilidade - Art. 227 da Constituição Federal e art. 33, *caput*, § 3º, da Lei Federal nº 8.069/90 - Aplicação - Lei Complementar Estadual nº 64/2002 - Revogação de norma federal - Inadmissibilidade - Hierarquia das leis - Mandado de segurança - Concessão da ordem . . . . . 77

Servidor público - Filho de zero a seis anos - Direito a creche e pré-escola - Garantia constitucional - Art. 208, IV, da CF - Programa de assistência materno-infantil - Inclusão - Possibilidade - Supensão do benefício - Ato administrativo - Ausência de motivação - Nulidade . . . . . 140

IPTU
Crédito tributário - Prescrição - Art. 174 do CTN - Lei 6.830/89 - Parcelamento - Ausência de prova - Prazo prescricional - Interrupção - Não-ocorrência . . . . . 73

ISS
Ação direta de inconstitucionalidade - Serviço notarial e de registro - Tributação - Incidência - Imunidade tributária - Ausência - Improcedência do pedido . . . . . 52

Incidência - Bem móvel - Locação - Prestação de serviço - Não-configuração - Item 79 do Dec.-Lei 406/68 - Cobrança - Inconstitucionalidade - Precedente do STF - Art. 110 do CTN - Distinção entre as obrigações - Honorários de advogado - Arbitramento - Consonância com o art. 20, § 4º, do CPC . . . . . 239

Lista de serviço - Taxação - Interpretação extensiva - Possibilidade - Serviços correlatos - Ônus da prova . . . . . 130

ITCD
Mandado de segurança - Reexame necessário - Lei 11.441/2007 - Inventário - Prazo legal - Quitação - Multa - Inaplicabilidade - Certidão negativa de débito . . . . . 246

- J -

JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA
Procedimento - Inventário - Escritura pública - Lei 11.441/07 - Opção para a parte - Extinção do processo - Impossibilidade . . . . . 248

JUROS
Capitalização - Impossibilidade - Multa - Limite - Observância - Necessidade - Ação revisional - Valor da dívida - Empresa comercial - Depósito judicial - Quitação . . . . . 215

JUSTIÇA MILITAR
Tortura - Tipo penal diverso - Inexistência de coisa julgada . . . . . 346

- L -

LATROCÍNIO
Quadrilha armada - Roubo majorado - Emprego de arma - Concurso de pessoas - Dano qualificado - Seqüestro e cárcere privado - Disparo de arma de fogo - Concurso material - Concurso formal - Reconhecimento fotográfico - Validade - Declaração da vítima - Materialidade - Autoria - Valoração da prova - Condenação . . . . . 341

Roubo tentado - Irrelevância - Crime consumado - Confissão extrajudicial - Retratação - Testemunha - Materialidade - Autoria - Valoração da prova - Condenação - Fixação da pena - Regime inicialmente fechado . . . . . 343

LEGÍTIMA DEFESA
Não-configuração - Estatuto da Criança e do Adolescente - Atos infracionais análogos ao homicídio qualificado e ao porte ilegal de arma de fogo - Tentativa - Autoria - Materialidade - Valoração da prova . . . . . 349

LEI MARIA DA PENHA
Violência doméstica - Ameaça - Ação penal pública - Representação - Retratação - Validade - Preclusão não caracterizada - Denúncia - Condição de procedibilidade - Rejeição . . . . . 363

LEI Nº 8.009/90
Art. 3º, II - Aplicabilidade - Ação de cobrança - Cumprimento de sentença - Imóvel - Construção - Compromisso de compra e venda - Inadimplemento - Penhora - Possibilidade . . . . . 206

LIBERDADE DE IMPRENSA
Publicação - Caráter informativo - Ofensa à honra - Inexistência - Dano moral - Não-configuração - Indenização . . . . . 149

LITISPENDÊNCIA
Descaracterização - Tráfico de drogas - Associação para o tráfico . . . . . 352

- M -

MANDADO DE INTIMAÇÃO
Concessão - Menor - Aprovação em vestibular - Exame supletivo para conclusão de ensino médio - Possibilidade . . . . . 64

Embargos - Prazo - Advertência expressa - Imprescindibilidade . . . . . 201

MANDADO DE SEGURANÇA
Concessão - Posto de venda de combustíveis - Atividade exercida há décadas - Aquiescência e fiscalização pelo Poder Público - Alvará de localização e funcionamento - Licença ambiental - Estipulação de condições - Ação ajuizada - Trâmite - Recursos administrativos - Julgamento pendente - Interdição do estabelecimento - Sanção desarrazoada - Medida drástica - Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade - Ofensa a direito líquido e certo - Correção mandamental . . . . . 143

Concessão - Reexame necessário - Ipsemg - Menor sob guarda - Inclusão como dependente - Possibilidade - Art. 227 da Constituição Federal e art. 33, *caput*, § 3º, da Lei Federal nº 8.069/90 - Aplicação - Lei Complementar Estadual nº 64/2002 - Revogação de norma federal - Inadmissibilidade - Hierarquia das leis . . . . . 77

Decadência - Prazo - Termo inicial - Concurso público - Edital - Norma - Efeito concreto . . . . . 70

Denegação - Certificado de registro e licenciamento de veículo (CRLV) - Expedição - Multa de trânsito - Notificação prévia - Recurso administrativo - Julgamento - Pagamento da multa - Exigência - Legalidade - Apelação - Advogado subscritor - OAB cancelada - Atos praticados - Ratificação - Ausência - Nulidade . . . . . 136

Denegação - Documentos fiscais - Apreensão - Autorização judicial - Desnecessidade . . . . . 71

Reexame necessário - Lei 11.441/2007 - Inventário - ITCD - Prazo legal - Quitação - Multa - Inaplicabilidade - Certidão negativa de débito . . . . . 246

MANUTENÇÃO DE POSSE
Cemig - Linhas de transmissão de energia elétrica - Faixa de segurança - Imóvel particular - Construção irregular - Má-fé do proprietário - Servidão administrativa preexistente - Conhecimento - Benfeitorias necessárias - Inexistência - Indenização - Descabimento . . . . . 78

MEDICAMENTO
Pedido de obtenção - Ação cominatória - Interesse processual - Município - Ilegitimidade passiva . . . . . 112

MEDIDA CAUTELAR
Exibição de documento - Extratos bancários - Cautelar com efeito satisfativo - Ação principal - Desnecessidade . . . 111

MEDIDA SOCIOEDUCATIVA
Estatuto da Criança e do Adolescente - Atos infracionais análogos ao homicídio qualificado e ao porte ilegal de arma de fogo - Tentativa - Violência contra pessoa - Internação - Aplicabilidade . . . . . 349

MEIO AMBIENTE
Dano moral ambiental - Compensação - Ação civil pública - Área de preservação permanente - Desmatamento - Recomposição - Dano moral ambiental - Compensação . . . . . 84

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO
Nota biográfica - Desembargador Gouvêa Rios . . . . . 15

Nota histórica - As constituições brasileiras e o patrimônio . . . . . 16

MINISTÉRIO PÚBLICO
Interesse - Questionamento - Proteção do idoso - Medidas administrativas diretas . . . . . 218

- N -

NOTA BIOGRÁFICA
Desembargador Gouvêa Rios - Memória do Judiciário Mineiro . . . . . 15

NOTA HISTÓRICA
As constituições brasileiras e o patrimônio - Memória do Judiciário Mineiro . . . . . 16

NULIDADE
Ação penal - Princípios do contraditório e da ampla defesa - Inobservância - Defesa técnica - Autodefesa - Alegações finais - Reconhecimento da existência do fato criminoso pelo advogado do réu - Inadmissibilidade - Contradição com o interrogatório, onde o réu negou o mesmo fato - Condenação baseada na admissão deste pelo patrono - Nulidade processual caracterizada - *HC* concedido - Aplicação do art. 5°, LV, da CF (STF) . . . . . 381

Argüição - Preclusão - Homicídio qualificado - Quesito complexo não caracterizado . . . . . 315

Ato jurídico - Imóvel - Dupla venda - Registro - Validade - Imissão de posse - Possibilidade . . . . . 241

- O -

OBRIGAÇÃO DE FAZER
Direito de vizinhança - Terraplanagem - Muro divisório - Prédio confinante - Dano - Comprovação - Responsabilidade objetiva - Construtor - Responsabilidade solidária afastada - Ônus da prova . . . . . 257

- P -

PARCERIA PECUÁRIA
Estiagem - Força maior - Ação de cobrança - Direito do autor - Fato impeditivo . . . . . 228

PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA
Não-ocorrência - Concurso de pessoas - Extorsão mediante seqüestro - Não-ocorrência - Fixação da pena - Critério . . . . . 300

PARTILHA
Plano - Apresentação pela inventariante - Vista aos investigantes - Possibilidade - Inventário - Reserva de bens . . . 55

PASSAGEM AÉREA
Venda - Contrato de comissão - Condições - Alteração unilateral - Possibilidade - Art. 704 do Código Civil . . . . . 67

PECULATO
Crime próprio - Advogado - Prestação de serviços - Contrato com o Município - Funcionário público - Equiparação - Apropriação de valor público - Honorários advocatícios - Exercício regular de direito não caracterizado - Desclassificação do crime - Exercício arbitrário das próprias razões - Inadmissibilidade - Condenação - Procedimento especial - Inobservância - Nulidade não configurada . . . . . 335

PENA
Falsificação de papéis públicos - Circunstâncias judiciais - Conduta social - Personalidade do agente - Prova documental - Indispensabilidade . . . . . 310

Fixação - Crime contra a honra - Circunstâncias judiciais - Funcionário público - Conceito - Causa de aumento de pena - Aplicabilidade . . . . . 281

Fixação - Critério trifásico - Circunstâncias judiciais - Reincidência - Regime de cumprimento da pena . . . . . 306

Fixação - Extorsão mediante seqüestro - Circunstâncias judiciais - Regime fechado - Pena privativa de liberdade - Substituição - Inadmissibilidade . . . . . 283

Fixação - Furto qualificado - Confissão espontânea - Reincidência - Compensação . . . . . 297

Fixação - Furto qualificado - Critérios da suficiência e da necessidade - Circunstâncias judiciais - Agravante - Reincidência - Pena privativa de liberdade - Substituição por restritiva de direitos - Impossibilidade . . . . . 328

Fixação - Latrocínio - Regime inicialmente fechado . . . . . 343

Fixação - Tortura - Condenação - Efeitos - Perda de cargo público - Regime fechado - Policial militar - Causa de aumento de pena - Aplicabilidade . . . . . 346

Fixação - Tráfico de drogas - Associação para o tráfico - Pena privativa de liberdade - Substituição por restritiva de direitos - Inadmissibilidade - Critérios de prevenção e repressão - Crime permanente - Progressão de regime - Prazo - Irretroatividade da lei mais grave . . . . . 352

Fixação - Tráfico de influência - Maus antecedentes - Reincidência não caracterizada - Substituição da pena - Impossibilidade - Circunstâncias judiciais - Regime semi-aberto . . . . . 357

Roubo majorado - Extorsão - Crime continuado - Circunstância atenuante - Confissão espontânea - Redução aquém do mínimo - Inadmissibilidade . . . . . 359

PENA DE MULTA
Critério - ICMS - Supressão de tributo - Crime continuado . . . . . 293

PENA RESTRITIVA DE DIREITOS
Furto qualificado - Fixação da pena - Critérios da suficiência e da necessidade - Circunstâncias judiciais - Agravante - Pena privativa de liberdade - Substituição - Impossibilidade . . . . . 328

PENHORA
Bem imóvel - Substituição - Pedido - Depósito em dinheiro - Bloqueio *on-line* - Previsão legal - Possibilidade - Execução por título extrajudicial . . . . . 156

Embargos de terceiro - Bem imóvel - Posse - Prova - Revogação - Acolhimento dos embargos . . . . . 235

Mandado de intimação - Embargos - Prazo - Advertência expressa - Imprescindibilidade . . . . . 201

Possibilidade - Imóvel - Construção - Ação de cobrança - Cumprimento de sentença - Compromisso de compra e venda - Inadimplemento - Art. 3º, II, da Lei 8.009/90 - Aplicabilidade . . . . . 206

Possibilidade - Participação nos lucros da empresa - Verba não salarial . . . . . 179

Revogação . . . . . 235

PENSÃO POR MORTE
Servidora falecida - Cônjuge sobrevivente - Concessão assegurada - Princípios da legalidade e da igualdade . . . 195

PERDA DE CARGO PÚBLICO
Tortura - Condenação - Efeitos . . . . . 346

PERÍCIA
Necessidade - Bem - Valor de mercado à época - Divergência substancial - Preço vil - Impedimento . . . . . 211

PETIÇÃO INICIAL
Inépcia - Não-configuração - Terras devolutas - Arrendamento - Contrato - Inadimplemento - Ação de cobrança - Condenação - Possibilidade . . . . . 138

PLANO DE SAÚDE
Internação de emergência - Período de carência - Despesas médico-hospitalares - Dever de cobertura - Ação de cobrança - Mãe de segurado falecido - Legitimidade ativa . . . . . 94

Prótese - Colocação - Necessidade de intervenção cirúrgica - Contrato de adesão - Cláusula contratual - Análise - Código de Defesa do Consumidor - Aplicabilidade - Dano moral - Reconhecimento . . . . . 154

PORTE DE ARMA
Crime-meio - Princípio da consunção - Inaplicabilidade - Homicídio qualificado - Concurso material . . . . . 315

PRAZO
Execução fiscal - Embargos - Mandado de intimação - Advertência expressa - Imprescindibilidade . . . . . 201

PRECLUSÃO
Argüição de nulidade - Homicídio qualificado - Quesito complexo não caracterizado . . . . . 315

PRESCRIÇÃO
Ação monitória - Ilegitimidade ativa - Relação jurídica material - Análise - Cheque - *Causa debendi* - Declinação - Desnecessidade - Ônus da prova - Exceções pessoais - Oposição - Impossibilidade . . . . . 180

Conflito intertemporal de normas - Art. 2.028 do Código Civil - Aplicabilidade - Ofício a terceiro - Impossibilidade - Exibição de documento - Técnica adequada . . . . . 191

Vide também: Crédito tributário

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS
Contrato - Empreitada - Título executivo extrajudicial - Apuração de fatos - Necessidade - Título líquido e certo - Ausência - Execução - Nulidade . . . . . 277

PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA
Estupro - Menor de quatorze anos - Ação penal - Representação - Vício de forma - Não-ocorrência - Denúncia - Ministério Público - Legitimidade - Depoimento da vítima - Credibilidade - Consentimento e experiência não configurados - Valoração da prova - Condenação - Fixação da pena - Critério - Grau de parentesco - Causa de aumento da pena - Aplicabilidade . . . . . 331

PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO
Fuga de pessoa presa - Forma qualificada - Princípio da especialidade - Conflito aparente de normas - Corrupção passiva - Absorção - Delação - Valoração da prova - Condenação . . . . . 338

Inaplicabilidade - Porte de arma - Crime-meio - Homicídio qualificado - Concurso material . . . . . 315

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA
Furto qualificado - Escalada - Coisa de pequeno valor - Antecedentes criminais - Crime de bagatela - Princípio da insignificância - Inaplicabilidade - Condenação . . . . . 297

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE
Princípio da razoabilidade - Receptação qualificada - Crime próprio - Inconstitucionalidade não caracterizada - Art. 180, § 1°, do Código Penal . . . . . 320

PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE
Princípio da proporcionalidade - Receptação qualificada - Crime próprio - Inconstitucionalidade não caracterizada - Art. 180, § 1°, do Código Penal . . . . . 320

**PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA** - Vide: Nulidade (STF)

**PROCEDIMENTO ESPECIAL**
Inobservância - Nulidade não configurada - Peculato - Crime próprio . . . . . 335

**PROGRAMA DE COMPUTADOR**
Direito autoral - *Software* pirata - Utilização - Busca e apreensão - Caução - Art. 835 do CPC - Identidade física do juiz - Inexistência de produção de prova em audiência - Nulidade da decisão - Inocorrência - Indenização - *Quantum* - Honorários de advogado . . . . . 81

**PROMESSA DE COMPRA E VENDA**
Adjudicação compulsória - Contrato - Prestações - Quitação junto à construtora - Comprovação - Requisitos preenchidos - Hipoteca - Pretensão adjudicatória - Não-constituição de óbice . . . . . 157

Imóvel - Contrato - Cláusula resolutiva - Inadimplemento das prestações - Mora do devedor - Prova - Resolução contratual - Promissário vendedor - Reintegração de posse - Promissário comprador - Restituição das parcelas pagas . . . 174

Inadimplemento - Ação de cobrança - Cumprimento de sentença - Imóvel - Construção - Penhora - Possibilidade - Art. 3º, II, da Lei 8.009/90 - Aplicabilidade . . . . . 206

**PROPRIEDADE RURAL**
Reserva legal - Dúvida - Averbação - Registro de imóveis - Transmissão - Exigência - Legalidade . . . . . 265

**PROTESTO CONTRA A ALIENAÇÃO DE BENS**
Imóveis - Cartório de notas e de registro imobiliário - Pedido de notificação - Admissibilidade - Poder geral de cautela do juiz . . . . . 97

**PROVA**
Ausência - Delito de trânsito - Homicídio culposo - Atos praticados por adolescentes - Culpa presumida das mães - Impossibilidade - Absolvição . . . . . 291

Homicídio qualificado - Motivo torpe - Condenação - Circunstância qualificadora - Exclusão - Impossibilidade - Tribunal do Júri - Decisão contrária à prova dos autos - Não-ocorrência - Soberania do veredicto . . . . . 315

Valoração - Crime contra a ordem econômica - Comercialização de gás liquefeito de petróleo em desacordo com as prescrições legais - Casa de prostituição - Concurso material - Condenação . . . . . 306

Valoração - Delação - Fuga de pessoa presa - Condenação . . . . . 338

Valoração - Extorsão mediante seqüestro - Dolo específico - Materialidade - Autoria - Condenação . . . . . 300

Valoração - Furto qualificado - Princípio do livre convencimento - Condenação . . . . . 328

Valoração - ICMS - Supressão de tributo - Nota fiscal - Fraude - Condenação . . . . . 293

Valoração - Latrocínio - Condenação . . . . . 343

Valoração - Reconhecimento fotográfico - Validade - Declaração da vítima - Materialidade - Autoria - Condenação . . . . . 341

Valoração - Tortura - Lesão corporal grave - Laudo pericial - Nexo causal - Autoria - Materialidade - Declarações da vítima - Condenação . . . . . 346

Valoração - Tráfico de drogas - Associação para o tráfico - Interceptação telefônica - Validade - Laudo pericial - Materialidade - Condenação . . . . . 352

Valoração - Uso de documento - Falsificação de papéis públicos - Condenação . . . . . 310

Valoração - Uso de documento falso - Autoria - Materialidade - Condenação . . . . . 325

- Q -

QUADRILHA ARMADA
Latrocínio - Roubo majorado - Emprego de arma - Concurso de pessoas - Dano qualificado - Seqüestro e cárcere privado - Disparo de arma de fogo - Concurso material - Concurso formal - Reconhecimento fotográfico - Validade - Declaração da vítima - Materialidade - Autoria - Valoração da prova - Condenação . . . . . 341

- R -

RECEPTAÇÃO QUALIFICADA
Crime próprio - Art. 180, § 1°, do Código Penal - Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade - Inconstitucionalidade não caracterizada - Tentativa - Desclassificação do crime - Impossibilidade - Autoria - Materialidade - Dolo eventual - Valoração da prova - Condenação . . . . . 320

RECONVENÇÃO
Usucapião - Impossibilidade - Ressarcimento de despesas - Possibilidade - Provimento parcial . . . . . 202

REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA
Extorsão mediante seqüestro - Fixação da pena - Circunstâncias judiciais - Regime fechado . . . . . 283

Fixação da pena - Critério trifásico - Circunstâncias judiciais - Reincidência . . . . . 307

Latrocínio - Regime inicialmente fechado . . . . . 343

REGISTRO PÚBLICO
Carta de arrematação - Imóvel - Caracterização precisa - Ausência - Averbação - Necessidade - INSS - Certidão negativa de débito - Inexigibilidade . . . . . 58

REINCIDÊNCIA
Furto qualificado - Fixação da pena - Critérios da suficiência e da necessidade - Circunstâncias judiciais - Agravante - Pena privativa de liberdade - Substituição por restritiva de direitos - Impossibilidade . . . . . 328

REINTEGRAÇÃO DE POSSE
Arrendamento mercantil - Liminar - Condição - Valor residual garantido - Depósito judicial das quantias pagas - Impossibilidade . . . . . 167

Imóvel - Servidão de passagem - Desvinculação - Impossibilidade - Requisitos - Inobservância - Improcedência do pedido . . . . . 230

REPETIÇÃO DO INDÉBITO
ISS - Incidência - Bem móvel - Locação - Prestação de serviço - Não-configuração - Item 79 do Dec.-Lei 406/68 - Cobrança - Inconstitucionalidade - Precedente do STF - Art. 110 do CTN - Distinção entre as obrigações - Honorários de advogado - Arbitramento - Consonância com o art. 20, § 4°, do CPC . . . . . 239

REPRESENTAÇÃO
Ação penal pública condicionada - Retratação - Validade - Violência doméstica - Lei Maria da Penha . . . . . 363

REPRESENTAÇÃO COMERCIAL
Contrato - Ação de cobrança - Prescrição - Prazo - Lei 8.420/92 - Aplicabilidade - Comissão - Valor - Critério de fixação - Ônus da sucumbência - Assistência judiciária . . . . . 244

RESERVA DE BENS
Inventário - Plano de partilha - Apresentação pela inventariante - Vista aos investigantes - Possibilidade . . . . . 55

RESERVA LEGAL
Dúvida - Averbação - Registro de imóveis - Transmissão - Exigência - Legalidade . . . . . 265

RESPONSABILIDADE OBJETIVA
Construtor - Direito de vizinhança - Obrigação de fazer - Terraplanagem - Muro divisório - Prédio confinante - Dano - Comprovação - Responsabilidade solidária afastada - Ônus da prova . . . . . 257

RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO
Corte de árvores - Acidente - Dano material - Dano moral - Indenização - *Quantum* indenizatório . . . . . 62

RESPONSABILIDADE PENAL
Princípio da responsabilidade penal pessoal - Delito de trânsito - Homicídio culposo - Atos praticados por adolescentes - Culpa presumida das mães - Impossibilidade - Absolvição . . . . . 290

RESSARCIMENTO DE DESPESAS
Reconvenção - Possibilidade - Usucapião - Impossibilidade - Provimento parcial . . . . . 202

RESTITUIÇÃO
Apreensão de coisas - Impossibilidade - Tráfico de drogas - Associação para o tráfico ilícito de drogas - Autoria - Materialidade - Confissão extrajudicial - Validade - Depoimento policial - Interceptação telefônica - Valoração da prova - Condenação . . . . . 365

ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO
Furto qualificado - *Res furtiva* no interior de veículo - Concurso de pessoas . . . . . 328

ROUBO MAJORADO
Concurso de pessoas - Extorsão - Elementares do tipo penal - Desclassificação do crime - Inadmissibilidade - Crime continuado - Denúncia - *Emendatio libelli* - Nulidade não caracterizada - Fixação da pena - Circunstância atenuante - Confissão espontânea - Redução aquém do mínimo legal - Impossibilidade . . . . . 359

Quadrilha armada - Latrocínio - Emprego de arma - Concurso de pessoas - Dano qualificado - Seqüestro e cárcere privado - Disparo de arma de fogo - Concurso material - Concurso formal - Reconhecimento fotográfico - Validade - Declaração da vítima - Materialidade - Autoria - Valoração da prova - Condenação . . . . . 341

- S -

SEGURO
Contrato - Riscos cobertos - Danos pessoais - Espécie de danos morais - Reembolso - Condenação - Indenização - Dano moral - Produto de beleza - Queda de cabelo - Responsabilidade objetiva do fornecedor - *Quantum* indenizatório - Fixação - Seguradora - Denunciação da lide . . . . . 168

Seguro de vida - Beneficiários - Falta de indicação - Cônjuge não separado judicialmente - Companheira - Existência - União estável - Prova - Direito igualitário - Indenização securitária - Divisão em partes iguais . . . . . 165

Suicídio não premeditado - Morte acidental - Súmula nº 61 do STJ - Correção monetária - Termo inicial - Data do sinistro . . . . . 204

SEGURO DE VIDA
Doença preexistente - Segurado - Prévio conhecimento - Má-fé - Não-configuração - Boa-fé - Função social - Violação - Dever de indenizar . . . . . 187

SENTENÇA CRIMINAL
Fundamentação - Extorsão mediante seqüestro - Nulidade não caracterizada . . . . . 283

SEQÜESTRO E CÁRCERE PRIVADO
Quadrilha armada - Latrocínio - Roubo majorado - Emprego de arma - Concurso de pessoas - Dano qualificado - Disparo de arma de fogo - Concurso material - Concurso formal - Reconhecimento fotográfico - Validade - Declaração da vítima - Materialidade - Autoria - Valoração da prova - Condenação . . . . . 341

SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO
Contrato - Cláusula abusiva - Nulidade declarada - Consignação em pagamento - Consignado - Obrigação - Extinção - Desbloqueio da linha telefônica . . . . . 207

SERVIÇO NOTARIAL E DE REGISTRO
Ação direta de inconstitucionalidade - Tributação - ISS - Incidência - Imunidade tributária - Ausência - Improcedência do pedido . . . . . 52

SERVIDÃO ADMINISTRATIVA
Preexistência - Cemig - Linhas de transmissão de energia elétrica - Faixa de segurança - Imóvel particular - Construção irregular - Má-fé do proprietário - Benfeitorias necessárias - Inexistência - Indenização - Descabimento . . . . . 78

SERVIDÃO DE PASSAGEM
Imóvel - Desvinculação - Impossibilidade - Reintegração de posse - Requisitos - Inobservância - Improcedência do pedido . . . . . 230

SERVIDOR PÚBLICO
Estabilidade e efetividade - Concurso público para o mesmo cargo - Nível diferente - Aprovação - Estágio probatório - Dispensa - Princípios da razoabilidade e da economicidade - Diferenças devidas - Honorários de advogado - Fixação . . . . . 60

Filho de zero a seis anos - Direito a creche e pré-escola - Garantia constitucional - Art. 208, IV, da CF - Ipsemg - Programa de assistência materno-infantil - Inclusão - Possibilidade - Suspensão do benefício - Ato administrativo - Ausência de motivação - Nulidade - Fazenda Pública - Sucumbência - Honorários de advogado - Fixação . . . . 140

Regime jurídico - Alteração - Celetista para estatutário - Contrato de trabalho - Extinção - vencimentos . . . . . 262

SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL
Contribuição sindical - Desconto - Previsão legal - Ausência - CLT - Servidor público estatutário - Extensão da cobrança - Impossibilidade - Tributo não previsto em lei - Proibição de analogia . . . . . 187

Serviço extraordinário - Adicional - Previsão - Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Divinópolis - Interpretação . . . . . 99

SOBREESTADIA
Cobrança - Legalidade . . . . . 255

SÚMULA
nº 61 do STJ - Ação de cobrança - Seguro - Morte - Suicídio involuntário - Seguradora - Dever de indenizar . . . 204

SUPRESSÃO DE TRIBUTO
ICMS - Dolo - Nota fiscal - Fraude - Valoração da prova - Condenação . . . . . 293

*SURSIS*
Impossibilidade - Crimes contra as relações de consumo - Exposição à venda de mercadoria em desacordo com a prescrição legal - Autoria - Materialidade - Valoração da prova - Condenação . . . . . 303

- T -

TAXA
Taxa de fiscalização, localização e funcionamento - *Shopping center* - Condomínio - Atividade comercial - Prestação de serviços - Sujeição passiva - Possibilidade - Poder de polícia - Base de cálculo da TFLF - Base de cálculo do IPTU - Identidade - Não-ocorrência . . . . . 159

TAXA DE JUROS
Capitalização - Impossibilidade - Multa - Limite - Observância - Necessidade - Ação revisional - Valor da dívida - Empresa comercial - Depósito judicial - Quitação . . . . . 215

TENTATIVA
Desclassificação do crime - Impossibilidade - Receptação qualificada - Crime próprio - Autoria - Materialidade - Dolo eventual - Valoração da prova - Condenação . . . . . 320

Estatuto da Criança e do Adolescente - Atos infracionais análogos ao homicídio qualificado e ao porte ilegal de arma de fogo - Autoria - Materialidade - Valoração da prova . . . . . 349

TERRA DEVOLUTA
Arrendamento - Contrato - Inadimplemento - Ação de cobrança - Petição inicial - Inépcia - Não-configuração - Cerceamento de defesa - Não-ocorrência - Condenação - Possibilidade . . . . . 138

TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL
Contrato - Prestação de serviços - Empreitada - Apuração de fatos - Necessidade - Título líquido e certo - Ausência - Execução - Nulidade . . . . . 277

Execução de alimentos - Idoso - Interesse - Acordo referendado pelo promotor de justiça - Homologação judicial - Desnecessidade . . . . . 66

TORTURA
Justiça Militar - Tipo penal diverso - Inexistência de coisa julgada - Lesão corporal grave - Laudo pericial - Nexo causal - Autoria - Materialidade - Declarações da vítima - Valoração da prova - Condenação - Efeitos - Perda de cargo público - Fixação da pena - Regime fechado - Policial militar - Causa de aumento de pena - Aplicabilidade . . . . . 346

TRÁFICO DE DROGAS
Associação para o tráfico - Não-ocorrência de ilícito transnacional - Competência - Justiça estadual - Interceptação telefônica - Validade - Cerceamento de defesa não configurado - Litispendência - Descaracterização - Laudo pericial - Materialidade - Valoração da prova - Condenação - Fixação da pena - Pena privativa de liberdade - Substituição por restritivas de direitos - Inadmissibilidade - Critérios de prevenção e repressão - Crime permanente - Cumprimento da pena - Progressão de regime - Prazo - Irretroatividade da lei mais grave . . . . . 352

Associação para o tráfico ilícito de drogas - Autoria - Materialidade - Confissão extrajudicial - Validade - Depoimento policial - Interceptação telefônica - Valoração da prova - Condenação - Restituição de coisas apreendidas - Impossibilidade - Fixação da pena - Diminuição - Art. 35 da Lei 11.343/06 - Co-réu - Absolvição . . . . . 365

TRÁFICO DE ENTORPECENTES
Recurso especial - Tráfico ilícito de entorpecentes - Crime praticado sob a égide da Lei 6.368/1976 - Redução do art. 33, § 4°, da Lei 11.343/2006 - *Novatio legis in melius* - Retroatividade - Imperativo constitucional - Recurso provido e concedida ordem de ofício para reduzir o patamar de aumento pela majorante do art. 40, III, da Lei 11.343/06, substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e o regime inicial de cumprimento da pena pelo aberto, desde o início (STJ) . . . . . 372

TRÁFICO DE INFLUÊNCIA
Crime comum - Qualificação funcional do agente - Inexigibilidade - Desclassificação do crime - Estelionato - Impossibilidade - Fixação da pena - Maus antecedentes - Reincidência não caracterizada - Substituição da pena - Impossibilidade - Circunstâncias judiciais - Regime semi-aberto . . . . . 357

TRANSPORTE MARÍTIMO
Contrato - Idioma inglês - Moeda estrangeira - *Container* - Devolução - Impontualidade - Sobreestadia - Cobrança - Legalidade . . . . . 255

TRIBUNAL DO JÚRI
Homicídio qualificado - Prova - Condenação - Decisão contrária à prova dos autos - Não-ocorrência - Soberania do veredicto . . . . . 315

TRIBUTAÇÃO
Ação direta de inconstitucionalidade - Serviço notarial e de registro - ISS - Incidência - Imunidade tributária - Ausência - Improcedência do pedido . . . . . 52

TUTELA ANTECIPADA
Exame psicotécnico - Curso de habilitação de oficiais - Corpo de Bombeiros - Medida cautelar - Art. 273, § 7º, do CPC - Medida assecuratória - Caução - Art. 804 do CPC - Necessidade . . . . . 252

Requerimento - Internação - Recusa anterior do idoso - Pressupostos legais - Ausência - Interesse ministerial - Questionamento - Proteção do idoso - Medidas administrativas diretas . . . . . 218

- U -

USO DE DOCUMENTO FALSO
Concurso de pessoas - Autoria - Materialidade - Dolo genérico - Valoração da prova - Condenação - Inquérito policial - Irregularidade - Ação penal - Nulidade - Não-caracterização . . . . . 325

Empréstimo - Contratação - Cadastro de proteção ao crédito - Inscrição indevida - Dano moral - Configuração - Valor da indenização - Fixação . . . . . 273

Falsificação de papéis públicos - Guia de arrecadação de multa de trânsito - Tipicidade - *Emendatio libelli* - Segunda instância - Admissibilidade - Dolo - Valoração da prova - Condenação - Fixação da pena - Circunstâncias judiciais - Conduta social - Personalidade do agente - Prova documental - Indispensabilidade . . . . . 310

USUCAPIÃO
Reconvenção - Impossibilidade - Ressarcimento de despesas - Possibilidade - Provimento parcial . . . . . 202

- V -

VEÍCULO
Alienação fiduciária - Disponibilidade - Faculdade do credor fiduciário - Transferência de veículo gravado - Registro de impedimento - Direito de terceiro - Ofensa - Provas - Solicitação - Encargo da parte interessada . . . . . 216

Busca e apreensão - Matéria de defesa - Irrestrição - Financiamento - Inadimplência do devedor - Contrato - Rescisão - Instituição financeira - Código de Defesa do Consumidor - Aplicabilidade - Cláusulas contratuais - Encargos contratados - Juros remuneratórios - Ausência de abusividade - Comissão de permanência - Taxa variável do mercado - Cláusula potestativa - Capitalização de juros - Votos vencidos parcialmente . . . . . 221

VENCIMENTOS
Servidor público - Regime jurídico - Alteração - Celetista para estatutário - Contrato de trabalho - Extinção . . . 262

VIOLÊNCIA CONTRA PESSOA
Estatuto da Criança e do Adolescente - Atos infracionais análogos ao homicídio qualificado e ao porte ilegal de arma de fogo - Tentativa - Medida socioeducativa - Internação - Aplicabilidade . . . . . 349

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA
Ameaça - Lei Maria da Penha - Ação penal pública condicionada - Representação - Retratação - Validade - Preclusão não caracterizada - Denúncia - Condição de procedibilidade - Rejeição . . . . . 363

...